
Sommaire

Liste des contributeurs	VII
Table des matières	IX
Préface	1
L'Interprétation en droit européen/Interpretation in European Law - Quelques remarques introductives/Some Introductory Remarks	3
<i>Samantha Besson/Marie-Louise Gächter-Alge</i>	
I ^{RE} PARTIE : LA NATURE ET LA LEGITIMITE DE L'INTERPRETATION EN DROIT EUROPEEN	
L'interprète - Allocution d'adieu à la Cour de justice de l'Union européenne	39
<i>Miguel Poiares Maduro</i>	
Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif	45
<i>Andrea Bianchi</i>	
Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire	65
<i>Fatimata Niang</i>	
Les institutions européennes dans le débat sur le « gouvernement des juges »	85
<i>Anne Eisengräber</i>	

II^E PARTIE : LES METHODES D'INTERPRETATION EN DROIT EUROPEEN

The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation ? 103

Magdalena Forowicz

Concept de société démocratique, interprétation téléologique des droits fondamentaux et transformations démocratiques dans les EECO 123

Beata Jastrzebska

Un nouveau téléologue 141

Loïc Azoulay

Inégalités dans l'égalité : comparaisons croisées des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH sur trois critères de discrimination 151

Eleonor Kleber Gallego

III^E PARTIE : LES DIFFICULTES CONCRETES DE L'INTERPRETATION EN DROIT EUROPEEN

Interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique, en droit communautaire et dans le droit de l'OMC 171

Mari Viro-Moser

L'incidence d'une analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché sur la méthode systématique d'interprétation des Traités communautaires 187

Damien Féraille

Liste des contributeurs

Loïc Azouli
Professeur à l'Université de Paris II-Panthéon Assas

Samantha Besson
Professeur à l'Université de Fribourg et Responsable du ProDoc Fondements du droit européen, Université de Fribourg

Andrea Bianchi
Professeur à l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement, Genève

Evelyne Clerc
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Anne Eisengrüber
Doctorante à l'Université de Fribourg

Damien Féraille
Docteur en droit de l'Université de Strasbourg

Magdalena Forowicz
Docteur en droit de l'Université de Zurich

Marie-Louise Gächter-Alge
Doctorante à l'Université de St Gall et Coordinatrice du ProDoc Fondements du droit européen, Université de Fribourg

Beata Jastrzebska
Doctorante à l'Université de Fribourg

Eleonor Kleber Gallego
Doctorante à l'Université de Fribourg

Nicolas Levrat
Professeur à l'Université de Genève

Miguel Poiaras Maduro
Professeur à l'Institut Universitaire européen, Florence

Fatimata Niang
Doctorante à l'Université de Genève

Mari Viro-Moser
Doctorante à l'Université de Neuchâtel

Table des matières

Sommaire	V
Liste des contributeurs	VII
Table des matières	IX
Préface	1
Quelques remarques introductives/Some Introductory Remarks	3
I. L'interprétation en droit	9
A. En soi	9
B. Par rapport à l'interprétation en droit international	13
C. Par rapport à l'interprétation en droit interne	15
II. La pratique interprétative de la CJUE	17
A. L'interprétation dynamique	17
B. La méthode littérale	19
C. La méthode systématique	21
D. La méthode téléologique	22
E. La méthode historique	23
F. Le rôle du droit comparé	24
III. Perspectives pratiques et théoriques	27
I^{RE} PARTIE : LA NATURE ET LA LÉGITIMITÉ DE L'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN	37
L'interprète – Allocution d'adieu à la Cour de Justice de l'Union européenne	39
Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif	45
I. Introduction	45
II. Le sens clair et le paradigme linguistique	47
III. La pertinence du contexte	51
IV. Les catégories, les règles et les modèles cognitifs idéalisés	53
V. L'indétermination et ses limites	57
VI. Le sens comme une construction sociale	60
VII. Conclusion	63
Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire	65

I.	L'autorité du juge : état des lieux et déficit conceptuel	65
II.	Les figures du juge: pour une théorie jurisprudentielle de la fonction judiciaire	68
A.	D'Aristote à Hobbes : l'introuvable qualification de la fonction judiciaire	68
B.	Pour une approche dworkinienne de légitimation du juge communautaire de droit commun	70
1.	Présentation de la théorie dworkinienne: approche critique et enjeu politique	70
a)	Un paradigme théorique original : une approche critique du positivisme juridique	70
b)	Un enjeu politique contestataire: le rejet des accusations d'activisme judiciaire de la Cour suprême	72
2.	Pertinence de la théorie dworkinienne pour la légitimation du juge national dans le système juridique communautaire	73
a)	Présentation de la proposition	73
b)	Pertinence de la proposition	74
	Les institutions européennes dans le débat sur « le gouvernement des juges »	85
I.	La problématique générale de la création judiciaire	85
II.	La problématique particulière du rôle créateur de la CJUE	89
III.	La réaction du législateur communautaire par rapport à cette problématique	91
IV.	Une explication de l'absence des institutions européennes dans ce débat : la confusion institutionnelle	94
V.	Une autre explication : l'absence d'une majorité politique cohérente représentée au sein des institutions	95
VI.	Le renforcement du besoin d'une Cour « créative » par le traité de Lisbonne	96
VII.	Le développement d'un contrepoids par la démocratisation au niveau européen	98
	II^E PARTIE : LES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN	101
	The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation ?	103
I.	Preliminary Remarks	103
II.	The Difficulties of Transposing the Concept to the EU Context	104
III.	The Term as Transposed to the EU Context	106
A.	Institutional Margin of Appreciation	106

B. State Margin of Appreciation	110
C. Individual Margin of Appreciation	117
D. Implementation Margin of Appreciation	117
E. Several Notions of Margin of Appreciation	119
IV. The Possible Costs of Convergence	121

Concept de société démocratique, interprétation téléologique des droits fondamentaux et transformations démocratiques dans les EECO **123**

I. Introduction	123
II. Notion de société démocratique	125
A. Généralités	125
B. Société démocratique au sens de la CEDH	126
C. Droits fondamentaux, pluralisme et tolérance dans une société démocratique	127
III. Rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation des droits fondamentaux	129
A. Concept de société démocratique dans la théorie générale d'interprétation de la CEDH	129
B. Fonction du concept de société démocratique dans l'interprétation	130
1. Concept de société démocratique et l'interprétation téléologique de la CEDH	130
a) Interprétation téléologique	131
b) Concept de société démocratique en tant que finalité de la CEDH	132
2. Double rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation et ses implications	132
IV. Concept de société démocratique et interprétation téléologique restrictive des droits fondamentaux	133
A. Concept de société démocratique et lustration	134
1. Généralités	134
2. Restrictions au droit à des élections libres en Lettonie	135
B. Concept de société démocratique et liberté d'association et d'expression	137
1. Généralités	137
2. Affaire Partidul Comunistilor Nepeceristi et Ungureanu c. Roumanie	137
V. Conclusion	139

Un nouveau téléologue **141**

Inégalités dans l'égalité : comparaisons croisées des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH sur trois critères de discrimination **151**

I. Introduction	151
II. Principe d'égalité et interdiction des discriminations en droit communautaire	152
A. Notion	152

B. Lignes directrices d'interprétation de la CJUE	154
III. Interdiction des discriminations par l'article 14 CEDH	155
A. Notion	155
B. Lignes directrices d'interprétation de la CourEDH	156
IV. Sexe, orientation sexuelle et handicap : comparaison des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH	158
A. Critère de discrimination : le sexe	158
1. Situations comparables et traitement différent	158
2. Justifications	159
3. Et la transsexualité ?	160
B. Critères de discrimination : l'orientation sexuelle	161
1. Situations comparables et traitement différent	161
2. Justifications	162
C. Critère de discrimination : le handicap	164
1. Situations comparables et traitement différent	164
2. Justifications	166
V. Conclusion	167
III^E PARTIE : LES DIFFICULTÉS CONCRÈTES DE L'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN	169
Interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique, en droit communautaire et dans le droit de l'OMC	171
I. Remarques introductives sur le statut du principe de précaution dans l'ordre juridique communautaire et dans le droit de l'OMC	171
II. Interprétation de la précaution	174
A. Principe de précaution comme objet et outil de l'interprétation	174
B. Méthodes d'interprétation pertinentes	175
III. Interprétation du critère central du principe de précaution : l'incertitude scientifique	178
A. Remarques préliminaires	178
B. La notion d'incertitude	179
1. En droit communautaire	179
2. Dans l'accord SPS	181
IV. Conclusion	184
L'incidence d'une analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché sur la méthode systématique d'interprétation des Traités communautaires	187
I. L'interaction entre le concept de concurrence efficace et le principe interprétatif d'intégration des marchés	190
A. La compatibilité du principe de l'intégration des marchés avec une interprétation en termes de concurrence efficace	190

B.	L'interprétation en termes de « concurrence efficace », reflet de la maturité du droit du marché intérieur	192
1.	L'abandon de l'interprétation en termes de protection de l'accès au marché	193
2.	L'interprétation en termes d'accès efficace au marché	194
II.	L'interprétation communautaire de l'efficacité économique	196
A.	La mise en œuvre d'une interprétation communautaire de l'efficacité économique, facteur de cohérence du droit du marché intérieur	196
B.	Les limites apportées à l'interprétation en termes d'efficacité économique par l'objectif d'accomplissement du marché intérieur	199

Préface

L'interprétation est une question incontournable en droit. Elle ne l'est pas moins en droit européen. En fait, elle y pose des questions nouvelles qui méritent un débat distinct.

Parmi ces questions, il y en a qui reviennent régulièrement, dont notamment celles-ci : En quoi l'interprétation dans le contexte du droit européen diffère-t-elle de l'interprétation en droit national ? En quoi diffère-t-elle de l'interprétation en droit international ? Comment doit-on interpréter le droit international source d'obligations pour l'Union européenne (UE) ? L'interprétation du droit de l'UE est-elle différente de celle de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ? L'interprétation judiciaire en droit européen diffère-t-elle de l'interprétation législative ou administrative ? L'interprétation judiciaire est-elle source de droit européen ? L'interprétation du droit européen par le juge national diffère-t-elle de l'interprétation par le juge de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ? L'interprétation par le juge de la CJUE peut-elle se comparer à celle du juge de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) ? Qu'interprète-t-on lorsque l'on interprète du droit européen sur le plan national ou du droit national mettant en oeuvre du droit européen ? Les quatre méthodes traditionnellement distinguées (littérale, historique, systémique ou contextuelle et téléologique) s'appliquent-elles comme telles en droit européen ? Quelles sont leurs relations les unes aux autres ? Quel est le rôle du droit comparé dans l'interprétation du droit européen ? L'interprétation peut-elle et doit-elle viser à assurer la cohérence en droit européen ? Quelles sont les limites de l'interprétation en droit européen ? Et d'où provient sa légitimité ? Peut-on distinguer entre interprétation constitutionnelle et interprétation législative en droit européen ? Quelle est la relation entre traduction et interprétation en droit européen ? Quelle est la relation entre transposition et interprétation en droit européen ?

Ces multiples questions permettent de le constater : pour comparable qu'elle soit de prime abord à l'interprétation du droit national ou international, l'interprétation en droit européen pose aussi des questions spécifiques à son ordre juridique sui generis. Elle pose d'ailleurs davantage de questions qu'elle n'a reçu de réponses à ce jour et ces questions méritent d'être examinées avec soin. Il n'est pas étonnant dès lors que le thème ait paru constituer un excellent point de départ pour le premier colloque doctoral de l'Ecole doctorale ProDoc Fondements du droit européen. Cette Ecole doctorale interdisciplinaire a été fondée avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique en automne 2008 par les Universités de Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel afin d'encourager la recherche sur les fondements philosophiques, politiques, économiques et historiques du droit européen.

Elle regroupe différents doctorants en droit européen de ces quatre universités de Suisse romande, ainsi que, sur une base individuelle, ceux d'autres institutions universitaires suisses autour d'activités de soutien à leurs recherches doctorales.

Le présent ouvrage réunit les contributions issues de ce premier colloque doctoral, qui s'est tenu les 30 avril et 1er mai 2009 à l'Université de Fribourg, sous la direction de la Professeur Samantha Besson (Université de Fribourg), du Professeur Nicolas Levrat (Université de Genève) et de la Professeur Evelyne Clerc (Université de Neuchâtel). Il comprend des contributions de doctorants, mais aussi d'intervenants externes invités aux différentes sessions du colloque. Fruit d'un séminaire résolument européen entre doctorants et professeurs de différentes Facultés suisses et de l'Université de Paris II-Panthéon Assas, de l'Université de Strasbourg, de l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement, Genève, du University College London et de l'Institut universitaire européen de Florence, cet ouvrage présente la particularité d'être à la fois rédigé en anglais et en français.

Nous tenons à remercier vivement les différents intervenants externes sans les conférences et le retour scientifique desquels les discussions et les résultats de l'École doctorale n'auraient pas été les mêmes. Il s'agit des Prof. Loïc Azoulay (Université de Paris II-Panthéon Assas), Prof. Andrea Bianchi (Institut de Hautes Études Internationales et du Développement, Genève), Dr George Letsas (University College London) et Prof. Pascal Pichonnaz (Université de Fribourg). Il convient aussi de remercier tout particulièrement le Professeur Miguel Poiares Maduro (Institut Universitaire européen, Florence) qui a accepté de venir présenter une conférence en ouverture de l'École doctorale alors qu'il était encore Avocat général à la CJUE, puis de rédiger la préface de cet ouvrage.

Que soient enfin remerciés pour son soutien financier à l'École doctorale ProDoc Fondements du droit européen, le Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS) et pour son travail minutieux d'organisation et d'édition, Mme Marie-Louise Gächter-Alge, coordinatrice du ProDoc auprès de la Chaire de droit international public et de droit européen de l'Université de Fribourg.

Samantha Besson, Nicolas Levrat et Evelyne Clerc

Fribourg, Genève et Neuchâtel, le 17 mai 2010

SAMANTHA BESSON/MARIE-LOUISE GÄCHTER-ALGE

L'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN/INTERPRETATION
IN EUROPEAN LAW

Quelques remarques introductives/Some Introductory Remarks

L'interprétation est une difficulté que tout juriste rencontre un jour dans le cadre de l'identification ou de l'application du droit. En saisir tous les enjeux requiert une théorie du droit solide, ainsi qu'une bonne compréhension de ce qui distingue l'interprétation en droit de l'interprétation dans d'autres domaines de l'expression humaine comme l'art, la musique ou la littérature.

Il est évident dès lors que cette introduction ne peut avoir pour objectif de fournir une théorie complète de l'interprétation juridique, que ce soit de manière générale¹ ou dans le domaine du droit européen², ni de développer une description complète du régime d'interprétation en droit européen³ ou en droit international⁴. Elle vise

¹ Sur l'interprétation juridique en général, voir notamment Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; Andrei MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2^{ème} éd., 2005 ; Andrei MARMOR, dir., *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1992 ; Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Pour une vision d'ensemble des deux groupes de théorie de l'interprétation les plus influents, voir Julie DICKSON, « Interpretation and Coherence in Legal Reasoning », in Edward ZALTA, dir., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>; et Nicos STAVROPOULOS, « Interpretivist Theories of Law », in Edward ZALTA, dir., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2003 edition, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>.

² Sur la théorie de l'interprétation en droit européen, voir notamment Georges LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; Joxerramon BENGOTXEA, Leonor MORAL SORIANO, Neil McCORMICK, « Integration und Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », in Gráinne DE BURCA & Joseph H.H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 43-86 ; Joxerramon BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice : Towards a European Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

³ Sur l'interprétation en droit européen, voir notamment Giulio ITZCOVICH, « The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice », *German Law Journal*, No 5, Vol 10, May 2009, pp. 537-560 ; Michael POTACS, « Effet utile als Auslegungsgrundsatz », *Europa-*

recht, No 4, Vol 44, 2009, pp. 465-487; Etienne JUDICAEL, « Arrêt "Merck Génériques": la compétence d'interprétation d'un accord international conclu par la Communauté et les Etats membres », *Journal de droit européen*, No 146, 2008, pp. 46-48; Walter Georg LEISNER, « Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH », *EuR*, No 6, 2007, pp. 689-706; Miguel POIARES MADURO, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *Eur. J. Legal Studies*, 2007, <http://eils.eu/2/25UK.pdf>; Jean-François RENUCCI, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *La Semaine juridique : édition générale (JCP)*, 81e année, No 11, 14 mars 2007, pp. 3-4; Frank ROSENKRANZ, « Die völkerrechtskonforme Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel des Urheberrechts », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, No 8, Vol 18, 2007, pp. 238-241; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2006; Victor DOMINGUES, « La Cour de Justice des Communautés européennes : d'un monopole d'interprétation à un monopole de contrôle? », *Revue Belge de Droit International*, No 1-2, Vol 38, 2006, pp. 559-582; Richard L. CREECH, *Law and Language in the European Union : the Paradox of a Babel "united in diversity"*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005; Ian McLEUO, « Literal and Purposive Techniques of Legislative Interpretation : Some European Community and English Common Law Perspectives », *BROOK. J. INT'L L.*, Vol 29, 2004, pp. 1109 et s.; Kirsten SCHMALENBACH, « Die rechtliche Wirkung der Vertragsauslegung durch IGH, EuGH und EGMR », *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, No 3, Vol 59, 2004, pp. 213-232; Isabel SCHÜBEL-PFISTER, *Sprache und Gemeinschaftsrecht. Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004; Rudolf STREINZ, « Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH. Eine kritische Betrachtung », *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, Vol 3, 2004, pp. 387-414; Francis G. JACOBS, « Approaches to Interpretation in a Plurilingual System », in Mark HOSKINS & William ROBINSON, dir., *A true European : essays for Judge David Edward*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003, pp. 297-326; Søren SCHONBERG, Karin FRICK, « Finishing, refining, polishing : On the use of travaux préparatoires as an aid to the interpretation of Community legislation », *European Law Review*, No 2, Vol 28, 2003, pp. 149-171; Albertina ALBORS-LLORENS, « The European Court of Justice, More than a Teleological Court », in Alan DASHWOOD & Angela WARD, dir., *Cambridge Yearbook in European Legal Studies*, Vol 2, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 373-399; Neville L. BROWN, Tom KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell, 5^{ème} éd., 2000; Vlad CONSTANTINESCO, « The ECJ as a Law-Maker : Praeter aut Contra Legem », in David O'KEEFFE & Antonio BAVASSO, dir., *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley – Judicial Review in European Union Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 73-80; Thijmen KOOPMANS, « The Theory of Interpretation and the Court of Justice », in David O'KEEFFE & Antonio BAVASSO, dir., *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley – Judicial Review in European Union Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 45-58; Lawrence M. SOLAN, « The Interpretation of Multilingual Statutes by the European Court of Justice », *BROOK. J. INT'L L.*, No 2, Vol 34, 1999, pp. 277-301; Anthony ARNULL, « Interpretation and Precedent in European Community Law », in Mads Tønnesson ANDENAES & Francis Geoffrey JACOBS, dir., *European Community Law in the English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 115-136; Carsten BUCK, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt a.M., Bern, P. Lang, 1998; Geert VAN CALSTER, « The EU's Tower of Babel - The Interpretation by the European Court of Justice of Equally Authentic Texts Drafted in More

Than One Official Language », *Y.B. EUR. L.*, Vol 17, 1998, pp. 363 et s. ; Jochen ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt a.M., Bern, P. Lang, 1997 ; Nial FENNELLY, « Legal Interpretation at the ECJ », *Fordham Int'l LJ*, Vol 20, 1997, pp. 656 et s. ; Philippe WOODLAND, « Spécificité et ambiguïtés du langage du droit communautaire », in Léon INGBER & Patrick VASSART, dir., *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991 ; Josse MERTENS DE WILMARS, « Reflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Cahiers du Droit Européen*, Vol 1, 1986, pp. 5-20 ; Pierre PESCATORE, « Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Cahiers de droit européen*, No 4, Vol 25, 1984, pp. 989-1010 ; Albert BLECKMANN, « Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs », *NJW*, Vol 37, 1982, pp. 1177-1182 ; Rudolf BERNHARD, « Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts », in Wilhelm GREWE, Hans RUPP & Hans SCHNEIDER, dir., *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 17-24 ; Anna BREDIMA-SAVOPOULOU, *Methods of Interpretation of Community Law*, Amsterdam/New York, North Holland Pub. Co., 1978 ; Hans KUTSCHER, « Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters », in ECJ, dir., *Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Begegnung von Justiz und Hochschule am 27. und 28. September 1976*, Vol I, Luxemburg, 1976, pp. 33 et s. ; Lisbeth STEVENS, « Principle of Linguistic Equality in Judicial Proceedings and in the Interpretation of Plurilingual Legal Instruments : The Regime Linguistique in the Court of Justice of the European Communities », *Northwestern University Law Review*, Vol 62, 1967, pp. 701-734 ; R. M. CHEVALLIER, « Methods and Reasoning of the European Court of Justice in its Interpretation of EC law », *CMLRev*, Vol 2, 1964/1965, pp. 21-35 ; Riccardo MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit de gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 217-227.

- 4 Sur l'interprétation en droit international, voir notamment les ouvrages récents suivants : Isabelle VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; Richard GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008 ; Alexander ORAKHELASHVILI, *Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 ; Carlos Fernández DE CASADEVANTE ROMANI, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2007 ; George LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; Ulf LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007 ; Robert KOLB, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; Voir aussi Kerstin MECHLEM, « Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, No 42, Vol 3, 2009, pp. 905-947 ; Alexander ORAKHELASHVILI, « Principles of Treaty Interpretation in the NAFTA Arbitral Award on Canadian Cattlemen », *Journal of International Arbitration*, No 1, Vol 26, 2009, pp. 159-174 ; Scott M. SULLIVAN, « Rethinking Treaty Interpretation », *Texas Law Review*, No 4, Vol 86, 2008, pp. 777-818 ; Ulf LINDERFALK, « Is the Hierarchical Structure of Article 31 and 32 of the Vienna Convention Real or Not? Interpreting the Rules of Interpretation », *Netherlands International Law Review*, Vol 65, 2007, pp. 133-154 ; Duncan FRENCH, « Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules », *International and Comparative Law Quarterly*, No 55, Vol 2, 2006, pp. 281-314 ; Jean-Marc SOREL, « Article 31 »,

bien davantage à poser quelques jalons pratiques et théoriques sur lesquels les différentes contributions de l'ouvrage pourront ensuite s'appuyer. Il s'agira tout d'abord d'identifier les questions qui se posent pour l'interprétation juridique dans le domaine du droit européen en soulignant leurs spécificités par rapport à celles de l'interprétation en droit interne ou en droit international. S'ensuivra une brève discussion et critique de la pratique de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans le domaine. Il s'agira enfin d'offrir quelques réflexions théoriques et perspectives pratiques sur un thème appelé à devenir central pour le développement du droit européen durant les années à venir.

La notion d'« interprétation » désigne à la fois une activité herméneutique et son résultat. En droit, l'interprétation consiste à expliquer, montrer ou révéler - selon la conception de l'interprétation retenue - le sens de la norme interprétée, si ce sens ne peut pas être déterminé clairement sur la base des termes utilisés et des conventions qui déterminent leur usage⁵. Au vu de l'indétermination du droit, l'interprétation est un élément incontournable du raisonnement juridique - plus ou

in Olivier CORTEN, Pierre KLEIN, dir., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, Vol II, pp. 1293 et s. ; Frank BERMAN, « Treaty Interpretation in a Judicial Context », *Yale Journal of International Law*, Vol 29, 2004, pp. 315-322 ; Jan KLABBERS, « International Legal Histories : The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation? », *Netherlands International Law Review*, No 50, Vol 3, 2004, pp. 267-288 ; Peter McRAE, « The Search for Meaning: Continuing Problems with the Interpretation of Treaties », *Victoria University Wellington Law Review*, Vol 33, 2002, pp. 209-260 ; Heribert GOLSONG, « Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties », in R. McDONALD et al., dir., *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 147-162 ; Christopher KUNER, « The Interpretation of Multilingual Treaties : Comparison of Texts Versus the Presumption of Similar Meaning », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 40, 1991, pp. 953-964 ; Peter GERMER, « Interpretation of Plurilingual Treaties : A Study of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Harvard International Law Journal*, Vol 11, 1982, pp. 400-427 ; Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974 ; Meinhard HILF, *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge*, Berlin, Springer, 1973 ; M. McDUGAL, H. LASWELL, J. MILLER, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order*, Dordrecht, Nijhoff, 1967 ; Rudolf BERNHARDT, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Köln, Berlin, Carl Heymanns, 1963 ; V.D. DEGAN, *L'interprétation des accords en droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1963 ; Charles DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pédone, 1963.

- ⁵ La CJUE définit elle-même l'interprétation dans les termes suivants : « *L'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177, la Cour de Justice donne d'une règle du droit communautaire, éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur* », CJUE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit italiana Srl*, 61/79, Rec. 1980, p. 1205, point 16.

moins incontournable selon la théorie du droit retenue. Par conséquent, et même si la distinction n'est pas toujours aisée tant l'interprétation est centrale au raisonnement juridique, il est utile de distinguer l'interprétation notamment de la création d'un acte juridique original⁶, de la traduction d'un acte juridique dans une autre langue, ainsi que de l'application d'un acte juridique à une situation concrète⁷. Selon la théorie de l'interprétation que l'on adopte et notamment en fonction de l'opposition entre théories communicatives et non-communicatives⁸ de l'interprétation, l'importance du texte, de l'histoire, de la structure de l'acte juridique ou encore de ses objectifs variera. En matière d'interprétation textuelle, plus particulièrement, le recours à l'intention de l'auteur du texte quant à son sens ou du moins le recours à l'intention de l'auteur quant à la manière dont ce sens devrait être établi sera admis ou ne le sera pas selon la théorie retenue. C'est surtout relativement aux objectifs et aux critères de légitimité de l'interprétation que les différences théoriques sont les plus importantes ; selon qu'une interprétation est justifiée par référence à sa fidélité à l'autorité du droit ou par référence à un standard moral objectif, la conception proposée variera du tout au tout.

En droit européen, l'interprétation est tout aussi incontournable qu'en droit interne, et tout aussi contestée quant à sa conception. En fait, l'interprétation en droit européen présente des caractéristiques originales propres à la spécificité de l'ordre juridique européen. L'ordre juridique européen est en effet un ordre juridique supranational, qui puise certes ses origines en droit international mais qui est aujourd'hui considéré comme *sui generis* tant par les européanistes que par les internationalistes⁹. Parmi les spécificités du droit européen, on mentionne souvent

⁶ Parmi les différentes théories de l'interprétation juridique, on peut distinguer entre les tenants de l'interprétation créatrice et ceux qui défendent une interprétation conservatrice selon que le sens de l'original, et l'original par conséquent, est créé ou transformé ou, au contraire, simplement révélé et préservé. Le rôle de l'interprétation en cas de lacune du droit est une question connexe. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'il faut replacer le débat relatif à l'activisme judiciaire et au rôle du juge dans la création du droit : voir notamment Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, op.cit., note 1 ; et Jeremy WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

⁷ Cette question a été débattue en droit européen aussi. Ainsi, l'Avocat général Lagrange a souligné dans ses conclusions dans l'affaire *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, Rec. 1964, p. 1141, que « la délimitation de la frontière entre l'application et l'interprétation est certainement un des problèmes les plus délicats que pose le maniement de l'article 177 [...] ».

⁸ Pour une critique (dworkinienne) du modèle communicatif (razien) de l'interprétation en droit européen, voir George LETSAS, *A Theory of Interpretation*, op.cit., note 2.

⁹ Sur les origines internationales du droit européen, voir Samantha BESSON, « How International is the European Legal Order ? Retracing Tuori's Steps in the Exploration of European Legal Pluralism », *No Foundations*, 2008 (<http://www.helsinki.fi/nofol/>) ; Samantha BESSON, « European Legal Pluralism after *Kadi* », *European Constitutional Law Review*, No 5, 2009, pp.

qu'il est autonome tout en étant « intégré » au droit interne¹⁰. De ce fait, la théorie du droit traditionnelle, telle qu'elle a été développée en droit interne, butte sur des difficultés importantes lorsqu'elle tente de saisir la légalité de cet ordre juridique sans précédent¹¹. L'influence du droit européen sur le droit interne remet d'ailleurs aussi en question certains acquis de la théorie du droit traditionnelle même dans le contexte du droit interne. Nul doute que l'interprétation est l'une des questions dont la compréhension est influencée par et influence cette remise en cause de la théorie du droit en Europe¹². En fait, l'interprétation en droit européen pose aussi des questions qui appellent en soi un débat distinct et nécessitent des réponses théoriques nouvelles dans ce contexte. Ces questions découlent, comme nous le verrons, du multilinguisme européen, mais surtout du caractère intégré et évolutif de l'ordre juridique européen. Il faut encore mentionner la complexité de la production et des sources du droit dans l'Union européenne (UE) et de l'autorité du droit européen par conséquent. La CJUE a d'ailleurs identifié certaines de ses spécificités interprétatives dans sa jurisprudence et notamment dans son arrêt *CILFIT*¹³.

Les conséquences de la spécificité de l'interprétation juridique en droit européen ne se font pas ressentir d'ailleurs uniquement en relation avec le droit européen au sens strict, mais aussi dans le cadre de l'interprétation du droit national et du droit

237-264 ; Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, dir., *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles - Colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2001, pp. 207-249. Pour une conception internationaliste du droit européen, voir Bruno De WITTE, « International Law as a Tool for the European Union », *European Constitutional Law Review*, No 5, 2009, pp. 265-283 ; Alain PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Academy of European Law*, Florence, dir., *Recueil des cours*, Vol V, book 2, Dordrecht, Nijhoff, 1997, pp. 193-271.

¹⁰ Sur l'autonomie du droit européen, voir Theodor SCHILLING, Joseph H.H. WEILER & Ulrich R. HALTERN, *Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences? The Schilling - Weiler/Halter Debate*, 1996 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html>).

¹¹ Sur la remise en cause de la théorie du droit par de nouvelles formes de légalité, voir Samantha BESSON & John TASIOLAS, « Introduction », in Samantha BESSON & John TASIOLAS, dir., *Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

¹² Il paraît d'ailleurs étonnant qu'en dépit du caractère central de l'interprétation dans tout ordre juridique, y compris l'ordre juridique européen, et des spécificités de cet ordre juridique, la théorie de l'interprétation y soit encore si peu développée, voire que les avancées dans ce domaine en théorie du droit aient eu si peu d'influence sur la pratique. Comme nous le verrons, la CJUE conçoit ainsi encore l'interprétation judiciaire à travers la triade texte-système-finalité.

¹³ La Cour a mis en évidence les caractéristiques du droit européen et les difficultés particulières que présente son interprétation, dans son arrêt du 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, 283/81, Rec. 1982, p. 3415, points 17 et s. Voir Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, op.cit., note 3, p. 607.

international¹⁴ dans l'ordre juridique européen au sens large. C'est cette influence sur l'interprétation de normes juridiques issues d'ordres juridiques distincts mais au sein de l'ordre juridique européen au sens large et par les acteurs de l'interprétation juridique dans cet ordre juridique que le titre de cet ouvrage cherche à capturer. En insistant sur l'interprétation non pas seulement *du* droit européen, mais de l'ensemble du droit applicable dans l'ordre juridique européen ou *en* droit européen au sens large, une nouvelle facette du pluralisme juridique européen est ainsi identifiée¹⁵.

I. L'interprétation en droit

Afin de bien saisir ce qu'il faut entendre par l'interprétation en droit européen, il convient tout d'abord d'en isoler certains éléments et en particulier ses objets, acteurs et méthodes, avant de la distinguer sur ces différents éléments de l'interprétation en droit international, puis en droit interne.

A. En soi

L'interprétation juridique en droit européen couvre l'interprétation de toute norme de droit valide et applicable dans l'ordre juridique européen au sens large, soit l'ordre juridique de l'UE au sens strict et ceux des vingt-sept Etats membres qui y sont intégrés. Il peut s'agir aussi bien de normes issues des diverses sources de droit de l'UE au sens strict que de normes de droit international applicables au titre du droit de l'UE, comme celles qui dérivent de traités conclus par l'UE, mais aussi les droits de la CEDH applicables à titre de source indirecte de droits fondamentaux de l'UE (art. 6 par. 3 TUE), ou de normes de droit interne. Cette approche inclusive de l'interprétation en droit européen permet de ne pas avoir à répondre de manière précise à la question des contours du droit européen et de prendre position sur ses sources, notamment quand ces dernières sont dites inclure ou ne pas inclure le droit national de transposition d'une directive ou les obligations de droit interna-

¹⁴ Sur l'influence du droit européen sur le droit international, voir Jan WOUTERS, André NOLLKAEMPER, Erika De WET, dir., *The Europeanisation of International Law : The Status of International Law in the EU and its Member States*, Cambridge, T.M.C. Asser Press, 2008 ; Magdalena LIČKOVÁ, « European Exceptionalism in International Law », *The European Journal of International Law*, No 3, Vol 19, 2008, pp. 463-490.

¹⁵ Sur cet ordre juridique européen lato sensu, voir Samantha BESSON, « From European Integration to European Integrity : Should European Law Speak with Just One Voice? », *European Law Journal*, No 3, Vol 10, May 2004, pp. 257-281.

tional devenues partie intégrante du droit de l'UE¹⁶. De fait, la distinction entre objet à interpréter et objet interprété est souvent assez lâche en droit européen. Ainsi, l'interprétation juridique en droit européen a permis à la CJUE d'identifier progressivement les principes généraux non-écrits de l'UE et de contribuer à la création progressive du droit européen ou du moins, selon le point de vue, à sa formulation et précision¹⁷.

Les acteurs de l'interprétation en droit européen sont multiples. Il peut s'agir d'autorités législatives, exécutives ou judiciaires, mais aussi, de plus en plus, de particuliers dans les domaines couverts par la co-régulation et la nouvelle gouvernance. Dans un ordre juridique intégré comme celui de l'UE, les autorités interprétatives peuvent être nationales¹⁸, européennes comme la CJUE¹⁹ ou la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans les cas relatifs au droit de l'UE, voire même internationales.

L'un des acteurs privilégiés de l'interprétation en droit européen est bien sûr le juge, et notamment la CJUE. En tant que « juge communautaire de droit commun », chacun des juges nationaux des vingt-sept États membres de l'UE est l'« interprète communautaire de droit commun » ; ceci vaut tant dans son interprétation du droit européen que dans celle de son droit national étant donné l'intégration grandis-

¹⁶ Sur ces questions, voir Samantha BESSON, « How International is the European Legal Order ? », op. cit., note 9 ; Samantha BESSON, « European Legal Pluralism after *Kadi* », op.cit., note 9.

¹⁷ Sur les principes généraux de l'UE, voir notamment Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2006 ; Joakim NERGELIUS & Ulf BERNITZ, dir., *General Principles of European Community Law : Reports from a Conference in Malmo, 27-28 August 1999*, La Haye, Londres, Kluwer Law International, 2000.

¹⁸ Sur la nouveauté des méthodes d'interprétation du droit européen pour le juge britannique en 1974, voir Lord Denning, *Bulmer v. Bollinger*, [1974] 2 All ER 1226, 22 May 1974 : « *How different is this Treaty! It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by Regulations or Directives. It is the European way ... much is left to the judges. The enactments give only an outline plan. The details are to be filled in by the judges. Seeing these differences, what are the English courts to do when they are faced with a problem of interpretation? They must follow the European pattern. No longer must they examine the words in meticulous detail. No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look to the purpose or intent. To quote the words of the European Court. . . , they must deduce 'from the wording and the spirit of the Treaty the meaning of the community rules'. They must not confine themselves to the English text. They must consider, if need be, all the authentic texts ... ».*

¹⁹ Sur le rôle des avocats généraux en matière d'interprétation téléologique, voir Miguel POIARES MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3.

sante des ordres juridiques dans l'UE²⁰. Il demeure cependant qu'en vertu de l'art. 19 par. 1 TUE, la CJUE est l'autorité chargée du « respect du droit dans l'interprétation des traités ». Ceci implique non seulement la priorité de l'interprétation judiciaire sur l'interprétation par les autorités législatives ou exécutives de l'UE, mais aussi la priorité de l'interprétation par la CJUE sur les interprétations nationales du droit européen lorsque de telles interprétations sont soumises à son contrôle. On peut même étendre cette priorité sur d'autres autorités d'interprétation internationales puisqu'en vertu de l'art. 344 TFUE, la CJUE est dotée de l'exclusivité en matière de règlement des différends quant à l'interprétation du droit européen²¹.

L'un des moyens de droit destinés à permettre à la CJUE d'assurer une interprétation uniforme du droit européen sans toutefois assumer la compétence exclusive de cette interprétation est le renvoi préjudiciel (art. 267 par. 1 let. b TFUE) ; c'est une voie de droit horizontale (entre juridictions) et bilatérale (relative à une question donnée) qui permet un « dialogue interprétatif » sur le droit européen primaire et dérivé entre juridictions nationales et la CJUE avec en toile de fond une procédure nationale pendante²². En d'autres termes, c'est le moyen de droit qui vise à mettre en oeuvre l'idée d'unité dans la diversité des interprétations du droit européen²³. Cette possibilité est ouverte à toute juridiction nationale qui considère qu'une réponse de la CJUE sur l'interprétation d'un point de droit européen est nécessaire pour rendre son jugement. Est même tenue d'utiliser le renvoi toute juridiction interne dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (art. 267 par. 3 TFUE), pour autant qu'elle juge une réponse de la CJUE nécessaire pour rendre son jugement²⁴. La CJUE a ajouté une deuxième limite à cette obligation : l'existence « d'une jurisprudence établie de la Cour résolvant le

²⁰ Pour cet argument, voir Samantha BESSON, « From European Integration to European Integrity », op.cit., note 15 ; Miguel POIARES MADURO, op.cit., note 3. Pour un exemple, comparer la décision CJUE, 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. c/ Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-127/07, Rec. 2008 p. I-9895, et la décision du Conseil d'Etat du 8 février 2007 dans *Arcelor, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

²¹ Voir, CJUE, 30 mai 2006, *Commission des Communautés européennes c/ Irlande*, C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635.

²² Sur les rapports entre juridictions nationales et la CJUE, voir Anne-Marie SLAUGHTER, Alec Stone SWEET & Joseph H.H. WEILER, dir., *The European Courts and National Courts - Doctrine and Jurisprudence : Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

²³ CJUE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. 1963, p. 3 (23) qui parle d' « unité d'interprétation ».

²⁴ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 10.

point de droit en cause » et ce que les questions posées soient identiques ou non ou, sinon, l'évidence quant à l'application correcte du droit européen (« acte clair »)²⁵. Il faut remarquer à cet égard que la CJUE détient la compétence de réduire ou d'accroître sa capacité d'examen en ce qu'elle interprète la notion d'« acte clair » toujours plus strictement²⁶. La jurisprudence récente révèle d'ailleurs une tendance à la verticalisation et à la multilatéralisation du renvoi préjudiciel de par les effets contraignants des décisions en renvoi préjudiciel et de par leurs effets *ex tunc* et surtout de chose interprétée *erga omnes*²⁷.

Grâce à cette autorité d'unification de l'interprétation du droit européen, l'influence de la jurisprudence de la CJUE sur le développement du droit européen est considérable²⁸. Non seulement la Cour précise-t-elle le droit, mais encore est-elle appelée à en combler les lacunes identifiées par les juridictions nationales, ce qui requiert une jurisprudence créative. Ceci lui permet parfois de précéder l'évolution du droit primaire voire même de compenser son manque d'évolution en période de crise. En cela, le rôle interprétatif de la Cour est proche de celui des juridictions dans les Etats de *common law*, et ce malgré l'influence qu'a exercé le modèle juridictionnel français sur le raisonnement judiciaire de la Cour à ses débuts. Selon le point de vue, la Cour peut donc tout à tour être critiquée pour son trop grand activisme ou, au contraire, son trop grand littéralisme.

Les méthodes d'interprétation en droit européen ont été identifiées très tôt par la CJUE dans le cadre de son interprétation judiciaire du droit européen. Ces méthodes sont de ce fait transposées à l'interprétation du droit européen par les autorités nationales, au risque sinon de voir leurs interprétations reprises par la CJUE. On sait très peu des approches qu'utilisent les autorités législatives et exécutives de l'UE, mais le rôle que joue la CJUE dans l'interprétation du droit européen semble dicter une même approche aux autres autorités de l'UE. Avant de présenter la manière dont la CJUE a adapté ses méthodes interprétatives aux spécificités du droit européen, il est utile de souligner en quoi le droit européen et par conséquent ses méthodes interprétatives diffèrent de ce qui se ferait en droit international, mais aussi en droit interne.

²⁵ CJUE, *CILFIT*, note 13, points 14-16.

²⁶ CJUE, *CILFIT*, note 13, points 14-16.

²⁷ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 14; CJUE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV c/ Productschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00, Rec. 2004, p. I-837, points 20-27.

²⁸ Victor DOMINGUES, « La Cour de Justice des Communautés européennes : d'un monopole d'interprétation à un monopole de contrôle? », *Revue Belge de Droit International*, No 1-2, Vol 38, 2006, pp. 559-582.

B. Par rapport à l'interprétation en droit international

Bien qu'issu de traités internationaux, le droit européen s'est rapidement émancipé de ses origines internationales pour devenir un ordre juridique *sui generis*²⁹. Cet ordre juridique est autonome à la fois par rapport au droit interne et par rapport au droit international³⁰.

C'est notamment par le biais d'arrêts rendus sur question préjudicielle que la Cour de justice s'est prononcée sur la spécificité du droit européen par rapport au droit international. La Cour s'est d'abord concentrée sur les principes d'autonomie et d'effet direct du droit européen³¹. Dans la perspective d'une application uniforme du droit de l'UE, exigence consubstantielle à la notion même de l'UE, la Cour a ensuite affirmé le principe de primauté du droit de l'UE sur toute disposition de droit national, quel que soit son rang dans l'ordre juridique national auquel elle appartient³². Depuis, la Cour se réfère d'ailleurs expressément au droit primaire en tant que « *charte constitutionnelle de base d'une communauté de droit* »³³. Plus récemment, la Cour a confirmé l'autonomie de l'ordre juridique européen du reste de l'ordre juridique international, en insistant sur la compétence de l'ordre juridique européen de déterminer la validité des normes internationales en son sein et en consacrant l'existence de principes constitutionnels inhérents à l'ordre juridique européen qui doivent se voir reconnaître la priorité sur toute norme de droit international³⁴.

En droit international public, les juridictions nationales, et, sous réserve du consentement des Etats, les juridictions internationales, se voient reconnaître une autorité égale à interpréter les traités et autres normes internationales faute d'une juridic-

²⁹ CJUE, avis du 14 décembre 1991, *Espace Economique Européen*, 1/91, Rec. 1991, p. I-6079, points 21 et s.

³⁰ Sur ces caractéristiques et la distinction entre droit européen et droit international, d'une part, et droit interne, d'autre part, voir Samantha BESSON, « European Legal Pluralism after *Kadi* », *op.cit.*, note 9.

³¹ CJUE, *Van Gend & Loos*, note 23, p. 3.

³² CJUE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, note 7.

³³ CJUE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement européen*, 294/83, Rec. 1986, p. 1339, point 23 ; CJUE, *Espace Economique Européen*, note 29, point 21.

³⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P, Rec. 2008, p. I-6351. L'Avocat général Maduro l'exprimait dans ses conclusions du 16 janvier 2008 dans les termes suivants: « *Le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté* ». Conclusions de l'Avocat général M. Poiares Maduro, présentées le 16 janvier 2008 sur l'affaire C-402/05 P, point 24.

tion commune compétente pour en délivrer l'interprétation officielle ou authentique et faute de principes de cohérence ou de subsidiarité applicables entre elles³⁵. La situation est très différente en droit européen. Au risque sinon de mettre en cause l'uniformité d'application du droit européen, l'organe juridictionnel de l'UE, la CJUE, est investi de l'autorité d'unifier l'interprétation du droit européen, comme nous l'avons vu précédemment. En cela, sa relation aux juridictions nationales en matière d'interprétation du droit européen diffère grandement de celle qui existe habituellement entre juridictions internationales et juridictions internes. Tribunal suprême de cet ordre juridique qui se veut à la fois autonome et intégré au droit interne, la CJUE ne se considère pas comme un tribunal international à juridiction facultative comme la Cour internationale de Justice ou subsidiaire comme la Cour européenne des droits de l'homme, mais plutôt comme la juridiction constitutionnelle ou suprême de l'ordre juridique européen. Sa juridiction concentre d'ailleurs les pouvoirs d'un tribunal administratif et civil de première instance et ceux d'une cour constitutionnelle. Le caractère complet (absence de *non-liquet* en droit européen) de l'ordre juridique européen exerce aussi une certaine influence sur le rôle de l'interprétation judiciaire et notamment la référence aux valeurs et principes généraux dans cette interprétation.

C'est pourquoi la CJUE a très rapidement distingué ses méthodes interprétatives de celles du droit international public, et pratique une forme d'interprétation proche de celle d'une juridiction constitutionnelle interne, mais néanmoins distincte comme nous le verrons³⁶. La Cour a en effet déduit de la nature de l'ordre juridique européen et des traités fondateurs un « cadre herméneutique »³⁷ spécifique qui se distingue expressément de celui du droit international classique, c'est-à-dire des règles inscrites aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ces articles par lesquels l'UE n'est pas conventionnellement liée ont valeur de droit coutumier et s'appliquent en principe à l'interprétation de toute convention de droit international. Selon l'art. 31 par. 1, il existe trois méthodes d'interprétation des traités et d'identification de leur « sens ordinaire »³⁸ : la méthode littérale, la

³⁵ Pour une conception distincte, voir Emmanuelle JOUANNET, « Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international : Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des Plates-formes pétrolières », *Revue générale de droit international public*, No 4, Vol 108, 2004, pp. 917-948 (929).

³⁶ Stefan VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, Vol 1, p. 346 ; Renaud DEHOUSSE, *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1997, chapitre 2.

³⁷ Sur cette expression, voir MADURO, « Interpreting European Law », *op.cit.*, note 3.

³⁸ Pour une critique de cette approche classique, voir Andrea BIANCHI, « Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif », *ce volume*.

méthode systématique et la méthode téléologique. Toutes trois ont un rang équivalent. Pour des raisons liées à la production du droit international public, la méthode historique (art. 32) est considérée comme subsidiaire et est généralement exclue en matière de traités multilatéraux.

Dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a identifié ces mêmes trois méthodes d'interprétation du droit international et les a fait siennes : selon elle, pour interpréter le droit primaire de l'UE comme pour interpréter une convention internationale, « il faut en envisager l'esprit, l'économie et les termes »³⁹. Elle explique ensuite cependant comment ces trois méthodes doivent être comprises différemment dans le contexte spécifique du droit européen. Nous verrons, dans le cadre de la présentation de la pratique interprétative de la CJUE, comment la Cour applique ces trois méthodes en pratique et quelles priorités elle établit entre elles.

C. Par rapport à l'interprétation en droit interne

Si la CJUE tient à distinguer ses méthodes d'interprétation de celles du droit international, il convient néanmoins de ne pas les confondre avec celles d'une juridiction interne. La Cour, même si elle exerce des compétences proches de celles d'une juridiction constitutionnelle suprême, ne détrône pas les juridictions internes qui conservent le pouvoir d'interprétation de droit commun en droit européen. Le dialogue interprétatif entre les juridictions internes et la CJUE a lieu, comme nous l'avons vu, au travers de la voie de droit qui caractérise l'ordre juridique européen : le renvoi préjudiciel.

L'interprétation du droit européen par la CJUE se distingue de l'interprétation judiciaire en droit interne de par ses méthodes. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la CJUE a identifié certaines des spécificités de l'interprétation en droit européen dans son arrêt *CILFIT*⁴⁰. Ces spécificités sont en bref le multilinguisme du droit européen, le manque de concordance conceptuelle entre l'usage d'un même concept en droit interne et européen, et l'importance du contexte, des objectifs et de l'évolution de la disposition interprétée. Toutes trois appellent une adaptation des méthodes d'interprétation aux besoins spécifiques de cet ordre juridique intégré au droit interne, mais qui ne peut être confondu avec un ordre juridique interne.

Depuis le début de l'intégration européenne, le multilinguisme constitue un élément constitutif et incontournable de l'ordre juridique européen. Avec le dernier élargissement de 2007, l'Union européenne compte désormais vingt-trois langues officiel-

³⁹ CJUE, *Van Gend en Loos*, note 23, pp. 22 et s.

⁴⁰ CJUE, *CILFIT*, note 13, points 17 et s.

les ayant toutes la même valeur⁴¹. Les actes juridiques de portée générale doivent, selon l'article 4 du Règlement n° 1/1958⁴², être rédigés - et non pas seulement traduits⁴³ - dans toutes ces langues⁴⁴. Le droit européen n'existe donc pas dans une ou quelques langues officielles, mais dans vingt-trois langues en parallèle. Cet état de fait rapproche l'interprétation en droit européen de la traduction juridique et cela bien davantage que ce n'est le cas d'ordinaire. Par ailleurs, le droit européen a graduellement développé une terminologie et des concepts qui lui sont propres et qui ne sont pas toujours issus de concepts préexistants dans les droits nationaux des États membres. La terminologie juridique européenne se trouve en quelque sorte à mi-chemin entre celle d'un pays multilingue ayant un système juridique cohérent et celle d'un pays multilingue ayant plusieurs systèmes juridiques co-existants⁴⁵. Même dans le cas où l'ordre juridique européen se sert des concepts préexistants, c'est la CJUE qui rompt parfois la filiation avec le droit national afin de doter ces concepts d'un contenu autonome. Ainsi, dans un ordre juridique en constante évolution, certains concepts créés par les ordres juridiques nationaux deviennent, par le biais de l'interprétation dynamique de la CJUE, des concepts de droit européen dont le développement les rend autonomes⁴⁶.

⁴¹ CJUE, 12 juillet 1979, *Marianne Koschniske, épouse Wörsdorfer c/ Raad van Arbeid*, 9/79, Rec. 1979, p. 2717, point 6 ; CJUE, 2 avril 1998, *The Queen c/ Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, C-296/95, Rec. 1998, p. I-01605, point 36.

⁴² Le règlement n° 1/1958 du 15 avril 1958 pose sans ambiguïté le principe d'égalité entre les langues officielles et de travail de l'Union. Leur liste a été complétée au rythme des élargissements successifs de l'UE.

⁴³ Sur la langue et l'interprétation en droit européen plus généralement, voir Richard L. CREECH, *Law and Language in the European Union*, op.cit., note 3 ; Isabel SCHÜBEL-PFISTER, *Sprache und Gemeinschaftsrecht*, op.cit., note 3 ; Francis G. JACOBS, « Approaches to Interpretation in a Plurilingual System », op.cit., note 3 ; Lawrence M. SOLAN, « The Interpretation of Multilingual Statutes by the European Court of Justice », op.cit., note 3 ; Geert VAN CALSTER, « The EU's Tower of Babel - The Interpretation by the European Court of Justice », op.cit., note 3 ; Philippe WOODLAND, « Spécificité et ambiguïtés du langage du droit communautaire », op.cit., note 3 ; Lisbeth STEVENS, « Principle of Linguistic Equality in Judicial Proceedings », op.cit., note 3.

⁴⁴ Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, op.cit., note 3, p. 608.

⁴⁵ Philippe WOODLAND, « Spécificité et ambiguïtés du langage du droit communautaire », op.cit., note 3, p. 88. Voir p.ex. le *Legal Taxonomy Syllabus* dans le domaine du droit privé européen : http://www.eulawtaxonomy.org/index_en.php.

⁴⁶ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 19.

Enfin, le droit européen se caractérise par l'usage de concepts souvent indéterminés, ou du moins intentionnellement généraux et abstraits⁴⁷. C'est le cas des traités, issus de négociations intergouvernementales parfois longues et laborieuses. Ceci explique l'importance de la contextualisation et le rôle de la cohérence avec le droit interne dans l'interprétation du droit européen par la Cour⁴⁸. L'indétermination du droit européen reflète aussi la nature évolutive de l'ordre juridique européen, nature qui se ressent ensuite dans l'interprétation et en particulier la nature dynamique de l'interprétation par la Cour. Selon Miguel Maduro, cette approche dynamique de l'interprétation correspond à la nature de l'ordre juridique européen, lui-même caractérisé par l'idée d'une union sans cesse plus étroite⁴⁹.

II. La pratique interprétative de la CJUE

Le contexte spécifique de l'interprétation en droit européen désormais établi, il s'agira dans ce qui suit de présenter les grandes lignes de la pratique interprétative dynamique de la CJUE. Après une présentation générale, nous passerons en revue les quatre méthodes utilisées par la Cour et le rôle du droit comparé dans le contexte de l'interprétation judiciaire en droit européen.

A. L'interprétation dynamique

Selon la CJUE, l'interprétation n'est pas requise pour comprendre le « sens ordinaire » du droit européen. Ce n'est que si ce sens ne peut être saisi qu'une interprétation de sa part est nécessaire⁵⁰. A cet égard, il est intéressant de noter que

⁴⁷ Sean VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européenne*, Bruxelles, Larcier, 4^{ème} éd., 2005, p. 353 ; Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, op.cit., note 3, p. 611.

⁴⁸ Sur le principe de cohérence et son rôle en droit européen, y compris pour l'interprétation en droit européen, voir Miguel MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3 ; Samantha BESSON, « From European Integration to European Integrity », op.cit., note 15 ; Miguel MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in Neil WALKER, dir., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 21 et s. ; Joxerramon BENGOTXEA, Leonor MORAL SORIANO, Neil McCORMICK, « Integration und Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », in Gráinne De BURCA & Joseph H.H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 43-86.

⁴⁹ Voir Miguel MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3.

⁵⁰ Voir CJUE, *CILFIT*, note 13, point 15 ; et les conclusions de l'Avocat général Jacobs sur l'affaire *William Dowling c/ Irlande, Attorney General et Minister for Agriculture and Food*, C-85/90, Rec. 1992, p. I-5320.

l'expression textuelle de l'intention du ou des législateurs européens est, selon la Cour, seule revêtu d'une valeur et autorité juridiques⁵¹, confirmant ainsi le modèle communicatif de l'interprétation évoqué précédemment et ceci en dépit des critiques développées contre ce modèle. En cela, l'approche de la Cour ne se différencie pas fondamentalement du canon classique que l'on retrouve aussi à l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Pour le reste, et en l'absence de règles générales d'interprétation en droit primaire, la CJUE, en tant qu'interprète authentique, dispose d'une grande liberté quant à la méthode choisie. Dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour, après avoir identifié les trois méthodes d'interprétation du droit international, les a adaptées aux spécificités du droit européen *qua* ordre juridique autonome à la fois du droit international et du droit interne. Ainsi, selon elle, « il faut en envisager l'esprit, l'économie et les termes »⁵² Même si elle ne mentionne pas l'interprétation historique, cette dernière est utilisée dans certains arrêts de la Cour, bien qu'elle reste tout à fait secondaire⁵³.

En affirmant dans l'arrêt *CILFIT* que « chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite »⁵⁴, la Cour a défini un cadre général d'interprétation qui tient compte des particularités de l'ordre juridique européen en tant qu'ordre juridique évolutif et intégré dont les rapports avec le droit interne requiert une adaptation constante. Elle a signifié sa préférence pour les méthodes systématiques et téléologiques d'interprétation en droit européen⁵⁵. Et c'est grâce à ce choix que la Cour a pu, par son interprétation systématique et

⁵¹ Voir CJUE, 17 octobre 1996, *Denkavit International BV; VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV c/ Bundesamt für Finanzen*, affaires jointes C-283/94, C-292/94 et C-292/94, Rec. 1996, p. I-05063, points 28-29.

⁵² CJUE, *Van Gend en Loos*, note 23, pp. 22 et s.

⁵³ Voir Carsten BUCK, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, op.cit, note 3 ; Jochen ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, op.cit, note 3 ; Josse MERTENS DE WILMARS, « Reflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes », op.cit, note 3 ; Albert BLECKMANN, « Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs », op.cit, note 3 ; R. M. CHEVALLIER, « Methods and Reasoning of the European Court of Justice in its Interpretation of EC Law », op.cit, note 3 ; Riccardo MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés européennes », op.cit, note 3.

⁵⁴ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 20.

⁵⁵ Voir CJUE, 24 février 2000, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, C-434/97, Rec. 2000, p. I-01129, point 21 ; CJUE, 22 septembre 1988, *Land de Sarre et autres c/ Ministre de l'Industrie, des P et T et du Tourisme et autres*, 187/87, Rec. 1988, p. 5013, point 19.

téléologique du droit primaire, combler certaines lacunes importantes de ce droit⁵⁶. Sur ce point, la CJUE suit la CourEDH qui a également adopté une approche dynamique de l'interprétation de la Convention⁵⁷. Ainsi la CourEDH a-t-elle posé dans son arrêt *Golder*⁵⁸ une maxime générale d'interprétation privilégiant une interprétation finaliste et progressiste par laquelle elle interprète la Convention « à la lumière d'aujourd'hui » et en fait un « instrument vivant »⁵⁹

L'étude de la jurisprudence démontre néanmoins que la CJUE tend à combiner toutes les méthodes d'interprétation à tour de rôle selon le résultat visé⁶⁰, mais sans hiérarchie pré-établie et sans que l'on ne sache jamais vraiment pourquoi l'une devrait l'emporter sur l'autre en cas de conflit⁶¹. Il faut noter notamment que ces méthodes d'interprétation judiciaire sont appliquées différemment et dans un ordre de priorité distinct selon la source de droit européen interprétée par la CJUE ; ainsi, la méthode textuelle est-elle le plus souvent retenue dans le cadre de l'interprétation du droit dérivé. Au-delà de cette distinction entre droit primaire et dérivé, la Cour ne semble pas cependant faire de différences systématiques entre l'interprétation de jugements, d'actes législatifs et de principes non-écrits.

B. La méthode littérale

Le texte constitue en principe le point de départ de l'interprétation de la CJUE⁶². L'interprétation littérale implique le recours à l'analyse grammaticale et linguisti-

⁵⁶ On pensera, par exemple, à l'arrêt CJUE, *Les Verts*, note 33, points 23 et 25 sur l'interprétation de l'art. 263 TFUE.

⁵⁷ CourEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, Recueil des arrêts et des décisions 2002-VI, points 74 et 75.

⁵⁸ CourEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A, n° 18.

⁵⁹ Voir Patrick WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in SFDI, dir., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 171 ; Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, 1989, pp. 194 et s.

⁶⁰ Selon Miguel MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3, cette combinaison est même nécessaire comme contrainte sur l'interprétation téléologique à laquelle la Cour devrait avoir recours dans tous les cas.

⁶¹ Voir CJUE, 10 mars 2005, *Easy Car (UK) Ltd c/Office of Fair Trading*, C-336/03, Rec. 2005, p. I-1947, points 20 et s.

⁶² CJUE, 9 janvier 2003, *Nani Givane e.a. c/ Secretary of State for the Home Department*, C-257/00, Rec. 2003, p. I-345, point 41. Sur la méthode littérale en droit européen, voir Walter Georg LEISNER, « Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts », op.cit., note 3.

que afin d'éclairer le sens des termes utilisés, tel qu'il résulte de l'intention de son auteur ou du moins de son expression dans le texte de l'acte interprété.

Souvent, cependant, la méthode d'interprétation littérale se révèle être insuffisante. L'indétermination linguistique du droit affecte le droit européen comme d'autres ordres juridiques, voire peut-être même davantage du fait à la fois de ses origines de droit international, et de sa nature constitutionnelle et donc largement ouverte. Ceci vaut surtout en droit primaire, car il arrive que les actes de droit dérivé et notamment les directives contiennent des clauses de définition destinées à faciliter leur interprétation littérale. De plus, le droit européen est un droit multilingue ; en cas de divergence, aucune des vingt-trois versions linguistiques officielles et authentiques ne peut se voir donner la priorité sur les autres⁶³. Enfin, l'interprétation littérale, si elle était utilisée seule, figerait l'interprétation du droit européen en ne lui permettant pas d'évoluer, ce que la Cour semble avoir exclu dans *CILFIT*⁶⁴.

Selon une jurisprudence constante de la CJUE, les diverses versions linguistiques d'un texte de droit de l'UE doivent être interprétées de façon uniforme et, dès lors, en cas de divergences entre ces versions, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément⁶⁵. Dans ce cas, la CJUE adapte la méthode littérale en ce qu'elle l'utilise pour une comparaison des versions linguistiques⁶⁶ sans privilégier une version par rapport aux autres⁶⁷. Lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence, la majorité l'emporte si l'interprétation téléologique

⁶³ CJUE, 2 avril 1998, *The Queen c/ Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL*, note 41, point 36. Voir aussi Pierre PESCATORE, « Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne », *Cahiers de Droit européen*, No 25, Vol 4, 1984, pp. 989-1010.

⁶⁴ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 20.

⁶⁵ CJUE, 27 octobre 1977, *Régina c/ Pierre Bouchereau*, 30/77, Rec. 1977, p. 1999, point 14 ; CJUE, 9 janvier 2003, *Nani Givane e.a.*, note 62, point 40 ; CJUE, 1^{er} avril 2004, *Privat-Molkerei Borgmann GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Dortmund*, C-1/02, Rec. 2004, p. I-3219, point 25 ; CJUE, 24 février 2000, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, note 55, point 22.

⁶⁶ CJUE, 7 février 1985, *Abels c/ Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, 135/83, Rec. 1985, p. 469, point 11.

⁶⁷ CJUE, 7 juillet 1987, *Alexander Moxsel Import und Export GmbH & Co. Handels-KG c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, 55/87, Rec. 1988, p. 3845, point 49 ; CJUE, 27 mars 1990, *Milk Marketing Board of England and Wales c/ Cricket St. Thomas Estate*, C-372/88, Rec. 1991, p. 3443, point 18 ; CJUE, 9 janvier 2003, *Nani Givane e.a.*, note 62, point 39.

le confirme⁶⁸. En l'absence d'argument littéral majoritaire, la Cour fait prévaloir les méthodes systématique et téléologique⁶⁹. Parfois, l'interprétation littérale est aussi utilisée afin de confirmer une interprétation téléologique *a fortiori* et pour éviter que l'interprétation téléologique ne tombe dans l'interprétation analogique.

C. La méthode systématique

La méthode systématique constitue avec la méthode téléologique le coeur du cadre herméneutique identifié par la CJUE pour l'interprétation du droit européen dans son arrêt *CILFIT*⁷⁰.

Par la méthode contextualiste ou systématique le juge tient compte de la place et de la fonction d'une disposition dans ses rapports avec d'autres normes et du point de vue de l'ensemble de la réglementation⁷¹. Cette méthode se fonde sur l'idée que toute règle juridique est insérée dans une structure qui l'englobe et l'interpréter dans ce contexte permet d'assurer la cohérence de l'ensemble⁷². L'alinéa se situe dans un article, l'article dans un chapitre, le chapitre dans un titre, le titre dans un traité, et le traité lui-même est intégré à l'ensemble du droit européen⁷³.

La CJUE a précisé à maintes reprises qu'il est important de replacer chaque disposition du droit primaire dans son contexte, en la mettant en relation avec d'autres paragraphes du même article et avec le système général du traité⁷⁴. Plus généralement, la Cour cherche parfois à interpréter le droit primaire à la lumière de sa place dans le système global de l'ordre juridique européen⁷⁵. En interprétant une règle de droit dérivé, la Cour se réfère souvent à l'économie générale de la réglementation

⁶⁸ CJUE, 17 octobre 1996, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV c/ Bundesamt für Finanzen*, affaires jointes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, Rec. 1996, p. I-05063, points 23 et s.

⁶⁹ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 18 ; CJUE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. c/ Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C-72/95, Rec. 1996, p. I-05403, point 28.

⁷⁰ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 20.

⁷¹ Reinhold ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, München, C.H. Beck, 10^{ème} éd., 2006, p. 43.

⁷² Neville L. BROWN et Tom KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell, 5^{ème} éd., 2000, p. 248.

⁷³ CJUE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance Ltd e.a. c/ New Hampshire Insurance Company*, C-351/89, Rec. 1991, p. I-3317, point 16 ; CJUE, 23 février 1988, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Conseil des Communautés européennes*, 68/86, Rec. 1988, p. 855, points 13 et s. ; CJUE, 22 septembre 1988, *Land de Sarre et autres c/ Ministre de l'Industrie, des P et T et du Tourisme et autres*, 187/87, Rec. 1988, p. 5013, point 11.

⁷⁴ CJUE, 3 février 1976, *Pubblico Ministero c/ Flavia Manghera et autres*, 59/75, Rec. 1976, p. 91, points 6 et s.

⁷⁵ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 20 ; CJUE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 149/77, Rec. 1978, p. 1365, point 15.

dont elle constitue un élément de référence⁷⁶. La CJUE a aussi précisé que lorsqu'un acte de droit dérivé est susceptible de plusieurs interprétations possibles, il convient, en vertu de la primauté du droit primaire, de choisir l'interprétation qui rend l'acte conforme aux traités et aux principes généraux du droit de l'UE⁷⁷.

D. La méthode téléologique

La méthode téléologique est fondée sur la finalité poursuivie par l'acte juridique interprété⁷⁸. Elle constitue, avec la méthode systématique, l'autre pilier du cadre herméneutique identifié par la CJUE pour l'interprétation du droit européen dans son arrêt *CILFIT*⁷⁹.

La finalité d'un acte de droit dérivé peut être déduite de ses motivations (art. 296 TFUE). En matière de droit primaire, la finalité découle souvent du contexte de la norme. La CJUE fait aussi référence à des objectifs plus larges de l'UE (e.g. art. 3 TUE), comme l'objectif de développement ou d'efficacité de l'ordre juridique européen ou encore l'objectif constitutionnel des traités fondateurs visant à constituer un ordre juridique complet dont les particuliers seraient aussi les sujets⁸⁰. C'est ce que Miguel Maduro appelle l'interprétation « méta-téléologique »⁸¹. Selon lui, cette méthode correspond à la nature pluraliste de l'ordre juridique européen⁸². Elle permettrait notamment d'assurer une certaine cohérence des micro-objectifs au sein des objectifs généraux de l'ordre juridique européen. Et par-là même à la CJUE d'établir une jurisprudence apte à guider la myriade d'interprétations du droit européen par les tribunaux nationaux.

⁷⁶ CJUE, 23 octobre 2003, *RTL Television GmbH c/ Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, C-245/01, Rec. 2003, p. I-12489, point 99.

⁷⁷ CJUE, 10 juillet 1991, *Jean Neu et autres c/ Secrétaire d'Etat à l'Agriculture et à la Viticulture*, affaires jointes C-90/90 et C-91/90, Rec. 1991, p. I-3617, point 12.

⁷⁸ CJUE, 21 novembre 1974, *Johannes Coenrad Moulijn c/ Commission des Communautés européennes*, 6/74, Rec. 1974, p. 1287, point 11 ; CJUE, 7 décembre 1995, *Rockfon A/S c/ Specialarbejderforbundet i Danmark*, C-449/93, Rec. 1995, p. I-04291, point 28 ; CJUE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission des Communautés européennes*, 6/72, Rec. 1973, p. 215, points 23 et s.

⁷⁹ CJUE, *CILFIT*, note 13, point 20.

⁸⁰ CJUE, *Van Gend en Loos*, note 23, pp. 22 et s.

⁸¹ Voir MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3 ; MADURO, ce volume.

⁸² Pour une discussion critique du pluralisme juridique dans l'UE, voir Samantha BESSON, « European Legal Pluralism after *Kadi* », op.cit., note 9 ; Julio BAQUERO CRUZ, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », *European Law Journal*, No 4, Vol 14, July 2008, pp. 389-422.

Pour garantir la sécurité juridique, les objectifs invoqués doivent être suffisamment justifiés et doivent se retrouver dans la motivation de l'arrêt. Parfois, l'interprétation littérale est mobilisée pour confirmer une interprétation téléologique *a fortiori*, et ce de manière à éviter que l'interprétation téléologique ne tombe dans l'interprétation analogique et que les objectifs imputés à la construction européenne ou à des actes juridiques donnés ne soient simplement re-construits par la Cour⁸³. Il est d'ailleurs parfois difficile de distinguer l'interprétation téléologique de la notion d'*effet utile* que la Cour vise à assurer dans son application et interprétation du droit européen⁸⁴.

E. La méthode historique

La méthode historique n'est pas mentionnée par la Cour dans son arrêt *Van Gend en Loos*⁸⁵. Elle est cependant parfois utilisée dans certains arrêts de la Cour, même si elle reste tout à fait secondaire à l'interprétation littérale⁸⁶.

Les raisons qui limitent son usage en droit international public se retrouvent largement en droit primaire européen. Il s'agit notamment du multilatéralisme qui caractérise la production du droit primaire⁸⁷, de la complexité que crée l'adhésion successive de nouveaux Etats membres, mais aussi d'un problème de la preuve. Les travaux préparatoires des traités fondateurs de l'UE sont en effet restés secrets jusqu'en 1995. Par ailleurs, les révisions et consolidations multiples du droit primaire depuis 1957 rendent l'utilisation de l'interprétation historique très aléatoire.

Même en droit dérivé, l'interprétation historique ne joue qu'un rôle secondaire. Certes, dans ce cas, les travaux préparatoires établis par les institutions de l'UE dans le cadre de la procédure législative de l'acte de droit dérivé à interpréter sont connus

⁸³ Sur la nécessité des contraintes sur l'interprétation téléologique par la CJUE, voir MADURO, « Interpreting European Law », *op.cit.*, note 3.

⁸⁴ Sur l'effet utile, voir CJUE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c/ Home Office*, 41/74, Rec. 1974, p. 1337, point 12.

⁸⁵ CJUE, *Van Gend en Loos*, note 23, pp. 22 et s.

⁸⁶ CJUE, 1^{er} juin 1961, *Gabriel Simon c/ Cour de justice des Communautés européennes*, 15/60, Rec. 1961, page 225, point 244 ; CJUE, 17 octobre 1996, *Denkavit International BV*; note 51, points 28-29.

⁸⁷ A noter que l'on trouve parfois mention des délibérations d'assemblées parlementaires nationales : voir les conclusions de l'Avocat général Roemer sur l'affaire *Jean-E. Humblet c/ État belge*, 6/60, Rec. 1960. La Cour a refusé de les prendre en compte dans cette affaire, cependant : voir CJUE, 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c/ État belge*, 6/60, Rec. 1960, p. 1155.

et repertoriés⁸⁸. La Cour ne les prend pourtant en considération que s'ils sont retenus parmi les motivations de l'acte et figurent par conséquent dans le texte de la disposition à interpréter⁸⁹.

F. Le rôle du droit comparé

Au premier abord, le recours au droit comparé ne semble constituer, pour la CJUE, qu'une méthode d'interprétation complémentaire⁹⁰. Cependant, quand on y regarde de plus près, on découvre que les références au droit comparé sont très nombreuses dans ses arrêts⁹¹. L'ancien président de la Cour Mertens de Wilmars a d'ailleurs

⁸⁸ CJUE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm – Sozialamt*, 26/69, Rec. 1969, p. 419, points 3 et s.

⁸⁹ CJUE, 17 juillet 1997, *Badische Erfrischungs-Getränke GmbH & Co.KG c/ Land Baden-Württemberg*, C-17/96, Rec. 1997, p. I-4617, points 16 et s. ; CJUE, 26 février 1991, *The Queen c/ Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen*, C-292/89, Rec. 1991, p. I-745, point 18 ; CJUE, 17 octobre 1996, *Denkavit International BV*, note 51, point 29. Voir Søren SCHONBERG, Karin FRICK, « Finishing, refining, polishing », *op.cit.*, note 3.

⁹⁰ CJUE, 14 janvier 1982, *Nicolaus Corman & Fils SA c/ Hauptzollamt Gronau*, 64/81, Rec. 1982, p. 13, point 8.

⁹¹ Pierre PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres », *Revue internationale de droit comparé*, No 2, Vol 32, 1980, pp. 337 et s. Sur le rôle du droit comparé dans l'interprétation par la CJUE, voir notamment Francis JACOBS, « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems : The European Court of Justice », *Texas International Law Journal*, Vol 38, 2003, pp. 547 et s. ; Koen LENAERTS, « Interlocking Legal Orders in the EU and Comparative Law », *ICLQ*, No 4, Vol 52, 2003, pp. 873-906 ; Markku KIIKERI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht, Kluwer, 2002 ; Walter VAN GERVEN, « Comparative Law in a Regionally Integrated Europe », in A. HARDING, E. ORÜCÜ, dir., *Comparative Law in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 155-178 ; Pierre LEGRAND, « Public Law, Europeanization and Convergence : Can Comparatists Contribute ? », in P. BEAUMONT, C. LYONS & N. WALKER, dir., *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 225-256 ; Koen LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, No 3, juillet-septembre 2001, pp. 487-528 ; C.N. KAKOURIS, « Use of the Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities », *Pace International Law Review*, Vol 6, 1994, pp. 267 et s. ; Meinhard HILF, « Comparative Law and European Law », in Rudolf BERNHARDT, dir., *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, pp. 695 et s. ; Meinhard HILF, « The role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities », in Armand de MESTRAL, dir., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, Blois, 1986, pp. 558 et s. ; Hans-Woolfram DAIG, « Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht », in Herbert BERNSTEIN et al., dir., *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1981, pp. 395 et s.

classé le recours au droit comparé parmi les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour⁹².

En soi, les références judiciaires au droit comparé peuvent être de nature très diverse⁹³. Le droit national étranger peut être mentionné à titre informatif, mais il peut aussi constituer une source d'inspiration, voire même, troisièmement, d'autorité, même si cette dernière est extrêmement contestée. Dans l'un ou l'autre, cas, il y a de multiples manières d'utiliser le droit étranger selon que ce droit est simplement mentionné ou au contraire appliqué ou distingué. Enfin, la mention du droit comparé dans la partie opératoire d'un jugement est plus significative qu'une simple mention délibérative.

En droit européen, on peut noter la même diversité des rôles du droit comparé. Il faut cependant bien distinguer le rôle de la comparaison entre les droits nationaux des Etats membres de l'UE d'autres références au droit d'Etats tiers à l'UE. Dans un ordre juridique intégré comme celui de l'UE, comme nous l'avons vu précédemment, les relations au droit national des Etats membres et la cohérence transnationale de l'ordre juridique européen sont très importantes pour une bonne intégration des normes de droit européen en droit interne. D'où le rôle du droit comparé aussi bien dans l'élaboration des normes de droit européen, et notamment des principes généraux du droit de l'UE en tant que « droit commun » de l'UE, que dans leur interprétation une fois établies⁹⁴.

Le premier rôle du droit comparé comme source de droit européen est le plus évident. On peut mentionner l'absence de *non-liquet* et le caractère complet de l'ordre juridique européen comme justification de la recherche en droit interne de solutions aux lacunes du droit européen. Parmi les exemples importants, on peut mentionner l'élaboration par la CJUE du régime de responsabilité de l'Etat en droit européen ou la reconnaissance des droits fondamentaux de l'UE en tant que principes

⁹² Josse Mertens de WILMARS, « Le droit comparé dans la jurisprudence de la CJUE », *Journal des Tribunaux*, 19 janvier 1991, p. 37.

⁹³ Sur ces différents usages du droit comparé et leur légitimité, voir MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3 ; Christopher MCCRUDDEN « Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, No 4, Vol 20, 2000, pp. 499-532 ; William EWALD, « Comparative jurisprudence (I): what was it like to try a rat ? », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 143, 1995, pp. 1889-2149 ; William EWALD, « Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants », *American Journal of Comparative Law*, Vol 43, 1995, pp. 489-510.

⁹⁴ Voir Koen LENAERTS, « Interlocking Legal Orders in the EU and Comparative Law », op.cit., note 91.

généraux fondés sur les traditions constitutions nationales⁹⁵. Le second rôle du droit comparé est moins connu et ses contours plus flous. Sa légitimité comme méthode interprétative reste d'ailleurs encore très controversée. D'aucuns, comme Miguel Maduro, justifient l'utilisation du droit comparé en tant que guide de la méthode téléologique par référence au pluralisme interne et externe qui caractérise l'ordre juridique européen et aux rapports hétérarchiques entre droit interne et droit européen, d'une part, et droit européen et droit international, d'autre part. Selon lui, ce pluralisme génère une forme de « concurrence interprétative » relative aux mêmes normes de droit européen applicables par différentes juridictions, concurrence qu'il convient d'organiser par référence au principe de cohérence, d'où l'autorité du droit comparé dans ce contexte⁹⁶.

L'identification des normes de droit comparé demeure bien entendu très difficile en pratique. On peut l'expliquer par l'incommensurabilité de nombreuses normes de droit, mais aussi par les difficultés très concrètes comme celle du nombre de solutions nationales à rallier avant de pouvoir en tirer un point de comparaison légitime⁹⁷ et de la justification d'interprétations divergentes sur le plan national de droits fondamentaux de l'UE issus à l'origine de la comparaison des traditions constitutionnelles nationales⁹⁸. Cette dernière question mérite d'être posée *mutatis*

⁹⁵ Voir notamment CJUE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, 44/79, Rec. 1979, p. 3727, points 20 et s. ; CJUE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-01029, point 27.

⁹⁶ Voir Miguel MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 3; MADURO, ce volume.

⁹⁷ Sur ces questions dans le domaine de l'identification des droits fondamentaux de l'UE et de leur interprétation, voir le débat entre Besselink et Weiler : Joseph H.H. WEILER, « Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space », in Joseph H.H. WEILER, dir., *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 102-129 ; Leonard BESSELINK, « Entrapped by the Maximum Standard : On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union », *Common Market Law Review*, Vol 35, 1998, pp. 629-680. Ainsi, à l'époque où la Communauté Européenne n'était composée que de six Etats Membres, les références au droit comparé étaient plus détaillées : CJUE, 12 juillet 1957, *Mlle Dineke Algera, M. Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M. Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen c/ Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, affaires jointes 7/56, 3/57 à 7/57, Rec. 1957, p. 81, point 115. Par la suite, la Cour s'est bornée à se référer aux « ordres juridiques » ou aux « traditions constitutionnelles » communes aux Etats membres sans renvoyer d'une manière détaillée à l'examen comparatif qui a précédé sa décision. Pour une approche résolument non-arithmétique, voir l'opinion de l'Avocat général Lagrange dans CJUE, 12 juillet 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogoovens en Staalfabrieken c/ High Authority*, C-14/61, Rec. 1962, p. 593.

⁹⁸ Voir notamment CJUE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609. Voir ce-

mutandis en relation avec les interprétations divergentes de la CEDH par la Cour EDH et leur influence sur l'interprétation de ces droits par la CJUE⁹⁹, étant donné que ces droits constituent aussi une source -certes indirecte- des droits fondamentaux de l'UE¹⁰⁰.

III. Perspectives pratiques et théoriques

A l'issue de ces quelques remarques introductives, il paraît clair que le thème est très vaste et que de nombreuses autres questions doivent encore être identifiées. En guise de conclusion, il est utile d'identifier quelques-unes des questions pratiques et théoriques qu'il serait important de discuter à l'avenir. Certaines sont abordées par les contributions de cet ouvrage, alors que d'autres le seront certainement ailleurs.

Sur un plan pratique, il semble particulièrement important d'approfondir les comparaisons entre pratiques interprétatives européennes, d'une part, et pratiques interprétatives internationales et internes, d'autre part. Les trois domaines sont clairement imbriqués et l'étude des uns ne peut se faire sans celles des autres dans un ordre juridique européen intégré et pluraliste. Parmi les domaines les moins étudiés, il semble que l'interprétation extra-judiciaire, par exemple dans le domaine de la transposition ou de la législation sur délégation, ait été quelque peu négligée et mérite davantage d'attention. Il paraît aussi qu'au vu de l'engouement croissant pour le droit comparé (interne ou international) dans les délibérations et décisions de juridictions internes, régionales et internationales, le rôle du droit comparé dans l'interprétation du droit européen et sa légitimité devraient retenir toute notre attention à l'avenir.

Sur un plan théorique, c'est sans surprise que l'on peut constater à l'issue de cette introduction que l'explication de l'interprétation en droit européen fait apparaître nombre des difficultés sur lesquelles la théorie du droit interne butte lorsqu'elle cherche à rendre compte de la nature de l'ordre juridique européen et de sa légitimité.

pendant le raisonnement circonstancié de l'avocat général Maduro le 8 octobre 2008 dans *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, Rec. 2008 p. I-9999.

⁹⁹ Sur cette question, voir les conclusions du 9 septembre 2008 de l'avocat général Maduro dans l'affaire *M. Elgafaji, N. Elgafaji c/ Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, Rec. 2009, p. I-803.

¹⁰⁰ Sur le rôle du droit comparé dans le domaine des droits fondamentaux, voir Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, « A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis », *Common Market Law Review*, No 3, Vol 43, 2006, pp. 629-665.

mité. On pensera, par exemple, aux rapports entre interprétation judiciaire et interprétation législative sur le plan de l'UE et ainsi au rapport entre interprétation et contexte institutionnel, ou encore aux rapports entre interprétation et création du droit européen notamment au vu du développement de l'interprétation téléologique par la CJUE. L'interprétation en droit européen devrait donc impérativement constituer l'un des volets d'une théorie plus large du droit européen et plus généralement être placée au coeur du renouveau de la théorie du droit en Europe.

Afin d'ordonner quelque peu les travaux du colloque, les réflexions des doctorants et intervenants se sont articulées autour de trois volets identifiés par les organisateurs dans leur appel à contributions. Certains doctorants ont souhaité rattacher leur contribution à leurs recherches doctorales propres en traitant des questions soulevées à la lumière de leur sujet de thèse, alors que d'autres ont préféré écrire un article indépendant, inspiré par l'un ou l'autre des thèmes proposés. Les contributions des intervenants externes ont quant à elles toutes été écrites en vue du colloque doctoral et de la présente publication.

Il est utile à l'orée de cet ouvrage d'offrir un bref survol des contributions qu'il contient. À chaque fois, un bref résumé de la contribution sera donné, tout d'abord en français puis en anglais.

It is useful at the outset of this collection of essays to provide a brief overview of the contributions it is comprised of. In each case, a short abstract of the contribution will be provided, first in French and then in English.

Le présent volume, comme le colloque est articulé autour de trois volets.

Following the structure adopted at the conference itself, the present volume is divided into three distinct parts.

Le premier thème abordé par le colloque et le présent ouvrage est *La nature et la légitimité de l'interprétation en droit européen*. Ce premier volet porte sur la nature spécifique de l'interprétation en droit européen, sa légitimité propre et de ce fait aussi sur ses rapports avec l'interprétation en droit national et en droit international. Cette première partie de l'ouvrage comprend des contributions consacrées aux questions concernant les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif, le rôle du juge national et européen et la relation entre juge et législateur de l'UE.

The first topic addressed by the conference and the book is The Nature and the Legitimacy of Interpretation in European Law. The first part of the book entails contributions pertaining to the specific nature of interpretation of European law, its legiti-

macy and its relationship to interpretation in domestic and international law. The topics addressed range from the myths of textual interpretation and the role of the national judge to the law-making role of the ECJ.

Dans son chapitre **Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif**, le Prof. Andrea Bianchi vise à explorer la façon dont les juristes (internationalistes) conçoivent l'interprétation textuelle. Le recours fréquent à certaines expressions telles que « le sens ordinaire » ou « le sens littéral » du texte pourrait suggérer que l'interprétation juridique est fonction de la propriété linguistique des mots et qu'un texte peut être interprété de façon objective. Il démontre qu'en soi-même le langage n'est ni clair ni ambigu. Ce qui rend la signification d'un texte claire et dépourvue d'ambiguïté est plutôt son contexte ainsi que d'autres facteurs extralinguistiques. En même temps, la thèse selon laquelle la signification d'un texte ne peut être qu'indéterminée est également considérée comme infondée. L'attitude intellectuelle qui consiste à postuler une régression à l'infini de l'interprétation juridique néglige le défi pratique que le droit se doit de relever, notamment celui de faire application des règles à des cas concrets. Les règles sont interprétées par une « communauté interprétative » qui en détermine la signification et en spécifie le champ d'application. Tout en essayant de démanteler les fondements des différents mythes du sens ordinaire et de l'indétermination, cet essai soutient que la signification a toujours son origine dans une communauté et que l'interprétation juridique est affectée par de nombreux facteurs et circonstances que la doctrine a toujours eu tendance à négliger.

*In his chapter **Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif**, Prof. Andrea Bianchi explores the ways in which (international) lawyers deal with textual interpretation. Such expressions as 'plain meaning' or 'ordinary meaning' seem to reflect the determinacy of the text and the objective character of interpretation. The chapter attempts to demonstrate that language as such conveys no clear and objective meaning and that only by resorting to context and/or other extra-linguistic elements may 'meaning' be considered clear. By the same token, there is no such thing as an absolute indeterminacy of a legal text either. The theoretical posture that postulates the infinite regress of legal interpretation and, therefore, its indeterminate character fails to consider that the problem of 'meaning' in law poses a practical challenge, as decisions must be taken on the basis of what a certain interpretive community perceives to be the law. While deconstructing the myths of determinacy and indeterminacy of textual interpretation, the paper ultimately attempts to show that meaning originates in a social community and that legal interpretation is constrained by factors and circumstances that are often overlooked by international legal scholarship.*

Dans son chapitre **Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire**, *Fatimata Niang* constate que la période contemporaine serait marquée par la marginalisation des contempteurs classiques du pouvoir politique des juges. Pourtant, la nécessité de légitimer le pouvoir de *juridictio* - en tant que composante essentielle de ce pouvoir politique - demeure un défi majeur des démocraties. Face à la montée de l'emprise du judiciaire sur le politique, il apparaît aujourd'hui nécessaire de s'affranchir des modèles classiques, d'une part centrés sur le paradigme démocratique et ballottés d'autre part entre l'approche aristotélicienne et les explications plus disparates des modernes. S'il est difficile aujourd'hui de contester la politisation de la fonction de juger, c'est principalement parce que la force du syllogisme judiciaire empêche d'appréhender de façon réaliste les modalités véritables d'exercice de cette fonction. Avec l'apparition de juridictions transnationales, les juges nationaux sont confrontés à une mutation de leur statut juridictionnel alors que la centralité démocratique empêche de comprendre la fonction du juge en dehors du modèle étatique et réprime toute modélisation pluraliste de cette fonction. Un tel exercice suppose une production théorique originale et réaliste, portée par l'approche dworkinienne que l'auteur exploite pour dégager une théorie judiciaire de l'interprétation susceptible de fonder le titre de compétence du juge communautaire de droit commun.

In her chapter Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire, *Fatimata Niang argues that, even nowadays the marginalization of the traditional critics of the political power of judges is noticeable, the need to legitimate the juridictio function remains a major challenge of democracies. With the rise of the political power of the judiciary, it appears today necessary to escape from the traditional models. On one hand, those are focused on the democratic paradigm and on the other torn between the aristotelician approach and the more extending explanations provided by the moderns. If it is hard today to dispute the politization of the function of judge, it is mainly because the strength of the judiciary syllogism prevents from apprehending how judges are really performing their task. Because of the emergence of transnational jurisdictions, national judges are confronted with a change of their jurisdictional statute. However, democratic centrality prevents from understanding the function of judge apart from the national benchmark and represses any pluralist conceptualization of this body. Such an exercise supposes an original and realistic theoretical production, carried by a dworkinian approach that shall be exploited by the author to release a judicial theory of interpretation so as to find the title of competence of national judges within the community legal system.*

L'étude d'*Anne Eisengräber* intitulée **Les institutions européennes dans le débat sur le « gouvernement des juges »** prend comme point de départ la problématique

que générale de la création du droit judiciaire dans une démocratie et la problématique spécifique du rôle créateur de la CJUE dans la construction européenne. Elle cherche ensuite à analyser la réaction du législateur communautaire par rapport à cette problématique. Dans le passé, les Etats membres ont parfois critiqué publiquement le rôle de la CJUE lorsqu'une de ses décisions allait à l'encontre de leur volonté. Les institutions européennes en revanche, ont été largement absentes dans ce débat. Récemment, des voix se sont élevées au sein du Parlement européen pour reprocher à la CJUE de constituer un « gouvernement des juges ». Cette étude propose de prendre cette évolution au sérieux. Elle explique l'absence des institutions européennes dans ce débat par les caractéristiques particulières du fonctionnement de ces mêmes institutions et avance la thèse que les réformes du traité de Lisbonne sont susceptibles d'altérer la situation. Même si l'importance de la CJUE dans le développement du droit communautaire n'est pas prête de diminuer, la légitimité de sa jurisprudence sera désormais également débattue au niveau supranational.

*In her chapter **Les institutions européennes dans le débat sur le « gouvernement des juges »**, Anne Eisengraber starts with a general discussion of judicial law-making in democracies and of the particular legitimacy questions regarding the law-making role of the ECJ, in order to analyze, in the following parts of the paper, the position of the European legislator in this debate. In the past, only individual Member states publicly criticized decisions of the ECJ which appeared to rewrite the law. Recently however, Members of the European Parliament also accused the Court of acting as a "government by the judiciary". The paper takes this development seriously. It finds explanations in the EU's institutional system and assumes that the upcoming institutional reform is going to change the situation. Even if the importance of the law-making role of the Court is going to continue to grow, the debate on the legitimacy of the "government by the judiciary" will be a subject of discussion in the framework of the decision-making process on the supranational level.*

Le deuxième thème abordé par le colloque et le présent ouvrage est *Les méthodes d'interprétation en droit européen*. Les contributions de cette deuxième partie sont consacrées aux acteurs et aux méthodes de l'interprétation en droit européen, et notamment aux rapports entre juridictions européennes actives dans le domaine des droits de l'homme, au rôle du principe de démocratie dans l'interprétation des droits de la CEDH et à la relation entre interprétation et traduction.

*The second topic addressed in the conference and in this volume is *The Methods of Interpretation in European Law*. The second part of the book entails contributions pertaining to the actors and methods of interpretation in European law. The topics addressed range from the relationship between the European courts active in the*

human rights context, the role of the principle of democracy when interpreting the ECHR and the relationship between interpretation and translation.

Dans son chapitre **The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation ?**, Magdalena Forowicz évalue la réception de la notion de marge d'appréciation propre à la CEDH dans la jurisprudence communautaire. Lorsque le Traité de Lisbonne entrera en vigueur, l'Union européenne deviendra membre de la CEDH et sera tenue de respecter cet instrument. Les cours communautaires ainsi que la CourEDH devront par la suite harmoniser leur jurisprudence dans le domaine des droits de l'homme en se basant sur la CEDH. Alors que les cours communautaires ainsi que la CourEDH prennent leur élan avant ce grand saut, certains changements de pré-adhésion tendant à la convergence commencent déjà à se faire ressentir. Il devient alors impératif de définir plus précisément les conséquences présentes et futures de ce développement. Ceci peut être effectué dans plusieurs domaines où la CEDH a franchi la frontière du régime spécial de l'UE. Cette étude se propose d'évaluer la réception de la notion de marge d'appréciation dans la jurisprudence communautaire. Dans ce cadre, elle tente de démontrer que ce développement a donné lieu à plusieurs notions de marge d'appréciation, qui ne reflètent pas obligatoirement la sens original qui lui a été attribué par la CourEDH. Or, l'application de cette doctrine devrait être désormais revue et adaptée à ces nouvelles circonstances.

*In her chapter **The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation ?**, Magdalena Forowicz argues that, once the Lisbon Treaty comes into force, the European Union will join the European Convention on Human Rights and will then be bound by this instrument. The Community Courts and the European Court of Human Rights will subsequently have to harmonise their jurisprudence in the area of human rights by using the ECHR as their common denominator. The exact effects of juris-prudence convergence are bound to manifest themselves more clearly following the entry into force of the Lisbon Treaty. The Community Courts and the ECtHR are, however, slowly preparing to make the big leap and some pre-accession changes tending towards convergence have already been made. It is necessary to define with greater precision the current and the future consequences of this convergence approach. This can be done in numerous areas of the Community Courts' case law where the cross-over of the ECHR into the EU special regime has been noticed. This study evaluates the reception of the ECHR notion of margin of appreciation in the Community Courts' case law. It further attempts to demonstrate that this development has given rise to several notions of margin of appreciation, which do not reflect the original meaning that was attributed to it by the ECtHR. Thus, the application of the margin doctrine may thus need to be reviewed and adapted to these new circumstances.*

Dans son chapitre **Concept de société démocratique, interprétation téléologique des droits fondamentaux et transformations démocratiques dans les EECO**, *Beata Jastrzebska* présente le rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation téléologique des droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme. La particularité d'approche consiste à situer l'analyse dans le contexte des transformations démocratiques dans les Etats de l'Europe centrale et orientale. Avant d'examiner les affaires relatives à cette problématique, l'article s'intéresse à la définition du concept de société démocratique pour aborder dans un deuxième temps la question de la place de ce concept dans la théorie générale d'interprétation des droits de l'homme et de sa fonction dans l'interprétation téléologique.

*In her chapter **Concept de société démocratique, interprétation téléologique des droits fondamentaux et transformations démocratiques dans les EECO**, Beata Jastrzebska aims to set out the role of the concept of democracy within the teleological interpretation of human rights by the European Court of Human Rights. The particularity of her approach is to situate the study within the context of democratic transitions in East Central Europe. Before examining the key decisions handed down by the ECHR, the study aims to describe firstly the theoretical definition of democracy and secondly its place and function in the teleological interpretation of human rights by the European Court of Human Rights.*

Dans son chapitre **Un nouveau téléologue**, le Prof. Loïc Azouli examine le « raisonnement méta-téléologique de la Cour » avancé par Miguel Poiares Maduro et explore cette nouvelle version de l'interprétation téléologique dans un cadre « pluraliste ». Il identifie trois règles interprétatives qu'il compare au canon de la téléologie classique. L'importance de cette nouvelle approche de l'interprétation téléologique du droit européen tient à ce qu'elle illustre et parvient à synthétiser un ensemble d'opérations intellectuelles et de représentations qui d'ordinaire s'articulent difficilement ou demeurent latentes et cachées.

*In his chapter **Un nouveau téléologue**, Prof. Loïc Azouli assesses the "metateleological reasoning" developed by Miguel Poiares Maduro and explores this new conception of teleological interpretation in a legal pluralist context. He identifies three rules of interpretation which he compares to the classical patterns of teleological interpretation. This new approach to teleological interpretation contributes to illustrate and synthesise those intellectual operations which have turned out to be difficult to handle or have so far remained latent and concealed.*

Le troisième thème abordé par le colloque et le présent ouvrage est *Les difficultés concrètes de l'interprétation en droit européen*. Les contributions de cette troisième partie sont consacrées aux exemples concrets des difficultés liées à l'interprétation

en droit européen. Les difficultés liées à l'interprétation de concepts communs comme le principe de non-discrimination, le principe de précaution, la restriction à l'accès au marché sont traitées dans ce volet.

The third topic addressed in the conference and in this volume is The Concrete Difficulties raised by Interpretation in European Law. The third part of the book entails contributions pertaining to concrete examples of the difficulties inherent in the interpretation of European law. The topics addressed range from the interpretation of common principles such as the non-discrimination principle and the precautionary principle to the interaction between economic efficiency and market integration as an interpretative principle.

Dans son chapitre **Inégalités dans l'égalité : comparaisons croisées des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH sur trois critères de discrimination**, *Eleonor Kleber Gallego* constate que la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne, toutes deux appelées à se prononcer sur des allégations de discriminations, ont chacune élaboré leur propre compréhension du principe de l'interdiction des discriminations, ouvrant la porte à d'éventuelles divergences. Leur interprétation du principe de l'interdiction des discriminations varie en outre selon le critère de discrimination analysé. Elle examine quelques unes de ces différences, en comparant les jurisprudences des Cours entre elles, mais également suivant le critère de discrimination en cause. Trois critères ont été choisis : le sexe, l'orientation sexuelle et le handicap.

In her chapter Inégalités dans l'égalité: comparaisons croisées des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH sur trois critères de discrimination, Eleonor Kleber Gallego argues that both the European Court of human rights and the European Court of Justice are called to judge cases of discriminations. Each one has developed its own understanding of this principle, opening the door to disagreements. Furthermore, their interpretation differs depending on the ground of discrimination under review. Eleonor Kleber scrutinizes in her paper some of these differences, by comparing the case law of the two Courts, but also between the grounds of discrimination. Three grounds of discrimination have been selected: sex, sexual orientation and disability.

Dans sa contribution **Interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique, en droit communautaire et dans le droit de l'OMC**, *Mari Viro-Moser* aborde le rôle de l'interprétation dans le développement du principe de précaution en droit communautaire et dans le droit de l'OMC. Après un exposé sommaire du statut du principe de précaution dans le droit communautaire et dans le droit de l'OMC, elle s'intéresse au principe de précaution en tant que l'objet et l'outil d'interprétation. Elle examine également les méthodes d'interprétation

pertinentes en la matière. Enfin, la contribution examine de manière comparative l'interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique.

*In her chapter **Interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique, en droit communautaire et dans le droit de l'OMC**, Mari Viro-Moser discusses the role of the interpretation in the Precautionary principle. First, she briefly presents the status of the Precautionary principle in the EC and WTO law. Then she discusses the role of interpretation and the relevant methods of interpretation in this field. Subsequently, the paper focuses on a concrete example and studies on how the EC's and WTO's judicial Bodies interpret the very central definition of the Precautionary principle: scientific uncertainty.*

Dans son chapitre **L'incidence d'une analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché sur la méthode systématique d'interprétation des Traités communautaires**, Damien Féraille soulève la question suivante : quelle est l'incidence de l'utilisation progressive d'une analyse économique des restrictions publiques apportées à l'accès au marché sur l'interprétation systématique des Traités communautaires ? D'une part, cet article aborde l'interaction entre l'efficacité économique et l'intégration du marché en tant que principe interprétatif. L'efficacité économique est utilisée dans le domaine de la libre circulation pour qualifier les restrictions publiques apportées à l'accès au marché au sens du Traité. Les références à la concurrence effective dans ce domaine révèlent que le juge régule les échanges dans le but de s'assurer que le marché est perméable pour chaque opérateur qui serait suffisamment efficace, plutôt que de protéger strictement l'accès aux marchés nationaux. D'autre part, cet article explique de quelle manière l'efficacité économique prend un sens communautaire. Premièrement, l'interprétation en termes de concurrence efficace dans le domaine de la libre circulation est expliquée. Cette interprétation implique de prendre en considération les effets d'une réglementation nationale litigieuse sur le marché, celui-ci devant être préalablement identifié. Deuxièmement, l'accomplissement du marché intérieur encadre l'interprétation en termes d'efficacité économique. Le protectionnisme reste une frontière à ne pas franchir.

*In his chapter **L'incidence d'une analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché sur la méthode systématique d'interprétation des Traités communautaires**, Damien Féraille raises the following question: What is the impact of the progressive use of an economic analysis in order to identify a public restriction to market access, on the systematic interpretation of EC Treaties? In the first hand, the interaction between economic efficiency and market integration as an interpretative principle is explained. Economic efficiency is used in the free movement's sphere to qualify public restrictions to market access in the sense of the EC Treaty.*

References to effective competition in this area reveal that the judge has to regulate the exchanges in order to make it sure that the market can be entered by each operator that is sufficiently effective, instead of protecting strictly access to national markets. In a second hand, it is demonstrated that economic efficiency is given a “community sense”. First of all, it is explained how an interpretation in terms of effective competition in the free movement sphere could be implemented. It implies to take into consideration the effects of a litigious national regulation on a market that should be precisely identified beforehand. Secondly, the accomplishment of the internal market limits the interpretation in terms.

I^{RE} PARTIE

LA NATURE ET LA LÉGITIMITÉ DE L'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN

MIGUEL POIARES MADURO*

L'interprète – Allocution d'adieu à la Cour de Justice de l'Union européenne

Monsieur le Président, Excellences, Chers Collègues et Amis, Mesdames, Messieurs,

Il est de tradition pour les membres de la Cour de faire un discours quand ils la quittent. En moins de 10 minutes, ils sont supposés louer les charmes de Luxembourg, remercier tous leurs collaborateurs et, dans les quelques minutes restantes, développer quelques profondes réflexions sur l'avenir de la Cour et de l'ordre juridique de l'Union. Une tâche peut-être plus difficile que de convaincre la Cour de changer sa jurisprudence. Or, rester bref est pratiquement impossible pour un avocat général. Nous ne sommes pas toujours à l'aise avec les contraintes de longueur de nos conclusions et de temps. Alors, certainement pas avec les deux !

Ayant fait observer cela, certains pourraient à présent espérer que j'abrège mon discours. Ils vont être déçus. Après tout, il s'agit là des derniers moments où je peux apprécier, en tant que membre de cette merveilleuse institution, l'agrément de votre compagnie. Je veux les faire durer. Je promets néanmoins de rester dans les limites du temps qui m'est accordé et de borner mes développements à une brève réflexion sur les enseignements que je tire de l'exercice de cette fonction juridictionnelle.

Durant ces six dernières années Luxembourg a été mon "chez-moi" loin de chez moi. Tel est littéralement le cas quand on songe avec quelle facilité on peut rencontrer un portugais à Luxembourg... C'est un petit pays. Aussi aurait-il pu être tenté par le repli sur soi. Bien que « nous voulons rester ce que nous sommes » (« wir wollen bleiben was wir sind ») soit sa devise, il a choisi de le faire de façon apparemment paradoxale: en accueillant l'autre et en s'ouvrant au reste du monde. Un pays qui trouve son identité de manière croissante dans sa diversité. C'est cela qui fait du Luxembourg un siège idéal pour la Cour.

* Cette allocution d'adieu a été prononcée devant la Cour de justice de l'Union européenne le 6 octobre 2009. Son texte n'a été que très légèrement remanié et conserve le style oral de l'allocution.

J'ai aussi contracté une dette à l'égard de tous ceux qui ont travaillé avec moi. Ma plus profonde gratitude, c'est, en fait, à eux que je la dois. Laisse-moi commencer par mettre l'accent sur ceux qui ont travaillé dans mon cabinet pendant toutes ces six années: mes assistantes Mme Tavares et Mme Buckinx et mon chauffeur, M. Veiga. Si j'ai toujours pu me concentrer exclusivement et totalement sur mon travail juridictionnel, c'est grâce à eux. Ils n'ont pas seulement satisfait aux plus hautes exigences professionnelles. Ils ont fait montre d'un tel degré d'engagement personnel et de loyauté qu'il ne me sera jamais possible de les remercier suffisamment en retour. La même gratitude vaut pour les référendaires qui ont travaillé pour moi : Julio, Loïc, Antonio, Florence, Félix, Amedeo, Dominique, Nicos, Aude, Ronan et Francisco. Un large éventail de nationalités et un spectre encore plus large d'esprits juridiques remarquables ont passé par mon cabinet. Tous différents, tous également brillants et de valeur inestimable pour moi. Je peux vous assurer que, parfois, la discussion était plus vive au sein de mon cabinet que les contestations entre les parties à l'affaire en cause.

Je voudrais aussi remercier tous les services de la Cour. Si nous pouvons assumer la tâche qui nous incombe, c'est parce que nous disposons, dans cette institution, du meilleur soutien matériel et administratif possible.

Enfin, j'aimerais remercier mes collègues, desquels j'ai tant appris au cours de ces six dernières années aussi bien quand nous tombions d'accord que lorsque nous restions en désaccord. Le désaccord et le débat peuvent être source de respect mutuel plutôt que de conflit. La collégialité est, en effet, le moyen par lequel différents points de vue enrichissent plus que n'affaiblissent la délibération judiciaire, et la Cour est la preuve vivante que des liens personnels permettent de transformer un organisme collectif en un organisme collégial.

Il y a six ans, l'honneur de servir la Cour m'a été conféré. Durant ce laps de temps, j'ai eu le privilège et la responsabilité uniques de prendre part au processus juridictionnel et d'interprétation du droit. En vérité, ce n'est qu'à présent, après avoir été un membre de la Cour, que je comprends vraiment le processus d'interprétation et d'application du droit et que je mesure la responsabilité qu'il fait peser sur ceux qui en sont chargés.

Ce n'est pas une tâche facile, particulièrement pour une Cour comme la nôtre, officiant dans un contexte de profond pluralisme juridique et politique. Ce contexte modèle à la fois le droit de l'Union et aussi la façon dont il est reçu dans les Etats membres.

Le pluralisme juridique de l'Europe implique que la Cour ne peut se borner à interpréter des concepts juridiques, mais doit souvent arbitrer entre différentes cultures juridiques. Le pluralisme politique de l'Europe explique dans une grande

mesure pourquoi la Cour est souvent invitée à donner sens à ce que le processus de décision politique a laissé ouvert. Cela rend la tâche de la Cour particulièrement difficile. Le pluralisme qui, souvent, conduit le politique à renvoyer à la Cour le soin de décider de questions profondément controversées politiquement et socialement expose aussi celle-ci à voir son rôle davantage contesté. Je ne voudrais cependant pas démontrer ici comment la Cour a été capable, jusqu'à présent, de jouer ce rôle avec succès ni comment elle peut continuer à le faire. Je voudrais seulement souligner brièvement ce que j'ai appris de ce que peut être la fonction juridictionnelle dans de telles circonstances.

En tant qu'universitaire, j'avais déjà défini le rôle du juge comme étant celui d'interpréter et d'appliquer le droit. Mais cette fonction n'est perçue comme légitime que si elle est assumée au service de la justice. Une chose que j'ai apprise dans l'exercice de mes fonctions juridictionnelles, c'est que le droit ne gagne en sens qu'une fois appliqué aux faits de la vie. Par conséquent, les faits de chaque affaire aident à mettre le droit au service de la justice. Mais cela exige aussi de mettre de la vie dans le droit. Cela ne signifie certainement pas que la Cour serait autorisée à s'affranchir du droit pour développer sa propre conception de la justice. Mais cela veut dire que le droit doit être interprété et appliqué à la lumière de la conception de la justice qui informe notre ordre juridique. Ainsi comprise, la conception de la justice devient la contrainte la plus importante dans l'exercice de notre fonction juridictionnelle : elle exige de nous de dissiper l'imprécision du droit non pas en fonction de nos préférences personnelles, mais à la lumière des valeurs sous-jacentes à notre ordre juridique. En un certain sens, cela requiert un acte de foi de notre part. Nous devons croire en l'ordre juridique que nous avons pour mission de faire respecter et contribuer à construire.

Mais cela veut dire également que nous devons être à même de contextualiser l'interprétation du droit. Dans une certaine mesure, les juristes devraient appréhender une règle de droit de la même façon que les architectes conçoivent un nouveau bâtiment: ils doivent identifier le génie du lieu (l'esprit de l'endroit, le contexte), dans lequel ils sont appelés à agir. Une règle de droit ne prend sens que dans son contexte : le contexte du système juridique auquel elle appartient, mais aussi le contexte économique, politique et social dans lequel elle a été adoptée et celui dans lequel elle est appelée à être appliquée. Comme un architecte, le juriste ne s'adapte pas seulement à son environnement, mais il le construit, l'adapte: le contexte s'interprète...

Cependant, malgré ou peut-être à cause de cela, la fonction juridictionnelle exige de la modestie. Exigence difficile pour un universitaire comme moi... Le besoin de garantir la cohérence de notre ordre juridique, qui est le pilier de l'égalité devant la loi, peut exiger de nous d'écarter l'interprétation du droit qui a notre préférence au

profit d'une interprétation jurisprudentiellement bien établie. J'ai toujours essayé de me rappeler que je n'étais qu'un maillon de la chaîne des interprètes du droit de l'Union : je contribuais seulement à écrire le chapitre d'un livre dont je ne contrôlais pas l'intrigue et auquel je devais rester fidèle.

Non contents d'être des architectes juridiques, nous devons ainsi être aussi des narrateurs. L'interprétation proposée de la règle de droit doit apparaître comme le prolongement naturel de la jurisprudence antérieure ; un nouveau chapitre crédible du récit de l'ordre juridique. Même lorsqu'elle innove, l'interprétation doit demeurer cohérente et conforme à la conception de l'ordre juridique qui sourd du corpus des décisions antérieures, comme dans une histoire où un changement soudain peut, dans un premier temps, nous surprendre mais apparaît, dans un second temps, comme le développement prévisible des épisodes précédents et des traits des personnages. Pour cette raison, l'interprète doit être aussi un historien, capable d'identifier les continuités et les changements dans la jurisprudence.

Il n'y a pas non plus de bonne interprétation sans imagination. Le bon juriste doit aussi être un explorateur... Non pour s'affranchir de la réalité du droit mais pour voir cette réalité avec des yeux différents. La créativité permet de donner du sens à ce qui existe en l'envisageant sous un autre angle. En d'autres termes, elle nous donne les instruments pour développer une nouvelle interprétation sans changer le droit. C'est dans cette mesure que l'interprétation insufflé une vie nouvelle dans l'ordre juridique sans affaiblir les conditions de sa légitimité.

Telles sont les leçons inestimables que j'ai apprises de cette Cour. J'ai même appris une chose encore plus importante : le juge ne peut transformer le droit en justice que s'il a le courage de décider.

Il y a une vieille plaisanterie juive à propos d'un juge qui peut être narrée à peu près comme suit : il est appelé à trancher un litige entre deux voisins. Il écoute une partie et dit, vous avez raison, vous avez raison... Il écoute l'autre partie et dit : vous avez raison, vous avez raison... Sa femme, qui est présente, se tourne vers lui et lui fait observer qu'il ne peut donner raison aux deux parties à la fois. Il considère sa femme, réfléchit un moment puis lui répond: tu as raison, tu as raison...

Parfois, étant aux prises avec des affaires difficiles, je me remémorais cette blague. En tant qu'avocat général, j'étais dans la position plus confortable de ne pas avoir à prendre la décision ultime. Mais j'étais aussi seul à porter la responsabilité des conclusions. Je prenais alors conscience du fait qu'il s'agissait là du plus difficile mais aussi du plus important aspect de notre tâche : le juge est celui qui doit trancher.

Il faut aussi se décider à terminer.

Je souhaite aux nouveaux membres de la Cour d'éprouver le même bonheur que celui que j'ai éprouvé à servir cette Institution au cours de ces 6 années.

Je vous remercie.

ANDREA BIANCHI*

Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif

I. Introduction

La certitude a toujours exercé un grand attrait sur les juristes. La raison en est probablement qu'ils voient dans le droit un phénomène stable et prévisible. Ils sont convaincus en particulier que la certitude du droit est assurée par ses règles. La croyance générale est que ce que le législateur considère comme licite ou illicite est clairement exprimé dans les règles. Si un doute s'élève à ce sujet ou si une ambiguïté se présente, des canons d'interprétation sont là pour éradiquer le problème et permettre au droit d'assurer sa fonction stabilisatrice.

Etant strictement confinées au cadre du discours académique, des réflexions relatives au droit et à l'interprétation qui vont au-delà des besoins pratiques immédiats de dire l'état du droit sont rarement valorisées. Même si les théoriciens du droit débattent depuis longtemps de l'interprétation¹, les discours à l'intérieur des disciplines juridiques particulières tournent essentiellement autour des règles et techniques que les juristes doivent suivre lors de l'interprétation². Plus récemment, le

* L'auteur tient à remercier M. Fouad Zarbiev pour ses stimulantes suggestions et précieuses indications bibliographiques. Une version anglaise de cet article paraîtra dans l'ouvrage Pieter BEKKER et al., dir., *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

¹ Voir, parmi d'autres, Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; Matthew H. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 ; Andrei MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford and Portland, Hart, 2nd ed., 2005 ; Andrei MARMOR, dir., *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1997 ; Paul AMSELEK, dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; Neil D. MCCORMICK, Robert S. SUMMERS, « Interpretation and Justification », in MCCORMICK & SUMMERS, dir., *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, pp. 511-544 ; Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986 ; IDEM, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

² Voir, par exemple, Richard GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2008 ; Alexander ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 ; Ulf LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007 ; Robert KOLB, *Interprétation et création du droit interna-*

thème de l'interprétation a acquis un regain d'intérêt dans le cadre de la communauté des juristes internationalistes, en partie en raison du potentiel que l'interprétation renferme pour gérer le phénomène de la fragmentation. Il est intéressant de noter à cet égard que l'interprétation est considérée à la fois comme une source de problèmes eu égard au nombre croissant des communautés épistémiques au sein de la discipline et une solution potentielle au même problème étant donné ses effets harmonisateurs³.

Quoi qu'il en soit, le discours interprétatif officiel continue à reposer sur les règles d'interprétation. La doctrine moderne lui emboîte le pas en insistant sur la primauté du texte et le besoin d'utiliser les règles d'interprétation pour assurer la certitude juridique. Ce faisant, elle reste profondément en retrait par rapport aux autres disciplines dans lesquelles la question de l'interprétation fait l'objet de riches analyses.

D'autre part, le droit international a aussi été témoin ces dernières années de la naissance de la thèse de l'indétermination de tout texte juridique, essentiellement véhiculée par le mouvement *critical legal studies*. Même si la thèse en question ne semble pas avoir affecté substantiellement la pensée juridique internationale, il semble approprié de lui consacrer quelques réflexions étant donné l'intérêt que le mouvement critique suscite en droit international.

Le propos principal de cet article est que tant la thèse de la certitude textuelle que celle de l'indétermination sont des mythes et que, loin d'être une affaire linguistique, le processus interprétatif est profondément ancré dans un contexte social impliquant l'interaction des différents acteurs. L'origine de la signification ne pourrait être identifiée si l'on perd de vue cette caractéristique fondamentale du processus interprétatif. Ceci invite également à déplacer l'attention depuis les propriétés formelles du texte vers les communautés interprétatives dont les stratégies déterminent ce que signifie un texte.

tional : esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2006.

³ Voir « Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Rapport du Groupe d'étude de la CDI établi sous sa forme définitive par Martti KOSKENNIEMI, A/CN.4/L.682 (13 avril 2006), ainsi que son additif (A/CN.4/L.682/Add. 1 (2 mai 2006)), portant sur Projet de conclusions des travaux du Groupe d'étude.

II. Le sens clair et le paradigme linguistique

Le discours sur l'interprétation juridique repose essentiellement sur le paradigme linguistique. Les propriétés linguistiques d'une règle sont considérées comme essentielles dans la détermination du sens clair ou de l'ambiguïté de la règle. En droit international, l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités part également de cette approche en donnant la priorité au critère de l'interprétation littérale. En effet, le sens ordinaire des termes d'un traité est considéré comme l'outil interprétatif principal. L'idée selon laquelle les mots ont un « sens clair » est largement partagée au sein de la communauté des juristes internationalistes. Il suffit de jeter un rapide coup d'œil sur la jurisprudence internationale pour réaliser que l'usage des dictionnaires linguistiques par les tribunaux internationaux est un procédé fréquent. Si le recours par la Cour internationale de Justice aux dictionnaires reste plutôt rare⁴, la pratique des instances de règlement des différends de l'OMC dans ce domaine a amené un ancien membre de l'Organe d'appel de cette organisation à qualifier le *Shorter Oxford Dictionary* comme l'un des accords de l'OMC⁵. Mais il serait erroné de croire que l'usage des dictionnaires est confiné au domaine des termes techniques tels que ceux qui apparaissent dans un accord commercial. Sir Gerald Fitzmaurice, profondément attaché au maniement correct du langage, a largement utilisé ce procédé pour démontrer que les cinq techniques d'interrogation utilisées par le Royaume-Uni contre les suspects de l'IRA ne pourraient raisonnablement être définies comme un « traitement inhumain » au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶.

De la même manière, la méthode textuelle et la doctrine du sens ordinaire ont été décisives dans la tentative du Bureau du conseiller juridique du Département de la justice américain de donner à la torture une définition qui permettrait aux agents américains de faire usage de certaines techniques hautement coercitives envers les

⁴ Affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Excéption préliminaire, Arrêt du 12 décembre 1996, C.I.J. Recueil 1996*, p. 818, par. 45.

⁵ Claus-Dieter EHLERMANN, « Six Years on the Bench of the "World Trade Court". Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *Journal of World Trade*, Vol 36, 2002, p. 616.

⁶ CourEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. no5310/71, Opinion séparée du Juge Sir Gerald Fitzmaurice, § 22 and § 25, note 16 : « Les principaux dictionnaires que j'ai consultés sont le *Shorter Oxford* (version abrégée de l'*Oxford* en plusieurs volumes, mais qui compte toutefois 2500 pages); le remarquable dictionnaire américain *Random House Dictionary of the English Language*, probablement le meilleur dictionnaire anglais existant en un volume; le *Third International de Webster* et, dans la catégorie des ouvrages destinés au grand public, l'excellent *Penguin English Dictionary* du Professeur Garmonsway. »

personnes suspectées de terrorisme. Dans le fameux 'Bybee Memo'⁷ qui fournit une interprétation de la notion de torture au sens de la Convention de l'ONU de 1984 telle qu'elle est mise en application par les Sections 2340 et 2340A du titre 18 du Code des Etats-Unis, le rédacteur fait explicitement observer que le texte de la loi doit être le point de départ. La torture étant définie dans la loi comme un acte qui cause de graves douleurs ou souffrances physiques ou mentales, la question se posait de savoir ce qu'il fallait entendre par le mot « graves ». Après la consultation d'un certain nombre de dictionnaires dont la version 1935 (sic) de Webster's New International Edition, l'attention du rédacteur se focalise sur les sources législatives, le but étant toujours de déterminer le sens naturel et ordinaire de l'expression « douleurs graves ». En particulier, le mémorandum examine les autres actes législatifs américains dans lesquels la notion apparaît. Finalement, la définition de « grave » donnée dans le contexte des situations médicales urgentes est mise en avant. Selon cette définition, « grave » se réfère aux situations où le dommage s'élève au niveau du décès, de la perte d'un organe ou de la détérioration permanente d'une fonction importante de l'organisme. C'est cette définition qui a été retenue comme déterminant le sens *clair* de la torture.

La doctrine du sens clair est largement répandue tant en droit national qu'en droit international. Un soutien de taille est fourni à cette doctrine par un spécialiste aussi éminent de la sémiotique qu'Umberto Eco, qui estime qu'au sein de chaque langage il existe des sens littéraux qui constituent des obstacles dirimants à des fantaisies interprétatives⁸. Dans ces conditions il ne semble pas facile de libérer l'interprétation juridique de l'emprise de la linguistique. Quoi qu'il en soit, il est au moins utile de se demander si le pouvoir des mots est à chercher dans les mots⁹.

⁷ Voir *Memorandum for John Rizzo, Acting General Counsel for the Central Intelligence Agency, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General. Re : Standards of conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A* (1 août 2002). A substantially similar argument is developed also in *Memorandum for William J. Haines II, General Counsel of the Department of Defence, from John Yoo, Deputy Assistant Attorney General. Re : Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the US* (14 Mars 2003) (spécialement, pp. 38 et s.).

⁸ Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, p. 12 : « à l'intérieur des limites d'une certaine langue, il existe un sens littéral des items lexicaux, celui que les dictionnaires enregistrent en premier, celui que l'homme de la rue citerait en premier si on lui demandait le sens d'un mot donné. Aucune théorie...ne peut faire l'économie de cette restriction préliminaire. Tout acte de liberté du lecteur vient après et non avant l'application de cette restriction. »

⁹ Le concept de « chercher le pouvoir des mots dans les mots » est emprunté à Pierre BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 103.

Quelques exemples tirés de la pratique peuvent aider à illustrer les limites de la doctrine du sens clair et inciter ses fervents défenseurs à la réflexion. Dans une affaire rendue célèbre par les critiques de la théorie du sens clair¹⁰, un tribunal américain devait se prononcer sur un différend relatif à la vente des poulets par un fournisseur américain à une compagnie suisse¹¹. Cette dernière se plaignait du fait que les poulets livrés n'étaient pas les poulets qu'ils voulaient obtenir. En particulier, elle faisait valoir que selon les usages commerciaux, le mot « poulet » avait un sens précis auquel les poulets qu'elle avait reçus ne correspondaient pas. La compagnie américaine rétorquait quant à elle que son interprétation du mot « poulet » couvrait parfaitement les poulets livrés. Le juge s'est alors posé la question de savoir ce que c'était qu'un poulet et reconnaissant une ambiguïté dans ce terme, il a eu recours au témoignage suivant d'un opérateur d'une exploitation de volaille : « Chicken is everything except a goose, a duck, and a turkey. Everything is a chicken but then you have to say, you have to specify which category you want or that you are talking about¹². »

Si le mot « poulet » ne peut pas à lui seul assurer un sens clair pour les besoins d'une simple transaction commerciale, il en va *a fortiori* ainsi lorsqu'il est question de l'usage des armes dans le contexte du droit pénal. Dans l'affaire *Smith v. US*¹³, la Cour Suprême des Etats-Unis était profondément divisée sur la question de savoir si l'échange d'une arme à feu contre la drogue constituait l'usage d'une arme à feu au sens d'une disposition du droit pénal qui prévoyait une peine d'emprisonnement de cinq ans pour l'usage d'une arme à feu pendant ou en relation avec le crime du trafic de drogue. Ainsi les faits de l'espèce ont rendu l'expression « l'usage d'une arme à feu » ambiguë et ont divisé les juges quant à la règle d'interprétation à suivre dans cette espèce¹⁴.

¹⁰ Voir Arthur L. CORBIN, « The Interpretation of Words and the Parole Evidence Rule », *Cornell Law Quarterly*, Vol 50, 1965, pp. 161-190 (spécialement pp. 164-170), ainsi que Walter Benn MICHAELS, « Against Formalism: The Autonomous Text in Legal and Literary Interpretation », *Poetics Today*, Vol 1, 1979, pp. 23-34 (spécialement, pp. 25-27).

¹¹ Voir *Frigalment Importing Co. v. B.N.S. International Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116 (S.D.N.Y. 1960).

¹² Cité par Walter Benn MICHAELS, « Against Formalism: The Autonomous Text in Legal and Literary Interpretation », op.cit., note 10, p. 26.

¹³ 508 U.S. 223 (1993).

¹⁴ Voir, par exemple, l'opinion dissidente du Juge Scalia: « When someone asks "Do you use a cane?" he is not inquiring whether you have your grandfather's silver handled walking stick on display in the hall; he wants to know whether you *walk* with a cane. Similarly, to speak of "using a firearm" is to speak of using it for its distinctive purpose, *i.e.*, as a weapon. To be sure, "one can use a firearm in a number of ways," ... including as an article of exchange, just as one can "use" a cane as a hall decoration--but that is not the ordinary meaning of "using"

Certains internationalistes ont également utilisé des exemples similaires afin de mettre en garde contre un usage excessif de la doctrine du sens clair. Dans son fameux ouvrage sur le droit des traités Lord Mc Nair rapporte une affaire concernant le testament d'un homme qui a laissé tous ses biens à sa « mère »¹⁵. Son testament indiquait sans ambiguïté « Tout pour la mère ». Mais dans cette affaire, c'est sa veuve qui a hérité tous ses biens, puisque tous les membres de la famille, y compris, le défunt l'appelait « mère ».

Même le silence peut être considéré comme possédant un sens clair. Par exemple, s'appuyant sur le sens clair du traité américano-mexicain d'extradition, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé en 1992 dans l'affaire *Alvarez Machain*¹⁶, que le kidnapping d'Alvarez Machain sur le territoire mexicain par les agents américains était licite. Selon la Cour suprême, le silence du traité sur ce point ne pouvait avoir d'autres significations que d'autoriser une conduite qu'il n'interdisait pas explicitement. De la même manière, l'absence dans les lois relatives aux immunités d'Etat des exceptions explicites relatives aux cas de torture a été interprétée par les tribunaux américains¹⁷ et britanniques¹⁸ comme soutenant l'applicabilité de la règle générale de l'immunité en faveur des Etats étrangers dans ces cas¹⁹.

the one or the other. [footnote omitted] The Court does not appear to grasp the distinction between how a word *can be* used and how it *ordinarily is* used. It would, indeed, be "both reasonable and normal to say that petitioner 'used' his MAC-10 in his drug trafficking offense by trading it for cocaine." [...] It would also be reasonable and normal to say that he "used" it to scratch his head. When one wishes to describe the action of employing the instrument of a firearm for such unusual purposes, "use" is assuredly a verb one could select. But that says nothing about whether the *ordinary* meaning of the phrase "uses a firearm" embraces such extraordinary employments. It is unquestionably *not* reasonable and normal, I think, to say simply "do not use firearms" when one means to prohibit selling or scratching with them. »

¹⁵ Arnold D. MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 367.

¹⁶ *US v. Alvarez Machain*, 504 US 655 (1992), reproduit in *International Legal Materials*, Vol. 31, 1992, pp. 902 et s.

¹⁷ *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993), comptant sur son interprétation précédente du *Foreign Sovereign Immunities Act* dans l'affaire *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp. et al.*, 488 US 428 (1989), spécialement pp. 435-436.

¹⁸ Dans l'affaire *Al-Adsani v Government of Kuwait (No 2)* (1996), reproduit in 107 *International Law Reports*, vol. 107, p. 536, le juge Ward avait affirmé que (p. 549) « the Act is as plain as plain can be. » La même approche a été utilisée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others* (per Lord Bingham of Cornhill), Arrêt du 14 juin 2006, par. 13.

¹⁹ Sur les questions interprétatives sous-jacentes au problème du rapport entre immunité de l'Etat et violations des droits de l'homme, voir Andrea BIANCHI, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol 46, 1994, pp. 195-229; Idem, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la

Ces exemples sont intéressants, puisqu'ils montrent que les mots en tant que tels (ou même leur absence) ne sont ni clairs, ni ambigus. Après tout, des mots tels que « poulet » ou « mère » ne présentent aucune ambiguïté lexicale. Comme le fait observer Mc Nair, « [n]o term could be "plainer" than "mother", for a man can only have one mother²⁰. » Ce qui fait la signification d'un mot clair ou non ambigu, ce ne sont pas ses propriétés linguistiques, mais le contexte dans lequel il intervient et le code de communication utilisé par une certaine communauté dans une situation particulière. En d'autres termes, comme soulignait Chaïm Perelman, un texte n'est pas clair, parce que son sens n'est pas discutable ; il est clair parce qu'il n'est contesté²¹.

III. La pertinence du contexte

Les observations précédentes ne reviennent pas à nier que le texte puisse avoir un sens clair qui va de soi. Ce qui est mis en question est l'idée que cette qualité vient des propriétés linguistiques du texte. En effet, le sens clair n'est pas le produit d'une analyse linguistique, mais du contexte au sens large de ce terme. Le contexte ainsi entendu n'inclut pas seulement les circonstances extérieures à l'interprète. Il s'étend aussi à ce que l'on pourrait appeler le contexte interne de l'interprète qui comprend son expérience, sa connaissance du domaine d'intervention du texte, ses présupposés etc. Ce contexte interne crée une structure communicationnelle qui permet à l'interprète de surmonter les ambiguïtés, voire de ne pas les remarquer.

Garrett donne l'exemple suivant qui illustre bien l'importance du contexte externe et interne : « Le garçon poursuivait le chien avec la voiture »²². Nous interprétons cette phrase en partant de la supposition que le garçon utilise la voiture pour chasser le chien. Il est hautement improbable que quelqu'un puisse penser que le chien poursuivi avait une voiture. Mais rien dans la structure grammaticale de la phrase n'impose cette conclusion. C'est en partant de notre connaissance du monde empirique que nous pensons que c'est le garçon qui avait une voiture, mais non pas le chien. De la même manière, quand il s'agit d'interpréter la phrase « Le garçon poursuivait le chien avec l'os », nous assumons que c'est le chien qui avait un os.

fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue générale de droit international public*, Vol 108, 2004, pp. 63-101.

²⁰ Arnold D. MCNAIR, *The Law of Treaties*, op.cit., note 15, p. 367.

²¹ Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1990, p. 36.

²² Merrill F. GARRETT, « Does Ambiguity Complicate the Perception of Sentences ? », in Giovanni B. FLORES D'ARCAIS & Willem J.M. LEVELT, dir., *Advances in Psycholinguistics*, Amsterdam, London, North-Holland Publishing Company, 1970, pp. 51-52.

Cette conclusion n'est pas dictée par la signification des mots en tant que telle, mais plutôt par ce que nous savons sur les chiens (et les garçons).

Si quelqu'un reçoit une note écrite contenant la phrase « Vous avez été négligent », le sens précis et les conséquences de cette phrase varient suivant l'auteur de l'énoncé ainsi que le contexte et les circonstances de son émission. Cette personne pourrait être dans une salle de classe et recevoir une telle note de la part de l'enseignant qui lui reproche formellement de ne pas avoir accompli les devoirs convenablement. Il peut s'agir d'une convocation judiciaire, les conséquences dépendant dans cette hypothèse des règles et des prescriptions que la personne est accusée d'avoir violé par sa négligence. Ou encore, la personne peut recevoir une lettre formelle contenant cet énoncé envoyée par son supérieur hiérarchique mécontent de ses performances. « Vous avez été négligent » n'a donc pas de sens clair en dehors d'un contexte.

Il est d'autant plus important d'insister sur ce point que le sens clair se présente comme une évidence qui se passe de tout effort interprétatif²³. Mais si le sens clair nous semble si facilement compréhensible, c'est parce que l'acte interprétatif auquel nous procédons est tellement profondément ancré dans le contexte de la situation que nous ne percevons même pas qu'il y a un acte interprétatif²⁴. Autrement dit, le contexte est si profondément assumé qu'il devient invisible à l'observateur²⁵.

23 « We are never not in a situation. Because we are never not in a situation, we are never not in the act of interpreting. Because we are never not in the act of interpreting, there is no possibility of reaching a level of meaning beyond or below interpretation. » (Stanley FISH, « Normal Circumstances, Literal Language, Direct Speech Acts, the Ordinary, the Everyday, the Obvious, What Goes without Saying, and Other Special Cases » in *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980, pp. 276-277).

24 *Ibid.*, p. 276 : « Every literal meaning comes to us with that claim, but it is a claim that seems supportable only because an interpretive act is already in force but is so embedded in the situation ...that it doesn't seem to be an act at all. »

25 Stanley FISH, « Consequences » in *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Bloomington and Indianapolis, Duke University Press, 1989, pp. 320-321: « To be sure, there are sentences which, when presented, seem to be intelligible in isolation, independently of any contextual setting. This simply means, however, that the context is so established, so deeply assumed that it is invisible to the observer – he does not realize that what appears to him to be immediately obvious and readable is a function of its being in place. »

IV. Les catégories, les règles et les modèles cognitifs idéalisés

Une piste intéressante d'investigation consiste à chercher l'explication de la clarté d'un texte dans sa correspondance au modèle cognitif idéalisé qui le sous-tend. Ce concept élaboré dans les travaux de Georges Lakoff²⁶, Charles Fillmore²⁷ et de Steven Winter²⁸ fournit une nouvelle théorie sur la façon dont les catégories fonctionnent. Son importance pour le droit n'est pas à démontrer au vu du rôle que la catégorisation joue dans le raisonnement juridique.

Selon la théorie traditionnelle, les catégories ont des frontières fixes et un contenu prédéterminé. Elles ne sont pas censées être influencées par des considérations téléologiques et fonctionnent selon la logique des conditions nécessaires et suffisantes. Si un objet donné répond à un certain nombre de caractéristiques prédéterminées, il fait partie de la catégorie ; dans le cas contraire, il reste en dehors de la catégorie. *Tertium non datur*. Mais ce raisonnement est loin de correspondre à la façon dont les choses se passent en réalité. Prenons l'exemple de la catégorie « célibataire » souvent utilisé dans la logique. Ce mot est immédiatement associé à la condition d'un homme non marié. Mais si nous étions appelés à donner un exemple d'un homme célibataire, James Bond nous semblerait un meilleur exemple que Tarzan ou le Pape²⁹. Pourquoi en est-il ainsi alors même que techniquement Tarzan et le Pape sont autant célibataires que James Bond ? Selon la logique formelle, ni Tarzan, ni le Pape ne peut être célibataire et non-célibataire en même temps.

La réponse est qu'une catégorie n'est pas créée *ex nihilo* et qu'elle n'opère pas en vide. Comme l'explique Charles Fillmore, les catégories ne sont pas concevables en dehors de l'arrière-plan du savoir et de l'expérience qui leur ont donné naissance et

²⁶ George LAKOFF, *Women, Fire, and Dangerous Things: What Categories Reveal about the Mind*, Chicago, London, University of Chicago Press, 1990 ; George LAKOFF and Mark JOHNSON, *Metaphors We Live By*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.

²⁷ Voir, par exemple, les ouvrages suivants de Charles FILLMORE, « Frame Semantics and the Nature of Language », in *Origins and Evolution of Language and Speech*, Annals of the New York Academy of Sciences, Vol 280, 1976, pp. 20-32 ; « Scenes-and-frames Semantics », in Antonio ZAMPOLLI, dir., *Linguistic Structure Processing*, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1977, pp. 55- 82 ; « Frame semantics », in *Linguistics in the Morning Calm*, Seoul, Hanshin Publishing Co., 1982, pp. 111-137 ; « Towards a Descriptive Framework for Spatial Deixis », in Robert J. JARVELLA & Wolfgang KLEIN, dir., *Speech, Place and Action. Studies in Deixis and Related Topics*, Chichester, New York, John Wiley & Sons Ltd, 1982, pp. 31-59.

²⁸ Steven L. WINTER, *A Clearing in the Forest. Law, Life and Mind*, Chicago, London, University of Chicago Press, 2001.

²⁹ *Ibid.*, p. 86.

qui justifient leur existence. Il n'est pas possible de savoir si une personne peut être catégorisée comme un célibataire si l'on ne connaît pas les raisons qui ont amené une communauté linguistique à forger cette catégorie particulière³⁰.

L'idée que le fonctionnement des catégories n'est pas gouverné par la logique formelle est aussi démontrée par un exemple fourni par Georges Lakoff et Mark Johnson qui montre clairement que les catégories ne sont jamais rigidement déterminées en fonction des propriétés inhérentes des choses qui en font partie et que le fait de savoir si un élément appartient à une catégorie donnée dépend de l'usage que nous faisons de cette catégorie. Si un ami vous demande d'apporter quatre sièges supplémentaires ce soir pour un groupe de discussion informel et que vous venez avec une chaise à haut dossier, un fauteuil à bascule, un prie-Dieu et un pouf, rapportant à votre ami que vous avez satisfait sa requête, vous aurez probablement raison. Mais si vous venez avec les mêmes sièges pour satisfaire la demande d'un ami qui a sollicité des sièges pour un dîner formel, on peut difficilement estimer que la requête de cet ami est satisfaite, puisque les sièges en question ne sont pas appropriés pour un dîner formel³¹.

La compréhension correcte de la façon dont les catégories fonctionnent est particulièrement importante pour le droit. Les règles juridiques sont aussi sensibles au contexte et aussi flexibles que les catégories que nous avons données en exemple. Les formalistes n'acceptent pas que tel est le cas.

Un représentant éminent du formalisme juridique, Frederick Schauer, demande si la règle qui prohibe de monter dans le bus avec des animaux est applicable au cas d'une personne qui porte un poisson rouge dans un sac plastique³². Pour Schauer, la réponse est affirmative dans la mesure où, aussi petit qu'il soit, le poisson est « littéralement » un animal. Winter rétorque que dans cette hypothèse, « a literal approach to the rule is literally impossible »³³. En effet, la perspective de Schauer

³⁰ Ce point est bien mis en évidence par Charles FILLMORE in « Towards a Descriptive Framework for Spatial Deixis », op.cit., note 27, p. 34 : « The noun bachelor can be defined as an unmarried adult man, but the noun clearly exists as a motivated device for categorizing people only in the context of a human society in which certain expectations about marriage and marriageable age obtain. Male participants in modern long-term unmarried couplings would not ordinarily be described as bachelors; a boy abandoned in the jungle and grown to maturity away from contact with human society would not be called a bachelor; John Paul II is not properly thought of as a bachelor...The assumption that a word is being properly used brings with it the assumption that the conditions obtain within which the existence of the category is motivated. »

³¹ George LAKOFF, Mark JOHNSON, *Metaphors We Live By*, Chicago, University of Chicago Press, 2003, p. 164.

³² Frederick SCHAUER, « Formalism », *Yale Law Journal*, No 70, Vol 97, 1988, p. 533.

³³ S. L. WINTER, *A Clearing in the Forest*, op.cit., note 28, p. 102.

présuppose que les catégories ont des frontières déterminées une bonne fois pour toutes et ne varient aucunement dans leur contenu en fonction du contexte et des buts concrètement poursuivis. Cette approche peut conduire à des résultats absurdes. Dans le sens où Schauer entend le mot « littéralement » pour faire observer que le poisson est un animal, l'homme est aussi littéralement un animal. Faut-il en conclure que le bus est interdit aux êtres humains? Qu'en est-il de l'hypothèse où quelqu'un monte dans le bus avec une paramécie vivante destinée à des expériences médicales ? Cette hypothèse est-elle également couverte par la prohibition³⁴?

Si le formalisme conduit à des résultats aussi absurdes, c'est parce qu'il méconnaît la manière dont fonctionnent les catégories juridiques. La catégorie « animal » ne saurait être prise isolément. Dans le contexte que nous avons examiné, elle doit être définie en relation avec la catégorie « bus ». Notre compréhension de la finalité du bus nous permet de dire que les êtres humains ne tombent pas sous le coup de la prohibition en question. De la même manière, notre savoir sur le genre de problèmes que peuvent rencontrer les passagers nous pousse à conclure que ni la paramécie, ni le poisson rouge ne devraient être concernés par la règle³⁵.

La compréhension des catégories et des règles présupposent des modèles cognitifs idéalisés. Ce concept permet de réaliser que notre compréhension d'une catégorie repose toujours sur un modèle idéalisé qui est créé par notre savoir et notre expérience et qui donne naissance à des attentes cognitives. La clarté d'une affaire ou d'une règle dépend de la facilité avec laquelle elles peuvent être mises en association avec les modèles cognitifs idéalisés qui les sous-tendent.

Par exemple, le mot « acheter » ou « vendre » sollicite un modèle cognitif construits autour des éléments d'une transaction commerciale normale comme « biens », « propriété » et « argent ». De la même manière, la catégorie « célibataire » fonctionne selon un certain modèle cognitif idéalisé qui implique l'existence d'une société humaine, l'institution sociale du mariage hétérosexuel, un âge typique de mariage, l'absence de toute raison rendant le mariage impossible etc. Si une personne n'est pas mariée alors que toutes ces conditions sont remplies – comme dans le cas de James Bond- il y a quelque chose d'atypique dans son mode de vie justifiant l'existence de la catégorie particulière de célibataire³⁶. Cette catégorie ne serait appropriée ni pour Tarzan qui vit seul dans la jungle en dehors de la société humaine, ni pour le Pape qui, en sa qualité de membre du clergé catholique, ne pourrait se marier. Dans le même registre, la catégorie « veuve » ne s'applique pas

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, pp. 102-103.

³⁶ *Ibid.*, pp. 86-87 ; voir aussi C. FILLMORE, « Scenes-and-frames Semantics », op.cit., note 27, p. 69.

à toute femme dont le mari est mort. Il serait par exemple difficile de l'appliquer à une femme qui a tué son mari ou à celle qui a perdu deux de trois de ses maris. S'il en est ainsi, c'est parce que la catégorie en question fonctionne sur fond d'un modèle cognitif idéalisé qui implique que l'on se marie avec une seule personne à la fois et pour la vie, que la vie soit sérieusement affectée par la disparition du conjoint etc.³⁷. Les catégories fonctionnent donc sur la base de modèles cognitifs idéalisés à la lumière desquels des cas concrets sont évalués.

Les modèles cognitifs idéalisés sont sollicités dans tout travail interprétatif. Prenons l'exemple du principe de proportionnalité qui est utilisé dans de nombreux domaines du droit international. Suivant son domaine d'intervention qui peut être le recours à la force³⁸, le droit des contre-mesures³⁹, le droit international humanitaire ou les droits de l'homme⁴⁰, ou encore les différends commerciaux⁴¹, ses connotations peuvent varier. L'invocation de la proportionnalité dans tel ou tel de ces domaines fait intervenir un ensemble de standards spécifiques, de décisions passées et de raisons *ad hoc* qui permettent de caractériser le contenu et la portée du principe dans le contexte particulier où il est invoqué. Le standard « juste et équitable » souvent utilisé par les juristes internationalistes fonctionne selon la même logique. Le traitement juste et équitable des investissements étrangers⁴² n'a pas grand-chose à voir avec le partage juste et équitable des avantages liés à l'utilisation des ressources génétiques⁴³, encore moins avec l'usage équitable des cours d'eaux internationaux⁴⁴.

³⁷ *Ibid.*, pp. 69-70.

³⁸ Voir Judith GARDAM, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

³⁹ Voir Thomas FRANCK, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *American Journal of International Law*, Vol 102, 2009, pp. 715-767. Voir aussi Enzo CANNIZZARO, « The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures », *European Journal International Law*, Vol 12, 2001, pp. 889-916.

⁴⁰ Voir Aeyal GROSS, « Human Proportions : Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation ? », *European Journal International Law*, Vol 18, 2007, pp. 1-35.

⁴¹ Voir Andrew D. MITCHELL, « Proportionality and Remedies in WTO Disputes », *European Journal International Law*, Vol 17, 2006, pp. 985-1008.

⁴² Voir Ioana TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁴³ Voir l'Article 1 de la Convention des Nations-Unies de 1992 sur la biodiversité ainsi que les Lignes directrices de Bonn de 2002 sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation.

⁴⁴ Voir la Convention des Nations-Unies de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, spécialement les articles 5 et 6.

La pertinence du concept de modèle cognitif idéalisé est aussi démontrée par les rares cas où les modèles cognitifs respectifs des acteurs ne coïncident pas. Un exemple remarquable est le cas du Traité de Waitangi de 1840 conclu entre la Couronne britannique et la population Maori qui est encore considéré comme un moment constitutionnel dans l'histoire de la Nouvelle Zélande⁴⁵.

Selon l'interprétation de la Couronne, le Traité aurait conféré à la Reine la souveraineté sur le territoire peuplé par les aborigènes. Mais le mot *Kawanatanga*, utilisé dans la version Maori du Traité pour traduire le terme anglais « governorship » n'avait pas vraiment un sens dans le langage maori. Les Maori étaient de toute vraisemblance convaincus qu'ils donnaient à la Couronne un contrôle limité sur les nouveaux arrivants, préservant le *Rangatiratanga* selon l'article 2 du Traité, le mot signifiant pour eux le contrôle et l'autorité sur toutes les choses maoriennes. De la même manière, la conception britannique de la propriété laissée aux chefs maoriens était loin de correspondre à la vision maorienne de la possession valorisée (*Taonga*). En effet, comme en témoigne le contentieux en Nouvelle Zélande, le *Taonga* inclut non seulement les objets tangibles, mais aussi la culture et la langue⁴⁶. Une difficulté supplémentaire était liée au fait que pour les Maoris la communication orale était plus importante que le langage écrit: ils avaient probablement accordé plus d'attention à ce que les représentants de la Couronne ont dit qu'à ce qu'ils ont signé par la suite⁴⁷.

V. L'indétermination et ses limites

Même si la thèse de l'indétermination n'est pas beaucoup défendue en droit international, l'importance croissante des approches critiques⁴⁸ dans la discipline laisse

⁴⁵ See, among others, Claudia ORANGE, *The Treaty of Waitangi*, Wellington, Allen & Unwin and Port Nicholson Press, 1987 ; Paul MCHUGH, *The Maori Magna Charta*, Oxford, Oxford University Press, 1991 ; Douglas GRAHAM, *Trick or Treaty ?*, Wellington, Institute of Policy Studies, 1997.

⁴⁶ See Andrew SHARPE, *Justice and the Maori : the Philosophy and Practice of Maori Claims in New Zealand*, Auckland, Oxford University Press, 1997.

⁴⁷ Interesting insights on this and other aspects related to the Treaty of Waitangi are provided in D.F. MCKENZIE, *Bibliography and the Sociology of Texts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, *passim*.

⁴⁸ Voir les travaux de référence de David KENNEDY, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, et Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1989, récemment reimprimé par Cambridge University Press, 2005.

penser qu'elle pourrait y gagner du terrain aussi. Quelles sont les implications d'une telle approche pour l'interprétation juridique ? La conséquence la plus évidente est que les références auxquelles les règles d'interprétation renvoient ne sont pas elles-mêmes lisibles en dehors de l'interprétation. Il ne suffit pas, par exemple, de définir le contexte ou d'identifier les travaux préparatoires d'un traité ; il faut aussi les interpréter à leur tour, puisqu'un texte n'est pas disponible indépendamment de l'interprétation⁴⁹. Dans son opinion individuelle dans *l'Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* Sir Percy Spender mettait en garde contre ce risque, en soulignant que l'on pourrait avoir tendance à interpréter les travaux préparatoires et à reporter cette interprétation sur le traité qui doit être « l'unique objet de cette interprétation »⁵⁰. Dans l'affaire *LaGrand* la CIJ a méconnu une telle mise en garde en s'appuyant sur les travaux préparatoires de son Statut pour établir la force obligatoire de ses mesures provisoires⁵¹. Il faut d'ailleurs rappeler que les auteurs qui refusaient traditionnellement toute force obligatoire à ces mesures invoquaient les mêmes travaux⁵².

L'idée fondamentale derrière la thèse de l'indétermination est que l'on ne peut jamais arrêter d'interpréter. Comme dit Derrida « il n'y a pas de hors-texte » : on peut aller aussi loin que l'on veut, on ne se déplacera que d'un signifiant à un autre, étant donné qu'il n'y a pas de signifiés transcendants. Mais on peut rétorquer à cet argument que le droit n'opère pas dans le monde des absolus. Il intervient dans des situations concrètes où des décisions doivent être prises et des différends doivent être réglés. C'est la raison pour laquelle il utilise un certain nombre de critères. Comme souligne Richard Rorty, c'est le propre même de tout critère que d'arrêter la régression à l'infini afin que quelque chose puisse être faite⁵³.

Une autre version de la doctrine de l'indétermination met l'accent sur l'incapacité du langage à contraindre les opérateurs. D'Amato donne un exemple pour démontrer cette thèse. Le Professeur Hart tente d'entrer dans un parc public, son ouvrage *The Concept of Law* à la main. Le gardien lui fait savoir qu'il ne peut amener le livre dans le parc en lui indiquant le panneau portant l'inscription « Pas de véhicule dans

⁴⁹ Stanley FISH, « Fish v. Fiss », *Stanford Law Review*, Vol 36, 1984, p. 1325.

⁵⁰ *C.I.J. Recueil 1958*, pp. 129-130 (Opinion individuelle de Sir Percy Spender): « ...il est toujours à craindre qu'au lieu d'interpréter le traité ou la convention en question, l'on s'aperçoive que l'on a tendance à interpréter les travaux préparatoires et à reporter cette interprétation sur le traité ou la convention, qui doit être l'unique objet de cette interprétation. »

⁵¹ *Affaire LaGrand (Allemagne c/ Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, pp. 466 et s., pp. 503-506 (par. 104-109).

⁵² Voir, parmi d'autres, Manley HUDSON, *La Cour permanente de justice internationale*, Paris, Pedone, 1936, p. 486.

⁵³ Richard RORTY, *Consequences of Pragmatism (Essays : 1972-1980)*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986, p. xii.

le parc ». Le Professeur Hart réplique que son livre n'est pas un véhicule - puisqu'il n'a pas de moteur et qu'il ne consomme pas d'essence. Le gardien répond qu'il n'a aucune discrétion, étant tenu d'agir conformément à la définition exacte du mot « véhicule ». Il sort de sa poche une copie d'un passage de dictionnaire où il est indiqué qu'un livre est un véhicule pour les idées⁵⁴. Pour drôle qu'il soit, cet exemple ne prouve rien. Comme nous avons observé plus haut, ni le sens, ni l'interprétation n'est une affaire d'analyse linguistique. D'ailleurs, la thèse de l'indétermination de toute communication est ouvertement contredite par la réalité de la communication sociale et par la réussite des communications dans la vie quotidienne. Qui plus est, cette thèse renferme une contradiction performative, puisque les travaux dans lesquels elle est avancée sont des parfaits exemples de la communication réussie, étant parfaitement compris.

Il faut également mentionner les théories qui mettent l'accent sur le caractère contingent du droit. C'est l'approche du mouvement *critical legal studies* qui nie que le droit possède la cohérence et la prévisibilité qu'il revendique et qui conclut que le droit fonctionne sur la base des contingences. Mais dire du droit qu'il est contingent signifie simplement qu'il ne s'impose pas du fait de son essence, mais qu'il est le produit de l'interaction des différents acteurs dans certains contextes et sous certaines circonstances. Cela ne revient aucunement à nier la réalité de la signification. Comprendre la contingence comme signifiant qu'une autre interprétation peut toujours être envisagée ne détruit pas la cohérence du droit non plus. Car, comme dit Alexander Nehamas dans un autre contexte, « the reason for looking for new interpretations is always that they will be better than the readings ...we have produced so far, and not simply the fact that they are new »⁵⁵. Autrement dit, le défi n'est sérieux que lorsqu'une interprétation alternative est effectivement produite et semble au moins aussi satisfaisante que l'interprétation qu'elle défie⁵⁶.

Les thèses de l'indétermination oublient par ailleurs que le doute et le scepticisme n'interviennent pas où on veut. Comme l'a fait observer Wittgenstein, il n'est pas possible de douter de ce dont on *veut* douter, car on ne doute pas parce qu'il est possible d'*imaginer* un doute. Le fait que nous puissions imaginer « quelqu'un qui, à chaque fois qu'il s'apprête à ouvrir la porte de sa maison, est saisi d'un doute et se demande s'il n'y a pas derrière elle un abîme, et qui s'assure que ce n'est pas le cas avant de franchir le seuil » ne nous fait pas douter dans la même situation⁵⁷. De

⁵⁴ Anthony D'AMATO, « Can Legislatures Constrain Judicial Interpretation of Statutes? », *Virginia Law Review*, No 93, Vol 75, 1989, pp. 596-597.

⁵⁵ Alexander NEHAMAS, *Nietzsche. Life as Literature*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, p. 63.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Ludwig WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2004, n. 84.

la même manière, comme les doutes ont leurs manifestations caractéristiques, on n'appellera pas « doute » l'attitude d'une personne qui n'est pas certaine de l'existence de ses mains, les regardant de tous les côtés pour se rassurer⁵⁸.

Ces considérations montrent que la charge de la preuve de l'indétermination du droit et de son interprétation incombe à ceux qui soutiennent une telle thèse. Après tout, il est indéniable que des interprétations menant à toutes sortes de décision sont faites chaque jour tant dans les contextes des droits nationaux qu'en droit international. Point n'est donc besoin de démontrer que le droit est en mesure d'assurer sa fonction fondamentale de régulation. Il peut assurer cette fonction d'une façon injuste ou insuffisamment efficace, mais on ne saurait sérieusement prétendre que l'indétermination empêche le fonctionnement du système juridique. En mettant la charge de la preuve sur les autres, les tenants de l'indétermination tentent d'échapper à un obstacle insurmontable qui consiste à démontrer que le droit ne fonctionne pas et qu'il ne pourrait fonctionner.

A supposer même que la thèse de l'indétermination puisse s'avérer vraie dans l'absolu, il faut garder à l'esprit que toute proposition doit se conformer aux règles de la politique discursive mise en place au sein de chaque discipline. Autrement dit, une proposition doit répondre à un certain nombre de conditions pour pouvoir être admises à l'intérieur d'une discipline⁵⁹. Elle ne saurait être avancée « dans l'espace d'une extériorité sauvage »⁶⁰. Avant de pouvoir être reconnue comme vraie ou fausse, « elle doit être "dans le vrai" »⁶¹. Ce n'est certainement pas le cas de la thèse de l'indétermination pour le moment. Elle pourrait devenir un élément déstabilisateur seulement en quittant le terrain de l'absolu, en passant la barrière des contraintes discursives de la discipline et en se transformant en un projet « politique ».

VI. Le sens comme une construction sociale

Les mythes opposés de la détermination et de l'indétermination ayant été passés au crible de la critique, il convient de se demander à présent comment le sens se forme. La première chose qu'il faut souligner à cet égard est qu'à l'origine du sens il y a toujours une communauté sociale. C'est seulement dans le cadre d'une communauté que la communication est possible et que les actes peuvent acquérir une signification partagée. Cette idée, développée par un certain nombre de philosophes, doit

⁵⁸ Ludwig WITTGENSTEIN, *De la certitude*, Paris, Gallimard, 2006, n. 255.

⁵⁹ Michael FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, pp. 34-35.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁶¹ *Ibid.*

être le point de départ de toute investigation sur l'origine du sens, y compris dans le cadre du droit. L'interaction continue au sein d'un groupe social détermine l'arrière-plan sur la base duquel le sens se forme.

L'idée selon laquelle toute interprétation se trouve imbriquée dans un réseau complexe de relations sociales n'est pas sans rappeler la notion wittgensteinienne de « forme de vie ». Même si Wittgenstein n'a jamais clairement défini ce concept, ce dernier est crucial pour la compréhension de la façon dont il traitait de la question du sens. Le concept en question renvoie aux régularités des attitudes, des réactions et des comportements qui donnent naissance à un réseau d'interactions sociales⁶². Selon Wittgenstein, nos actes, nos gestes et nos paroles acquièrent des significations sur la base de la forme de vie dans laquelle nous sommes imbriqués⁶³.

Mettre l'accent sur la dimension communautaire du processus interprétatif n'a rien de nouveau. Des philosophes tels que Peirce et Royce soulignaient déjà cet aspect de l'interprétation dans leurs travaux. Dans son célèbre ouvrage consacré à la religion chrétienne⁶⁴ Royce faisait valoir que la réalité ne pourrait être conçue en dehors de la communauté interprétative qui lui donne un sens partagé par tous les membres de cette communauté⁶⁵. De la même manière, Peirce soulignait que le concept de réalité impliquait la notion de communauté. Selon sa célèbre expression « the opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real »⁶⁶. Commentant cette pensée de Peirce, Umberto Eco indique que dans la théorie piercienne de la communauté, cette dernière transcende l'intention d'un interprète isolé et que, dès lors que la communauté s'accorde sur une interprétation, on assiste à cette occasion à la naissance d'un signifié qui, « s'il n'est pas ob-

⁶² Hanna PITKIN explique la notion de 'formes de vie' chez Wittgenstein dans les termes suivants : « human life as we live and observe it is not just a random, continuous flow, but displays recurrent patterns, regularities, characteristic ways of doing and being, of feeling and acting, of speaking and interacting. Because they are patterns, regularities, configurations, Wittgenstein calls them forms; and because they are patterns in the fabric of human existence and activity on earth, he calls them forms of life. » (H. F. PITKIN, *Wittgenstein and Justice. On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1972, p. 132).

⁶³ Sur le concept de « forme de vie » selon Wittgenstein, voir aussi G.P. BAKER et P.M.S. HACKER, *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity. An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell, 1985, Vol II, pp. 238-243.

⁶⁴ Josiah ROYCE, *The Problems of Christianity*, New York, Macmillan Company, 1914.

⁶⁵ *Ibid.*, Vol I, p. 72. Selon Royce l'existence d'une communauté stable et durable implique la création de croyances, religions, coutumes et autres produits mentaux qu'aucun individu ne pourrait jamais produire de façon isolée.

⁶⁶ Voir *Collected Papers of Charles Sanders PEIRCE*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1960, Vol V, par. 5.311.

jectif, est du moins intersubjectif et est, de toute façon, privilégié par rapport à n'importe quelle autre interprétation obtenue sans le consensus de la communauté »⁶⁷.

Le concept de communauté interprétative a été développé dans les travaux consacrés par Stanley Fish au droit et à la littérature⁶⁸. Fish utilise le concept en question pour expliquer la source de l'autorité de l'interprétation⁶⁹. En déplaçant cette source depuis le texte vers la dynamique sociale de la communauté des interprètes, Fish remet radicalement en cause le paradigme traditionnel de l'interprétation juridique et offre de nouvelles pistes pour l'investigation de l'origine du sens. Fish définit les communautés interprétatives comme des communautés « made up of those who share interpretive strategies not for reading (in the conventional sense) but for writing texts, for constituting their properties and assigning their intentions. In other words, these strategies exist prior to the act of reading and therefore determine the shape of what is read... ». Dans cette approche, le phénomène du désaccord au sujet de l'interprétation d'un même texte s'explique par la différence entre les stratégies interprétatives déployées.

Il est dommage que cette ligne d'investigation ne soit pas explorée par les juristes internationalistes⁷⁰. La bataille stérile entre le formalisme et les approches critiques radicales monopolise le débat, alors même que ni l'un, ni l'autre n'accorde assez d'attention à la dimension sociologique du processus interprétatif.

Notre effort pour expliquer le fonctionnement de l'interprétation des textes, y compris, des textes juridiques, à travers le concept de communauté interprétative ne revient pas à nier l'autorité de l'interprétation, mais seulement à en déplacer la source depuis le texte vers les acteurs concernés par son interprétation. Cette approche n'implique aucunement que toute interprétation est admissible. Elle ne prône en aucune façon un « anything goes » interprétatif, puisque qu'il existe incontestablement des interprétations ouvertement inadmissibles. Mais dans cette approche l'inadmissibilité de ces interprétations ne s'explique pas par les propriétés intrinsèques que posséderait le texte, mais par le fait qu'il n'existe pas, au sein de la communauté interprétative concernée et à un moment et dans un contexte

⁶⁷ Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, p. 382.

⁶⁸ L'essai fondateur est « Interpreting the Variorum », in *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, op.cit., note 23, pp. 147-173.

⁶⁹ Voir « Change », in *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Law*, op.cit., note 25, p. 141.

⁷⁰ Une exception d'envergure est représentée par Fouad ZARBIEV, *Le discours interprétatif en droit international : une approche critique et généalogique*, Genève, Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Thèse de Doctorat, 2009, pp. 98 et s.

donnés, des stratégies interprétatives admises permettant de produire cette interprétation particulière⁷¹.

Il faut souligner que le concept de communauté interprétative ne fournit pas un fondement épistémologique pour la théorie du sens. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une théorie qui permet de dire ce que signifie un texte donné. Son propos consiste plutôt à fournir une réponse sociologique à la question de savoir comment les différentes lectures d'un texte émergent et comment une interprétation vient à être considérée comme l'interprétation correcte d'un texte⁷². En s'éloignant de l'approche fondationnaliste qui présuppose l'indépendance de l'objet de l'investigation par rapport au sujet du savoir et qui se donne pour but de parvenir à une description objective de la réalité, indépendamment de toute perspective subjective, cette théorie met l'accent sur la dynamique complexe des agents sociaux en charge de l'interprétation. Cette dynamique amène les communautés interprétatives à interagir, cette interaction continue étant à l'origine des mouvements constants dans le cadre du processus interprétatif. Cela signifie que la prédominance continue d'une communauté interprétative donnée n'est jamais garantie. Dans ce sens, la théorie de la communauté interprétative est assez flexible pour permettre à l'interprétation de changer et de s'adapter aux besoins sociaux changeants.

VII. Conclusion

La démythification des mythes n'est pas seulement un exercice intellectuellement utile. Elle peut aussi profiter aux praticiens. Il est par exemple important de réaliser que le droit et son interprétation ne sont ni déterminés, ni indéterminés dans l'absolu. Adhérer sans esprit critique à l'un de ces pôles opposés revient à ignorer ce qui reste entre les deux. Dans cette perspective, la critique de la doctrine du sens clair ne signifie pas que la thèse de l'indétermination devrait emporter la conviction. Le droit reste un projet pragmatique, régulant toutes sortes de relations sociales. L'interprétation est un élément important de son fonctionnement, puisqu'elle façonne les conclusions juridiques à tous les niveaux – depuis la prise des décisions jusqu'à l'exécution en passant par la détermination judiciaire des droits et obligations. Être conscient que ce processus n'est pas neutre et que les acteurs sont tou-

⁷¹ Stanley FISH, « What Makes an Interpretation Acceptable ? » in *Is There a Text in This Class ? The Authority of Interpretive Communities*, op.cit., note 23, p. 345.

⁷² Stanley FISH, « One More Time », in G.A. OLSON et L. WORSHAM, dir., *Postmodern Sophistry. Stanley Fish and the Critical Enterprise*, Albany, NY, State University of New York Press, 2004, p. 277.

jours guidés par des considérations contextuelles et téléologiques n'enlève rien à la fonction régulatrice légitime du droit. Au contraire, cette démarche nous aide à mieux comprendre la manière dont le droit fonctionne dans la pratique. Si ce processus de compréhension implique que l'on s'intéresse à des concepts sociologiques tels que « communauté interprétative », cela revient à reconnaître la complexité de la vie sociale et à être conscient que toutes les explications ne se trouvent pas à l'intérieur du droit.

Descartes a été beaucoup critiqué en raison des doutes qu'il avait exprimés dans les Méditations au sujet de l'existence de Dieu, même s'il posait ces doutes dans le but de les éradiquer par la suite à l'aide d'une argumentation rationnelle⁷³. En réponse à cette critique, il faisait valoir que son travail ayant été rédigé en latin, seul un public érudit, capable de discerner la subtilité de ses arguments, pourrait y avoir accès. Mais son ouvrage a été vite traduit en français, devenant accessible à un plus large public, pas toujours assez sophistiqué pour saisir les buts et les nuances de la méthode de Descartes. L'histoire a montré que le rationalisme a survécu aux critiques et que les gens continuent à croire en Dieu.

⁷³ René DESCARTES, *Meditationes de prima philosophia*, 1641. Voir la version HTML trilingue, rédigée sous la direction de David B. MANLEY et Charles S. TAYLOR, qui comprend la traduction française de 1647 par le DUC DE LUYAN ainsi que la traduction anglaise de 1901 par John VEITCH (<http://www.wright.edu/cola/cartes/>, 21 avril 2009).

FATIMATA NIANG

Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire

I. L'autorité du juge : état des lieux et déficit conceptuel

La période contemporaine serait marquée par la marginalisation des contempteurs classiques du pouvoir politique des juges. Cette dernière serait liée, selon Philippe Raynaud, au « prestige général du thème de l'Etat de droit »¹, qui ne serait pas sans rapport avec le développement des juridictions transnationales telles que la Cour de justice des Communautés européennes (CJUE)². L'ascension de la figure du juge dans la philosophie contemporaine coïncide ainsi avec la prééminence dans la doctrine d'une philosophie du droit sur une philosophie politique par essence plus critique à l'égard d'une troisième figure du juge, qui s'affranchirait à la fois des conceptions antiques, que l'on veut pourtant pour favorables au juge, mais également des positions modernes fondées sur un double héritage : la tradition absolutiste de Hobbes et celle plus libérale de Beccaria. Cette philosophie est en outre moins tributaire de la dichotomie classique entre la centralité législative du positivisme juridique et les fondements transcendants du droit naturel. Il apparaît ainsi que la force du syllogisme judiciaire a été tempérée, que la jurisprudence joue un rôle normateur³ considérable et que l'opposition de la souveraineté au pouvoir créateur du juge tend à perdre beaucoup de sa pertinence. On assisterait à une forme d'éclipse de la souveraineté au profit du droit⁴. Prenant acte de cette révolution, une

¹ Philippe RAYNAUD, *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 117.

² *Ibid.*

³ Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1990.

⁴ Pierre BOURETZ, « Souveraineté », in Olivier DUHAMEL et Yves MENY, dir., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 989-993.

philosophie du droit contemporaine propose une lecture nouvelle de l'office du juge, en suggérant une théorie du droit d'essence interprétative⁵ qui fait de ce dernier l'architecte de l'identité de la Communauté. Mais elle affranchit le juge de la tutelle de la philosophie politique qui en fait un organe du souverain chez Aristote comme chez Hobbes, sans nous fournir le fondement de ce nouveau pouvoir⁶ alors que les réflexions contemporaines demeurent marquées par deux intuitions premières: le juge est un organe du souverain dont il exprime la volonté, elle-même tributaire de la souveraineté populaire.

La question peut dès lors se poser de savoir si le juge en se faisant architecte d'une identité n'usurpe pas un pouvoir qui ne lui appartient pas. Une telle interrogation nous renvoie toujours au même défi, celui de fonder légitimement le titre de compétence⁷ du juge. Il est alors possible d'avancer deux hypothèses. On pourrait considérer que l'office du juge s'auto-légitime par sa nécessité: en somme le juge comblerait les lacunes d'un pouvoir constituant défaillant (parce qu'inexistant dans la Communauté) dont le dessein fondateur est d'instituer une identité (n'était ce pas le dessein des pères fondateurs d'aboutir in fine au primat du politique sur l'économique?). Ou alors ériger le juge comme le moteur de la modélisation d'une identité implicite latente mais présente, identité que définirait la Communauté de droit⁸. Il jouerait alors le rôle de révélateur au sens chimique. Le regain d'intérêt pour la figure du juge pousse à s'interroger sur la raison d'être de cette conception post moderne. Il est possible de considérer dans une perspective minimaliste qu'il est la résultante d'un progrès juridique dont il faudrait se satisfaire. L'inconvénient d'une telle approche est le risque de voir un tel progrès oblitéré par la résurgence vindicative de la branche politique législative de l'Etat. On pourrait, alternativement,

⁵ Julie ALLARD, *Dworkin et Kant - Réflexions sur le jugement*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 24.

⁶ Philippe Raynaud se demande, à juste titre, pourquoi c'est à un juge (et non aux autres instances délibératives ou au pouvoir constituant lui-même) qu'il revient de définir l'identité de la Communauté, op.cit., note 1, p. 113. Dans le même sens, Robert Badinter se demandait si un peuple pouvait s'assujettir à un droit - le droit communautaire - qui ne s'identifie pas symboliquement et directement avec un souverain, mais procède d'une origine technocratique (cité par Laurent COHEN TANUGI, *L'Europe en danger*, Fayard, 1992, p. 139).

⁷ L'expression titre de compétence s'entend ici du fondement philosophique de l'office du juge et non de la base juridique de son action.

⁸ Carmenza CHARRIER, « La Communauté de droit, une étape sous estimée de la construction européenne », *RMC*, No 400, Juillet - Aout 1996, pp. 521-533.

fonder ce rehaussement de la fonction dans la redécouverte de l'essence véritable du juge. Mais là encore, à moins d'en hypostasier le fondement, il paraît difficile d'exhumer un tel âge d'or que la seule recherche empirique ne permet pas de déceler. Le défi demeure entier. La méthode doit donc pousser à partir de la pratique pour en donner une connaissance intelligible. Il convient de partir du point sur lequel tout le monde s'accorde à savoir la finalité de la fonction juridictionnelle - dire le droit et trancher les litiges⁹ -. Il apparaît qu'au moins pour la première exigence, l'office du juge requiert un travail d'interprétation préalable. Puisque le juge a pour fonction d'interpréter les normes et que celle-ci va bien au-delà de la recherche du sens véritable d'une norme, il s'agirait en s'appuyant sur la doctrine contemporaine, de montrer ce qui fonde le titre normateur de l'interprète créateur de droit. On voit bien en quoi une telle approche se distingue des propositions alternatives énoncées. Elle fournit à l'idée de progrès une sécurité sans réécrire l'histoire que postule la deuxième branche de l'alternative. En outre, elle peut s'appuyer sur la fulgurante ascension de l'idée de droit¹⁰, promue par la Cour de justice, qui, par touches successives, a révélé silencieusement¹¹ les valeurs communes en les érigeant en socle d'une identité communautaire. Enfin, elle permet de prendre acte de l'équilibre institutionnel réel en place dans les démocraties contemporaines caractérisées par une bipolarisation entre le pouvoir politique (exécutif et législatif) et le pouvoir judiciaire¹², bien loin des incantations fictives de la division tripartite des pouvoirs que l'on prête à Montesquieu¹³.

Aussi, notre hypothèse sera la suivante: puisque la philosophie contemporaine se focalise autour de l'interprétation du droit par le juge, il s'agira pour nous de déterminer en quoi cette approche peut contribuer à légitimer la fonction du juge communautaire de droit commun.

⁹ Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.

¹⁰ Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976.

¹¹ Joseph WEILER, « Une révolution tranquille. La Cour de justice et ses interlocuteurs », *Politix*, No 32, 1995, pp. 119-138 ; Alec STONE et James CAPORASO, « La Cour de justice et l'intégration européenne », *RFSP*, No 2, Vol 48, 1998.

¹² Pierre PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, No 90, Vol 23, 2000, pp. 339-349.

¹³ Pour une lecture plus juste de la théorie de Montesquieu, voir Dominique D'AMBRA, *op.cit.*, note 9, pp. 177 et s. qui réfute l'approche organiciste de la séparation des pouvoirs.

II. Les figures du juge : pour une théorie jurisprudentielle de la fonction judiciaire

La philosophie du droit classique a d'abord forgé deux figures successives du juge. Tout d'abord, le juge peut être vu comme un magistrat institué par la communauté pour dire le droit: c'est la filiation jus naturaliste héritière de l'Antiquité grecque. Ensuite, il a été un organe du souverain selon la tradition libérale héritière des modernes (A). Mais seule l'approche post moderne d'essence interprétative - visant à démontrer que le juge parachève l'œuvre législative - semble refléter la réalité de l'office judiciaire aujourd'hui (B).

A. D'Aristote à Hobbes : l'introuvable qualification de la fonction judiciaire

D'Aristote aux Lumières, l'hostilité de la philosophie politique à l'égard du pouvoir normateur du juge est source de l'indétermination conceptuelle de l'identité du juge dans la tradition classique. La figure d'un juge automate freine le développement de toute approche de l'office judiciaire d'essence interprétative. Or, qu'il s'agisse d'un acte de connaissance ou de volonté, l'interprétation est aujourd'hui un concept polysémique qui participe au renforcement ou à la faiblesse de la légitimité du juge¹⁴. Etymologiquement (du grec *etimos* : vrai et *logos* : science), cette notion se réduit à l'opération qui vise à déterminer le sens exact d'une règle juridique¹⁵. Conséquence de cette acception, l'interprétation ne saurait être automatique dans son principe : elle ne s'impose qu'en présence d'une règle obscure. Cette définition stricte et littérale, qui s'accommode aisément dans le contexte historique de l'apparition du droit romain¹⁶, lequel ne reconnaît au juge aucun pouvoir normateur, apparaît aujourd'hui très inadaptée. Aussi, ce concept s'est-il considérablement enrichi en même temps que la théorie de la fonction mécanique du juge a cédé le pas à une approche plus favorable à la fonction judiciaire. A tel point que dans la période contem-

¹⁴ Mouhamadou MOUNIROU SY, *La protection des droits fondamentaux en Afrique : L'exemple du Sénégal*, Harmattan, 2007, p. 60.

¹⁵ Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris, Delachaux & Niestlé, 1988, p. 182 ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, p. 314.

¹⁶ Anne Françoise DEBRUCHE, « Le juge à travers le temps et l'espace, Tableaux d'une exposition sur le thème des grands systèmes judiciaires », *RDIC*, 2008, p. 366.

poraine resurgit cette dichotomie entre fonction cognitive et approche volontariste de l'interprétation, renouvelant passablement les conceptions de l'office du juge.

La question de la légitimité du juge a toujours constitué un objet de recherche fondamental dans la philosophie. Que celle-ci s'intéresse à la dimension politique de l'office judiciaire ou qu'elle s'évertue à déterminer le lien entre fondement du droit et office du juge, philosophie politique et philosophie du droit n'ont cessé de questionner depuis l'Antiquité jusqu'aux Lumières un objet d'étude sensible, suscitant controverses et accusations les plus virulentes au sein de la communauté scientifique, sans vraiment fournir une proposition convaincante, satisfaisante et réaliste de la figure du juge dans la tradition contemporaine. Déjà, dans la tradition jus naturaliste antique, la forte connotation morale du droit rendait l'office du juge tout à fait singulier. Expression de valeurs sociales, le droit est d'abord perçu comme devant assurer une fonction méliorative, en ce sens que son objet ainsi que sa finalité doivent tendre vers la réalisation de la justice. La découverte de cette justice est rendue possible car elle se fonde sur des principes moraux objectifs qui dépendent de la nature de l'univers et qui peuvent être appréhendés par la raison. Puisque la seule fonction du droit est de découvrir les valeurs immanentes (Aristote) ou d'origine transcendante (Platon), le législateur ne saurait être le seul pouvoir susceptible de pourvoir à cette exigence. Le juge doit également jouer un rôle concurrent. Cette conception du droit, portée par l'école du droit de la nature antique, a été conceptualisée par Platon puis elle a connu un essor tout à fait considérable sous l'impulsion d'Aristote, au point d'être demeurée jusqu'à une période récente, un héritage fondamental de la pensée contemporaine. Si Platon et Aristote se distinguent en ce qu'ils ne fondent pas le droit naturel sur la même origine (transcendance et raison), il n'en demeure pas moins que les deux développent une conception du juge que l'on veut particulièrement favorable à son office. Pourtant, la conception aristotélicienne, si elle constitue un puissant facteur de dénonciation du légicentrisme des modernes, plaide en faveur d'un cantonnement de la fonction judiciaire, une fonction sous contrôle et qui apparaît subordonnée à la Communauté politique naturelle. Finalement, le juge chez Aristote n'est investi du pouvoir de *jurisdictio* que parce que la Communauté politique qui lui est antérieure le veut bien. Cette figure d'un juge agent a été confortée par les conceptions philosophiques modernes qui ont fait surgir la figure d'un juge organe du souverain qui n'est pas sans rappeler les contours définis dans la tradition antique. En effet, dans la théorie moderne de l'Etat telle qu'elle sera développée par Hobbes, le juge *contribue* à dire le droit au nom

du souverain. Ainsi, on peut déjà établir un rapprochement entre Hobbes et Aristote dans la mesure où chez l'un comme chez l'autre la philosophie du droit est fortement sous tendue par une philosophie politique qui induit que si le juge dispose d'un pouvoir¹⁷, il tire cette prérogative d'une habilitation préalable du législateur - souverain. Dans cette approche, l'interprétation se voit limiter à la recherche *du* sens voulu par le législateur, elle ne saurait s'accommoder de la recherche *d'un* sens.

Si la philosophie du droit contemporaine est restée fidèle à ses intuitions premières, la dynamique communautaire semble induire un bouleversement substantiel des principes¹⁸ classiques, d'où la nécessité d'explorer une troisième figure du juge, plus apte à rendre compte de son office dans les démocraties contemporaines. Cette troisième figure a été conceptualisée par le théoricien du droit américain contemporain Ronald Dworkin¹⁹. Selon lui, le juge, en appliquant la loi, se fait interprète du droit et parachèverait ainsi l'œuvre du législateur.

B. Pour une approche dworkinienne de légitimation du juge communautaire de droit commun

Moteur d'un jus naturalisme renouvelé, le philosophe et théoricien du droit Ronald Dworkin s'est illustré pour avoir livré une attaque frontale du positivisme légaliste. Il propose un droit naturel épuré du dogmatisme classique, caractérisé par la jonction permanente entre le droit et la morale. Sa théorie du droit, fortement ancrée dans le contexte américain, est fondamentalement militante. Novatrice et résolument contemporaine, elle se prête particulièrement au comparatisme.

1. Présentation de la théorie dworkinienne : approche critique et enjeu politique

a) Un paradigme théorique original : une approche critique du positivisme juridique

Un réalisme renouvelé : la centralité rationalisée du juge dans la théorie du droit

¹⁷ Philippe RAYNAUD, op.cit., note 1, p. 130.

¹⁸ Michel TROPER, « L'Europe et les principes », *Droit et société*, No 20, 1992, p. 165.

¹⁹ Ronald DWORKIN (1^{ère} partie), *Droit et Société*, 1985.

Dworkin partage la conception des réalistes qui voient dans le juge l'élément le plus fondamental dans la théorie du droit. Mais il s'oppose à ces derniers en considérant que le juge ne dispose jamais d'un pouvoir discrétionnaire²⁰. Il est toujours encadré par des règles et des principes qui lui permettent, pour chaque cas donné, de déceler la seule réponse correcte.

Une approche médiane de l'interprétation entre connaissance et volonté

Jusqu'à Dworkin, l'approche théorique du travail d'interprétation n'échappe pas à une certaine dogmatique²¹ juridique radicale qui oppose l'interprétation - acte de connaissance - à l'interprétation - acte de volonté.

- L'interprétation, activité déclarative du sens des textes

L'interprétation, acte de connaissance, est une opération ayant pour but de déterminer le sens véritable du texte à appliquer. Elle postule la subordination de l'interprétation à la signification, l'activité de l'interprète consistant à découvrir, donc à connaître, un sens qui lui est extérieur, préexistant à l'interprétation et objectivement donné dans ce qu'il interprète²². La conception cognitiviste s'appuie sur la théorie de Montesquieu du juge bouche de la loi et sur l'école exégétique. Cette dernière prône une interprétation philologique et doctrinale des textes en prescrivant de rester le plus près possible du sens véritable des dispositions. De façon générale, cette approche réduit l'étude du droit à un commentaire littéral du code selon l'ordre suivi par le législateur. L'exégèse de la loi doit consister à dégager la volonté du législateur : en somme, le jeu interprétatif, c'est l'esprit de la loi. Cette conception repose sur une approche mécanique du travail du juge, réduit à la figure d'un agent automate, qui ne peut modérer ni la force ni la vigueur de la norme. Elle s'inscrit parfaitement dans la tradition romano civiliste continentale.

- L'interprétation, activité constitutive du contenu des règles : la théorie des contraintes

Cette thèse - l'interprétation acte de volonté - s'intéresse au rapport existant entre l'interprétation et le sens de l'objet interprété. Le sens n'a pas d'existence indépendante de l'interprétation, il ne peut pas être découvert ou décrit, il est produit par l'interprète. Le sens est subordonné à l'inter-

²⁰ *Ibid.*, p. 30

²¹ Julie ALLARD, *op.cit.*, note 5, p. 18.

²² Gustavo JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Harmattan, 2000, p. 149.

prétation²³. Michel Troper la décline selon un triptyque : elle est une fonction de la volonté, elle n'a pas pour objet des normes mais des énoncés ou des faits, elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique. La dimension cognitiviste de l'interprétation se justifie selon l'auteur car « si l'interprète peut déterminer la signification d'un texte et si la norme n'est pas autre chose qu'une signification, il faut considérer que c'est l'interprète qui est lui-même l'auteur de la norme qu'il est chargé d'appliquer »²⁴. Il en résulte que l'interprète jouit d'une liberté, qui provient « de sa capacité de produire des interprétations sans appel, qui s'imposent même lorsqu'elles vont contre la compréhension commune ou le langage ordinaire ». Pratiquement, le pouvoir de l'interprète s'étend à la définition du contenu des normes, à la détermination de la norme et à la régulation de l'ordonnement juridique. Si la liberté de l'interprète est totale, son pouvoir n'est pas arbitraire. Il est timoré par des contraintes tantôt juridiques tantôt de fait mais qui ne s'imposent pas à l'interprète. L'interprète dispose d'un pouvoir discrétionnaire qu'il ne peut exercer que très difficilement dans la pratique en raison de l'existence d'une pluralité de velléités concurrentes qui garantissent la stabilité du système.

b) Un enjeu politique contestataire : le rejet des accusations d'activisme judiciaire de la Cour suprême

La théorie de Dworkin a pour objectif de justifier les solutions pratiques adoptées par la Cour suprême (CS) des Etats Unis²⁵. Pour lui, on ne saurait soutenir que la CS applique seulement la Constitution écrite. En même temps, admettre qu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire de création du droit ne saurait être justifiable au regard de la théorie démocratique. Selon Dworkin, la Cour ne se borne qu'à appliquer un droit préexistant mais celui ne saurait se réduire au droit posé par le législateur. Il conclut alors que puisque la Cour n'a pas le pouvoir de créer le droit, son rôle est conforme à la théorie démocratique.

²³ *Ibid.*

²⁴ Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006.

²⁵ Michel TROPER, « Dossier Ronald Dworkin », *Droit et Société*, 1^{ère} partie, No 1, 1985, p. 31.

2. Pertinence de la théorie dworkinienne pour la légitimation du juge national dans le système juridique communautaire

a) Présentation de la proposition

Nous partons des intuitions premières de la philosophie contemporaine puisées à la fois chez Aristote et Hobbes pour définir ce que nous dénommons une *légalité principielle* au fondement de l'office du juge national dans le système juridique communautaire. Cette *légalité principielle* est assise sur la théorie de Dworkin que nous définissons ainsi : la CJUE, en érigeant le juge national en juge communautaire de droit commun, se bornerait à appliquer un droit préexistant, mais celui-ci ne saurait se réduire aux traités originaires ni s'épuiser dans les intentions exprimées des Etats membres. Il en résulte que l'office communautaire du juge national ne saurait puiser son titre que sur un fondement juridique communautaire, parce qu'il est *commun* à tous les juges nationaux des Etats membres. Ce titre exclut ainsi toute autre modalité de légitimation nationale peu encline à soutenir la doctrine constitutionnelle de la Cour, propre à refléter la nature du droit communautaire et à en assurer les exigences essentielles. Toutefois, parce que le rôle assigné au juge national par la CJUE n'implique pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il s'insère dans la théorie démocratique²⁶ et réfute par là même toute accusation de gouvernement des juges. Par conséquent, la compétence communautaire du juge national résulte du dessein *unitaire* du système juridique communautaire, qui sous tend le principe d'effet utile. La Communauté européenne étant une Communauté de droit, lequel implique le droit au juge, le juge national, lorsqu'il agit en tant que juge communautaire de droit commun, s'exprime au nom des sujets de cette Communauté que sont, par *delà* les Etats, les individus dotés de la citoyenneté européenne et unis par une charte constitutionnelle. L'exigence faite aux Etats membres dans le nou-

²⁶ « La crise de l'Etat providence, loin d'entraîner un reflux (du droit), a tout au contraire pris l'aspect d'un mouvement de retour au droit, dont témoigne éloquentement le succès du thème de l'Etat de droit, qui entraîne une nouvelle explosion juridique. (...) Mais cette critique (de l'Etat providence) a été paradoxalement bénéfique, en réactivant la vision libérale d'un droit au service de la liberté et conçu comme dispositif de protection contre l'Etat », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? » in Jean CLAM et Gilles MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 44.

veau TUE²⁷ de prévoir des voies de droit permettant la mise en œuvre effective du droit communautaire renforce cette hypothèse. C'est ce que nous appelons la cause efficiente ou immédiate. Cette exigence *essentielle* d'application unitaire du droit communautaire découle elle-même de la nature *commune* de ce droit, dont la garantie assurée par le titre de compétence communautaire du juge national constituerait le révélateur d'une *légalité principielle* qui serait immanente à l'ordre juridique communautaire. Cette hypothèse est quant à elle soutenue par le postulat suivant puisque la théorie de la Communauté de droit est l'expression de l'existence de valeurs communes²⁸ aux sujets de l'ordre juridique communautaire, qui s'appuient sur la reconnaissance d'un droit au juge, la tâche de ce dernier ne confine pas exclusivement à assurer la garde du temple : elle exige de ce dernier à devenir le moteur, l'architecte de l'embryon d'une Communauté politique²⁹ que l'on ne serait plus, dès lors, conduit à hypostasier³⁰. C'est notre cause finale dite *telos*.

b) Pertinence de la proposition

La pertinence de la proposition que nous élaborons est conditionnée par deux éléments fondamentaux : elle suppose, d'une part, la pleine cohérence du modèle dworkinien qui la fonde et doit, d'autre part, s'employer à défier de façon convaincante les idées classiques si peu promptes à fournir une théorie de la fonction du juge dans la tradition contemporaine. Dans les propos qui suivent, nous soumettrons notre proposition aux deux filtres qui nous permettront d'évaluer la valeur théorique de notre hypothèse avant de confronter cette dernière à une étude succincte de la doctrine constitutionnelle de la Cour.

²⁷ Article 19 § 1 alinéa 2 TUE : Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

²⁸ Si, pour Andrea Bianchi, la légitimité de la Cour pénale internationale découle du fait qu'elle "représente la communauté internationale organisée qui s'érige en juge sur la base d'un certain nombre des valeurs communes", alors on peut raisonnablement dire que dans la Communauté de droit, infiniment plus intégrée que la société internationale, le titre communautaire de compétence du juge national se fonde sur sa fonction fédératrice. Voir, Andrea BIANCHI, *Soudan : l'affaire Al Bashir*, *Telos*, 30 mars 2009.

²⁹ Carmenza CHARRIER, *op.cit.*, note 8, p. 521.

³⁰ Etienne TASSIN, « L'Europe, une communauté politique? » *Esprit*, novembre 1991, pp. 63-79.

- Evaluation de la valeur théorique de la proposition dworquienne

La force de conviction de la théorie de Dworkin repose fondamentalement sur sa filiation avec la tradition de Common Law, droit caractérisé par sa très grande continuité depuis la période féodale. En effet dans le droit anglais, il est admis que la systématisation du droit est le fruit d'un travail prétorien, qui valorise la fonction du juge et entraîne une mutation de son pouvoir d'interprétation³¹. Aussi le juge en tant qu'interprète des coutumes du peuple, dispose d'un pouvoir normateur tout à fait considérable. Mais ce volet socio - politique est encadré par un cadre juridique qui implique que si la jurisprudence en Common Law est une source de droit que le juge est tenu d'appliquer, il n'en demeure pas moins que le juge a une fonction essentiellement déclaratoire³². Puisque le juge est la voix d'un droit ayant une existence indépendante, il importe de comprendre qu'il existe des principes qui sous tendent les précédents. Aussi, on comprend que « dans la conception de Dworkin, les innovations produites par les juridictions ne sont pas des renversements de jurisprudence mais des fruits de la découverte des implications des principes qui étaient déjà présents dans le droit »³³.

La théorie de Dworkin s'inscrit dans le cadre des processus en cours dans le système juridique communautaire et pose les jalons d'un titre de légitimité de la fonction communautaire du juge que le berceau national démocratique peine à conceptualiser. En effet, appliqué au contexte national, l'idée rousseauiste qui fait reposer la légitimité des institutions démocratiques sur le double pilier de la volonté générale et de l'intérêt général est partiellement mais incontestablement remise en cause. Aussi, les démocraties contemporaines sont confrontées à un défi majeur, celui de *l'impertinence manifeste du critère de soumission à la loi comme facteur de légitimation du juge dans ces systèmes*. Ce fondement classique de légitimation du juge est mis à mal par le développement notamment de deux phénomènes majeurs que sont le *constitutionnalisme et le transnationalisme qui constituent deux facteurs de déstabilisation de la centralité démocratique*. A cet égard, le rôle de la CJUE, juridiction supranationale s'affirme en même

³¹ Donald POIRIER, *Introduction générale à la Common Law*, Editions Yvon Blais INC, 1995, p. 201.

³² David EDWARD, *Le rôle de la jurisprudence dans le Common Law*, <http://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/1999-le-role.pdf> p. 130.

³³ Philippe RAYNAUD, *op.cit.*, note 1, p. 145.

temps que s'affinent les droits et les prérogatives des sujets de son droit, dénaturant ainsi l'office du juge national, qui voit sa situation constitutionnelle, au regard de laquelle elle apparaît naturellement légitime, nécessairement altérée. Aussi, si la philosophie de Montesquieu très hostile à la croissance des fonctions du juge, considéré outre atlantique comme la branche la moins dangereuse, semble pénétrer les esprits les plus hostiles à l'endiguement de l'autorité judiciaire, il convient d'en limiter la portée. A la même époque, Portalis s'attaquait aux velléités du législateur dont il considérait que la fonction devait être limitée à la définition des maximes générales, laissant au juge un large pouvoir d'appréciation. En outre, si Montesquieu peut s'offrir le soutien de Beccaria, défenseur du syllogisme judiciaire, la philosophie antique et la pratique des pays de Common Law ont sonné le glas d'une conception minimaliste de la fonction du juge.

Le dessein que l'on se propose d'explicitier ici consiste à montrer comment une doctrine constitutionnelle d'origine judiciaire est, par l'entremise des juges communautaires de droit commun, légitimement susceptible de régénérer une légalité principielle au fondement d'un ordre juridique supranational.

- Confrontation de la proposition dworkinienne à la doctrine constitutionnelle de la Cour

En quoi la théorie de Dworkin contribue-t-elle à légitimer la fonction communautaire du juge national? Elle repose sur le postulat selon lequel les individus ont des droits fondamentaux opposables à l'Etat, lesquels constituent le fondement ultime du droit. Ces droits sont l'expression de principes immanents et qui préexistent dans un système juridique. Les juges se fondent sur ce matériel pour résoudre les cas qui leur sont soumis. Ces principes ne s'épuisent pas dans des énoncés législatifs. Ils sont élaborés par les juges au moyen de techniques d'argumentation. Dworkin part de la prémisse selon laquelle dans chaque système juridique, il existe une doctrine morale et politique implicite qui constitue le fondement et la justification du droit en lui-même. Le juge doit être capable par un raisonnement inductif de tirer cette doctrine sous jacente au droit posé. Ce système de valeur s'exprime par des principes généraux de droit (PGD). Quant au rôle joué par les principes, selon Dworkin, le juge en dégageant les PGD peut diriger l'interprétation des règles chaque fois qu'il existe des situations ambiguës, difficiles et indéterminées. Mais alors est-il légitime que le juge s'émancipe du droit posé par le législateur? Cette interrogation renvoie à la détermination de la nature de cette doctrine morale et politique implicite. A la différence de Kelsen qui fonde le droit sur la norme hypothétique fonda-

mentale et qui dicte de respecter le droit posé, Dworkin considère qu'il est nécessaire de recourir à une métarègle, qui est constituée par les fondements essentiels d'un ordre démocratique et libéral : les droits de l'homme. Ces droits existent en dehors de l'Etat et même contre lui. Dworkin considère que le système institutionnel repose sur une théorie morale particulière à savoir que les individus ont des droits moraux contre l'Etat. Ce sont des droits pré-politiques qui relèvent d'un droit naturel fondamental : la justice.

La théorie de Dworkin est pertinente à un double titre dans notre compréhension de l'intégration juridique en cours dans l'UE. Elle permet, d'une part, de fournir un fondement aux PGD dégagés par la Cour et qui se déclinent notamment dans la reconnaissance d'un droit à un juge; elle esquisse, d'autre part, un titre de légitimation de la doctrine constitutionnelle de la Cour en le fondant sur la reconnaissance aux individus de droits moraux contre l'Etat. C'est à la confrontation de la proposition dworkinienne à la doctrine de l'effet direct que nous procéderons maintenant. L'on se propose ici de tester les deux clefs de l'approche dworkinienne - la finalité du droit et le rôle de l'interprète - afin de forger un concept de légitimation du juge communautaire de droit commun.

- φ A la quête du fondement de la doctrine constitutionnelle de la Cour ou de la finalité du droit : « Les personnes sont le principe et la fin du droit »

Parce qu'elle réhabilite l'approche cognitiviste de l'interprétation, la conception dworkinienne échappe à tout risque de politisation du pouvoir judiciaire. L'idée qu'il existerait, pour chaque difficulté juridique, un *one right answer*, constitue en effet une contrainte sémantique qui guide le travail d'interprétation du juge. A cet égard, les méthodes d'interprétation adoptée par la CJUE en général et dans l'affaire *Van Gend en Loos*³⁴ en particulier témoignent que cette opération relève d'une activité de production des règles n'impliquant ni une simple reproduction du sens des textes ni une pure invention du contenu de la règle. Or, si l'arrêt *Van Gend en Loos* est demeuré une décision fondatrice de la jurisprudence communautaire, c'est précisément parce qu'il a inauguré la doctrine constitutionnelle de la CJUE en posant de façon éclatante les bases de l'articulation entre l'ordre juridique communautaire et les ordres nationaux. Rendu sur renvoi préjudiciel, l'arrêt a permis à la Cour d'assimiler dès l'origine le droit commu-

³⁴ CJUE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. 1963.

nautaire à un droit interne, l'affranchissant ainsi partiellement du régime juridique classique du droit international. Tout en admettant que l'ordre juridique communautaire trouve son origine dans l'ordre juridique international, la Cour lui attribue les traits d'un ordre juridique interne en ce que son droit peut affecter directement le patrimoine des individus. Ce faisant, la Cour, au cœur de la production normative dans le système juridique communautaire, semble vouloir s'affranchir d'un certain nombre de contraintes³⁵ avec lesquelles elle est supposée composer. En effet, dans cette approche dworkinienne, l'on suppose que la juridiction communautaire doit s'efforcer de restituer le sens du texte (contrainte textuelle) mais elle ira au delà pour tenter de découvrir la lecture la plus optimale de la règle qui lui permettra ainsi de respecter la cohérence du système (contrainte systémique) et fournir la meilleure réponse (contrainte pragmatique).

- φ A la quête du fondement du titre de compétence communautaire du juge communautaire de droit commun ou du rôle de l'interprète : « Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois³⁶ »

L'antériorité de l'interprète par rapport à la norme qu'il est supposé appliquer n'est que la conséquence de la proposition selon laquelle le juge ne se borne pas à appliquer le droit positif. Il existerait, à côté du droit positif, un droit judiciaire, qui constituerait la figure de proue d'une intégration politique de l'ensemble juridique que constituent les Communautés européennes. Les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire³⁷, « interne et autonome »³⁸, ont été progressivement définies par la Cour dans sa jurisprudence. Le binôme *Van Gend en Loos*³⁹ et *Costa c. Enel*⁴⁰ a permis

³⁵ Le respect par le juge de ces différentes dans la conduite de la procédure est pourvoyeur de légitimité pour certains auteurs, voir Jean DE MUNCK et Jacques LENOBLE, « Droit négocié et procéduralisation », in Philippe GERARD, François OST et Michel van de KERCHOVE, dir., *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 189.

³⁶ Sur le phénomène de déformalisation du droit, voir Sabine MALENGREAU, *Montée en puissance et légitimité du juge dans une société fragmentée en quête de lien social*, http://www.dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/MALENGREAU-2-20070503.pdf, p. 4.

³⁷ « Un ensemble structuré de normes juridiques possédant ses propres sources, doté d'organes et de procédures aptes à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en constater et sanctionner les violations » (Guy Isaac)

³⁸ CJUE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 et C-415/05, Rec. 2008, p. I-6351.

³⁹ CJUE, *Van Gend en Loos*, note 34.

de définir son autonomie par rapport aux droits national et international. Alors que la Cour affirmait dans *Van Gend en Loos* que le droit communautaire formait un ordre juridique propre⁴¹ intégré au système juridique des Etats membres, elle reconnaissait que ce même ordre découlait du droit international. Si l'ordre juridique communautaire s'affranchit à la fois du droit national mais également du droit international public, il repose sur un traité, lequel « bien que conclu sous la forme d'un accord international n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit »⁴². Le droit communautaire, ni international ni national et qui fonde l'ordre juridique communautaire, serait alors ni plus ni moins qu'un droit interne. En toute hypothèse, cette prétention qui n'est pas nouvelle⁴³, semble trouver un écho dans la jurisprudence récente de la Cour.

Le juge communautaire, garant du droit interne...Dans l'arrêt *Kadi*⁴⁴, rendu sur pourvoi, la CJUE a annulé deux précédentes décisions du TPICE, par lesquels la juridiction communautaire refusait d'annuler un règlement qui mettait en œuvre des sanctions édictées par le Conseil de sécurité des Nations Unies, sanctions qui avaient été prononcées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international et qui étaient dirigées contre des personnes soupçonnées d'appartenir à la mouvance Al - Qaida. Prenant le contrepied du TPICE, qui avait considéré que les juridictions communautaires n'étaient pas compétentes pour apprécier la légalité interne d'un règlement qui avait pour objet de mettre en œuvre un accord internatio-

⁴⁰ CJUE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

⁴¹ CJUE, 13 novembre 1964, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, 90 et 91/63, Rec. 1964, p. 1217 : *Le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique mais il établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle.*

⁴² CJUE, avis du 14 décembre 1991, *Espace Economique Européen*, 1/91, Rec. 1991, p. I-6079 sur *le Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen.*

⁴³ Dans une résolution du 2 octobre 1997 sur les relations entre le droit international public, le droit communautaire et le droit constitutionnel des États membres, le Parlement européen « réclame un règlement clair, consacré dans le traité CE, de la relation entre le droit international public et le droit communautaire, allant dans le sens d'une équivalence de la CE avec les États nationaux, ce qui signifie que le droit international public ne s'applique pas directement, mais seulement lorsque son applicabilité a été déclarée par un acte juridique interne de la Communauté ou après que son contenu a été transposé dans des actes du droit communautaire ».

⁴⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi*, note 38.

nal, la Cour estime pour sa part qu'un tel contrôle des actes, au regard des droits fondamentaux, s'étendait à l'ensemble du droit dérivé quelque fut la motivation de l'adoption de ces actes. En somme, selon la Cour, un accord international, fut-il antérieur aux Communautés, ne saurait faire obstacle, sur le plan interne, au respect de la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité.

L'arrêt Kadi est intéressant notamment parce qu'il fait écho à la jurisprudence des juridictions suprêmes françaises qui tend désormais à faire d'elles des juges européens⁴⁵ à part entière. La Cour de justice semble ici de façon très cohérente rejeter l'argumentation du TPICE, celle là même qui constitue désormais le fil conducteur des juridictions suprêmes nationales. Dans la jurisprudence constitutionnelle française par exemple, les sages refusent de contrôler la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires qui ont pour objet la fidèle reprise d'une exigence communautaire au motif qu'un tel contrôle reviendrait en pratique à apprécier la constitutionnalité de la directive elle-même. Le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour examiner la constitutionnalité de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique parce qu'il transpose strictement certaines dispositions de la directive relative au commerce électronique⁴⁶. Le raisonnement du Conseil est en parfaite symétrie avec celui du TPICE. En effet, si ce dernier rejette les conclusions aux fins d'annulation du règlement litigieux, c'est précisément parce qu'il se refuse à exercer un quelconque contrôle juridictionnel d'un acte qui en réalité ne fait qu'intégrer dans l'ordre juridique communautaire des exigences contractées dans l'ordre juridique international. Toute décision contraire reviendrait en pratique à confronter les résolutions du Conseil de sécurité au droit primaire. Si le parallèle des principes est tout à fait saisissant, leurs implications pratiques - pour l'ordre juridique communautaire - sont opposées. Le refus de contrôle affirmé par le Conseil garantit au droit communautaire une immunité constitutionnelle tout à fait propice à assurer la pérenne existence de l'ordre juridique communautaire alors que la prétention du TPICE à devenir juge international est pernicieuse pour l'intégrité du même ordre.

⁴⁵ CE, 8 février 2007, *Arcelor et Gardedieu*; CC - Décision 2004-496, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

⁴⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO L 178/1 du 17 juillet 2000.

Face à un juge national qui s'évertue à devenir garant de l'ordre juridique communautaire et à un juge communautaire qui se fait défenseur du *pacta sunt servanda*, le dépositaire de la charte constitutionnelle de base tranche très clairement en faveur de son opposant naturel historique. Nonobstant la pertinence des différentes solutions, il apparaît ici que l'ordre juridique communautaire semble s'acclimater d'un droit judiciaire, construit à la lisière des systèmes juridiques national et international classique et qui esquisse une communauté politique réelle⁴⁷.

...d'une Communauté de droit. La CJUE, en refrenant la prétention du TPICE de se faire garant de l'ordre public international, renforce de son côté son dessein d'asseoir la Communauté de droit qu'elle s'efforce de construire depuis son arrêt *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*⁴⁸. Le TPICE considère que le droit issu de la Charte s'impose aux Etats membres en vertu des principes du droit international général codifiés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁹. Leur appartenance à la CE a eu pour simple effet de transférer ces obligations à la nouvelle organisation régionale. Il en déduit donc que « tout contrôle de la légalité interne du règlement attaqué, notamment au regard des dispositions ou principes généraux du droit communautaire relatifs à la protection des droits fondamentaux, impliquerait donc que le Tribunal examine, de façon incidente, la légalité desdites résolutions » (§266). En excluant tout contrôle de légalité du règlement au regard du droit communautaire, le TPICE n'immunise pas totalement ledit acte puisqu'il se dit compétent pour apprécier la légalité de l'acte attaqué au regard du jus cogens. Pourtant, si le TPICE ne semble pas faire preuve d'indifférence à l'encontre de la Communauté de droit (§260), après un examen de proportionnalité minu-

⁴⁷ « En tant que pouvoir authentique, le juge doit opérer des choix. Ce faisant, il participe indéniablement à l'exercice de la fonction politique, par la mise en œuvre d'un véritable pouvoir décisionnaire, élément déterminant dans le processus d'affirmation du juridictionnel comme pouvoir comparable aux deux autres », Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 207.

⁴⁸ CJUE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement européen*, 294/83, Rec. 1986, p. 1339.

⁴⁹ TPIUE, 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne*, T-306/01, points 244-245 : il est constant que, au moment de conclure le traité instituant la Communauté économique européenne, les États membres étaient liés par leurs engagements au titre de la charte des Nations unies. Ils n'ont pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, transférer à la Communauté plus de pouvoirs qu'ils n'en avaient ni se dégager par là des obligations existant à l'égard de pays tiers au titre de ladite charte.

tieux il semble faire prévaloir le caractère plus impérieux des sanctions du Conseil de sécurité et partant de l'ordre public international sur la protection des droits fondamentaux dans l'UE et donc de leur fondement à savoir cette même Communauté de droit.

C'est ce raisonnement là, qui semble insupportable à la Cour, qui est disqualifié par cette dernière au motif que la Communauté de droit ne saurait souffrir de l'immunisation des actes des institutions de tout « contrôle juridictionnel de conformité avec la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE (§281 Kadi) ». La Cour insiste en rappelant, en fin de raisonnement, que le « contrôle de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte » (§316).

L'arrêt Kadi s'inscrit parfaitement dans une jurisprudence qui s'efforce d'élaborer une théorie juridique *d'origine judiciaire* de la Communauté de droit. Celle-ci repose sur un présupposé politique, puisque le concept même de Communauté de droit est le pendant de l'Etat de droit, lequel, au-delà de ses garanties procédurales, suppose des exigences substantielles, condition de légitimation de tout pouvoir⁵⁰. Le concept de Communauté de droit a été forgé par la Cour en tant qu'expression de « valeurs qui s'imposent aux institutions communautaires mais qui sont largement partagées par les Etats membres et qui constituent les bases de la constitution politique de l'Europe communautaire »⁵¹.

Ces valeurs sont traduites dans l'adoption dans la jurisprudence de PGD, en tant que source du droit communautaire et leur dimension normative s'accompagne ainsi « d'une recherche de légitimité »⁵². Parmi ces principes, figure le droit à une protection juridictionnelle effective, qui se traduit par la nécessaire reconnaissance du droit à un juge.

Cette reconnaissance du droit à un juge arbitre la dichotomie entre droit et politique en faveur du premier. Elle entérine l'antériorité de l'ordre juridi-

⁵⁰ Sur l'actualité de la question, voir la Grande Conférence du 450^{ème} de l'UNIGE de Louise Arbour : *L'Etat de droit dans un monde en désordre*, 10 mars 2009, Université de Genève, téléchargé le 20 mars 2009, <http://www.unige.ch/presse/static/video/2009/450arbour.html>.

⁵¹ Carmenza CHARRIER, op.cit., note 8, p. 522.

⁵² *Ibid.*, p. 525.

Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire

que fondateur par rapport au pouvoir politique et du rôle crucial que joue le juge dans l'élaboration dans cet ordre.

ANNE EISENGRÄBER

Les institutions européennes dans le débat sur « le gouvernement des juges »

I. La problématique générale de la création judiciaire

L'interprétation renvoie à l'opération qui attribue une signification à un texte ou à une chose. Le terme désigne à la fois les procédés et les méthodes appliqués à l'opération de l'interprétation et à son produit final¹. En Droit, il fait tout de suite penser à l'interprétation de la Loi par le juge². L'application des constitutions et législations ou des précédents à des litiges, demande au juge d'interpréter les textes afin d'en dégager le sens concret. Comme l'interprétation comporte toujours un certain degré d'appréciation et donc de création³, le juge participe *de facto* au développement du droit.

Les théories de la jurisprudence⁴ sont en désaccord quand il s'agit d'établir la différence entre d'un côté une interprétation pure et simple où le juge ne fait que déclarer la Loi en la reformulant pour en dégager son sens et sa portée dans le cas concret (*Auslegung, interpretation*) et de l'autre côté l'interprétation comme véritable activité de création où le juge modifie la signification originelle des mots pour remplir des lacunes ou adapter le texte aux changements extérieurs (*richterliche*

¹ Michel TROPER, « Interprétation », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, dir., *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 843.

² Sous-entendu que le juge n'est bien évidemment qu'un interprète de textes juridiques parmi beaucoup d'autres.

³ « Même si l'interprète reste fidèle à son texte, il sera toujours, pour nous exprimer ainsi, forcé d'être libre parce qu'il n'est pas de texte musical ou poétique, ni de texte législatif, qui ne se prête pas à des variations et des nuances, et ne laisse à l'interprète un certain pouvoir de créateur. (...) Mais il demeure également vrai qu'une frontière marquée par le bon sens, plus ou moins contraignante, limite la liberté du juge, ne serait-ce que parce que les mots ont souvent un sens si généralement accepté que même le juge le plus enclin à faire œuvre de création du droit peut difficilement ignorer ce sens. », Mauro CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des juges : articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Economica, 1990, p. 31.

⁴ Voir Thijmen KOOPMANS, « The theory of interpretation and the Court of Justice », in David O'KEEFE, Antonio BAVASSO, dir., *Judicial Review in European Union Law*, Vol I, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 44-48.

Rechtsfortbildung, judicial law-making). Cette étude ne s'attarde pas plus sur cette question. Il suffit pour l'analyse qui suit, de partir du principe qu'en pratique, il n'existe pas d'antithèse entre l'interprétation et la création judiciaire et que le juge est toujours en mesure de développer le droit à des degrés variables en fonction de la précision des textes.

Ce pouvoir créateur suscite la question du véritable rôle des juges dans les sociétés démocratiques fondées sur la théorie de la séparation des pouvoirs. La conception classique, très répandue en Europe continentale, de la séparation des pouvoirs⁵ réserve la fonction normative au législateur démocratiquement élu car celui-ci représente les citoyens et exprime leur volonté par la Loi. La fonction juridictionnelle, indépendante de la majorité qui gouverne, se limite à garantir le respect de la Loi⁶. Le statut indépendant des juges assure les libertés individuelles qui sont le présupposé du fonctionnement des mécanismes démocratiques⁷. L'indépendance de la fonction juridictionnelle joue par conséquent un rôle essentiel dans un régime démocratique.

Cependant, si on admet qu'en pratique l'activité des juges comporte toujours un certain degré de création, l'indépendance de leur statut pose problème. En partant du principe que dans un régime démocratique les normes juridiques ne sont que légitimes, c'est-à-dire acceptables, lorsque les citoyens ont participé directement ou indirectement au processus qui mène à leur adoption, on doit se poser la question de savoir à quel degré les juges participent aux choix d'une communauté politique et comment justifier ce rôle par rapport au principe de l'autogouvernement.

C'est le rôle créateur des Cours suprêmes qui suscite particulièrement des interrogations. Ces Cours peuvent casser une législation, entièrement ou partiellement, ou imposer sa modification, pour non-conformité à la Constitution, tout en interprétant la Constitution elle-même. La Constitution symbolise la volonté fondamentale des citoyens, mais les Cours suprêmes sont en mesure de la développer, sans devoir rendre des comptes (du moins formellement) aux citoyens ou à leurs représentants. Dans un système du contrôle de constitutionnalité fort, leurs décisions fondées sur une interprétation de la Constitution ne peuvent être révisées qu'en révisant la

⁵ Pour une analyse plus nuancée : Charles EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », 1952 rééd. in *Id.*, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, pp. 565-582 ; K.M. SCHÖNFELD, « La Bouche de la loi revisited », *European Constitutional Law Review*, No 2, Vol 4, 2008.

⁶ C'est en ce sens que l'on cite souvent Montesquieu qui décrit la fonction juridictionnelle comme puissance « quasiment nulle » et « bouche qui prononce les paroles de la loi », Charles MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI : De la Constitutions d'Angleterre, Genève, chez Barrillot et fils, 1749.

⁷ Norberto BOBBIO, *Le Futur de la démocratie*, Paris, Seuil, 2007, p. 108.

Constitution elle-même selon des procédures difficiles que le législateur évite d'engager. Comment alors garantir la limite de leur pouvoir ? Le juge suprême ne devrait-il pas s'efforcer de s'abstenir de faire usage de son pouvoir de création (*judicial restraint*)? Devrait-il interpréter les normes à la lettre et se plier à la volonté du législateur plus représentatif (*judicial subservience*) ?

La notion du « gouvernement des juges » (*government by the judiciary*) est précisément employée lorsqu'une décision juridictionnelle suprême va à l'encontre du choix législatif de la majorité en place. Celle-ci l'emploie alors pour dénoncer avec une forte connotation péjorative l'utilisation d'un pouvoir par les juges, pouvoir jugé excessif et antidémocratique⁸. Elle insinue que la Cour cherche à intervenir sur les grands problèmes du moment pour imposer ses propres vus au législateur démocratiquement élu (*judicial activism*)⁹. Son activité se substitue à celle du législateur élu. Dénoncer « le spectre du gouvernement des juges », au contraire, souligne le caractère infondé de cette prétention. Elle sous-entend que le juge ne participe pas au gouvernement politique puisqu'il exerce une autre fonction.

En effet il convient de préciser la différence entre l'activité du juge et celle du législateur. Le juge est évidemment soumis à des limites procédurales et substantielles que le législateur ne connaît pas. Une Cour ne peut pas s'autosaisir, elle doit résoudre les cas qui sont portés devant elle. Contrairement au législateur, elle est donc obligée de rouvrir le débat sur le sujet qui est porté devant elle. Le juge doit écouter les différentes parties et s'efforcer de rationaliser la discussion. Contrairement aux décideurs politiques, il ne doit pas être partisan mais neutre, la solution du cas doit être justifiée par des arguments juridiques. Le respect de ces limites procédurales et substantielles procure au juge une légitimité propre, dont dépend son autorité effective ce qui fait que les Cours sont des forums de délibération par excellence. Ainsi on peut justifier le rôle créateur du juge suprême dans les sociétés démocratiques en le qualifiant comme une activité complémentaire (au lieu de séparée), distincte du gouvernement politique.

Cependant, ce rôle particulier ne change pas le fait que le résultat pratique de la décision juridictionnelle peut être le même que celui d'une décision d'un gouvernement : elle peut produire des effets politiques importants. D'ailleurs, pour les citoyens et les groupes d'intérêts, les Cours constituent un instrument d'engagement politique. Le recours judiciaire leur donne la possibilité de rouvrir le débat sur une législation particulière. L'accès direct à la Cour suprême donne aux citoyens la possibilité de participer au développement de l'identité de leur commu-

⁸ Michel TROPER, *Le Gouvernement des juges : mode d'emploi*, Laval, pul, 2006, p.15.

⁹ Renaud DEHOUSSE, *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 112.

nauté politique¹⁰. La conséquence est la politisation du Droit et la « judiciarisation » du Politique¹¹. Malgré les spécificités procédurales et les limites substantielles qui différencient l'activité judiciaire de celle du législateur, l'activité judiciaire n'est donc pas une sphère séparée de la sphère politique¹². Le juge participe inévitablement à sa façon au gouvernement politique de la Communauté en question.

Or les limites procédurales et substantielles obligent le juge à soumettre ses décisions à un formalisme particulier, plus ou moins important selon les traditions juridictionnelles¹³, lequel peut dissimuler l'existence de plusieurs interprétations acceptables¹⁴. Même si la fonction juridictionnelle contribue à la discussion démocratique en rouvrant le débat, la justification explicite de l'interprétation choisie par le juge n'est pas toujours garantie. L'objectif premier d'une Cour reste après tout de trancher le conflit. Certes, vu globalement, le débat dans un régime démocratique n'est jamais clos; le droit évolue sans cesse avec la contribution de nombreux acteurs dont les activités s'influencent mutuellement. Et en théorie, le législateur peut toujours réviser une décision judiciaire. Mais force est de constater que l'exigence de l'état de droit donne aux décisions juridictionnelles suprêmes une autorité particulière qui suscite un comportement d'obéissance. La création judiciaire par les Cours suprêmes peut donc susciter des interrogations d'un point de vue démocratique :

Dans quelle mesure les Cours suprêmes devraient-elles participer aux choix d'une communauté politique ? Autrement dit : Quand la création du droit devrait-elle être réservée au législateur ? Où se trouve la limite au-delà de laquelle la création judiciaire n'est plus acceptable d'un point de vue démocratique parce qu'elle se substitue au choix légitime du législateur ?

¹⁰ Ulrich HALTERN, *Europarecht und das Politische*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

¹¹ Ulrich HALTERN, *Europarecht : Dogmatik im Kontext*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 174.

¹² Alec STONE SWEET, *Governing with judges: constitutional politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 155.

¹³ Mitchel LASSER, *Judicial Deliberations : A comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

¹⁴ Vlad PERJU, « Reason and Authority in the European Court of Justice », *Virginia Journal of International Law*, No 2, Vol 49, 2009, p. 325.

II. La problématique particulière du rôle créateur de la CJUE

La question de la limite de l'utilisation légitime du pouvoir créateur se pose aussi pour la Cour de Justice des Communautés européennes. Les Etats membres et les institutions européennes qui forment le « triangle institutionnel » au niveau européen, exercent la fonction législative communautaire. Le Parlement, la Commission et le Conseil produisent le droit dérivé au niveau communautaire. Les Etats membres individuels y participent au sein des institutions et en intégrant les décisions européennes dans le droit national. Ils produisent le droit primaire conformément au traité CE. La CJUE est chargée d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du traité (art. 220 CE.). Elle joue un rôle comparable aux Cours constitutionnelles dans des Etats fédéraux.

Ce rôle n'était pas garanti par le texte du traité. Sa jurisprudence a fortement contribué à ce développement. Elle a fait de l'article 234 CE une pierre angulaire pour bâtir un système de contrôle vertical et multilatéral dans lequel son interprétation du droit communautaire fait autorité¹⁵. Avec la coopération des juges nationaux appelés par des personnes privées, elle contrôle ainsi en pratique activement la conformité des actes des autorités nationales avec le droit communautaire, alors que le texte de l'art. 234 CE prévoit simplement des questions d'interprétation du droit communautaire. Elle a également modifié le sens littéral du même article afin de s'assurer le monopole du contrôle de la légalité des actes des institutions communautaires¹⁶. De plus, son interprétation extensive de l'article 230 CE¹⁷ lui a permis de contrôler la conformité des actes du Parlement européen et le respect des compétences de ce dernier par le Conseil, la Commission et les Etats membres, tandis que l'article 173 CEE ne le prévoyait pas. La CJUE a donc largement participé à la définition de la portée de son propre mandat.

L'exigence des Cours suprêmes quant à la définition de la portée exacte de leur propre mandat constitue une pratique courante dans les Etats-nations. Elle peut être justifiée par l'inévitable rôle créateur des juges et par l'exigence de leur indépendance vis-à-vis du législateur, mais suscite aussi la question des limites de l'utilisation légitime du pouvoir créateur, comme nous l'avons vu de manière géné-

¹⁵ CJUE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, 283/81, Rec. 1982, p. 3415.

¹⁶ CJUE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, Rec. 1987, p. 4199.

¹⁷ CJUE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement européen*, 294/83, Rec. 1986, p. I-1339 ; CJUE, 12 mai 1990, *Parlement européen c/ Conseil des Communautés européennes*, C-70/88, Rec. 1990, p. I-02041.

rale dans la partie précédente. Le développement par la CJUE de son propre mandat suscite une question supplémentaire. La Communauté n'est pas un Etat doté d'une constitution qui symbolise la volonté fondamentale des citoyens et qui investit le législateur et la cour à titre égal de leurs pouvoirs. Elle est fondée sur des traités internationaux conclus par les gouvernements des Etats membres et ratifiés selon les procédures nationales. Ces traités ne sont donc qu'indirectement liés à la volonté des citoyens par l'intermédiaire de leurs gouvernements nationaux. Ceux-ci ont attribué des compétences aux institutions européennes qu'ils ont créées, tout en se réservant le droit de modifier le droit primaire. Lorsque la Cour modifie elle-même le traité pour définir son propre mandat ou les compétences de la Communauté, cela pose donc la question de la « Kompetenz-Kompetenz ». Si celle-ci est réservée aux Etats membres - et la CJUE ne jouit que de compétences attribuées par les Etats-, ne devrait-elle pas se tenir le plus près possible à la lettre du traité ? Si la lettre du traité ne constitue, en pratique, pas une véritable limite, d'où provient la légitimité de sa jurisprudence ?

La Cour justifie sa jurisprudence dynamique par l'esprit et le système du traité qui vise à établir un ordre juridique nouveau et autonome vis-à-vis des ordres juridiques des Etats. Elle en déduit qu'elle doit garantir l'effectivité et l'application cohérente du droit communautaire dans les Etats, ainsi que son effet sur les individus. Ce raisonnement téléologique lui a permis de développer non seulement le système de protection judiciaire européen décrit ci-dessus, mais également d'autres principes constitutionnels bien connus comme la primauté et l'effet direct ou encore la responsabilité des Etats membres. Sa jurisprudence a également joué un rôle central dans la construction du droit matériel primaire et dérivé, notamment dans le domaine de la libre circulation.

Dans la mesure où elle a fait avancer l'intégration européenne par la voie prétorienne, certains auteurs lui ont reproché d'avoir outrepassé son rôle de juridiction et d'avoir agi comme « un gouvernement des juges »¹⁸, considérant qu'elle a pris des décisions qui devraient être réservées au législateur démocratiquement élu. D'autres auteurs justifient son rôle créateur en soulignant qu'elle a toujours appliqué un raisonnement juridique¹⁹. D'autres encore font remarquer que son raisonnement n'est pas suffisamment transparent et que la légitimité de sa jurisprudence serait renforcée si elle laissait apparaître clairement d'autres possibilités d'interprétation²⁰. La Cour est aussi fortement critiquée pour l'insuffisance de son

¹⁸ Hjalte RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, p. 42.

¹⁹ DEHOUSSE *op.cit.*, note 9, p. 112.

²⁰ PERJU, *op.cit.*, note 14, p. 14.

accessibilité aux citoyens européens, ce qui empêche ces derniers de participer activement à la construction de l'identité politique de la Communauté. Ce ne sont donc pas seulement ses interprétations extensives, mais aussi des interprétations strictes du droit communautaire appliquées de manière restrictive qui font débat. Son jugement paraît souvent se baser sur le raisonnement qui fait primer le projet d'intégration contre d'autres principes juridiques valables, sans le justifier explicitement. A quel moment substitue-t-elle alors ses propres interprétations aux choix légitimes du législateur communautaire ? Jusqu'où sa responsabilité particulière de gardienne de l'ordre juridique communautaire peut justifier son rôle de créateur de droit ?

Le sujet de cette étude n'est pas tant de critiquer le rôle créateur de la Cour. Il ne s'agit pas non plus d'établir des critères juridiques ou politiques pour dire quand sa création judiciaire est acceptable d'un point de vue démocratique et quand elle ne l'est pas. Cette étude ne propose donc pas de réponse à la question de la limite de l'utilisation légitime d'une cour suprême de son pouvoir créateur, posée dans la partie précédente. Cette étude se limite à constater simplement que le rôle créateur de la CJUE suscite au moins autant d'interrogations que celui des cours suprêmes nationales. En fait, c'est la réaction des acteurs, lesquels exercent la fonction législative, par rapport à cette problématique, qui nous intéressera dans les paragraphes suivants.

III. La réaction du législateur communautaire par rapport à cette problématique

La jurisprudence de la CJUE ne peut qu'être difficilement modifiée par les institutions européennes et les Etats membres, qui exercent la fonction législative communautaire. Si l'une de ses décisions est fondée sur une interprétation d'une norme primaire, les Etats membres doivent amender les traités à l'unanimité conformément à l'article 48 CE. L'interprétation judiciaire d'une norme dérivée peut être modifiée par les institutions européennes dans le cadre de la procédure législative au niveau européen. Elle requiert une proposition de la Commission suivi de son adoption par le Conseil des ministres et la plupart du temps conjointement avec le Parlement européen. Le Parlement prend ses décisions à la majorité de ses membres et l'adoption d'une proposition par le Conseil requiert de plus en plus souvent seulement l'accord de la majorité qualifiée des voix pondérées. La modification d'une jurisprudence portant sur le droit dérivé est donc plus envisageable qu'une révision du droit primaire. Toutefois un accord à la fois entre et au sein des institutions est également difficile à trouver, comme nous le verrons plus loin dans cette

analyse. De plus, quand l'interprétation du droit dérivé par la Cour se réfère à une disposition dans le traité, son interprétation du droit primaire doit être respectée par les institutions. L'acte en question ne peut, dans ce cas, être modifié qu'en fonction de cette interprétation, à moins de procéder à l'amendement du traité par les Etats membres décidant à l'unanimité. En pratique, il est donc difficile pour les institutions européennes ainsi que pour les Etats membres de réviser une jurisprudence de la CJUE.

Par conséquent, lors des réformes successives des traités par les Etats membres, la jurisprudence faisant unanimité a parfois été intégrée dans le droit primaire, mais l'œuvre créatrice de la Cour n'en a que rarement été modifiée²¹. Cette acceptation effective par les Etats membres n'a cependant pas empêché les Etats individuels de lui reprocher régulièrement d'avoir outrepassé son rôle de juridiction. Lorsque l'interprétation du traité et du droit dérivé par la Cour restreint la souveraineté nationale à l'encontre de la volonté du législateur national, les gouvernements des Etats n'hésitent pas à reprocher à la CJUE de constituer un « gouvernement des juges européens »²².

Les institutions européennes, en revanche, semblaient jusqu'ici plus réticentes quand il s'agissait de critiquer la CJUE publiquement. La légitimité démocratique de ses décisions n'avait jamais été remise en question au sein des institutions. Récemment toutefois, le reproche de « gouvernement des juges » est apparu pour la première fois dans le cadre du débat au sein du Parlement. La majorité des députés ont manifesté ouvertement leur opposition dans un rapport d'initiative²³ analysant les conséquences des arrêts Laval (C-341/05), Viking (C-438/05), Ruffert (C-346/06) et Luxembourg (C-319/06) rendus par la Cour de justice entre novembre 2007 et juin 2008. Tous ces arrêts ont en commun que la Cour y a fait primer la liberté d'établissement (art. 43 CE) et la libre prestation de services (art. 49 CE) au détriment des droits collectifs des travailleurs et de l'égalité de leur traitement. La résolution du Parlement (point 30) demande une révision partielle de la directive sur le détachement des travailleurs pour contrer l'effet de la jurisprudence et encourage même un amendement du droit primaire en vue de renforcer les droits fondamentaux. Notamment l'introduction d'un principe de proportionnalité par la Cour pour les actions menées à l'encontre d'entreprises se prévalant du droit d'établissement ou du droit de prestation des services transfrontaliers est contestée²⁴. Dans

²¹ Harm SCHEPEL, Erhard BLANKENBURG, « Mobilizing the ECJ » in Graine DE BURCA, J.H.H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 9-41.

²² Voir p.ex. Ministre de la Justice dans interview du 26 janv. 2009 sur faznet.de.

²³ Résolution du 22 oct. 2008 sur les défis pour les conventions collectives dans l'UE (2008/2085/INI).

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

le *Monde diplomatique* du premier mars 2009 le Rapporteur chargé de l'élaboration de la résolution, M. Andersson, adresse à la CJUE la critique suivante :

« La Cour ne suit pas les discussions parlementaires. Elle devrait s'inspirer des échanges politiques afin de déterminer l'intention du législateur. »

Auparavant d'autres jurisprudences s'étaient déjà opposées à la volonté de la majorité des députés sans qu'ils la contestent ouvertement en se fondant sur l'argument démocratique. Quelle signification peut-on attribuer à ce reproche récent venant du Parlement européen ? Annonce-t-il un changement dans les rapports entre la CJUE et les institutions européennes ? Je propose de prendre au sérieux le fait que la question de la légitimité d'une interprétation de la Cour par rapport au choix du législateur soit apparue au sein du Parlement. Dans les parties suivantes je m'interroge sur les raisons qui ont fait que les institutions européennes ont jusqu'ici été absentes dans ce débat, afin d'identifier les raisons de l'apparition de la problématique niveau européen.

Des explications de la réaction du législateur pourraient bien évidemment être trouvées dans l'évolution de la jurisprudence de la CJUE et du contexte politique. Il convient notamment de mentionner que la jurisprudence de la Cour a eu tendance à stabiliser les institutions et plus particulièrement à contribuer au renforcement du Parlement européen. Une analyse de l'évolution de la jurisprudence pourrait donc expliquer la relation particulière entre les fonctions judiciaire et législative au niveau européen et son évolution. Dans les paragraphes suivants, je propose toutefois une autre approche. Je cherche l'explication de la réaction des institutions européennes par rapport à la problématique du « gouvernement des juges » dans le fonctionnement des ces institutions elles-mêmes. Car si les relations entre la CJUE et le législateur au niveau européen sont particulières, c'est aussi parce que la figure du législateur au niveau européen est particulière. Et si la réaction des institutions par rapport au rôle que joue la CJUE dans la construction européenne est susceptible de changer, c'est aussi parce que le rôle des institutions est modifié par chaque réforme du traité.

Quelles sont donc les caractéristiques particulières de la fonction législative au niveau supranational qui font qu'à ce niveau, contrairement au niveau national, le rôle créateur de la CJUE n'avait pas fait débat jusqu'ici? En quoi les réformes institutionnelles que prévoit le traité de Lisbonne sont-elles susceptibles d'altérer la donne ?

IV. Une explication de l'absence des institutions européennes dans ce débat : la confusion institutionnelle

Dans le traité CE, le pouvoir législatif au sens matériel du terme est introuvable. Les différentes dispositions portant sur les institutions, énoncent dans quelle mesure celles-ci participent à la fonction exécutive et législative. Comme la séparation entre les fonctions exécutives et législatives n'est pas clairement délimitée, on parle de « la confusion institutionnelle »²⁵ : le Conseil est à la fois titulaire de l'exécutif (art. 211 CE) et exerce la fonction législative (art. 202 CE). La Commission exerce la fonction d'exécution à sa place, sauf dans des cas exceptionnels où le Conseil ne lui délègue pas ce pouvoir. Parallèlement elle participe également à la fonction législative car elle détient le monopole du pouvoir d'initiative (art. 211 CE). Le Conseil peut lui proposer de prendre des initiatives, mais ne peut pas l'y contraindre. Il délibère et adopte les actes législatifs conjointement avec le Parlement, mais ce dernier ne dispose pas toujours des attributs d'un véritable législateur. Il lui manque notamment le pouvoir d'initiative législative et il ne se trouve pas toujours sur un pied d'égalité avec le Conseil. « Nulle institution ne peut prétendre à la qualité de titulaire exclusif de la fonction législative »²⁶.

Les procédures décisionnelles au niveau communautaire reflètent cet éclatement du pouvoir législatif. Il convient de nommer au moins trois procédures différentes, la consultation, la coopération (art. 252 CE) et la co-décision (art. 251 CE). Le Parlement européen participe pleinement à la procédure législative seulement dans les cas où la co-décision s'applique. Le Conseil vote généralement à la majorité qualifiée dans le cadre de cette procédure; mais pas toujours. Les dispositions du droit primaire précisent la procédure et le mode de votation qui s'applique à chaque matière. Avec l'expansion des domaines dans lesquels la Communauté est compétente, nombre d'actes peuvent se fonder au moins sur deux bases juridiques. La relative harmonie que l'on retrouve au niveau étatique entre le pouvoir législatif au sens matériel, l'organe et la procédure législative est donc inexistante au niveau communautaire²⁷. Il en résulte de nombreux conflits interinstitutionnels.

²⁵ Claude BLUMANN, *Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 1645.

²⁶ Bélig NABLI, « La Figure du législateur de l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, No 72, Vol 4, 2007.

²⁷ BLUMANN, *op.cit.*, note 25, p. 1644.

Car chacune des institutions bénéficie d'une autonomie institutionnelle et décisionnelle. Aucune d'entre elles n'a la possibilité de contraindre l'autre à se plier à sa volonté. Seul le Parlement peut contraindre la Commission à démissionner, mais le rapport rigide Parlement-Conseil et la relation historiquement privilégiée entre la Commission et le Conseil font que cette arme n'est pas comparable à celle de certains Parlements nationaux. Les trois acteurs du triangle institutionnel étant à la fois autonomes et soucieux de préserver leurs prérogatives et en même temps obligés de collaborer étroitement de manière constante dans la prise de décision, le recours à la CJUE est un instrument important dans le jeu institutionnel.

La Cour est donc amenée à régler nombre de conflits interinstitutionnels qui lui permettent d'influer sur le processus décisionnel au niveau communautaire dans des situations où plusieurs interprétations du traité sont possibles. Les institutions acceptent son rôle central puisqu'elles ont besoin d'une Cour de Justice forte qui a le pouvoir d'interpréter et développer le traité de façon à trancher les conflits et de garantir l'équilibre interinstitutionnel. Cela peut expliquer pourquoi jusqu'ici, aucune d'entre elles n'avait publiquement critiqué son rôle créateur. Seuls les Etats individuels mais non l'institution perdante n'avait jusqu'à présent critiqué une interprétation judiciaire remettant en cause la légitimité de son choix.

V. Une autre explication : l'absence d'une majorité politique cohérente représentée au sein des institutions

Cela s'explique aussi par les légitimités particulières des institutions elles-mêmes. Contrairement au législateur national, aucune des institutions ne représente une majorité politique cohérente, sur laquelle elle pourrait s'appuyer pour opposer sa plus forte légitimité au pouvoir d'interprétation de la Cour. Le lien étroit entre une majorité politique dont provient le législateur élu, sur lequel s'appuie normalement le questionnement par les politiques de la légitimité démocratique d'une jurisprudence s'opposant au choix législatif, est absent au niveau communautaire. Le Conseil incarne la légitimité interétatique car il représente les Etats membres au niveau ministériel. Il bénéficie donc seulement d'une légitimité démocratique indirecte. De plus à l'intérieur du Conseil, des ministres de couleurs politiques différentes sont représentés, changeant à des rythmes variables selon les échéances électorales nationales. Les positions au sein de cette institution sont donc multiples. La Commission bénéficie de ladite légitimité « intégrative » car elle agit indépendamment des Etats, mais, par sa composition, elle est également représentative des Etats membres. Sa double légitimité est confirmée par la nomination de son Président par

le Conseil européen avec approbation du Parlement. Le Parlement même est la seule institution issue du suffrage universel direct, mais il ne peut pas s'appuyer sur une majorité politique comparable à celles qui investissent les législateurs nationaux. Les deux partis principaux (PPE/PSE) qui y siègent rassemblent essentiellement des élus issus de partis politiques nationaux et ils se partagent non seulement la gestion des dossiers, mais aussi la présidence de l'assemblée. On n'y trouve donc pas de véritable jeu d'opposition.

Les légitimités opposées entre et à l'intérieur des institutions, font que celles-ci peuvent difficilement avancer l'argument démocratique majoritaire pour critiquer la jurisprudence de la CJUE sans risquer que l'argument ne se retourne contre elles-mêmes. Cela pourrait expliquer pourquoi les gouvernements nationaux s'appuient sans hésiter sur l'argument démocratique et se font fréquemment entendre dans les médias pour transmettre leurs désaveux lorsqu'un arrêt s'oppose à leur volonté, alors que les porte-paroles des institutions sont restés, jusqu'à présents, muets dans ce débat. Compte tenu de la complexité du processus décisionnel au niveau européen d'une part, et les légitimités opposées entre et à l'intérieur des institutions d'autre part, il semble permis d'affirmer que les institutions ont besoin du pouvoir créateur de la Cour pour faire fonctionner le système. Il semble même permis d'aller encore plus loin dans les conclusions de l'analyse du triangle institutionnel européen, en affirmant que les institutions « se reposent » sur l'obligation de la Cour de trancher, lorsqu'elles n'arrivent pas à tomber d'accord sur les termes exacts d'une législation. Cela peut expliquer pourquoi, jusqu'ici, elles ont accepté, voir sollicité, le rôle central que joue la CJUE dans la construction de l'ordre juridique communautaire.

VI. Le renforcement du besoin d'une Cour « créative » par le traité de Lisbonne

Les réformes introduites par le traité de Lisbonne, renforcent le rôle central de la Cour dans le système institutionnel. Certes, dans le traité modificatif, la fonction législative est explicitement attribuée au Parlement et au Conseil (art. 14 TUE) et la procédure de co-décision devient la « procédure législative ordinaire » (art. 294 TFUE), s'étendant pratiquement à tous les secteurs où le Conseil statuera à la majorité qualifiée. Ainsi on peut noter une certaine avancée vers une concordance entre la fonction, la procédure et les organes législatifs²⁸. Cependant la relation entre les

²⁸ Vlad CONSTANTINESCO, « Le processus de décision: vers une nouvelle gouvernance? », *Europe*, No 7, juillet 2008, pp. 51-54.

participants institutionnels traditionnels sera modifiée de façon contradictoire et de nouveaux acteurs rentreront dans le processus décisionnel. Ainsi, au lieu de simplifier et clarifier la figure du législateur au niveau européen, le traité modificatif accroît les possibilités d'affrontements interinstitutionnels, ce qui renforce le rôle central de la CJUE.

D'un côté on assiste à une « parlementarisation » du processus décisionnel car le traité modifie la double légitimité de la Commission au profit du Parlement qui élit désormais le Président de la Commission. Politiquement, le centre de gravité de la définition des politiques européennes sera déplacé vers le Parlement. Déterminées aujourd'hui prioritairement par un accord entre le Conseil et le Parlement au travers d'une Commission influencée, dans une certaine mesure, par les Etats membres, ses initiatives seront, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, davantage influencées par le Parlement européen qui sera plus en position de faire endosser son programme législatif par une Commission dont le Président est issu de son vote²⁹. Juridiquement, en revanche, la Commission continue de détenir le monopole de proposition législative ainsi que son statut indépendant. La tension entre l'exigence de l'indépendance de la Commission et la « parlementarisation » du processus décisionnel pourrait amener à des conflits interinstitutionnels que la Cour devra, le cas échéant, trancher.

D'un autre côté, le traité modificatif affiche aussi clairement la volonté de renforcer le poids des acteurs nationaux dans le système institutionnel au niveau européen. Le Conseil européen, qui devient une institution européenne à part entière dont les actes sont susceptibles de recours devant la Cour de Justice, continue de jouer un rôle dans l'élection du Président de la Commission. Il propose le candidat « en tenant compte des élections au Parlement européen, et après avoir procédé aux consultations appropriées » (art. 17 TUE). Le Parlement et le Conseil européen doivent donc tomber d'accord sur un candidat, sinon la procédure est renouvelée apparemment à l'infini. Le récent désaccord sur le renouvellement du mandat de l'actuel Président de la Commission, M. Barroso confirme qu'un blocage entre les deux institutions n'est pas exclu. Dans ce cas, la CJUE peut être amenée à interpréter la formulation « consultations appropriées » qui semble laisser une marge de manœuvre quant à la définition du nouvel équilibre institutionnel.

A ces modifications s'ajoutent de nouveaux acteurs dont le rôle précis dans l'équilibre interinstitutionnel reste à préciser. Le traité modificatif reconnaît la contribution active des Parlements nationaux au bon fonctionnement de la Communauté en leur permettant de contrôler le respect du principe de subsidiarité des

²⁹ Jean-Louis SAURON, « Les institutions : la victoire de la complexité ? », *Europe*, No 7, juillet 2008, pp. 47-50.

projets d'actes législatifs et lors des révisions des traités. Le traité prévoit que les Parlements nationaux pourront recourir directement à la CJUE. A côté du renforcement du rôle des Parlements nationaux, les citoyens européens, à hauteur d'1 million au moins, auront également la possibilité d'influer le processus décisionnel. Ils pourront introduire une proposition d'initiative auprès de la Commission, dont l'effet juridique et politique sur cette dernière reste à établir. Conformément à l'initiative du Parlement européen invitant la Commission de soumettre une proposition de règlement de l'application concrète du droit d'initiative des citoyens dès l'entrée en vigueur du traité modificatif³⁰, la Commission disposerait de peu de marge de manœuvre pour refuser une ICE et les citoyens pourraient, à tout moment de la procédure, porter plainte devant la Cour en cas de rejet de leur proposition. Il convient également de mentionner qu'il n'est pas exclu que des Parlements nationaux puissent agir contre une initiative des citoyens allant à l'encontre du principe de subsidiarité. L'articulation de ces nouveaux acteurs entre eux et de leur rôle par rapport aux institutions traditionnels reste donc à préciser.

Entre la volonté de sauvegarder l'identité des différents Etats membres, la volonté de renforcer la participation démocratique dans le processus décisionnel, tout en confirmant les rôles des participants institutionnels traditionnels, il semble qu'aucune vision d'ensemble de l'équilibre institutionnel n'ait présidé à la rédaction du traité modificatif³¹. Ceci fait craindre l'affirmation contradictoire de souverainetés concurrentes³². Par conséquent, la CJUE sera davantage sollicitée pour régler les désaccords et les incertitudes ; son rôle central dans le développement du droit communautaire n'est donc pas prêt de diminuer, au contraire : sa responsabilité sera renforcée car les institutions européennes auront davantage besoin du juge pour assurer le fonctionnement du processus décisionnel.

VII. Le développement d'un contrepoids par la démocratisation au niveau européen

Ce renforcement du besoin des institutions européennes du pouvoir créateur de la CJUE ne garanti cependant plus l'absence des institutions dans le débat sur « le gouvernement des juges ». Car, à côté du renforcement de la complexité, la démocratisation du processus décisionnel par le traité de Lisbonne est susceptible d'avoir pour

³⁰ Résolution du 7 mai 2009 (2008/2169(INI)). La Commission a lancé la consultation publique en vue d'une proposition de règlement le 11 novembre 2009.

³¹ Jean-Louis SAURON, *op.cit.*, note 29, p. 47.

³² *Ibid.*, p. 47.

conséquence que la légitimité de la jurisprudence de la Cour sera davantage débattue dans le cadre du système institutionnel au niveau européen. Le Parlement européen est renforcé en tant qu'organe législatif à part entier et son influence sur la définition des initiatives est renforcée. La conscience des députés de leur montée en puissance avec l'entrée en vigueur des réformes ainsi que leur volonté de politiser le processus décisionnel au niveau européen afin d'augmenter la participation démocratique, cela pourrait expliquer le fait que certains députés ont d'ors et déjà affiché leur volonté de faire entendre leurs voix par la Cour dans le cas de la jurisprudence Laval, Viking, Luxembourg.

L'initiative citoyenne européenne peut offrir aux députés européens un instrument supplémentaire en vue de peser sur le développement du droit communautaire. Les députés disposent de l'infrastructure nécessaire pour promouvoir l'organisation d'une initiative citoyenne transnationale. Une ICE soutiendrait la représentativité démocratique d'une initiative parlementaire. Elle comblerait, dans une certaine mesure, le déficit de crédibilité dont souffre le Parlement européen lorsqu'il exige qu'on l'écoute davantage en tant que représentant démocratique européen. Dans le futur, une initiative du Parlement réclamant la remise en question d'une interprétation de la Cour, aura donc plus de force (politique), si elle est soutenue par une initiative citoyenne identique. Ainsi le renforcement de la position du Parlement au sein du triangle institutionnel et le nouvel instrument que représente l'ICE, rendront probable que la question des limites du pouvoir créateur de la CJUE sera de plus en plus souvent invoquée au niveau européen et plus seulement par les Etats individuels. Politiquement, il semble probable qu'une telle double initiative démocratique européenne aboutisse à une modification de l'interprétation de la Cour.

Dans le futur, la Cour devra donc compter avec l'interprétation du Parlement et des citoyens...

II^E PARTIE

LES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN

MAGDALENA FOROWICZ

The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation ?

I. Preliminary Remarks

Once the Lisbon Treaty¹ comes into force, the European Union (EU) will join the European Convention on Human Rights (ECHR) and it will become legally bound by this instrument. The Community Courts and the European Court of Human Rights (ECtHR) will also have to harmonise their jurisprudence in the area of human rights by using the ECHR as their common denominator.² It is only then that the exact effects of jurisprudence convergence are bound to manifest themselves more clearly. The Community Courts and the ECtHR are, however, slowly preparing to make the big leap and some pre-accession changes tending towards convergence have already been made. It is necessary to define with greater precision the current and the future consequences of this convergence approach. Further, it must be determined whether the rapprochement of these judicial counterparts will come at a price. This can be done in numerous areas of the Community Courts' case law where the cross-over of the ECHR into the EU special regime has already been noticed.

The study at hand proposes to evaluate the textual references to the notion of margin of appreciation across the Community Courts' case law in order to assess the changes, and potentially damages, of the use of this term in the context of the EU. It is hypothesised that such a practice, albeit literal in nature, may change and influence the way in which this doctrine will be envisaged in the future. The study first examines briefly the notion as it was originally conceived by the Strasbourg bodies. Subsequently, it focuses on the EU special regime in order to evaluate how the Community Courts have used this term in their case law. Their references to

¹ *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ [2007] C 306, 17 December 2007, p. 1.

² See *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 7 December 2000, OJ [2000] C 364, 18 December 2000, p. 1, Article 52 (3).

the margin doctrine appear to suggest that the view we originally had of this concept has now changed and expanded. This could be due, in part, to the fact that the aim of convergence has unforeseen consequences reaching beyond the common EU/ECHR human rights playing field. A reflection is necessary as to how the convergence of the Luxembourg and Strasbourg Courts' jurisprudence ought to be approached in the future due to the potentially damaging consequences that this practice can have in various areas.

II. The Difficulties of Transposing the Concept to the EU Context

The circumstances giving rise to the use of the margin of appreciation under the ECHR do not necessarily apply to the EU context.³ Under the ECHR, the margin of appreciation was used in a highly deferential manner; it served as a strategy aimed at the ECtHR's self-preservation and at compensating its fragile legal foundations.⁴ With time, its use has become less restrictive⁵ and has evolved into a tool for requiring Contracting States to provide more detailed justifications for human rights restrictions. Although the ECJ is concerned about its institutional credibility, its legitimacy has firmer roots within the EU legal system than the ECtHR within the ECHR framework. Thus, it is not surprising that the concept has been used in a different manner under EU law and under the ECHR.

The margin of appreciation, as interpreted by the ECtHR, does not exactly fit the EU context. According to one view, "[t]he principle was designed for application by an international court where there are many different approaches to the regulation of matters such as morality and diverse legal and cultural traditions"⁶. Pursu-

³ Akos G., TOTH, "The European Union and Human Rights: The Way Forward", *Common Market Law Review*, No. 34, Vol. 3 1997, pp. 491-529, 499.

⁴ James A., SWEENEY, "A 'Margin of Appreciation' in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights", *Legal Issues of Economic Integration*, No 34, Vol 1, 2007, pp. 27-52, 42. For an analysis of the use of Member States' margin of appreciation in EU law in the context of conflicting values, see Niahm Nic, SHUIBHNE, "Margins of Appreciation: National Values, Fundamental Rights and EC Free Movement Law", *European Law Review*, No 2, Vol 34, pp. 230-256.

⁵ See, in general, Howard Charles, YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Justice*, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996, p. 25 et seq.

⁶ Steve, PEERS, "Taking Rights Away? Limitations and Derogations" in Steve, PEERS/Angela, WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy, Essays in European Law*, Oxford/Portland, Oregon, 2004, p. 168.

ant to this argument, “[i]t is a concept designed by an international court with plenary jurisdiction over human rights issues to take account of highly diverse situations, and has no role within a legal order with different objectives characterised by limited competences and the goal of approximating the legislation and policy of its Member States in those areas”⁷. Further, since the EU Charter of Fundamental Rights is meant to apply to the EU, which is a single jurisdiction, there is arguably no need for the inherent comparative perspective of the margin of appreciation doctrine. Finally, it has been suggested that, while there are differences in the approach taken by the Member States to numerous issues, the EU has already accommodated these differences without resorting to this doctrine.⁸

Additionally, the margin of appreciation doctrine may not be easily transposed to the domain of EU law due to the subsidiary character of the ECHR protection and to the supranational and highly integrated nature of EU law.⁹ The concept was developed in areas where it targeted only the ECHR Contracting States and it is not adapted to the EU, where it would apply to rights limitations issued by Member States as well as the EU institutions.¹⁰ Further, the discretion granted to Member States under EU law is traditionally limited with respect to the interpretation of EU concepts and principles, and of their limitations.¹¹ As a transfer of competence took place from the Member States to the EU, they appear to have a lower margin of appreciation in certain fields than the Contracting States under the ECHR. Another substantial difference between both systems is that the use of the margin of appreciation under the ECHR may represent a risk for the universality of human rights, whereas in the context of the EU it would rather be a threat to the functioning of the internal market and the idea of Europe.¹² Furthermore, the balancing act that the ECJ has to perform in cases involving fundamental rights is more complex than the one carried out by the ECtHR.¹³ Thus, these specificities of the EU special re-

⁷ *Ibid.*, p. 169.

⁸ *Ibid.*

⁹ Katharine, GEBAUER, *Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa? Ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Straßburger Gerichtshof mit dem Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und dem Luxemburger Gerichtshof*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 298.

¹⁰ *Ibid.*, p. 293.

¹¹ Samantha, BESSON, “Gender Discrimination under EU and ECHR Law: *Never Shall the Twain Meet?*”, *Human Rights Law Review*, No 8, Vol 4, 2008, pp. 647-682, 672.

¹² SWEENEY, *op.cit.*, p. 36.

¹³ The ECJ has to look “(...) at different ‘versions’ of a given right (national, ECHR, EC), different fields of responsibility for its safeguarding (the same three levels can be used here, in terms of institutions) and other competing interests and concerns (right A ‘versus’ right B versus interest C versus freedom D, and so on)”. SHUIBHNE, *op.cit.*, p. 234. The human rights legal landscape under the ECHR is less complex and involves less institutional levels.

gime could render the adaptation of the margin doctrine to the EU special regime much more difficult.

III. The Term as Transposed to the EU Context

The term “margin of appreciation” appeared in 36 judgements between 13 July 1989 and 23 April 2009. Eleven of these judgements were handed down by the Court of First Instance (CFI)¹⁴ and 25 of them were decided by the ECJ¹⁵. In the 1990’s, there were only a few cases in which the concept was mentioned. It appears that it is only after 2000, once the EU Charter of Fundamental Rights was adopted, that the number of references to the term “margin of appreciation” increased; seventeen ECJ judgements and eight CFI judgements where the term appeared were handed down after this date. Interestingly, the term “margin of appreciation” as applied by the Community Courts does not only relate to the States’ margin of appreciation. It has been expanded beyond its original meaning and it includes several notions under a single concept. The EU standard of “margin of appreciation” refers to an *institutional* margin of appreciation, a *State* margin of appreciation, an *implementation* margin of appreciation¹⁶ and an *individual* margin of appreciation. It is thus much wider than the margin of appreciation developed under the auspices of the Strasbourg bodies, which was focused on the Contracting States. As a result, this doctrine has now been extended to an uncharted territory, which entails certain risks and challenges for its future interpretation.

A. Institutional Margin of Appreciation

The references to the *institutional* margin of appreciation in the Community Courts’ case law were not numerous. They could be sub-divided into: (i) references relating to the Commission, (ii) references concerning the Council of the EU and the European Parliament and (iii) references relating to the CFI. The references to the Commission’s margin of appreciation occurred in the field of anti-dumping legislation as well as the abuse of a dominant position, whereas those relating to the Council and the European Parliament concerned the common transport policy and access to Community documents. The reference to the CFI’s margin of appreciation related to the calculation of damage in EU recruitment procedures. There

¹⁴ For further details, see *Eur-Lex*, available at: http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=en (last visited 16 March 2009).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ SWEENEY, *op.cit.*, p. 35.

appears to be no clear reason to explain why this term was only used as part of these specific areas and cases. It is however less surprising that it was applied to most actors forming the basis of the EU's legal landscape. Thus, while the references to the margin of appreciation in these specific areas were unsystematic, it seems more coherent that they were used in the context of powers granted arguably to all three branches (executive, legislative and judicial) of the EU.

Under the first trend, the ECJ found in the *Etaireia Epichirisseon* case¹⁷ that Article 4 of the Council Regulation No 3017/79 of 20 December 1979 on protection against dumped or subsidised imports from non-EEC countries¹⁸ confers a wide margin of appreciation to the Commission as regards the period to be taken into consideration for determining the injury¹⁹. In this context, it was clarified that, "(...) even though a discretion has been conferred on the Community institutions, the Court is required to verify whether or not they have observed the procedural guarantees afforded by the basic regulation and whether or not they have committed manifest errors in their assessment of the facts, have omitted to take any essential matters into consideration or have based the reasons for their decision on considerations amounting to a misuse of powers"²⁰. Again, in the context of anti-dumping legislation, in the *Euroalliages* case²¹, the ECJ found that "[w]here assessment of a complex economic situation is involved, the Commission has a broad margin of appreciation when evaluating the Community interest"²². It repeated that the Community judicature then applies a lower level of scrutiny. The same position was maintained in the *Microsoft Corp.* case²³ in the context of proceedings brought regarding the abuse of dominant position under Article 82 ECT. The CFI reiterated that the Commission has a margin of appreciation in economic matters and that the Community Courts retain in this context a more limited power of review.²⁴

¹⁷ ECJ, *Anonymos Etaireia Epichirisseon Metalleftikon Viomichanikon kai Naftiliakon AE and Others v. Council of the European Communities*, Case 121/86, [1989] ECR 3919.

¹⁸ *Council Regulation No. 3017/79 of 20 December 1979 on protection against dumped or subsidised imports from countries not members of the European Economic Community*, 31 December 1979, OJ [1979], L 339, p. 1.

¹⁹ ECJ, *Anonymos Etaireia Epichirisseon Metalleftikon Viomichanikon kai Naftiliakon AE and Others v. Council of the European Communities*, op. cit., para. 20.

²⁰ *Ibid.*, para. 8.

²¹ ECJ, *Euroalliages and Others v. Commission of the European Communities*, Case T-132/01, 8 July 2003, [2003] ECR 2359.

²² *Ibid.*, para. 67.

²³ CFI, *Microsoft Corp. v. Commission of the European Communities*, Case T-201/04, 17 September 2007, [2007] ECR II-3601.

²⁴ *Ibid.*, paras. 85–89.

As part of the second trend mentioned above, the ECJ considered in the *ex parte Omega Air Ltd* and *Omega Aviation Services Ltd* joined cases²⁵ that “(...) the Community legislature has wide legislative powers in the field of the common transport policy as regards the adoption of appropriate common rules (...)”²⁶. It therefore found that it “(...) cannot substitute its own assessment for that of the Community legislature, but must confine itself to examining whether that latter assessment contains a manifest error or constitutes a misuse of powers or whether the authority in question clearly exceeded the bounds of its discretion”²⁷. Under its case law, it was also established that where the “(...) implementation by the Council of a common policy requires it to assess a complex economic situation, its discretion is exercisable not only in relation to the nature and scope of the provisions which are to be adopted but also, to a certain extent, to the findings as to the basic facts, especially in the sense that it is free to base its assessment, if necessary, on findings of a general nature (...)”²⁸. In this context, the ECJ used the term “margin of appreciation” and found that the Council did not exceed it by considering that certain specific criteria could contribute to the reduction of damage to environment caused by air traffic.²⁹

Subsequently, the ECJ used the term “margin of appreciation” in relation to the discretion granted to the Community legislature in the context of access to the EU institutions’ documents in the *Sison* case³⁰. It was observed that the level of legality review under Article 230 ECT can vary according to the matters under consideration. With regard to the review of compliance with the proportionality principle, it had been held previously that “(...) the Community legislature must be allowed a broad discretion in areas which involve political, economic and social choices on its part, and in which it is called upon to undertake complex assessments”³¹. It was found that, with regard to the judicial review of the Council’s decision refusing public access to a document under Article 4 (1) (a) of Regulation No 1049/2001³²,

²⁵ ECJ, *The Queen v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Omega Air Ltd (C-27/00) and Omega Air Ltd, Aero Engines Ireland Ltd and Omega Aviation Services Ltd v Irish Aviation Authority (C-122/00)*, Joined Cases 27/00 and 122/00, 12 March 2002, [2002] ECR I-2569.

²⁶ *Ibid.*, para. 63.

²⁷ *Ibid.*, para. 64.

²⁸ *Ibid.*, para. 65.

²⁹ *Ibid.*, para. 66.

³⁰ ECJ, *Jose Maria Sison v. Council of the European Union*, Case 266/05 P, 1 February 2007, [2007] ECR I-1233.

³¹ *Ibid.*, para. 33.

³² *Regulation No. 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, 31 May 2001, OJ [2001] L 145, p. 43.

“(…) the Council must be recognised as enjoying a wide discretion for the purpose of determining whether the disclosure of documents relating to the fields covered by those exceptions could undermine the public interest.”³³ Further, the Community Courts’ review must therefore be limited “(…) to verifying whether the procedural rules and the duty to state reasons have been complied with, whether the facts have been accurately stated, and whether there has been a manifest error of assessment or a misuse of powers”³⁴. Further, according to the ECJ, “(…) the particularly sensitive and essential nature of the interests protected by Article 4 (1) (a) of Regulation No 1049/2001, combined with the fact that access must be refused by the institution, under that provision, if disclosure of a document to the public would undermine those interests, confers on the decision which must thus be adopted by the institution a complex and delicate nature which calls for the exercise of particular care. Such a decision requires, therefore, a margin of appreciation”³⁵.

Under the third trend, the ECJ considered the discretion granted to the CFI in the *Girardot* case³⁶. The ECJ found *inter alia* that the CFI had “(…) misinterpreted the concept of loss of opportunity as loss of the certainty of obtaining a post, and in so doing failed to recognise the margin of discretion and freedom to choose which the Community institutions must have in the area of recruitment”³⁷. It was further found that, in order to verify “(…) whether the judgment under appeal is vitiated by an error of law as regards the determination of the extent of the compensation of the damage resulting from the loss of opportunity (…), account must be taken of the margin of appreciation which the Court of First Instance has, when exercising its unlimited jurisdiction, in relation to the method to be chosen to carry out such a determination”³⁸. Moreover, the ECJ observed that “(…) the loss of opportunity to be recruited is actual and certain and that the Court of First Instance has a margin of appreciation as to the method to be adopted to quantify it”³⁹. The method proposed by the Commission for calculating the reparation for the damage was found to be manifestly less suitable than the one adopted in the judgement.

As references to the *institutional* margin of appreciation were not numerous, it is not possible to extract any far-reaching conclusions from the Community Courts’

³³ ECJ, *Jose Maria Sison v. Council of the European Union*, op. cit., para. 34.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, para. 35.

³⁶ CFI, *Marie-Claude Girardot v. Commission*, Case T-10/02, 31 March 2004, [2004] ECR-SC I-A-109 and II-483; ECJ, *Commission of the European Communities v. Marie-Claude Girardot*, Case 348/06 P, 21 February 2008, [2008] ECR I-833.

³⁷ ECJ, *Commission of the European Communities v. Marie-Claude Girardot*, *ibid.*, para. 36.

³⁸ *Ibid.*, para. 61.

³⁹ *Ibid.*, para. 74.

case law. This area will nonetheless become an important source of inspiration for the ECtHR once it starts considering potential ECHR violations perpetrated by EU institutions. This aspect of the jurisprudence therefore needs to become more coherent for the ECtHR to be able to rely on it. From the survey of the cases, it appears that the Community Courts have used the term without any references to the ECHR. There were no justifications provided as to why they chose to suddenly use the term “margin of appreciation” instead of “discretion”. In fact, both terms seem to have been used interchangeably as synonyms. Further, the ECJ spent more time on the clarification of its own role than on the definition of the EU institutions’ margin of manoeuvre. In subsequent case law, it would be helpful if the Community Courts could provide further justification for the use of the term “margin of appreciation” and would define with greater precision the limits of the EU institutions’ margin of appreciation.

B. State Margin of Appreciation

Most of the cases analysed concerned the margin of appreciation granted to Member States under EU law or under the ECHR. In this context, the cases could be subdivided into: (i) those where the Community Courts relied on an EU standard of margin of appreciation and (ii) those where they referred the concept of margin appreciation as developed under the ECHR. Under the first trend, the ECJ found that in the domain of lotteries Member States have “(...) a sufficient margin of appreciation to determine what is required to protect participants and, more generally, in the light of the specific social and cultural features of each Member State, to maintain order in society (...)”⁴⁰. Further, the “(...) moral, religious and cultural factors, and the morally and financially harmful consequences for the individual and society associated with gaming and betting, could serve to justify the existence on the part of the national authorities of a margin of appreciation sufficient to enable them to determine what consumer protection and the preservation of public order require”⁴¹. It is therefore mainly for national authorities to assess whether such activities should be restricted or prohibited.

The ECJ also used the term “margin of appreciation” in the context of social benefits granted to war victims. It was found that Article 18 (1) ECT should be interpreted as prohibiting domestic legislation under which a Member State refuses to

⁴⁰ ECJ, *Questore di Verona v. Diego Zanetti*, Case 67/98, 21 October 1999, [1999] ECR I-7289, para. 15; ECJ, *Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhart Schindler and Jörg Schindler*, Case 275/92, 24 March 1994, [1994] ECR I-1039, para. 61.

⁴¹ ECJ, *Criminal proceedings against Piergiorgio Gambelli and Others*, Case 275/92, 6 November 2003, [2003] ECR I-13031, para. 63.

grant one of its nationals a benefit for war victims solely on the ground that the person concerned did not reside in its territory. The ECJ further considered that, “[w]ith regard to benefits that are not covered by EU law, Member States enjoy a wide margin of appreciation in deciding which criteria are to be used when assessing the degree of connection to society, while at the same time complying with the limits imposed by Community law”⁴². The imposition of residence restrictions could only be justified under EU law “(...) if it is based on objective considerations of public interest independent of the nationality of the persons concerned and is proportionate to the legitimate objective of the national provisions”⁴³. In addition, the term “margin of appreciation” appeared when the ECJ reviewed domestic rules prohibiting certain vehicles from towing a trailer under Article 28 ECT. It was found that, “[s]ince that degree of protection may vary from one Member State to the other, Member States must be allowed a margin of appreciation and, consequently, the fact that one Member State imposes less strict rules than another Member State does not mean that the latter’s rules are disproportionate”⁴⁴. Finally, the ECJ also used the term “margin of appreciation” with regard to the wide discretion granted to Member States under Council Regulation No. 857/84 relating to the application of an additional levy on milk.⁴⁵

From the cases surveyed under the first trend, it appears that there were no explanations provided as to why the term “margin of appreciation” was used in an EU context. The areas in which the concept appeared are very specific and seem to be random. In all likelihood, the ECJ did not rely on this concept intentionally and did not base itself on any general policy. Further, the references to the margin of appreciation are not very detailed; the ECJ did not define the outer limits of the Member States’ powers and did not further specify its role in this context. While the areas of competence considered are typically associated with the Member States’ functions, further clarifications would be needed in order to render the use of this notion more coherent. For the sake of legal certainty and unity of EU law, the ECJ

⁴² ECJ, *K. Tas-Hagen and R. A. Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, Case 192/05, 26 October 2006, [2006] ECR I-10451, para. 36; ECJ, *Halina Nerkowska v. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, Case 499/06, 22 May 2008, [2008] ECR, not yet reported, para. 38.

⁴³ ECJ, *K. Tas-Hagen and R. A. Tas v. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, *ibid.*, para. 33; ECJ, *Halina Nerkowska v. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, *ibid.*, para. 40.

⁴⁴ ECJ, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, Case 110/05, 10 February 2009, [2009] ECR, not yet reported, para. 65.

⁴⁵ ECJ, *Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Case 5/88, 13 July 1989, [1989] ECR 2609, para. 22; ECJ, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, Case 2/92, 24 March 1994, [1994] ECR I-955, para.14.

should also make it more apparent how it intends to apply the term “margin of appreciation” in its subsequent case law. This concept should not simply be used interchangeably with the word “discretion”, as it has acquired an autonomous and specific meaning under the ECHR.

Under the second trend, the ECJ relied on the term “margin of appreciation” in the same manner as the ECtHR when it referred to the ECHR in its case law. This occurred in cases referring to Articles 8 and 10 ECHR as well as in the context of obligations imposed by an international instrument. The ECJ used Article 10 ECHR and the corresponding case law in the *Connolly* case⁴⁶, where it reminded that fundamental rights are part of general principles which it must monitor and that the ECHR has a special significance in this context.⁴⁷ Further, pursuant to Article 10 (2) ECHR and the corresponding case law, the right to freedom of expression can be limited. The ECJ observed *inter alia* that the adjective “necessary” under Article 10 (2) ECHR involves “(...) a pressing social need and, although [t]he contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, the interference must be proportionate to the legitimate aim pursued and the reasons adduced by the national authorities to justify it must be relevant and sufficient (...)”⁴⁸. Applying the ECHR requirements to the case, the ECJ found that “(...) specific restrictions on the exercise of the right of freedom of expression can, in principle, be justified by the legitimate aim of protecting the rights of others.”⁴⁹ In the context of the civil servants’ freedom of expression, Article 10 (2) ECHR assumes a “(...) special significance, which justifies leaving to the national authorities a certain margin of appreciation in determining whether the impugned interference is proportionate to the (...) aim”⁵⁰. Finally, the ECJ rejected the applicant’s claim that the Staff Regulations did not pursue a legitimate aim and that the restriction of freedom of expression was not prescribed by a legislative provision.

In the *Rechnungshof* and *Lauermann* joined cases⁵¹, the ECJ relied on Article 8 ECHR and on the relevant ECtHR’s case law. These cases related to a preliminary reference submitted by the Austrian courts regarding the interpretation of Directive 95/46 on the protection of individuals with regard to the processing of per-

⁴⁶ ECJ, *Bernard Connolly v. Commission of the European Communities*, Case 274/99 P, 6 March 2001, [2001] ECR I-1611.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 37.

⁴⁸ *Ibid.*, para. 41 (brackets in the original).

⁴⁹ *Ibid.*, para. 46.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 48.

⁵¹ ECJ, *Rechnungshof (C-465/00) v. Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm (C-138/01) and Joseph Lauermann (C-139/01) v. Österreichischer Rundfunk*, Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, 20 May 2003, [2003] ECR I-04989.

sonal data and on the free movement of such data⁵². The core question related to the obligation of public bodies under Austrian law to communicate to the *Rechnungshof* the salaries and the pensions exceeding a certain level paid to their employees and pensioners together with the names of the recipients in order to compile a report that would ultimately be made public. The ECJ stated that the application of Directive 95/46 must be evaluated from the point of view of Article 8 ECHR. It was found that, while the mere recording by an employer of information regarding remuneration does not interfere with Article 8 ECHR, the communication of that data to third parties does infringe this provision.⁵³ According to the ECJ's view, the objective of the obligation to disclose salaries was to exert pressure on the public bodies to keep salaries within reasonable limits and to guarantee an appropriate use of public funds, which constituted a legitimate aim under Article 8 (2) ECHR and Article 6 (1) (b) of the Directive 95/46.⁵⁴ Relying on the ECtHR's *Leander* case⁵⁵, the ECJ reminded that the "(...) authorities enjoy a margin of appreciation, the scope of which will depend not only on the nature of the legitimate aim pursued but also the particular nature of the interference involved (...)"⁵⁶. The ECJ clarified that the State's interest in ensuring the best use of public funds must be balanced against the interference with the individual's right to respect for their private life.⁵⁷ In this context, it was the national courts' duty to ascertain whether this interference was necessary and proportionate to the aim of keeping salaries within reasonable limits.⁵⁸

In a case concerning family reunification (*European Parliament v. Council of the European Union* ⁵⁹), the ECJ was also brought to apply Article 8 ECHR and the corresponding case law. The European Parliament sought the annulment of the final subparagraph of Articles 4 (1), 4 (6) and 8 of the Council Directive 2003/86/EC on

⁵² Directive No. 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 23 November 1995, [1995] OJ L 281, p. 31.

⁵³ ECJ, *Rechnungshof (C-465/00) v. Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm (C-138/01) and Joseph Lauerermann (C-139/01) v. Österreichischer Rundfunk*, op.cit., paras. 72–73.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 81.

⁵⁵ ECtHR, *Leander v. Sweden* (Appl. No. 9248/81), Judgment, 26 March 1987, Series A, Vol. 116, para. 59.

⁵⁶ ECJ, *Rechnungshof (C-465/00) v. Österreichischer Rundfunk and Others and Christa Neukomm (C-138/01) and Joseph Lauerermann (C-139/01) v. Österreichischer Rundfunk*, op.cit., para. 83.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 84.

⁵⁸ *Ibid.*, paras. 88 and 90.

⁵⁹ ECJ, *European Parliament v. Council of the European Union (C-540/03)* 27 June 2006, [2006] ECR I-05769.

the right to family reunification⁶⁰. The ECJ observed that “(...) the fact that the contested provisions of the Directive afford the Member States a certain margin of appreciation and allow them in certain circumstances to apply national legislation derogating from the basic rules imposed by the Directive cannot have the effect of excluding those provisions from review by the Court of their legality as envisaged by Article 230 EC”⁶¹. The ECJ reviewed the legality of these provisions on the basis of the ECHR and the ECtHR’s case law. It was reminded that, while the ECHR does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country, the removal of a person from a country where close members of his family are living may amount to an infringement of the right to respect for family life, as guaranteed by Article 8 (1) ECHR.⁶² The ECJ relied on the ECtHR’s case law⁶³ when exposing the principles applicable to family reunification. In support of this, it also mentioned the Convention on the Rights of the Child⁶⁴ and the EU Charter, which also recognise the right to respect of family life and promote the best interests of the child.

It was found that these instruments did not create “(...) for the members of a family an individual right to be allowed to enter the territory of a State and cannot be interpreted as denying States a certain margin of appreciation when they examine applications for family reunification”⁶⁵. The Directive 2003/86/EC nonetheless went beyond these instruments and imposed specific obligations to authorise family reunification under certain circumstances. In fact, Article 4 (1) of the same instrument had the effect of “(...) partially preserving the margin of appreciation of the Member States by permitting them, before authorising entry and residence of the child under the Directive, to verify whether he or she meets a condition for integration provided for by the national legislation in force on the date of implementation of the Directive”⁶⁶. This margin of appreciation was found to be “(...) no different from that accorded to them by the European Court of Human Rights, in its case-law relating to that right, for weighing, in each factual situation, the competing

⁶⁰ Council Directive No. 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, 3 October 2003, OJ [2003] L 251, p. 12.

⁶¹ ECJ, *European Parliament v. Council of the European Union*, op.cit., para. 22.

⁶² *Ibid.*, para. 53.

⁶³ *Ibid.*, para. 55; ECtHR, *Sen v. the Netherlands* (Appl. No. 31465/96), Judgment, 21 December 2001, not reported, para. 36; ECtHR, *Gül v. Switzerland* (Appl. No. 23218/94), Judgment, 19 February 1996, Reports 1996-I, 159, para. 38; ECtHR, *Ahmut v. the Netherlands* (Appl. No. 21702/93), Judgment, 28 November 1996, Reports 1996-VI, 2030, para. 67.

⁶⁴ *United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1577 UNTS 3, entered into force 2 September 1990.

⁶⁵ ECJ, *European Parliament v. Council of the European Union*, op. cit., para. 59.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 61. See also, *ibid.*, para. 66 with regard to the conditions on integration.

interests”⁶⁷. It followed that Article 4 (1) of the Directive 2003/86/EC did not run counter to the right to respect for family life: In the context of a directive imposing positive obligations, it preserved a limited margin of appreciation for the State, as allowed by the ECtHR in relation to the balancing of competing interests.⁶⁸ Similarly, it was considered that Article 8 of the same Directive, which allows to impose a time period for family reunification, limits the Member States’ margin of appreciation by permitting them to make sure that family reunification takes place in favourable conditions and does not infringe the right to respect for family life.⁶⁹ In reviewing the compatibility of these provisions with the ECHR, the ECJ did not apply exhaustively the test under Article 8 ECHR, stating only that the contested Articles pursued legitimate aims. In effect, it applied a lower level of scrutiny under the seal of the ECHR and the Member States’ needs. This partial review under Article 8 ECHR could have been due to the fact that there was no concrete ECHR right which had been infringed in this case.

Under the same trend, the ECJ decided the *Kadi* case⁷⁰, which concerned the Council Regulation No. 881/2002⁷¹ ordering the freezing of the funds and other economic resources of the persons and entities associated with Usama bin Laden, Al-Qaida and the Taliban. The applicants were included on a list of persons who have cooperated with them. They brought actions before the CFI for annulment of the Regulation. The CFI rejected all the pleas and confirmed the validity of the Regulation. The applicants then appealed the case to the ECJ. When evaluating the restrictions imposed on the applicants’ right to property, the ECJ relied on the ECHR and on the corresponding case law. Referring to the ECtHR judgement in the *Pye (Oxford) Ltd* case⁷², the ECJ found that “(...) the legislature enjoys a wide margin of appreciation, with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the public interest for

⁶⁷ *Ibid.*, para. 62.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, paras. 98 and 103.

⁷⁰ ECJ, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Joined Cases 402/05 P and 415/05 P, 3 September 2008, [2008] ECR, not yet reported.

⁷¹ *Council Regulation No. 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation No. 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan*, 29 May 2002, OJ [2002] L 139, p. 9.

⁷² ECtHR, *J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. United Kingdom* (Appl. No. 44302/02), Judgement, 30 August 2007, not yet reported, paras. 55 and 75.

the purpose of achieving the object of the law in question”⁷³. Further, the ECJ assumed that “[w]ith reference to an objective of general interest as fundamental to the international community as the fight by all means (...) against the threats to international peace and security posed by acts of terrorism, the freezing of the funds, financial assets and other economic resources of the persons (...) cannot per se be regarded as inappropriate or disproportionate”⁷⁴. According to its view, the measures imposed by the contested Regulation constituted restrictions of the right to property which could be in principle justified.⁷⁵ In the concrete circumstances of the case, however, they were an unjustified restriction of the applicant’s right to property because the contested Regulation did not enable him to bring his case before the competent authorities.⁷⁶ Overall, there was no concrete analysis of the objective and of the proportionality of the restrictive measures imposed on the applicants in the ECJ’s reasoning. It appears that, following the direction indicated by the ECtHR, the ECJ applied a lower level of scrutiny, side-stepped this examination and mechanically gave priority to the objectives of the international community.

From the above analysis, it follows that the use of the term “margin of appreciation” under the second trend was much more detailed and coherent than under the first trend. This could be due to several reasons. First, the rights which were covered under the second trend were more qualified and provided firmer limits to the Member States’ margin of appreciation. Second, the ECJ’s reasoning was rooted in a firmer legal basis, namely in the ECHR and in the ECtHR’s case law. Third, the ECJ was able to benefit from the ECtHR’s long experience in applying the notion of margin of appreciation. This practice provided invaluable guidance to the ECJ and gave it more confidence when relying on this ECHR concept. From all the cases reviewed, it appears that the ECJ has engaged the most with the margin of appreciation in cases which were rooted in the ECHR. It remains nonetheless puzzling that, in spite of the important number of references to the ECHR in the Community Courts’ case law, only a few explicit references to the State margin of appreciation appeared. Finally, it has been argued that when States are acting directly as EC institutions (in the context of *agency*), their acts should be supervised in the same way and against the same standards as direct EU institutional actions.⁷⁷ It would

⁷³ ECtHR, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, op.cit., para. 360.

⁷⁴ *Ibid.*, para. 363.

⁷⁵ *Ibid.*, para. 365.

⁷⁶ *Ibid.*, paras. 369-370. In support of this finding, the ECJ relied on Article 1 of Protocol No. 1 and on the *Jokela v. Finland* case. ECtHR, *Jokela v. Finland* (Appl. No. 28856/95), Judgment, 21 May 2002, Reports 2002-IV, 1, paras. 45 and 55.

⁷⁷ SHUIBHNE, op.cit., p. 238.

then follow that the *institutional* margin of appreciation would be applicable to Member States in this context. Thus, this particular area of the *State* margin of appreciation could be subsumed under the former category.

C. Individual Margin of Appreciation

Rather curiously, the CFI used the term “margin of appreciation” when referring to investors’ discretion. In the *BP Chemicals* case⁷⁸, the Commission had permitted a third capital injection into Eni-Chem, a subsidiary of the Italian public undertaking ENI. BP Chemicals, a competitor of EniChem, argued that the Commission was obligated to open a formal investigation into the third capital injection, since ENI was continuing to incur losses despite the two prior injections of funds designed to facilitate restructuring. The Court ruled that the Commission had infringed BP Chemical’s rights as an interested third party, and supported BP’s request to have the Commission’s decision annulled. ENI and EniChem supported the Commission’s arguments regarding the evaluation of the third capital injection. The CFI used the term “margin of appreciation” when referring to their arguments in the following passage: “(...) So far as concerns the evaluation of the third injection from the point of view of a market economy investor, ENI and EniChem emphasise that the Commission’s policy (...) is to take account of the wide margin of appreciation enjoyed by investors and the long-term policy considerations of undertakings controlling a large group”⁷⁹. While this reference is rather curious, it must be emphasised that it appeared only once in this context. It is therefore an exceptional and unsystematic occurrence and further conclusions as to its significance seem to be precluded. The term “margin of appreciation” is nonetheless an unusual notion to use when referring to the discretion granted to the investors of an enterprise. It is yet to be seen whether the Community Courts will use this term again in a similar situation.

D. Implementation Margin of Appreciation

The term “margin of appreciation” was also used in the context of the discretion granted to Member States in the implementation of EU law. For instance, in the recent *Angelidaki and Others* joined cases⁸⁰, a Greek court referred (as part of the

⁷⁸ CFI, *B.P. Chemicals Limited v. Commission*, Case T-11/95, 15 September 1998, [1998] ECR II-3235.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 121.

⁸⁰ ECJ, *Kiriaki Angelidaki and Others v. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, Case 378/07, *Charikleia Giannoudi v Dimos Geropotamou*, Case 379/07, and *Georgios Karabousanos and Sofoklis Michopoulos v Dimos Geropotamou*, Case 380/07, 23 April 2009, [2009] ECR, not

preliminary reference procedure) a number of questions concerning the interpretation of the Framework Agreement on fixed-term work of 18 March 1999 annexed to the Council Directive 1999/70/EC⁸¹. The Court considered *inter alia* clause 5 (1) of the Framework Agreement, which is aimed at preventing abuse in fixed-term employment and requires Member States to adopt at least one of the measures listed in that provision, where national law does not already include equivalent measures. Clause 5 (2) of the same instrument leaves it to the Member States to determine the conditions under which fixed-term employment contracts or relationships are to be regarded as successive or as of indefinite duration. In this context, the Court noted that “[w]hile such a reference back to national authorities for the purpose of establishing the specific rules for application of the term ‘successive’ and ‘indefinite duration’ within the meaning of the Framework Agreement may be explained by the concern to respect the diversity of the relevant national rules, it is, however, to be remembered that the margin of appreciation thereby left for the Member States is not unlimited, because it cannot in any event go so far as to compromise the objective or the practical effect of the Framework Agreement”⁸². On several occasions, the Court also used the term “margin of discretion” interchangeably with the term margin of appreciation.⁸³

In addition, the Court referred to the margin doctrine in the *Wolff & Müller* case⁸⁴, where it considered Article 5 of the Directive 1996/71 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services⁸⁵. It was found that “(...) the Member States have a wide margin of appreciation in determining the form and detailed rules governing the adequate procedures under the second paragraph of Article 5. In applying this wide margin of appreciation they must however at all times observe the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty (...) and, thus, in regard to the main proceedings, freedom to provide services”⁸⁶. The use of the

yet reported. The same Framework Agreement on fixed-term work was examined in the earlier *Adeneler and Others* case, where the ECJ referred to the notion of margin of appreciation in a similar manner. See ECJ, *Konstantinos Adeneler and Others v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Case 212/04, 4 July 2006, [2006] ECR 6057, paras. 28, 68 and 82.

⁸¹ Council Directive No. 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, OJ L 175, 10 July 1999, pp. 43–48.

⁸² ECJ, *Kiriaki Angelidaki and Others v. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, Case 378/07, *Charikleia Giannoudi v. Dimos Geropotamou*, op.cit., para. 155.

⁸³ *Ibid.*, paras. 80, 145, 183.

⁸⁴ ECJ, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v. José Filipe Pereira Félix*, Case 60/03, 12 October 2004, [2004] ECR 9553.

⁸⁵ Directive No. 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, 21 January 1997, OJ [1997] L 18, p.1.

⁸⁶ ECJ, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v. José Filipe Pereira Félix*, op.cit., para. 30.

term “margin of appreciation” in this context could be seen as unjustified, as it is not consonant with the original meaning attributed to this word under the ECHR. In the above mentioned cases, the term was given a technical meaning, which deprived it of its more substantive sense. The scope of the margin of appreciation granted here to the Member States was much narrower than under the ECHR, as it only related to the act of implementation and not to the policy behind the legal measure.⁸⁷ As a result, the ECJ’s reference to the term “margin of appreciation” in these specific cases has arguably altered its original meaning.

E. Several Notions of Margin of Appreciation

The survey of the case law reveals that the use of the term “margin of appreciation” by the Community Courts has led to the development of several versions of this concept. The application of this notion in relation to the Commission, the Council and the European Parliament is justified and could provide a source of inspiration for the ECtHR in the future. Nonetheless, the use of the margin doctrine with regard to the States’ implementation discretion, to the CFI’ own discretion and to private investors’ margin of manoeuvre appears to be questionable. Furthermore, there are currently two different standards of margin of appreciation applied in the European legal space. The term “margin of appreciation”, as used by the ECJ, encompasses the notion of institutional, State, individual and implementation margins of appreciation. The margin doctrine, as applied under the ECHR and in the ECHR/EU common ground, only relates to the State margin of appreciation. Consequently, the ECHR standard applies to moral, civil, political and social questions, whereas the EU standard applies to the remaining EU fields. The existence of this divergence could be due to the fact that there are more actors in the context of the EU than the ECHR. These various actors have overlapping interests under EU law and the ECJ has to ensure that their areas of activity are clearly defined. The EU concept of margin of appreciation therefore allows to mediate among the interests of the Commission, the Council, the Parliament, the Community Courts and the Member States. It could also be argued that the term “margin of appreciation”, as used in the context of EU law, reflects certain aspects of the domestic version of this notion, which is wider than the one developed under the ECHR.

The duality in the application of the margin of appreciation doctrine, as currently reflected in EU law and the EU/ECHR common ground, will probably be perpetuated in the future under the EU Charter on Fundamental Rights. In fact, Article 52 (2) stipulates that “[r]ights recognised by this Charter which are based on the

⁸⁷ See also SWEENEY, *op.cit.*, p. 35.

Community Treaties or the Treaty on European Union shall be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties". In this context, it is therefore the EU standard of margin of appreciation that will continue to apply. However, Article 52 (3) of the Charter stipulates that "[i]n so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention". Pursuant to this provision, the Community Courts would have to transpose into their case law the notion of margin of appreciation as it was developed under the ECHR. Articles 52 (2) and 52 (3) of the EU Charter would therefore allow the courts to apply two different standards of margin of appreciation.

Such a development is not in itself surprising, illegitimate or unjustified. In the future, the EU and ECHR regimes may develop along separate lines in the area of human rights due to their different nature and to the diverse goals that they try to achieve. Furthermore, it should be emphasised that not all fragmentation is inappropriate; some forms of fragmentation may be required in order to ensure that both regimes function properly. Thus, the seeming incoherence created by the duality in the application of the margin of appreciation may nevertheless represent order which is required to preserve the effective functioning of both regimes. Thus, a margin of appreciation adapted to the EU and a margin of appreciation tailored to the ECHR may need to be applied simultaneously in certain areas. This divergence in use could then be interpreted as an exception to the general rule of convergence in the Community Courts' and the ECtHR's case law.

The literal references of the Community Courts demonstrate that the margin of appreciation concept is no longer autonomous or specific to the ECHR area. Its scope has been extended once it crossed-over into the EU arena in preparation of the EU's accession to the ECHR. It is clear that the ECHR is a living instrument and that it has to be adapted to new circumstances. This development may nevertheless hinder the already uncertain state of the margin of appreciation doctrine. If the duality in its application is not properly rationalised and analysed, the Community Courts' use of this term is bound to introduce further confusion into the development and understanding of this ambiguous doctrine. Thus, it appears that the convergence approach to EU and ECHR rights may produce damages by not attempting to first resolve the difficulties which currently affect this notion and by expanding it to areas where it has not been applied before. While the expansion and the duality in application appears to be necessary, its consequences must be thoroughly analysed and reflected upon. References which are used in an unsystematic and unintended manner can damage the doctrine as a whole and render its interpretation by the domestic authorities much more difficult.

IV. The Possible Costs of Convergence

The impact of the extension of the margin doctrine is yet difficult to assess, as it could represent an evolution of a formal or technical nature rather than a substantive one. The Community Courts appear to be simply using this concept as a synonym of the word “discretion”. In this case, it could be an involuntary and unintended use of ECHR terminology due to an unsystematic cross-fertilisation. It remains, however, that the interpretation of the margin doctrine will face new challenges once the EU joins the ECHR and the ECtHR starts applying it to the EU institutions. The current terminological dilemmas relating to the use of margin of appreciation in the EU context seem to exhibit more problematic undertones which could affect the very substance of the doctrine. Thus, the Community Courts’ explicit references to this concept are a prelude to the ECtHR’s future interpretation of the EU’s margin of appreciation and to the eventual complications that such a task could entail.

Certain adjustments will need to be made by the ECtHR when it applies this concept to the competences transferred of the EU. In this context, the EU institutions benefit from high margins of appreciation when determining of the relevant policy and legal needs. It appears that the margin of manoeuvre granted to EU institutions under EU law in these transferred areas is higher than the one attributed to Contracting States under the ECHR. When evaluating the EU’s margin of appreciation, the closest source of inspiration for the ECtHR will be the Community Courts’ jurisprudence. It is not yet very clear which scope of margin of appreciation the ECtHR will grant to the EU institutions in the area of human rights protection. It has been accurately pointed out, however, that this scope is bound to be a wide one, given that the ECtHR has previously found that human rights protection under EU law is equivalent to the ECHR.⁸⁸

The cross-over of the margin of appreciation concept into the EU regime is a necessary evolution of the convergence trend. It has nonetheless induced fragmentation and complications which reach beyond this goal of approximation. The application of the margin of appreciation doctrine now varies in accordance to the special regime. As the ECtHR and the Community Courts usually look beyond their jurisdiction in order to strengthen their own legal systems, the notion of margin of appreciation is therefore applied at both levels in accordance to the different objectives and aims that the EU and the ECHR are meant to fulfil. Given that the duality

⁸⁸ BESSON, *op.cit.*, p. 681.

of application will be maintained when the EU Charter on Fundamental Rights enters into force, the theoretical underpinnings of this notion will need to be further developed. While seeking convergence in one area, a certain functional divergence is necessary and must be tolerated in order to maintain a general coherence among the EU and ECHR systems. The fact remains, however, that with an already fragmented notion of margin of appreciation, the end result of this process is bound to be the entrenchment of an even more segmented variation of this concept at the European level.

The ricochets of the convergence approach and of the impending entry into force of the Lisbon Treaty have yet to be evaluated. As it has been seen here, the harmonisation of the jurisprudence may have certain unexpected consequences. The expanded notion of margin of appreciation needs to be rationalised and re-evaluated as its very nature may have been affected. This development is, however, only a minute indication of the more substantive questions that can affect other ECHR concepts once they are transposed to the EU context. The convergence approach may create wider functional divergences and fractions between the EU and ECHR special regimes when their respective autonomous concepts are used in an unsystematic manner. In this context, convergence in terminology can easily lead to a divergence in meaning. Such a divergence needs to be tolerated and maintained in certain areas, but it has to be appropriately justified and adapted. There is therefore much ado about the Community Courts' application of ECHR concepts.

BEATA JASTRZEBSKA

Concept de société démocratique, interprétation téléologique des droits fondamentaux et transformations démocratiques dans les EECO

« Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution, la Lettonie est une république indépendante et démocratique. Il a été reconnu par la doctrine que lorsqu'une branche des principes généraux déduite de la notion de démocratie est insuffisamment réglementée dans l'ordre juridique letton, la notion même de démocratie, au sens de l'article 1^{er} de la Constitution, peut, par sa force formelle au-dessus des autres normes juridiques, pallier cette carence. Vu le caractère incomplet du libellé de l'article 51 de la loi sur les élections législatives, il faut conclure (...) que cette disposition doit s'interpréter à la lumière de l'article 1^{er} de la Constitution »¹.

I. Introduction

Définie habituellement comme processus consistant à discerner le véritable sens d'un texte obscur², l'expression « interprétation », désigne à la fois l'opération d'interprétation et son résultat³. L'opération d'interprétation, envisagée sous l'angle du droit international public, se divise en règles d'interprétation, méthodes d'interprétation et principes d'interprétation⁴ parmi lesquels figure le concept de société démocratique auquel nous souhaitons consacrer la présente étude.

¹ Cour suprême lettone, 3 novembre 2006, cité par CourEDH, 27 novembre 2007, *Partija Jaunie demokrati et Partija Musu zeme c. Lettonie*, req. n°10547/07 et 34049/07.

² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Presse Universitaire de France, 2000, p. 475.

³ Jean-Marc SOREL, « Article 31 », in CORTEN/KLEIN, dir., *Convention de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, 2006, vol. II, p. 1293.

⁴ Olivier JACOT-GUILLERMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in PETTITI/DECAUX/IMBERT, dir.,

Nous nous proposons de réfléchir sur le rôle du concept de société démocratique⁵ dans l'interprétation téléologique des droits de l'homme⁶ pratiquée par les juridictions nationales et internationales. Nous focaliserons notre étude principalement sur l'examen des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CourEDH, la Cour) en nous référant également, au fil de nos réflexions, à quelques arrêts rendus par les cours constitutionnelles des Etats de l'Europe centrale et orientale (ci-après EECO).

Nous constatons, et c'est là notre postulat de départ, qu'en pratiquant l'interprétation téléologique, ces juridictions tâchent de trouver une signification des droits fondamentaux⁷ conforme au concept de société démocratique. Cette affirmation, à première vue banale, nous amènera à examiner la question complexe de l'interdépendance entre la démocratie et les droits fondamentaux, ainsi que son impact sur l'interprétation de ces derniers. Nous évoquerons ainsi le paradoxe de la relation entre la démocratie et les droits de l'homme qui consiste dans le fait que cette dernière peut être invoquée pour restreindre les droits de l'homme, mais aussi pour les protéger. C'est au nom de la démocratie que les droits fondamentaux sont promus mais c'est aussi pour la protéger que l'on limite parfois leur jouissance (principe d'une démocratie apte à se défendre). Ce paradoxe est particulièrement visible dans les affaires relatives aux transformations démocratiques dans les EECO, soumises récemment à la juridiction de la Cour. Elles constitueront le centre de notre intérêt dans le présent article. Il s'agira là principalement d'affaires relatives à la liberté d'expression et au droit de vote ; c'est bien dans ces dernières que le principe de société démocratique a permis aux juges strasbourgeois de ne pas sanctionner les restrictions des droits fondamentaux au nom de la nécessité de préserver la démocratie nouvellement établie⁸.

Ainsi orientée, notre étude s'inscrira doublement dans le sujet du colloque : elle permettra d'une part de dégager la fonction du principe de société démocratique dans l'interprétation des droits fondamentaux; elle apportera, d'autre part,

La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, 2^e éd., 1999, p. 42. Certains auteurs distinguent entre moyens interprétatifs, méthodologie de l'interprétation et politique interprétative, voir SOREL, *op.cit.*, note 3, p. 1293.

⁵ Sous le terme *société démocratique* nous englobons toutes les références au principe de société démocratique, à l'Etat démocratique, au système démocratique et à la démocratie.

⁶ Ce constat a été souligné notamment par Frédéric SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge11.html, consulté le 26 août 2009.

⁷ Pour la commodité de l'exposé, nous utiliserons les termes de *droits fondamentaux*, *droits de l'homme*, *libertés fondamentales* en alternance en tant que synonymes.

⁸ CourEDH, 16 mars 2006, *Ždanoka c. Lettonie* [GC], req. n°58278/00, Recueil 2006-IV.

quelques précisions quant à l'interprétation du concept même de société démocratique. L'étude contribuera par ailleurs, nous l'espérons, à enrichir le débat sur la démocratie en tant que garantie mêmes des droits de l'homme et de leur contextualisation.

Avant d'illustrer le rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation des droits fondamentaux dans le contexte des transformations démocratiques dans les EECO (IV), notre article s'intéressera à la définition du concept de société démocratique (II) pour aborder dans un deuxième temps la question de la place de ce concept dans la théorie générale d'interprétation des droits fondamentaux et de sa fonction dans l'interprétation téléologique (III).

II. Notion de société démocratique

A. Généralités

Le noyau historique et sémantique universellement admis du concept de démocratie (δημος κράτος) est le « *démos* » - source de légitimation du pouvoir étatique⁹. La démocratie est néanmoins fréquemment appréhendée de manière très large et représente, pour certains auteurs, « beaucoup plus que la pratique des élections et le gouvernement de la majorité : elle est un type de mœurs, de vertu, de scrupule, de sens civique, de respect de l'adversaire : elle est un code moral »¹⁰. La démocratie est, en effet, un concept qui s'inscrit dans une évolution perpétuelle. Le sens qui lui est attribué est clairement conditionné par l'espace historique et politique auquel elle s'applique¹¹. Le cadre restreint de la présente étude nous impose de limiter notre analyse à la notion de société démocratique telle qu'elle se dégage de la Convention européenne des droits de l'homme¹² (ci-après CEDH, la Convention), et de la considérer à la lumière de la relation qu'elle entretient avec les droits fondamentaux. Les développements qui suivent auront donc pour but de présenter, de

⁹ Dimitris TSATSOS, « La mutation du principe démocratique dans l'ordre juridique communautaire/de l'Union européenne », in *Annuaire international des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, Vol II, p. 149.

¹⁰ France Pierre MENDES, « L'homme d'Etat et le pouvoir », in France Pierre MENDES, dir., *La vérité guidait leurs pas*, Gallimard, 1976, p. 35. Voir, dans le même sens, Pierre LAMBERT, « La notion de démocratie au regard des droits de l'homme », in *Annuaire international des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, Vol II, p. 20.

¹¹ TSATSOS, op.cit., note 9, p. 150.

¹² Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950.

manière très schématique, les composantes de société démocratique et de fixer ainsi un cadre de références pour les réflexions présentées dans les chapitres suivants.

B. Société démocratique au sens de la CEDH

Alors que la Cour a affirmé à maintes reprises que la démocratie « domine la Convention toute entière »¹³ et qu'elle est « l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul compatible avec elle »¹⁴ ni le statut du Conseil de l'Europe, ni le Préambule de la Convention ne définissent précisément cette notion. Les deux actes énumèrent toutefois quelques caractéristiques propres à la démocratie. Ainsi, dans le statut du Conseil de l'Europe, les Etats membres se déclarent inébranlablement attachés aux « valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ». Dans le Préambule de la CEDH, les Etats parties « réaffirment leur profond attachement [aux] libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique ». Deux éléments conceptuels de la démocratie semblent se dégager de ces affirmations : la démocratie serait un système politique basé sur les libertés fondamentales et le seul capable d'en assurer le respect.

La Cour a conféré à la notion de société démocratique un contenu beaucoup plus concret en affirmant que celle-ci « suppose le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »¹⁵, qu'« il n'est pas de société démocratique sans que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture se traduisent effectivement dans un régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de la prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace d'exécutif, exercé sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant, et qu'il assure le respect de la personne humaine »¹⁶. La démocratie apparaît donc comme un système politique basé sur des libertés fondamentales nécessaires d'une part pour

¹³ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, mélanges en hommage du Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, Vol I, p. 62; CourEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, req. n°9815/82, Série A, n° 103, § 42.

¹⁴ CourEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie e. a c. Turquie*, req. n°19392/92, Recueil 1998-I, par. 45.

¹⁵ CourEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, Série A, n° 24, par. 49.

¹⁶ CourEDH, 26 avril 1976, *Sunday Times c. Royaume Uni*, req. n°6538/74, Série A, n° 30, par. 66.

promouvoir le pluralisme et la tolérance et, d'autre part pour assurer le respect de la personne humaine. La protection de ces libertés fondamentales s'avère possible grâce à un système politique fondé sur la séparation des pouvoirs et sur le respect du principe de la prééminence du droit.

Le présent article s'intéressera principalement au premier point de la définition, à savoir, aux droits fondamentaux reconnus pour promouvoir les valeurs de pluralisme et de tolérance. Seules les décisions relatives à cette problématique seront analysées ultérieurement. L'examen du deuxième et troisième point de la définition de société démocratique sera en conséquence abandonné au profit d'un développement de la première caractéristique.

C . Droits fondamentaux, pluralisme et tolérance dans une société démocratique

Quatre dispositions de la CEDH méritent d'être ici mentionnées puisqu'elles jouent un rôle considérable dans la promotion des valeurs démocratiques telles que le pluralisme et la tolérance¹⁷. Il s'agit de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 CEDH), de la liberté d'expression (art. 10 CEDH), de la liberté de réunion et d'association (art. 11 CEDH) et du droit à des élections libres (art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH). Tous ces droits et libertés ont été érigés par la jurisprudence de la Cour en principes fondamentaux inhérents à une société démocratique. « La liberté de pensée, de conscience et de croyance représente une des assises d'une société démocratique. Elle est (...) l'un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme (...) consubstantiel à pareille société » déclare la Cour dans l'arrêt *Kokkinakis*¹⁸. Elle attache la même importance à la liberté d'expression en affirmant que celle-ci constitue « l'un des fondements essentiels de la société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès. (...) [E]lle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies en faveur ou considérées comme inoffensives, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent ; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique »¹⁹. La liberté d'expression fait figure aux yeux de la Cour « [du] cœur

¹⁷ ANDRIANTSIMBAZOVINA, op.cit., note 13, p. 67 ; Henry J. STEINER, « Two Sides of the same coin ? Democracy and the International Human Rights », *Isr. L. Rev.*, No 3, Vol 41, 2008, pp. 446 et s.

¹⁸ CourEDH, 25 mars 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n°14307/88, Série A, n° 260-A, par. 31.

¹⁹ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, par. 62, note 15.

même de la notion de société démocratique »²⁰. Quant à la liberté d'association, la Cour réitère, dans un arrêt récent, que celle-ci est « un droit fondamental dans une société démocratique et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société »²¹. En ce qui concerne enfin l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la Convention, la Cour affirme dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* que le droit à des élections libres « est un principe caractéristique d'un régime politique véritablement démocratique »²².

Les développements présentés ci-dessus nous permettent d'affirmer qu'il existe une forte relation d'interdépendance entre démocratie et droits fondamentaux : d'une part, ces derniers constituent la base de toute société démocratique et conditionnent son fonctionnement ; d'autre part, la démocratie permet d'assurer une protection effective des droits fondamentaux par la mise en place d'un cadre institutionnel adéquat²³.

La deuxième partie de la présente étude examinera comment cette relation de complémentarité entre démocratie et droits fondamentaux influence l'interprétation de ces derniers. Un système démocratique ne se limite pas en effet à reconnaître d'une manière inconditionnelle les droits de l'homme mais détermine également leur contenu, leur forme, leur dimension et leur limites. Ceci résulte notamment du fait que le concept de société démocratique a été érigé par la Cour strasbourgeoise en principe général d'interprétation des droits fondamentaux²⁴.

²⁰ CourEDH, *Lingens c. Autriche*, par. 42, note 13.

²¹ CourEDH, 5 mars 2009, *Barraco c. France*, req. n°31684/05.

²² CourEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n°9267/81, Série A, n° 113.

²³ Cette interdépendance, ainsi conçue, reflète l'idée exprimée par Habermas de *co-originalité* de la démocratie et des droits fondamentaux. Selon lui, l'autonomie politique et l'autonomie privée des citoyens se conditionnent mutuellement et dépendent réciproquement l'une de l'autre. D'une part, l'exercice par les citoyens de leurs droits politiques exige que soient respectés leurs droits individuels (droits fondamentaux), d'autre part, la source de ces droits fondamentaux réside dans la volonté législative des citoyens d'adopter de tels droits. Habermas développe cette théorie à partir de l'idée d'*autolégislation par les citoyens* (*Selbstgesetzgebung von Bürgern*) laquelle requiert « que ceux qui sont soumis au droit en tant que destinataires se pensent aussi comme auteurs du droit » (Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 139). Il conçoit le principe démocratique comme le cœur d'un système des droits. Selon lui, « la genèse logique de ces droits forme un *processus circulaire* dans lequel le code du droit et le mécanisme destiné à produire le droit légitime, donc le principe démocratique, se constituent *co-originaires* » (HABERMAS, *op.cit.*, p. 138).

²⁴ Frédéric SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », in Frédéric SUDRE, dir., *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 115.

III. Rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation des droits fondamentaux

La présente partie aura pour but de développer la problématique ci-dessus explorée en présentant la place et la fonction du concept de société démocratique dans la théorie d'interprétation de la Convention.

A. Concept de société démocratique dans la théorie générale d'interprétation de la CEDH

Comme nous l'avons signalé dans l'introduction, il est d'usage de distinguer dans la théorie d'interprétation de la CEDH les règles, les méthodes et les principes d'interprétation²⁵. Les règles d'interprétation sont énoncées par l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne, CV)²⁶. Aux termes de cette disposition, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité (interprétation *littérale*) dans leur contexte (l'interprétation *systématique*) et à la lumière de son objet et de son but (interprétation *téléologique*). Les méthodes d'interprétation sont décrites comme des directives non visées par la Convention de Vienne mais que les juridictions appliquent néanmoins²⁷. On parle notamment de l'interprétation *autonome* de certaines notions conventionnelles, *étroite* de restrictions aux droits garantis, *évolutive*, *dynamique*, *comparative*, *constructive*, voire *finaliste*²⁸ d'une disposition²⁹.

²⁵ JACOT-GUILLERMOD, Règles, op.cit., note 4, p. 41.

²⁶ JACOT-GUILLERMOD, Règles, op.cit., note 4, p. 42.

²⁷ François OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme. L'esprit plutôt que la lettre ? », in Jean-François PERRIN, dir., *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 1989, p. 103.

²⁸ JACOT-GUILLERMOD, Règles, op.cit., note 4, p. 49; voir également : SUDRE, « L'interprétation dynamique », sur l'interprétation dynamique, finaliste et évolutive, op.cit., note 6; Edouard DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 74/2008, p. 385, sur l'interprétation constructive; Franz MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in Frédéric SUDRE, dir., *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.18, sur l'interprétation évolutive, autonome, comparative.

²⁹ Il convient de noter que la distinction entre règles d'interprétation et méthodes d'interprétation n'est pas strictement respectée par la doctrine, et que les auteurs mélangent souvent les contenus de deux notions, pour ne citer qu'à titre d'exemple DUBOUT, op.cit., note 28, pour qui l'interprétation téléologique équivaut à l'interprétation constructive, p. 385; OST, Directives, op.cit., note 27, qui inclut la méthode téléologique dans les directives

Quant aux principes d'interprétation enfin, ils doivent être compris comme « tantôt affirmation de principes, tantôt qualification matérielle ou procédurale d'importance, tantôt enfin simples *obiter dicta* révélateurs (...) de certains traits originaux de l'œuvre d'interprétation »³⁰. Il s'agit par exemple du principe de subsidiarité du mécanisme de contrôle de la Cour de Strasbourg, du principe de non-application par la Cour du droit interne, du principe de la « prééminence du droit », et enfin du principe de « société démocratique »³¹, notion centrale de notre étude.

B. Fonction du concept de société démocratique dans l'interprétation

La place du concept de société démocratique dans la théorie générale d'interprétation illustrée, il convient de se demander quelle est sa fonction dans l'interprétation des droits fondamentaux. Les développements qui suivent auront pour but de présenter le rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation téléologique de la CEDH et les conséquences qui en découlent.

1. Concept de société démocratique et l'interprétation téléologique de la CEDH

Autonome, consensuelle, comparative, dynamique, évolutive, les techniques d'interprétation pratiquées par le juge strasbourgeois pour déceler le véritable sens d'une disposition de la Convention sont variées et il est impossible et superflu de les exposer toutes³². Il convient toutefois de remarquer qu'aucune de ces techniques n'est jamais pratiquée seule, et s'accompagne toujours d'une démarche téléologique³³ qui, elle, mérite d'être analysée étant donnée le lien qui l'uni avec le concept de société démocratique.

d'interprétation, p. 101. Par ailleurs, certains auteurs prétendent que l'art. 31 CV n'énonce pas seulement des règles d'interprétation mais « mêle les moyens permettant l'interprétation (le texte, le contexte et les circonstances) et les manières d'envisager ces moyens, c'est à dire les méthodes», voir SOREL, *op.cit.*, note 3, p. 1295. L'importance de distinction ne paraît pas avoir une pertinence pratique de taille. En conséquence, pour la commodité de l'exposé, nous nous rallierons à la majorité des auteurs et adopterons une nomenclature simplifiée englobant les règles de l'interprétation sous la notion de méthodes d'interprétation.

³⁰ JACOT-GUILLERMOD, *Règles*, *op.cit.*, note 4, p. 53.

³¹ Pour une énumération complète des principes d'interprétation, voir JACOT-GUILLERMOD, *Règles*, *op.cit.*, note 4, p. 53.

³² Pour une description de ces méthodes d'interprétation, voir les ouvrages précités (note 28).

³³ Véronique FABRE-ALIBERT, « La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 35/1998, p. 468.

a) Interprétation téléologique

Dans son acception classique, l'interprétation téléologique consiste à attribuer un sens à une norme en fonction de l'objectif que celle-ci vise à atteindre³⁴. Qualifiée parfois aussi de constructive³⁵ ou de finaliste³⁶, l'interprétation téléologique pratiquée par la Cour de Strasbourg est empreinte d'une spécificité propre à l'interprétation en droit international public car, outre chercher la signification d'une norme en fonction de sa finalité, elle se soucie également de lui donner un sens conforme à l'objectif même de la Convention. La Cour se base en effet dans son œuvre interprétatif sur l'art. 31 CV selon lequel « un traité doit être interprété (...) à la lumière de son objet et de son but »³⁷. Certains auteurs prétendent toutefois qu'il est plus approprié dans ce cas de parler de la méthode « téléaxiologique »³⁸ que de la méthode téléologique. La « téléaxiologie » serait le terme adéquat pour désigner la méthode interprétative qui prend en considération, lors de la recherche du sens à attribuer à une disposition, l'objet et le but du système d'ensemble dans lequel cette disposition s'inscrit³⁹.

La Cour a affirmée sa volonté de privilégier l'interprétation téléologique ou téléaxiologique de la Convention déjà en 1968 dans l'arrêt *Wemhoff* en observant qu'« il y a lieu de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but à réaliser l'objet [du] traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties »⁴⁰. Elle s'était référée directement à la Convention de Vienne dans l'arrêt *Golder* rendu en 1975 en décrétant que lors d'interprétation il y a lieu de s'inspirer des articles 31 à 33 CV qui incarnent les règles de droit international communément admises et, à ce titre, entrent en ligne de compte pour l'interprétation de la Convention⁴¹. La Cour tâche donc, lors de l'interprétation des dispositions de la CEDH, à conférer à ces dernières une signification conforme au but même de cet « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »⁴².

³⁴ Dans le même sens voir MATSCHER, op.cit., note 28, p.19.

³⁵ DUBOUT, op.cit., note 28, p. 385.

³⁶ SUDRE, L'interprétation dynamique, op.cit., note 6.

³⁷ SUDRE, L'interprétation dynamique, op.cit., note 6.

³⁸ DUBOUT, op.cit., note 28, p. 386.

³⁹ DUBOUT, op.cit., note 28, p. 386 qui cite R. KOLB, note 18.

⁴⁰ CourEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, req. n° 2122/64, Série A, n° 7, par. 8 (en droit).

⁴¹ CourEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, Série A, n° 18, § 29. Sur le but de préambule voir, par exemple: Pierre LAMBERT, « Marge nationale d'interprétation et contrôle de proportionnalité », in Frédéric SUDRE, dir., *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 85 et s.

⁴² CourEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, req. n°15318/89, Série A, n° 310, par. 75.

b) Concept de société démocratique en tant que finalité de la CEDH

Afin de pointer le but de la Convention, la Cour se réfère en premier lieu à son Préambule qui, comme elle a observé dans l'arrêt *Golder*, « offre (...) une grande utilité pour la détermination de l'objet et du but d'un [traité] »⁴³. Cette démarche s'inscrit également dans la teneur de l'art. 31 al. 2 CV aux termes duquel, le Préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte d'interprétation.

Selon le Préambule à la Convention, le maintien des libertés fondamentales repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique. C'est sur la base de cette affirmation que la Cour a observé dans l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* du 7 décembre 1976 que l'interprétation des droits et libertés énumérés dans la Convention devait se concilier avec l'esprit général de celle-ci, à savoir « sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »⁴⁴. Le but recherché par la Cour lors de l'interprétation téléologique d'une disposition de la Convention consiste donc à trouver une signification conforme aux principes d'une société démocratique⁴⁵.

2. Double rôle du concept de société démocratique dans l'interprétation et ses implications

La tâche ainsi impartie au juge strasbourgeois d'interpréter les droits fondamentaux conformément au concept de société démocratique évoque plusieurs commentaires. Selon la définition présentée dans le premier chapitre, la démocratie repose sur les libertés fondamentales dont la reconnaissance est nécessaire pour garantir le pluralisme et la tolérance dans une société. Le rôle premier du concept de société démocratique dans l'interprétation est donc de promouvoir les droits et libertés fondamentales, ce qui suppose d'appliquer une méthode évolutive et extensive de leur interprétation⁴⁶. Le concept de société démocratique sert toutefois non seulement la promotion des droits fondamentaux mais peut également être invoqué afin d'en justifier des limitations, notamment sur la base du paragraphe 2 des articles 8 à 11 CEDH. Ces observations font apparaître le paradoxe de la relation entre les droits fondamentaux et démocratie : cette dernière peut être invoquée aussi bien pour protéger les droits fondamentaux que pour les restreindre. C'est au

⁴³ CourEDH, *Golder*, note 41, par. 34.

⁴⁴ CourEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n°5095/71, 5920/72, 5926/72, Série A 23, par. 53. CourEDH, *Ždanoka II*, note 8, par. 98.

⁴⁵ SUDRE, L'interprétation dynamique, op.cit., note 6 ; SUDRE, Les recours, op.cit., note 24, p. 115.

⁴⁶ Pour ne citer à titre d'exemple que le fameux arrêt *Golder*, note 41.

second point de cette conclusion que s'intéresse notre étude. La question sera toutefois abordée uniquement dans le contexte particulier des transformations démocratiques dans les EECO. Les affaires relatives à cette problématique présentent une spécificité dans la mesure où les restrictions des libertés individuelles y contestées ont été motivées par la nécessité de protéger l'ordre démocratique de l'Etat en question. Quant à la théorie générale relative au concept de société démocratique et restrictions des droits fondamentaux, elle a été largement exploitée par la doctrine⁴⁷ et est dorénavant bien connue.

IV. Concept de société démocratique et interprétation téléologique restrictive des droits fondamentaux

La démocratie requiert, certes, la reconnaissance des droits de l'homme mais leur limitation est également inhérente à ce système car elle permet d'en garantir la continuité. Les institutions démocratiques doivent pouvoir se défendre contre l'usage abusif des droits et libertés qu'elles reconnaissent et protègent⁴⁸. Ainsi, les discours antidémocratiques ne trouveront pas de protection sous l'égide de la liberté d'expression dans une société démocratique, les partis liberticides ne pourront pas invoquer la liberté d'association afin d'être reconnus sur la scène politique, le droit d'éligibilité, enfin, sera refusé aux candidats aux élections qui prèchent un régime totalitaire.

Aussi simple qu'elle puisse paraître en théorie, cette problématique est complexe en pratique. Limiter l'exercice des droits fondamentaux au motif de protéger la démocratie suppose en effet de trouver un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de société démocratique et le respect des droits individuels⁴⁹. Si cet

⁴⁷ Voir par exemple: PETTITI/DECAUX/IMBERT, op.cit., note 4, p. 324-351, 361-364, 385-418, 428-435, 1018-1020.

⁴⁸ Michel DE SALVIA, « La défense des institutions démocratiques et les limites de la tolérance à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Annuaire international des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, Vol II, p. 93 ; Gregory FOX, « The human right of anti-democratic actors », in *Annuaire international des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, Vol II, p. 366.

⁴⁹ DE SALVIA, op.cit., note 48, p. 94 ; dans le même sens, CourEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, req. n°5029/71, Série A 28, par. 59.

équilibre est bouleversé, la mesure limitant l'exercice des droits fondamentaux risque d'avoir pour effet « de détruire la démocratie au motif de la défendre »⁵⁰.

Le problème des restrictions des droits fondamentaux au motif de la nécessité de défendre la démocratie est devenu d'actualité jurisprudentielle depuis les années quatre-vingt dix avec les transformations politiques dans les EECO. Le processus de transition d'un régime totalitaire vers une démocratie suppose en effet non seulement l'établissement d'un Etat de droit, respectueux des droits de l'homme et de la diversité, mais exige également de prendre des mesures visant à empêcher la restauration d'un régime totalitaire. Des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux peuvent donc s'avérer nécessaires dans une société en transition, afin d'enraciner la démocratie nouvellement conquise et d'empêcher les adeptes des régimes dictatoriaux de restaurer un système autoritaire par l'usage abusif des droits que la démocratie leur reconnaît. Ces restrictions doivent toutefois être conformes aux standards démocratiques et ne pas aller au delà de ce qui est nécessaire pour défendre la démocratie nouvellement établie.

Deux types d'affaires relatives à cette problématique ont retenu notre attention. Il s'agit d'une part des affaires portant sur les lois de lustration, adoptées par les EECO dans le but de limiter l'accès au pouvoir de citoyens qui ont collaborés avec les services de sécurité communistes et, d'autre part, des affaires ayant trait aux restrictions de la liberté d'expression et d'association.

A. Concept de société démocratique et lustration

1. Généralités

Après la chute du régime communiste, certains EECO ont considéré qu'il était judicieux, dans le but de protéger la démocratie nouvellement établie, d'introduire dans leurs ordres juridiques des dispositions restreignant le droit d'éligibilité de certaines catégories de personnes. Appelées lois de lustration⁵¹, ces actes visaient à écarter de la vie politique des citoyens qui, après le recouvrement d'indépendance par les Etats en question, continuaient de prouver, consciemment et librement, leur attachement au régime totalitaire. Constitutives d'une restriction considérable des droits individuels, ces lois ont fait l'objet de contestations devant la Cour. L'exemple de la Lettonie permet d'illustrer la complexité de la question.

⁵⁰ CourEDH, *Klass*, note 49, par. 49.

⁵¹ Voir la Résolution n° 1069 (1996) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires.

2. Restrictions au droit à des élections libres en Lettonie

En 1995, après un processus mouvementé de recouvrement d'indépendance⁵², la Lettonie a adopté une loi de lustration précisant les modalités des élections législatives. Celle-ci interdisait aux personnes ayant activement et librement participé aux activités du Parti communiste de Lettonie (PCL) après le recouvrement d'indépendance par cet Etat de se porter candidat aux élections législatives. Restreignant considérablement le droit d'éligibilité, cette loi a été contestée devant la Cour⁵³.

Affaire Ždanoka

L'affaire a été introduite par Mme Ždanoka, citoyenne lettonne, qui, devenue adhérente du PCL en 1971, en est restée membre actif jusque septembre 1991, date de sa dissolution. Déclarée inéligible en application de la loi de lustration, elle ne pouvait participer aux élections parlementaires ayant eu lieu en Lettonie en 1998. Devant la Cour, elle a invoqué la violation de l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH. Par l'arrêt de la Chambre⁵⁴ (ci-après *Ždanoka I*), la Cour a conclu à la violation de cette disposition. Tout en reconnaissant que la mesure d'inéligibilité prise à l'encontre de Mme Ždanoka poursuivait des buts légitimes, (protection de l'ordre démocratique letton), elle a observé que, illimitée dans le temps, cette restriction ne pouvait être considérée comme conforme à l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH. Le gouvernement letton a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, qui, par l'arrêt du 16 mars 2006 (ci-après *Ždanoka II*), a adopté une solution inverse, concluant à l'absence de violation de l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH.

Le problème principal auquel la Cour était confrontée dans l'affaire *Ždanoka I* et *II* était celui de l'interprétation de l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la Convention. Libellé en des termes généraux⁵⁵, cette disposition ne prévoit pas expressément de limitations à l'exercice du droit qu'elle garantit. Bien que la Cour ait constaté dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*⁵⁶, que l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH n'était pas abso-

⁵² Pour le contexte historique voir arrêt *Ždanoka II*, note 8, § 12-29.

⁵³ La loi lettonne sur les élections législatives a également été contestée devant la Cour constitutionnelle lettone, voir l'arrêt du 30 août 2000.

⁵⁴ CourEDH, 17 juin 2004, *Ždanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00.

⁵⁵ Aux termes de l'art. 3 Protocole 1^{er} CEDH : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* ».

⁵⁶ CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, note 22.

lu et qu'il souffrait de *limitations implicites*, les règles d'interprétation et d'application de ces dernières demeuraient imprécises⁵⁷: alors que dans certains arrêts la Cour considérait que les restrictions du droit à des élections libres devaient s'analyser par analogie aux critères énoncés au paragraphe 2 des articles 8 à 11 CEDH⁵⁸, dans d'autres décisions, elle penchait en faveur d'une interprétation large, autorisant l'Etat à justifier des limitations par d'autres motifs que ceux énumérés aux articles 8 à 11⁵⁹.

Dans l'arrêt *Ždanoka II*, la Cour a procédé à une clarification des règles d'interprétation de cette disposition en retenant une conception des limitations implicites basée sur leur conformité au concept de société démocratique. Elle a rappelé que la démocratie représentait un élément fondamental de l'ordre juridique européen et que le but de la Convention était de promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique⁶⁰. Fixant ainsi le cadre de références de son raisonnement interprétatif, elle a mis l'accent sur le fait que l'art. 3 du Protocole 1^{er} était conçu en des termes généraux et très différents de la teneur des articles 8 à 11 CEDH⁶¹. Les limitations de ce droit ne devaient donc pas s'interpréter à la lumière de justifications exhaustivement énumérées à l'alinéa 2 des articles 8 à 11, mais selon des critères moins stricts⁶². La Cour a conclu qu'une restriction au droit à des élections libres pouvait se fonder également sur un but qui ne figurait pas dans la liste exhaustive de l'alinéa 2 des articles 8 à 11 CEDH, sous réserve que celui-ci fût compatible avec les objectifs généraux de la Convention, à savoir l'établissement et la sauvegarde d'un ordre démocratique⁶³. Ce raisonnement confirme ainsi la thèse selon laquelle par interprétation téléologique ou téléaxiologique la Cour vise à attribuer à la disposition interprétée une signification conforme à l'objectif de la Convention⁶⁴.

Quant à la solution retenue, la Cour admit que les circonstances particulières de l'espèce, invoquées par le gouvernement letton, telles que la participation active et volontaire de la requérante aux activités du PCL d'une part, et le caractère fragile de

⁵⁷ Dans le même sens: Florence JACQUEMOT, « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Ždanoka* », *Rev. trim. dr. h.*, 73/2007, pp. 197 et s.

⁵⁸ CourEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* [GC], req. n°74025/01, Recueil 2005-IX.

⁵⁹ CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, note 22.

⁶⁰ CourEDH, *Ždanoka II*, note 8, par. 98.

⁶¹ *Ibid.*, par. 115.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, par. 115 b, *in fine*.

⁶⁴ La Cour a confirmé les principes interprétatifs de l'art. 3 du Protocole 1^{er} CEDH dans l'arrêt *Adamsons c/. Lettonie*, similaire en faits à l'aff. *Ždanoka*, CourEDH, 1^{er} décembre 2008, req. n°3669/03.

la démocratie nouvellement rétablie en Lettonie d'autre part, justifiaient une restriction des droits électoraux de Mme Ždanoka.

B. Concept de société démocratique et liberté d'association et d'expression

1. Généralités

Notre seconde analyse jurisprudentielle sera consacrée aux affaires relatives à la liberté d'expression et d'association. Bien que la Cour ait affirmé dans l'arrêt *Lingens* que « le libre jeu du débat politique se trouvait au cœur même de la notion de société démocratique »⁶⁵, elle a observé dans l'affaire *Rafah Partisi et autres c. Turquie* que les libertés d'expression et d'association garanties par les articles 10 et 11 CEDH ne devaient priver les autorités d'un Etat du droit de protéger la démocratie lorsque celle-ci est mise en danger par les activités d'une association⁶⁶. Les restrictions à la liberté d'association et d'expression sont donc également inhérentes à la démocratie; elles permettent, au même titre que les limitations de droit d'éligibilité, d'en assurer la protection. Nombreux sont toutefois les litiges mettant en cause ces limitations.

2. Affaire Partidul Comunistilor Nepeceristi et Ungureanu c. Roumanie

Dans une affaire engagée à l'encontre de la Roumanie, il était question du rejet d'une demande d'enregistrement d'un parti politique, ci-après PCN⁶⁷, au motif que celui-ci projetait de restaurer un Etat fondé sur la doctrine communiste⁶⁸. Le PCN dénonçait une atteinte au droit à la liberté d'association garanti par l'art. 11 CEDH.

Contrairement à l'art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH, l'art. 11 de la Convention prévoit expressément des limitations à l'exercice du droit qu'il garantit. Ainsi, l'alinéa 2 de cette disposition précise que l'exercice de droit à la liberté de réunion et d'association « peut faire l'objet de restrictions qui (...) constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique (...) ». Le concept de société démocratique constitue donc également ici un principe de référence pour déterminer les restrictions admissibles aux libertés fondamentales. Son rôle est toutefois différent :

⁶⁵ CourEDH, *Lingens*, note 13, par. 42.

⁶⁶ CourEDH, 31 juillet 2001, *Rafah Partisi et autres c. Turquie*, req. n°41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

⁶⁷ CourEDH, 3 février 2005, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu c. Roumanie*, req. n°46626/99, Recueil 2005-I.

⁶⁸ CourEDH, *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu*, note 67, par. 11.

alors que dans l'arrêt *Ždanoka* il servait de cadre général d'interprétation d'une disposition lacunaire, en l'occurrence il intervient dans l'examen classique de proportionnalité que la Cour effectue face à des violations des articles 8 à 11 CEDH.

La question principale de l'arrêt était celle de savoir si le refus d'enregistrer le PCN comme parti politique au motif de la protection de la démocratie était une mesure nécessaire dans une société démocratique et partant, justifié. Il s'agissait donc de déterminer si le risque d'atteinte à la démocratie était raisonnablement proche et si les actes imputables au PCN démontraient que celui-ci prônait un concept de société incompatible avec les principes démocratiques⁶⁹. Sur la base d'un examen du statut du PCN, la Cour a conclu que tel n'était pas le cas étant donné que le PCN n'avait aucunement démontré de menace sérieuse et imminente pour la démocratie, et n'avait mené aucune action concrète pouvant s'interpréter comme une atteinte au nouveau système politique roumain. Elle a souligné qu'une formation politique ne pouvait être inquiétée pour le seul fait d'avoir critiqué l'ordre constitutionnel de son pays, et que cela constituerait une atteinte injustifiée à la liberté d'expression et d'association⁷⁰. Le refus d'enregistrer le PCN n'était donc pas compatible avec les exigences d'une société démocratique⁷¹.

La Cour a adopté un schéma de raisonnement similaire dans l'arrêt *Linkov c. République Tchèque*⁷² ainsi que dans l'affaire *Rekevényi c. Hongrie*⁷³. Dans cette dernière, elle a toutefois considéré que la mesure prise par le gouvernement (interdiction faite aux membres des services de police de se livrer à des activités politiques) était nécessaire pour protéger la démocratie hongroise (dépolitiser la police qui fût pendant longtemps au service du parti unique au pouvoir en Hongrie, afin que celle-ci ne soit plus considérée par les citoyens comme protectrice du régime totalitaire mais comme gardienne des institutions démocratiques). Ce dessein répondait, selon la Cour, à un besoin social impérieux d'enraciner la démocratie dans une société en développement⁷⁴.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 48.

⁷⁰ *Ibid.*, par. 52.

⁷¹ *Ibid.*, par. 58.

⁷² CourEDH, 7 décembre 2006, *Linkov c. République Tchèque*, req. n°10504/03, non publiée au Recueil, par. 40.

⁷³ CourEDH, 20 mai 1999, *Rekevényi c. Hongrie*, req. n°25390/94, Recueil 1999-III, par. 42.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 48.

V. Conclusion

Dans son opinion séparée, jointe à l'arrêt *Golder*⁷⁵, décision de principe en matière d'interprétation, le juge Sir Gerald Fitzmaurice souligne l'importance d'établir un système de références pour le processus d'interprétation⁷⁶. Il affirme qu'à défaut d'un tel système, il serait impossible de trancher entre plusieurs thèses interprétatives d'une disposition. Sur la base de considérations développées dans la présente étude, il est fondé d'affirmer que le concept de société démocratique constitue un tel système de références pour l'interprétation des droits fondamentaux par la Cour. Le rôle de ce concept, nous l'avons vu, est multiple. En tant que finalité de la Convention, il intervient dans l'interprétation téléologique des droits fondamentaux aussi bien extensive que restrictive. Il détermine le contenu, la forme, la dimension et les limites des droits de l'homme; il sert leur promotion. Il contribue à déterminer la signification des dispositions imprécises (art. 3 du Protocole 1^{er} à la CEDH) et intervient dans l'examen des restrictions des droits fondamentaux sous l'angle de leur nécessité.

De plus, par cette fonction de guide dans l'interprétation, le concept de société démocratique contribue non seulement à préciser le sens des dispositions de la Convention mais dévoile également ses propres caractéristiques à lui: il se révèle comme un système qui reconnaît les droits fondamentaux mais seulement dans une mesure qui lui permet de garantir sa continuité. Ceci est particulièrement visible dans les affaires relatives aux transformations démocratiques dans les EECO où la démocratie est invoquée pour justifier une interprétation restrictive des droits de l'homme. Il convient dès lors de se demander si, en réalité, le contentieux relatif aux restrictions des libertés fondamentales au motif de la nécessité de protéger la démocratie ne serait pas tout simplement un différend sur le conflit entre deux droits fondamentaux: un droit individuel et un droit fondamental à la démocratie? Mais nous laissons cette question ouverte, pour un autre colloque...

⁷⁵ CourEDH, *Golder*, note 41.

⁷⁶ CourEDH, *Golder*, note 41, opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice, par. 23.

LOÏC AZOULAI

Un nouveau téléologue

L'interprétation téléologique est une méthode qui considère qu'une disposition juridique ne prend sa signification que du rapport que ses termes entretiennent avec les objectifs du texte dans lequel elle s'inscrit : devant toute disposition, « *il y a lieu de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis* »¹. Dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, cette méthode d'interprétation a encore une autre signification, qui est de considérer que le texte soumis à interprétation est lui-même dépositaire d'un projet d'unité qu'il s'agit de rendre tangible et vivant : c'est ce que Miguel Poiars Maduro nomme « le raisonnement méta-téléologique de la Cour »². Selon ce type de raisonnement, « *chaque disposition du droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit* »³. En même temps qu'elle provoque de fréquentes montées en généralité vers des objectifs choisis des réglementations soumises à interprétation, la jurisprudence communautaire postule l'existence d'un « système juridique communautaire ».

Les spécialistes reconnaîtront sans peine dans cette reconstruction la conception classique qui envisage le droit de l'Union comme un ordre juridique autonome et souverain. Cette conception se fonde sur les formules bien connues de la Cour de justice : « *issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté* ». De « *la notion même de Communauté* », réalité institutionnelle mais surtout, ici, projet politique à-venir, les normes communautaires tirent à la fois leur forme de règles communes et leur force de règles obligatoires. Ordonné à un projet d'unification économique, juridique et politique de l'Europe, à une « grande idée d'ordre », le droit communautaire est entièrement

¹ CJUE, 17 octobre 1995, *Procédure pénale c/ Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, C-83/94, Rec. 1995, p. I-3231.

² M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies*, No 2, Vol 1, 2007 (<http://www.ejls.eu>).

³ CJUE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, 283/81, Rec. 1982, p. 3415.

« pétri de téléologie »⁴. L'intégration juridique est conçue comme un dispositif à deux niveaux : l'assomption d'un projet politique – la notion de Communauté économique – sert de fondement à l'intégration juridique, c'est-à-dire à la subsumption des droits nationaux sous l'ordre juridique communautaire.

Dans sa belle étude sur l'interprétation du droit européen⁵, Miguel Poiars Maduro reconnaît sa dette à l'égard de cette conception de l'intégration et de ses principaux promoteurs – appelons-les, par métaphore, les « téléologues canonisés » : Robert Lecourt, Riccardo Monaco, Pierre Pescatore, entre autres auteurs et acteurs importants de l'intégration. Mais, derrière ces formules de reconnaissance, ce qu'il défend est en réalité une nouvelle version de l'interprétation téléologique et de l'intégration. C'est ce que je me propose de montrer dans les lignes qui suivent.

Assurément, l'histoire du *Telos* juridique dans le processus d'intégration européenne reste à faire. Le privilège accordé aux méthodes dynamiques et téléologiques dans l'interprétation des textes européens a eu un sens historique : il s'agissait de créer, à partir d'un matériau textuel assez réduit et sujet à interprétations contradictoires, une unité objective de sens et de valeur, qui soit de nature à protéger le droit communautaire, « droit de l'intégration », contre les dangers d'un dédoublement ou d'une dissolution au sein des divers ordres juridiques nationaux. Le paradoxe est que cette objectivité a été construite à partir d'un point de vue particulier, celui de la Cour de justice. L'ordre juridique communautaire naît en réalité d'une objectivation du point de vue porté par la Cour sur les obligations internationales contractées par les Etats membres, qu'elle choisit de lire comme une « *limitation définitive de leurs droits souverains* ». En « constitutionnalisant » le traité instituant la Communauté européenne, elle a cherché en réalité à soustraire les normes qui en émanent et les textes qui en dérivent aux aléas des contraintes liées aux mécanismes nationaux de réception, aux risques de nouvelles négociations politiques et à toutes les complications bureaucratiques que des textes étrangers sont susceptibles de rencontrer quand ils pénètrent la sphère nationale. Son travail fut donc un travail de « clôture » de l'ordre juridique communautaire, qui soit de nature à enchaîner l'ensemble des dispositions de droit communautaire aux objectifs de l'intégration, afin d'éviter tout risque de dispersion, d'éviction, de désintégration. Les modes d'interprétation téléologiques ne sont donc que des moyens prati-

⁴ En ce sens, P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea Ganshof Van der Meersch*, Vol II, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1972, pp. 325 et s.

⁵ M. POIARES MADURO, « Interpreting European Law », op.cit., note 2. L'étude a été traduite en français sur le site de la Cour de cassation française (<http://www.courdecassation.fr>).

ques destinées à prévenir les brèches qui peuvent s'ouvrir lors de la mise en œuvre démultipliée du droit communautaire.

Cette méthode serait parfaitement efficace si la signification des termes et des objectifs des textes de droit européen pouvait être fixée à l'avance, de manière définitive, et s'imposer d'elle-même, par la force de l'évidence. Or, il y a, dans l'espace juridique européen, deux facteurs qui menacent constamment l'intégrité des interprétations produites par la Cour de justice : l'incomplétude et le polycentrisme. Le droit européen, comme le droit international, est pauvre en ressources d'expression propres, et qui énonce ses règles en empruntant aux langues et aux systèmes juridiques différents auxquels il s'adresse⁶. En outre, il s'adresse à une pluralité d'acteurs très hétérogènes, poursuivant leurs stratégies dans le cadre des ordres de références particuliers auxquels ils se rattachent. Il s'ensuit d'abord qu'il génère une multitude de traductions fautives⁷ ou de transcriptions incorrectes⁸. Mais de là aussi un besoin constant de reformulation. Dans toute communauté linguistique, il existe des processus de « traduction interne », qui consiste pour une communauté de locuteurs à reformuler sans cesse les mots de la langue commune pour en vérifier et pour en assurer le sens. De même, dans l'espace juridique européen, le sens des concepts et les catégories du droit européen doit être en permanence reformulé pour, en quelque sorte, fixer l'interprétation qu'en font les organes d'application nationaux, habilités à dire le droit. Ce besoin de reformulation a pu être satisfait par le mécanisme du renvoi préjudiciel tel qu'il fut mis en œuvre par ses acteurs. La coopération efficace entre les juges nationaux et le juge européen a permis de créer un processus de centralisation et d'authentification du « sens communautaire » des normes européennes, la Cour de justice s'instaurant dès lors en interprète authentique du droit européen.

Concrètement, le travail de reformulation passe toujours par trois techniques interprétatives. D'abord, la technique dite de « l'interprétation utile » du droit européen est celle par laquelle la Cour de justice s'octroie le droit de spécifier les conditions de qualification de la situation en cause devant le juge national, c'est-à-dire les

⁶ Voir déjà, en ce sens, P. REUTER, « Principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol 3, 1961 II, p. 435.

⁷ Qu'il s'agisse de traduction du droit européen dans le droit national (CJUE, 12 juillet 1979, *Marianne Koschniske, épouse Wörsdorfer, c/ Raad van Arbeid*, 9/79, Rec. 1979, p. 2717) ou de traduction entre les différentes versions du droit européen lui-même (CJUE, 3 avril 2008, *Endendijk*, C-187/07, Rec. 2008, p. I-2115).

⁸ Voir, sur cette question, l'étude de J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, LGDJ, 2007. A la p. 751, il donne l'exemple du terme de « consommateur », dont la définition communautaire diffère de celle habituellement retenue dans les droits des Etats membres de l'Union.

conditions d'application concrète de la règle européenne. Technique si poussée qu'il peut arriver à la Cour d'étendre ainsi le contenu de la demande d'interprétation formulée par le juge national, voire même d'étendre son propre champ de compétence au-delà des compétences octroyées à l'Union européenne. Au centre de l'œuvre interprétative de la Cour se trouve « l'interprétation autonome » des dispositions de droit européen. D'après cette technique, « *les termes d'une disposition du droit communautaire (...) doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par le réglementation en cause* »⁹. Interprétation autonome signifie donc, d'une part, que le juge européen s'estime libre de toute référence aux interprétations nationales et, d'autre part, qu'il convient de chercher dans les objectifs de l'acte et dans les principes de base de l'Union des éléments d'indication de la signification de la disposition en cause. L'interprétation autonome est une modalité de l'interprétation téléologique. Enfin, la dernière technique a pour objet spécifique de maintenir les autorités nationales dans l'intimité du cadre et des objectifs de l'intégration : c'est « l'interprétation conforme », par laquelle la Cour de justice crée, à la charge de ces autorités, une obligation d'interpréter et d'appliquer les dispositions nationales conformément aux exigences du droit européen, y compris lorsqu'il n'existe pas de texte national exprès d'application du droit européen et même si le droit national applicable paraît contraire à celui-ci¹⁰.

Tout cet arsenal technique est lié à une certaine représentation de l'intégration, ainsi qu'à un contexte politique favorable à cette représentation. Convenons de l'appeler « représentation dualiste de l'intégration » : elle décrit en effet la réalité de deux espèces d'ordres juridiques, l'un supranational et l'autre national, se revendiquant comme également autonomes, cohérents et souverains, mais qui sont de fait en situation de proximité et d'interdépendance, et entre lesquels il convient de rechercher constamment des compromis. Cette représentation suppose qu'il existe un principe qui commande aux organes nationaux de se comporter en « organes communautaires » pour les besoins de l'intégration. Mais, en l'absence de hiérarchie instituée entre organes européens et organes nationaux, ce principe ne peut résider que dans une forme d'autorité conférant aux organes nationaux des raisons d'agir conformément aux objectifs de l'intégration qui se substituent à leurs propres raisons découlant des contraintes de leur ordre constitutionnel. Ce dispositif ne

⁹ CJUE, 18 janvier 1984, *Ekro BV Vee- en Vleeshandel c/ Produktschap voor Vee en Vlees*, 327/82, Rec. 1984, p. 107.

¹⁰ CJUE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135 ; CJUE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer et al. c/ Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, C-397 à 403/01, Rec. 2004, p. I-8835.

tient qu'à la condition que les acteurs nationaux adhèrent aux raisons « européennes » d'agir. Il faut assumer l'existence d'un « choix » des acteurs en faveur de l'intégration¹¹. De fait, la sociologie européenne a pu montrer que pareil engagement a eu une réalité sociale et non seulement théorique. S'est progressivement constituée, en Europe, une communauté transnationale d'acteurs juridiques, véhiculant une culture commune et constituant un champ relativement autonome¹². Mais, que cet engagement faiblisse ou se trouve altéré, dans le contexte d'une crise de la représentation de l'intégration, et toute la construction est mise en péril. C'est dans la perte des raisons de croire à l'intégration « communautaire » que se trouve le fondement profond de la recomposition actuelle du processus d'intégration autour, notamment, d'une nouvelle téléologie.

Cette nouvelle téléologie, Miguel Poaires Maduro l'inscrit dans un cadre « pluraliste ». Il n'est pas seul à travailler à cette recomposition. Les auteurs engagés dans cette démarche se rejoignent au moins sur trois points. C'est d'abord l'idée que le modèle communautaire des rapports de systèmes, qui consiste à soumettre les situations juridiques nationales à une exigence d'absolue conformité aux règles européennes, doit évoluer ; il conviendrait de lui substituer un modèle plus respectueux des règles fondamentales des ordres juridiques nationaux. Comme les ordres juridiques ne sont plus considérés comme concurrents mais plutôt comme « imbriqués », une conciliation entre les normes appartenant à ces différents ordres n'est plus exclue : elle revêt la forme de « conflits constitutionnels », des normes fondamentales d'origines différentes sont mises en balance et « pondérées » suivant des techniques de résolution présentées comme non-hiérarchiques. La règle de la primauté des normes européennes perd alors sa raison d'être¹³ ; elle est repoussée au profit d'une méthode de conciliation fondée sur le caractère « raisonnable » des appréciations portées par les différentes parties en conflit¹⁴. Le second point concerne la nécessité de « pluraliser » le sens du droit européen, c'est-à-dire d'intégrer dans ses définitions des éléments de droit étranger (droit national ou international) et des formes de discours non-juridiques, auxquels serait reconnue une autorité propre. Miguel Poaires Maduro peut ainsi écrire, dans son étude, que « *l'approche comparative la plus appropriée dans le contexte du pluralisme constitutionnel ne doit pas seulement concevoir le droit national comme une source*

¹¹ Voir G. ITZCOVICH, *Teoria e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli editore, 2006.

¹² Voir A. VAUCHEZ, « Droit et politique », in C. BELOT, P. MAGNETTE & S. SAURUGGER, dir., *Science politique de l'Union européenne*, Paris, Economica, 2008.

¹³ Voir D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, No 4, 2009.

¹⁴ CJUE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Republik Österreich*, C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659.

d'inspiration, elle doit aussi lui reconnaître une autorité particulière ». Le dernier point consiste à envisager une substantialisation des principes fondamentaux sur lesquels est fondé l'ordre juridique européen, de telle sorte que ceux-ci soient aptes à former une communauté de valeurs dans laquelle peuvent se reconnaître aussi bien les autorités européennes que les plus hautes instances nationales. Le pluralisme rend nécessaire l'hypothèse d'une communauté de valeurs supra-juridiques qui permettent d'ordonner et d'échanger les interprétations. Il génère un « nouveau principe de légitimation », de nature axiologique : le pluralisme est « ordonné », en ce sens qu'il repose sur la croyance en l'existence d'un ensemble de valeurs supérieures et de droits fondamentaux¹⁵.

Cette mutation théorique a naturellement vocation à se réaliser sur le plan technique, à travers la création de nouvelles règles d'interprétation. Attachées à clarifier les conditions de possibilité d'un nouveau cadre d'interprétation et à en justifier la pertinence, les études sur le pluralisme ont encore peu développé ces aspects techniques. Mais la pratique anticipe parfois la théorie qui permet pourtant de la thématiser. Ainsi trouve-t-on, dans les techniques d'interprétation de la Cour, des éléments qui correspondent déjà à l'idée du pluralisme. Voici trois règles interprétatives qu'il est loisible de les faire figurer en face des canons de la téléologie classique.

S'il y a une règle d'interprétation utile, qui « maximalise » le sens communautaire, il y a aussi désormais une règle d'interprétation « minimale ». En ce sens, la Cour a développé une doctrine de l'abstention qui consiste, dans certains cas mettant en cause des exigences nationales de nature constitutionnelle, à s'abstenir de fournir une interprétation complète de la règle communautaire de telle sorte que le juge national conserve la possibilité de définir les conditions d'application de cette règle en fonction des spécificités essentielles de l'ordre constitutionnel national. Un exemple en a été donné récemment par l'affaire *UGT-Rioja* concernant l'octroi d'une mesure d'aide régionale par la communauté autonome basque en Espagne. Dans cette affaire, la Cour reconnaît que, pour interpréter le droit communautaire des aides d'État, il doit être tenu compte « de l'autonomie institutionnelle, procédurale et économique » dont jouit l'autorité nationale en cause, la communauté autonome basque. Et c'est au juge national qu'il convient de vérifier si pareille autonomie existe en l'espèce suivant les critères posés par le seul droit national¹⁶.

¹⁵ P. BRUNET, « L'articulation des normes (analyse critique du pluralisme ordonné) », in J.-B. AUBY e.a., dir., *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, à paraître 2010.

¹⁶ CJUE, 11 septembre 2008, *UGT-Rioja e.a.*, C-428/06 à C-434/06, Rec. 2008, p. I-6747. De la même façon, dans l'arrêt *Placanica*, la Cour fait référence aux particularités d'ordre moral, religieux et culturel qui entourent les jeux de hasard pour justifier et évaluer le pouvoir

Sans doute l'interprétation autonome demeure-t-elle essentielle. Mais voici qu'est apparue récemment une règle d'interprétation « hétéronome » : elle consiste à reconnaître que, dans l'application de la règle européenne, l'interprétation nationale de la règle doit être prise en considération. Ainsi, dans son arrêt *Omega*, la Cour accepte d'incorporer à son analyse d'une violation des règles communautaires relative aux libertés de circulation l'interprétation du droit à la dignité humaine, telle qu'elle a été dégagée par le juge constitutionnel allemand¹⁷ et « *selon la conception qu'il se fait de la protection due à ce principe sur son territoire, compte tenu des particularités nationales* »¹⁸. Cette interprétation repose sur une doctrine de la conciliation qui consiste, d'une part, à mettre en balance des exigences opposées provenant d'ordres juridiques concurrents et, d'autre part, à admettre que des autorités nationales sont parfois mieux placées pour résoudre les conflits d'interprétation relatifs au droit européen.

Enfin, si l'interprétation conforme du droit national est la règle, il est possible de déceler des cas étonnants d'interprétation du droit européen conforme aux valeurs du droit national. C'est ainsi que la Cour a élaboré une doctrine de la délégation qui confère aux autorités nationales le pouvoir d'interpréter non seulement le droit national mais également la réglementation communautaire dans un sens conforme aux exigences des valeurs fondamentales du droit national. Dans l'arrêt *Parlement/Conseil* concernant l'application de la directive sur le droit au regroupement familial des ressortissants des pays tiers à l'Union européenne, elle juge que « *si la directive laisse aux Etats membres une marge d'appréciation, celle-ci est suffisamment large pour leur permettre d'appliquer les règles de la directive dans un sens conforme aux exigences découlant de la protection des droits fondamentaux* »¹⁹.

Où est la téléologie dans ces différentes approches ? Elle n'est plus, assurément, dans des interprétations fondées sur les objectifs du Marché commun. Elle est ailleurs : dans ce que Miguel Poiaras Maduro appelle « un cadre herméneutique », qui n'est rien d'autre qu'une expérience de présupposés partagés, reposant en dernière instance sur un socle de valeurs communes. Le problème est que ce cadre, comme

d'appréciation des autorités nationales dans ce domaine (CJUE, 6 mars 2007, *Procédures pénales contre Massimiliano Placanica et al.*, C-338/04, Rec. 2007, p. I-1891).

¹⁷ CJUE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609.

¹⁸ Conclusions de l'Avocat général Poiaras Maduro dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, Rec. 2008, p. I-9999.

¹⁹ CJUE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, point 104. Voir dans le même sens, CJUE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Bodil Lindqvist*, C-101/01, Rec. 2003, p. I-12971.

tout champ herméneutique, est « en lui-même brisé » comme aimait à le rappeler Paul Ricœur. Car, si tout dépend d'interprétations communes, il n'existe nulle part de méta-règle d'interprétation unifiante. Dans un espace fragmenté, chaque autorité souveraine est maître de la signification qu'elle donne aux valeurs communes. C'est pourquoi il faut bien postuler l'existence d'une épreuve particulière d'universalisation des décisions adoptées par les juridictions nationales : l'universalisation « *par référence* » à l'ordre européen entendu « *comme un tout* ». Telle est la solution retenue par Miguel Poiares Maduro. Elle se comprend de deux manières différentes.

D'une part, elle se comprend comme une défense renouvelée de la doctrine exprimée par la Cour dans son fameux arrêt *CILFIT*²⁰. Selon cette doctrine, toute juridiction suprême de l'Etat est libre d'interpréter une disposition de droit européen s'il n'y a pas de doute raisonnable sur le résultat de l'interprétation. Toutefois, pour éviter tout risque de porter atteinte à l'uniformité d'application et à l'intégrité du droit européen, il y a lieu pour le juge national de s'assurer que la même interprétation serait fournie par les juridictions des autres Etats membres et par le juge européen sur la base de leur propre lecture du droit européen. Cette doctrine vise classiquement à créer une centralisation du sens des règles communautaires. Ici, sa portée est relevée : elle vise à assurer la production d'idéalisations de sens puisées dans les valeurs communes. Autrement dit, cette conception reconnaît implicitement un privilège à la Cour de justice dans l'interprétation des normes européennes, non plus en tant que juge unique du Marché commun mais plutôt en tant qu'interprète privilégié des valeurs communes et universelles. La légitimité de l'intégration juridique n'est plus dans l'adhésion au projet politique de l'unité économique, mais dans l'autorité d'une juridiction veillant sur la préservation des valeurs. La nouvelle téléologie a une visée éthique.

D'autre part, il y a l'idée que le système de l'Union et les systèmes nationaux forment un « tout cohérent »²¹. L'intégration résulte de l'inclusion dans un ordre global des fins hétérogènes produites par les différents systèmes qui peuplent le plan de l'intégration. De ce point de vue, le processus d'intégration cesse d'être fragmenté entre des ordres juridiques séparés par des cloisons étanches, il s'agit d'un ordre composé de régimes spéciaux, portant des objectifs distincts et parfois contradictoires, mais entre lesquels il est possible de rechercher un équilibre. Une telle conception justifie en même temps l'existence d'un arbitre garant d'une bonne économie des fins : c'est le rôle du juge de l'intégration, la Cour de justice. Mais

²⁰ CJUE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, note 3.

²¹ Idée centrale dans la théorie du fédéralisme : Voir O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 191-192.

comment justifier un rôle aussi dominant pour l'un des acteurs d'un seul tout ? La justification formulée par Miguel Poiaras Maduro dans ses écrits est de nature démocratique : le droit européen revêt une fonction *corrective* des processus de décision nationaux enfermés dans des cadres de représentation nécessairement exclusifs et limités; il introduit dans les systèmes nationaux, qui sont considérés comme des parties du tout, des principes d'ouverture qui les forcent à coexister ; il incite les autorités nationales d'application du droit à tenir compte, dans leurs appréciations, des intérêts qui ne sont pas représentés dans les législations nationales, ceux qui proviennent ou sont établis dans d'autres Etats membres. La légitimité de l'intégration repose donc entièrement sur la défense d'intérêts communs représentés par l'ordre juridique européen et transcrits par son juge. D'où procèdent ces intérêts ? En l'absence de volonté populaire auquel les imputer, il faut bien supposer qu'ils émanent d'« *une idée d'œuvre commune* » qui se manifeste dans les traités fondateurs²². La nouvelle téléologie a des accents théologiques.

Cette nouvelle interprétation de l'interprétation téléologique du droit européen est l'horizon sous lequel il faut désormais placer les études européennes. Son importance tient à ce qu'elle illustre et parvient à synthétiser un ensemble d'opérations intellectuelles et de représentations qui s'articulaient difficilement ou demeuraient latentes et cachées. Mais, de même que toute théologie appelle la création d'une théologie négative, il se pourrait que la nouvelle téléologie de l'intégration nécessite la création d'une téléologie négative. La nouvelle téléologie consiste essentiellement en un mode positif de résolution des conflits entre systèmes, de nature non-hiérarchique : les systèmes « communiquent ». Les différentes exigences sectorielles qui composent l'ordre juridique de l'Union doivent être conciliées, d'abord entre elles puis avec les exigences tirées des ordres juridiques internationaux et nationaux. Ce que suggère l'application concrète de ces méthodes de conciliation, c'est la nécessité d'y ajouter de nouveaux modes de résolution qui relèvent de l'équité. Il arrive en effet que la synthèse et la conciliation soient inaccessibles ou créent des résultats injustes. Ainsi, dans les affaires *Viking Line* et *Laval*, la Cour, souhaitant à tout prix réconcilier liberté économique protégée par le droit communautaire et droits sociaux protégés par les droits nationaux, omet de tenir compte d'une asymétrie entre la situation des entreprises et celle des travailleurs participant à une activité économique transnationale, au détriment de ces derniers²³. Il apparaît que

²² L'idée est déjà chez Pierre Pescatore qui l'emprunte sans doute à Maurice Hauriou (*Le droit de l'intégration*, Bruxelles, rééd. Bruylant, 2005, p. 41).

²³CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, Rec. 2007, p. I-10779 ; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767.

de tels cas exigent des solutions d'équité, qui corrigent l'opération de conciliation des valeurs par la prise en considération de situations individuelles particulièrement défavorisées²⁴. Mais cela suppose d'admettre des raisonnements « par révision » qui conduisent à revenir, dans des cas particuliers, sur les conséquences qui découlent d'un cadre d'analyse générale préétabli. La téléologie négative a aussi ses règles d'interprétation qu'il faudrait essayer de découvrir et de formaliser. Le travail des nouveaux téléologues ne fait que commencer.

²⁴ Voir en ce sens notre étude : « The Court of Justice and the Social Market Economy : The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *Common Market Law Review*, No 5, Vol 45, October 2008, p. 1335.

ELEONOR KLEBER GALLEGO

Inégalités dans l'égalité : comparaisons croisées des jurisprudences de la CJUE et de la Cour EDH sur trois critères de discrimination

I. Introduction

Au niveau européen, chacune dans son domaine de compétences, la Cour de justice des Communautés européennes (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) sont amenées à se prononcer sur le principe de l'interdiction des discriminations. En raison de textes à la base peu prolixes sur la question, le travail d'interprétation de ces cours a été particulièrement important et abondant. Comment dans ce contexte garantir une cohérence qui permette à tout un chacun de prédire l'issue d'un litige en matière de discrimination? A notre sens, la prévisibilité de la règle, exigence fondamentale de la sécurité juridique, exige des Cours européennes qu'elles observent une grande rigueur dans leurs approches respectives, mais également entre elles. Entre elles car, s'il est vrai que chaque ordre juridique a sa propre compréhension du principe d'égalité¹ et que la CJUE et la CourEDH ne sont pas appelées à jouer le même rôle, il n'en demeure pas moins que de plus en plus de domaines couverts par la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) le sont aussi par le droit européen.

Comparer l'interprétation donnée au principe de l'interdiction des discriminations par la CJUE et par la CourEDH conduit à comparer les différences de jurisprudence entre les critères de discrimination. Les variations de jurisprudence de la CJUE lorsqu'est en cause une discrimination fondée sur le sexe ou sur la nationalité et la distinction entre critères « suspects » et « non suspects » développée par la CourEDH dans le cadre de l'art. 14 CEDH suffisent à s'en convaincre.

Quelles sont les conséquences de ces jurisprudences? Certains critères sont-ils mieux protégés que d'autres, autrement dit, existe-t-il une hiérarchie des critères

¹ Remy HERNU, « La convergence des jurisprudences - le juge communautaire », in Frédéric SUDRE/Hélène SURREL, dir., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 233-242.

de discrimination ? Est-elle identique pour les deux Cours ? Les Cours justifient-elles ces différences ?

Nous avons choisi ici de comparer les jurisprudences des Cours européennes concernant trois critères de discrimination seulement : le sexe, l'orientation sexuelle et le handicap. Le sexe est un critère de discrimination incontournable du droit européen, puisqu'il est le premier, avec celui de la nationalité, à avoir été interdit. L'orientation sexuelle est, quant à elle, un critère de discrimination parfois assimilé à celui du sexe, mais le plus souvent distingué de ce dernier, d'où notre intérêt à en traiter parallèlement. Enfin, il nous a paru intéressant de nous pencher sur un motif de discrimination encore peu développé dans la jurisprudence et qui soulève des questions particulièrement délicates au regard de la mise en œuvre concrète : le handicap.

Ce qui suit constitue donc l'ébauche d'un travail de plus longue haleine. Pour mieux comprendre et expliquer les différences rencontrées, l'analyse devrait évidemment être étendue aux autres critères de discrimination, tels que la « race » bien sûr, mais aussi l'âge, la religion ou la nationalité.

Pour l'heure et avant d'examiner les jurisprudences des deux Cours sur les trois critères de discrimination choisis, rappelons brièvement quelques notions générales et le raisonnement de principe de chaque Cour face à une allégation de discrimination.

II. Principe d'égalité et interdiction des discriminations en droit communautaire

A. Notion

Les Traités communautaires ne consacrent pas un droit général à l'égalité². Bien plutôt, ils contiennent des interdictions de discriminations dans certains domaines et concernant certains critères³. Pour la CJUE cependant, les interdictions de discrimination inscrites dans le droit européen sont des « expressions spécifiques » du

² Voir cependant l'art. 6 nouveau TUE.

³ Denis MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 18-33.

principe général d'égalité, principe fondamental du droit européen⁴. Les deux notions sont donc enchevêtrées et assimilées dans la jurisprudence de la CJUE⁵.

Malgré cette reconnaissance par la CJUE de l'aspect fondamental du principe d'égalité, les seuls critères de discrimination prohibés par le droit européen furent pendant longtemps la nationalité et le sexe. Le droit européen antidiscriminatoire a cependant connu un nouvel essor avec l'entrée en vigueur de l'art. 13 TCE en 1998 et l'adoption de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive 2000/43) et de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78)⁶.

Les nouvelles directives laissent perplexes. Pourquoi des directives différentes, avec d'un côté, la race et l'origine ethnique et de l'autre la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle ? Les champs d'application de ces textes, les exceptions et aménagements prévus diffèrent suivant le critère de discrimination en cause. Comme l'ont démontré L. Waddington et M. Bell, ces différences conduisent à une hiérarchie des critères, certains jouissant d'une meilleure protection que d'autres⁷. Les directives sont muettes sur la justification de cette hiérarchie qui, issue des textes mêmes, aura nécessairement une influence sur les futurs développements jurisprudentiels en matière de discrimination.

Les directives 2000/43 et 2000/78 ont cependant des traits communs, tels que des définitions identiques de la discrimination directe ou indirecte⁸. Ces définitions sont en partie dérivées de la jurisprudence de la CJUE développée dans les cas de discriminations fondées sur le sexe⁹, aussi nous faut-il revenir dans un premier temps à celle-ci.

⁴ CJUE, 19 octobre 1977, *Albert Ruckdeschel & autres c/ Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, 117-76 et 16-77, Rec. 1977, p. 175, point 7.

⁵ Denis MARTIN, op.cit., note 3, pp. 18-33 ; Samantha BESSON, « Gender Discrimination under EU and ECHR Law : Never shall the Twain Meet? », *Human Rights Law Review*, No 4, Vol 8, 2008, pp. 647-682.

⁶ JO 2000 L 180/303.

⁷ Lisa WADDINGTON/Mark BELL, « More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives », *Common Market Law Review*, No 3, Vol 38, 2001, pp. 587-611 et Lisa WADDINGTON/Mark BELL, « Reflecting on Inequalities in European Equality Law », *European Law Review*, No 3, Vol 28, 2003, pp. 349-369.

⁸ Art. 1 de chaque directive.

⁹ Dagmar SCHIEK, « A new Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? », *European Law Journal*, No 2, Vol 8, 2002, pp. 290-314.

B. Lignes directrices d'interprétation de la CJUE

Pour la CJUE, le principe d'égalité exige que des situations semblables soient traitées de manière semblable et que des situations différentes soient traitées de manière différente. Le principe d'égalité est violé lorsque la différence constatée n'est pas objectivement justifiée¹⁰.

Le raisonnement de la CJUE face à une allégation de discrimination peut se résumer, de manière très générale, en un test en trois ou quatre étapes, selon que l'on subdivise le constat d'un traitement différent et l'examen du critère de discrimination¹¹. La première consiste à déterminer si les situations sont comparables¹². Dans la deuxième étape, on cherche à savoir d'une part s'il y a effectivement eu une différence de traitement en l'espèce -ou une absence de règles différentes face à des situations différentes¹³- et d'autre part si celle-ci est fondée sur un critère de discrimination prohibé. Les mesures directement et indirectement discriminatoires sont interdites¹⁴.

La dernière étape du raisonnement, soit l'examen de la justification objective à la différence de traitement constatée, seul moyen de rendre celle-ci acceptable¹⁵, n'a lieu qu'en cas de discrimination indirecte si le critère utilisé est le sexe. Cette approche est reprise dans la directive 2000/43 et, dans une certaine mesure, dans la directive 2000/78¹⁶.

De manière générale, une justification objective est apportée lorsque « les mesures choisies sont appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport au but visé »¹⁷. Précisons toutefois que la compréhension de la CJUE de ce qu'est une justification objective diffère selon le critère de discrimination en cause¹⁸.

¹⁰ CJUE, *Ruckdeschel*, note 4.

¹¹ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 529 ; Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 661.

¹² Denis MARTIN, *Ibid.*, p. 50.

¹³ Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 661.

¹⁴ CJUE, 12 février 1974, *Giovanni Maria Sotgiu c/ Deutsche Bundespost*, 152-73, Rec. 1974, p. 153.

¹⁵ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 50 et pp. 529 et s.

¹⁶ Voir *infra*.

¹⁷ Remy HERNU, op.cit., note 1, p. 239.

¹⁸ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 551 ; Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 667.

III. Interdiction des discriminations par l'article 14 CEDH

A. Notion

L'art. 14 CEDH ne consacre pas un principe d'égalité, mais seulement une interdiction des discriminations, qui plus est limitée « à la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention »¹⁹.

Pour comprendre le fonctionnement de l'art. 14 CEDH, certains adjectifs sont incontournables : non exhaustif, non indépendant mais autonome, subsidiaire. Le caractère non exhaustif de l'art. 14 CEDH ressort du libellé de la disposition de par l'adjonction du « notamment » et a permis la condamnation par la CourEDH de discriminations fondées sur les critères les plus variés²⁰.

L'absence d'indépendance de l'art. 14 CEDH, qui ressort également du texte de la disposition, a pour conséquence que la CourEDH n'examine l'allégation de discrimination que si les faits du litige tombent « sous l'empire d'un des droits reconnus par la Convention »²¹. La CourEDH a beaucoup assoupli au fil des années cette exigence²², mais de vastes domaines restent hors de sa compétence²³.

L'application de l'art. 14 CEDH ne présuppose pas, par contre, que le droit en marge duquel la discrimination est invoquée fût violé²⁴. En cela, l'art. 14 CEDH est autonome. Il s'applique en outre également aux lois et mesures nationales qui vont dans la garantie des droits au-delà des prescriptions de la Convention²⁵.

¹⁹ Stephen LIVINGSTONE, « Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, No 1, Vol 2, 1997, pp. 25-34. Dans cet article, nous faisons abstraction du Protocole 12 (STCE n°177), celui-ci n'étant encore que peu ratifié.

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ Robert WINTEMUTE, « "Within the Ambit" : How Big is the "Gap" in Article 14 European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, No 4, Vol 9, 2004, pp. 366-382.

²² Michel HOTTELIER, « De l'absence d'autonomie à l'indépendance: histoire et évolution de l'article 14 CEDH », in Andreas AUER/Jean-Daniel DELLEY/Michel HOTTELIER/Giorgio MALINVERNI, dir., *Aux Confins du droit, essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 245-264.

²³ Robert WINTEMUTE, *op.cit.*, note 21, p. 370.

²⁴ Stephen LIVINGSTONE, *op.cit.*, note 19, p. 26.

²⁵ Lucius WILDHABER, « Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights - A second-Class Guarantee ? », *Baltic Yearbook of international law*, Vol 2, 2002, pp. 71-82.

Enfin, l'art. 14 CEDH est subsidiaire, la CourEDH n'examinant pas la requête sous l'angle de la discrimination si une violation du droit substantiel invoqué a déjà été constatée, à moins « qu'une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige »²⁶. Cette règle n'est pas toujours appliquée avec rigueur et il arrive à la CourEDH, en raison de la nature de l'affaire, d'examiner simultanément l'allégation de discrimination et celle d'une violation d'un droit de la Convention²⁷.

B. Lignes directrices d'interprétation de la CourEDH

La CourEDH n'a pas défini l'égalité de traitement, mais a dégagé certains critères à appliquer pour déterminer si une différence de traitement est discriminatoire. Elle procède à ce « test de discrimination » avec plus ou moins de minutie²⁸.

Pour la CourEDH, « une distinction est discriminatoire, au sens de l'article 14, si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »²⁹.

Quoique non mentionnée dans cet extrait, la comparabilité des situations est bien le préalable essentiel au constat d'une discrimination³⁰. La CourEDH s'arrête sur cette étape dans certains de ses arrêts, mais cette question est le plus souvent relayée au stade de l'examen des justifications³¹.

S'il est constaté que les situations sont analogues et qu'il existe une différence de traitement³² -ou s'il est constaté une absence de différence entre des situations

²⁶ Voir par exemple, CourEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n° 45, par. 67.

²⁷ Lucius WILDHABER, op.cit., note 25, p. 77.

²⁸ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 228.

²⁹ CourEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Série A n°6, par. 10.

³⁰ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 260 ; Janneke GERARDS, « The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights », in Jan NIESEN/Isabelle CHOPIN, dir., *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 3-60.

³¹ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 260 ; Stephen LIVINGSTONE, op.cit., note 19, p. 30 ; Janneke GERARDS, op.cit., note 30, p. 16.

³² Sur le degré de preuve exigé par la CourEDH, voir Olivier DE SCHUTTER, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law-Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, Bruxelles, Commission Européenne, 2005, pp. 17-19.

différentes³³-, l'Etat peut encore se défendre en démontrant que la mesure poursuit un objectif légitime et est raisonnable. La CourEDH admet les buts les plus variés³⁴ et c'est donc plutôt sur la relation de proportionnalité que se focalise son examen³⁵. A ce stade, la question de « l'intensité » du test que la Cour doit pratiquer va se poser³⁶. Logiquement, une appréciation stricte conduira dans la majorité des cas à estimer que la distinction n'est pas justifiable, tandis qu'un examen plus souple admettra l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité³⁷.

Dès le premier cas où elle a eu à se prononcer sur l'art. 14 CEDH, la CourEDH a tenu à affirmer le caractère subsidiaire de la protection offerte par la Convention. Pour elle, les autorités nationales sont mieux placées que les juridictions internationales pour décider du caractère approprié d'une mesure et « jouissent donc, en la matière, d'une marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique »³⁸.

Ces précautions tendent nettement en faveur d'un contrôle souple de la proportionnalité, presque limité à l'arbitraire³⁹.

Cependant, lorsque sont en cause des discriminations fondées sur certains motifs, la CourEDH exige « des raisons très sérieuses » pour justifier que l'on opère une distinction sur leur base. Il existe donc pour la CourEDH des critères plus « suspects » que d'autres, sans qu'il n'existe à cet égard de liste définitive⁴⁰.

L'exigence de raisons très sérieuses semble appeler un contrôle strict de la proportionnalité ; la mesure devrait être nécessaire et être l'unique moyen d'atteindre le but visé pour qu'elle soit jugée compatible avec l'interdiction des discriminations⁴¹. Dans certains cas pourtant, la CourEDH continue à reconnaître une large marge d'appréciation aux Etats même lorsque le critère de discrimination est un critère « suspect »⁴².

³³ Voir CourEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, req. n°34369/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV

³⁴ Janneke GERARDS, op.cit., note 30, p. 30.

³⁵ *Ibid.*, p. 15.

³⁶ Stephen LIVINGSTONE, op.cit., note 19, p. 32.

³⁷ Janneke GERARDS, « Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases », *Netherlands International Law Review*, No 2, Vol 51, 2004, pp. 135-183.

³⁸ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 244.

³⁹ *Ibid.*, p. 544.

⁴⁰ Olivier DE SCHUTTER, op.cit., note 32, p. 15.

⁴¹ Janneke GERARDS, op.cit., note 37, p. 141.

⁴² Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 276.

IV. Sexe, orientation sexuelle et handicap : comparaison des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH

A. Critère de discrimination : le sexe

L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe joue un rôle tout à fait particulier dans la jurisprudence communautaire. En effet, le « test de discrimination » développé par la CJUE l'a été largement en relation avec ce motif. Nous ne pouvons ici que survoler la matière et nous renvoyons pour un approfondissement sur cette question à S. Besson⁴³.

1. Situations comparables et traitement différent

Cette étape est cruciale dans le raisonnement de la CJUE en matière de discriminations fondées sur le sexe⁴⁴. En cas de discrimination directe avérée fondée sur ce motif, cela sera même l'unique étape du raisonnement de la Cour, cette dernière n'admettant pas de justification à une telle discrimination⁴⁵.

Face à une discrimination indirecte, le raisonnement de la CJUE semble être moins centré sur l'examen de la comparabilité des situations que sur l'existence d'une différence de traitement⁴⁶ : la partie requérante doit prouver que la mesure en cause a un impact sur « un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes »⁴⁷. Cette exigence élevée a rendu le constat d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe plus difficile que celui d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité⁴⁸.

Les directives 2000/43 et 2000/78 n'exigent plus de la victime d'une discrimination indirecte qu'elle prouve qu'un nombre sensiblement plus élevé des membres de son groupe est affecté par la mesure attaquée⁴⁹. Cherchant à se calquer sur le texte de ces directives, mais sans y parvenir totalement, la plus récente directive en

⁴³ Samantha BESSON, op.cit., note 5.

⁴⁴ Denis MARTIN, op.cit., note 3, pp. 151-153.

⁴⁵ Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 667.

⁴⁶ Remy HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 330.

⁴⁷ Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 669.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 662.

⁴⁹ Art. 2 de chaque directive. Voir Denis MARTIN, op.cit., note 3, pp. 209-210.

matière de discriminations fondées sur le sexe⁵⁰ prévoit qu'une discrimination indirecte est une mesure qui désavantage particulièrement des personnes d'un sexe par rapport aux personnes de l'autre sexe⁵¹. Les conséquences de ce changement de formulation restent à observer.

Comme il a été dit plus haut, la comparaison des situations n'est pas une partie du « test de discrimination » à laquelle se livre volontiers la CourEDH. Cela est aussi vrai pour les cas de discriminations fondées sur le sexe⁵².

Quant à l'existence d'un traitement moins favorable, la CourEDH estime qu'en soi les statistiques ne sont pas suffisantes pour prouver une pratique discriminatoire, mais elle reconnaît qu'un traitement moins favorable peut résulter tant de la loi que d'une situation de fait⁵³, auquel cas les statistiques pourront venir à l'appui de la requête.

2. Justifications

Pour la CJUE, une discrimination indirecte fondée sur le sexe est justifiée lorsque les moyens choisis « répondent à un besoin véritable, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi et sont nécessaires à cet effet »⁵⁴. Malgré cet énoncé strict, la Cour estime que les Etats membres jouissent d'une large marge d'appréciation lorsque sont en cause des mesures poursuivant un but de politique sociale⁵⁵, rendant ainsi plus facile pour ces derniers de justifier la disposition attaquée au regard de l'égalité entre hommes et femmes.

Justifier une discrimination fondée sur le sexe devant la CourEDH pourrait sembler à priori plus difficile que devant la CJUE puisque la première exige, depuis l'arrêt *Abdulaziz*⁵⁶, des raisons très fortes pour opérer une distinction sur la base du sexe des individus. Néanmoins, en lisant la jurisprudence de la CourEDH rendue en la matière, on s'aperçoit premièrement que la légitimité du but avancé par le gouver-

⁵⁰ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JO 2006 L 204/23.

⁵¹ Les directives 2000/43 et 2000/78 parlent de mesures *susceptibles* d'entraîner un désavantage particulier et non de mesures qui *désavantagent* particulièrement.

⁵² Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 664.

⁵³ CourEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, req. n°17209/02, par. 75-78.

⁵⁴ CJUE, 13 mai 1986, *Bilka - Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz*, 170/84, Rec. 1986, p. 1607, point 36.

⁵⁵ Denis MARTIN, op.cit., note 3, p. 162. Voir pour un exemple, CJUE, 9 septembre 2003, *Katharina Rinke c/ Ärztekammer Hamburg*, C-25/02, Rec. 2003, p. I-8349, point 39.

⁵⁶ CourEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n°9214/80; 9473/81; 9474/81, série A n°94, par. 78.

nement est facilement admise et deuxièmement que l'examen de la proportionnalité n'est pas nécessairement plus strict que dans un autre contexte, la fameuse marge d'appréciation des Etats ne disparaissant, ni n'étant forcément plus étroite⁵⁷. De plus, tant les discriminations directes qu'indirectes sont susceptibles d'être justifiées⁵⁸.

3. Et la transsexualité ?

Est-ce que la transsexualité est un critère à part ou peut-elle être comprise dans la notion du sexe ou de l'orientation sexuelle ? Pour la CJUE, « de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé »⁵⁹ et doivent donc être jugées de la même manière qu'une discrimination fondée sur le sexe.

Dans l'arrêt K.B, la CJUE jugea qu'opérer des distinctions entre couples mariés et non mariés n'était pas discriminatoire, ces choix relevant de la législation nationale⁶⁰. Par contre, elle estima qu'une personne ayant opéré un changement de sexe doit pouvoir selon les mêmes modalités qu'une autre personne remplir les conditions nécessaires à l'octroi des avantages couverts par l'art. 141 TCE, soit en l'espèce avoir été mariée pour bénéficier d'une pension de veuf⁶¹.

La CourEDH reconnaît depuis 2002 que le refus d'accorder une reconnaissance légale au nouveau statut de la personne qui a opéré un changement de sexe constitue une atteinte à sa vie privée et à son droit au mariage⁶².

Par ailleurs, l'arrêt Van Kück semble indiquer que la conversion sexuelle relève de l'orientation sexuelle pour la CourEDH⁶³, mais comme la requête ne fut pas exami-

⁵⁷ Voir, par exemple, CourEDH, 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et 65900/01, par. 52 ; CourEDH, 17 juin 2003, *Asnar c. France*, req. n°57030/00, par. 28 ; CourEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n°156/1996/775/976, Recueil 1998-I, par. 38.

⁵⁸ Denis MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous influence ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol 69, janvier 2007, pp. 107-134 ; Samantha BESSON, op.cit., note 5, p. 667.

⁵⁹ CJUE, 30 avril 1996, *P c/ S et Cornwall County Council*, C-13/94, Rec. 1996, p. I-2143, point 21.

⁶⁰ CJUE, 10 juin 2003, *K.B c/ National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for health*, C-117-01, Rec. 2004, p. I-541, point 28.

⁶¹ *Ibid.*, par. 34-36. Confirmé dans l'arrêt de la CJUE du 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c/ Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04, Rec. 2006, p. I-3585

⁶² CourEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, Recueil des arrêts et des décisions 2002-VI, par. 97 et s.

⁶³ CourEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n°35968/97, Recueil des arrêts et décisions 2003-VII, par. 90. Voir plus récemment : CourEDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, req. n°29002/06.

née sous l'angle de l'art. 14 CEDH, nous ne pouvons pas conclure que la Cour EDH appliquerait un raisonnement identique face à une telle discrimination à celui qu'elle applique dans les cas de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

B. Critères de discrimination : l'orientation sexuelle

1. Situations comparables et traitement différent

Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ne sont interdites par le droit européen que depuis l'entrée en vigueur fin 2003 de la directive 2000/78⁶⁴. Avant cela, la position développée par la CJUE dans l'arrêt *Grant*⁶⁵ rendait illusoire toute contestation d'une mesure discriminatoire à l'égard des homosexuels.

La Cour considéra en effet qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'était pas assimilable à une discrimination fondée sur le sexe⁶⁶. Le droit communautaire n'interdisant pas spécifiquement ce type de discrimination, la Cour jugea que le comportement de l'employeur de Mme Grant n'était pas contraire au droit européen. Comme l'ont fait remarquer certains auteurs, vu que le principe d'égalité est un principe général du droit communautaire, la CJUE aurait pu examiner l'affaire sous cet angle⁶⁷. Mais, même dans cette hypothèse, la Cour aurait probablement conclu à l'absence de discrimination, puisqu'elle estimait que les couples hétérosexuels et homosexuels ne pouvaient être assimilés en l'état actuel du droit⁶⁸. Les situations n'étant pas comparables, nul n'aurait pu être tenu de leur accorder un traitement identique.

Dans l'arrêt *D* et Suède, la CJUE jugea que le partenariat enregistré ne pouvait être assimilé au mariage⁶⁹ et que par conséquent des différences pouvaient être opérées entre ces institutions. Le fait que le mariage soit impossible pour les partenaires homosexuels ne retint pas son attention, alors qu'elle jugea deux ans plus tard que l'exclusion des personnes transsexuelles du mariage du fait de la non reconnaissance juridique de leur conversion sexuelle constitue une discrimination⁷⁰.

⁶⁴ Denis MARTIN, *op.cit.*, note 3, p. 582.

⁶⁵ CJUE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant c/ South-West Trains Ltd.*, C-249/96, Rec. 1998, p. I- 621.

⁶⁶ *Ibid.*, point 47.

⁶⁷ Denis MARTIN, *op.cit.*, note 3, pp. 179-183.

⁶⁸ Arrêt *Grant*, note 65, par. 29-35.

⁶⁹ CJUE, 31 mai 2001, *D, Royaume de Suède c/ Conseil de l'Union européenne*, C-122/99P et C-125/99 P, Rec. 2001, p. I-4319, points 36-40.

⁷⁰ CJUE, *K.B.*, note 60.

La directive 2000/78 met fin au débat de l'arrêt Grant en interdisant expressément les discriminations tant directes qu'indirectes de même que le harcèlement fondés sur l'orientation sexuelle, dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle, tout au moins⁷¹.

La CJUE a depuis eu à nouveau à se prononcer sur une différence de traitement entre partenaires de vie et couples mariés⁷². Cette fois, le refus d'octroi d'une pension de veuf au partenaire survivant constitue, pour la Cour, une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, si les autorités nationales estiment que les époux survivants et les partenaires de vie survivants sont dans une situation comparable⁷³. La CJUE ne donne pas plus d'indications sur la manière dont cette comparabilité devrait être établie. Elle précise par contre que, si le mariage peut être réservé aux couples hétérosexuels, les Etats membres doivent néanmoins veiller au respect du principe de non discrimination entre personnes mariées et partenaires de vie. Le problème réside dès lors dans le fait que les Etats membres n'ont pas l'obligation de créer une institution alternative au mariage⁷⁴.

Une fois de plus, force est de constater que la CourEDH ne procède en général pas à un examen approfondi de la comparabilité des situations et de l'existence d'une différence de traitement lorsqu'elle est confrontée à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁷⁵. Notons seulement que, pour la CourEDH, le mariage demeure une institution particulière, sur la base de laquelle des distinctions peuvent être opérées⁷⁶, même si elles se révèlent être discriminatoires du fait que le mariage n'est pas ouvert à tout couple.

2. Justifications

La CJUE n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur les justifications possibles aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. A la lecture de l'art. 2 par. 2 a et b de la directive 2000/78, il semble qu'une justification à une discrimination

⁷¹ Art. 1, 2 et 3 de la directive 2000/78.

⁷² CJUE, 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, Rec. 2008, p. I-1757.

⁷³ *Ibid.*, point 72.

⁷⁴ Olivier DE SCHUTTER, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States, Part I: Legal Analysis*, European Union Agency for fundamental rights, 2008, p. 55, disponible sur: http://fra.europa.eu/fraWebsite/products/publications/reports/pub_cr_homophobia_0608_en.htm (dernière visite le 20 juillet 2009).

⁷⁵ Voir par exemple, CourEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, req. n°33290/96, Recueil des arrêts et décisions 1999-IX.

⁷⁶ CourEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n°13378/05.

directe est impossible, comme en matière de discrimination fondée sur le sexe⁷⁷, tandis qu'une discrimination indirecte peut être justifiée si la mesure en cause vise un objectif légitime et qu'elle est appropriée et nécessaire pour réaliser cet objectif⁷⁸. Le par. 5 de l'art. 2 vient contredire cette lecture car il donne la possibilité aux Etats membres d'invoquer des exceptions « d'ordre public » pour justifier des mesures nationales contraires à la directive. Pareille réserve n'apparaît ni dans la directive 2000/43, ni dans les dernières directives européennes relatives à l'égalité entre hommes et femmes.

La CJUE n'a pas encore jugé la portée de ce paragraphe, mais il peut affaiblir la protection accordée aux personnes discriminées en raison de leur religion, leurs convictions, leur handicap, leur âge ou leur orientation sexuelle par rapport aux personnes discriminées en raison de leur race, leur origine ethnique ou leur sexe⁷⁹. Ce paragraphe pourrait par contre rapprocher les jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH, cette dernière admettant des justifications tant aux discriminations directes qu'indirectes.

La CourEDH pose la même exigence face à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle que lorsqu'elle est confrontée à une discrimination fondée sur le sexe : l'Etat doit avancer des « raisons particulièrement graves et convaincantes » pour justifier la différence de traitement⁸⁰. Cette exigence n'a toutefois pas toujours pour conséquence que la CourEDH se livre à un examen strict des justifications.

Dans l'arrêt *Fretté*, par exemple, la CourEDH fit découler de l'absence de consensus sur la question de l'adoption par des personnes homosexuelles au niveau européen le droit pour les Etats membres de déterminer leurs positions à cet égard et de prendre les mesures qu'ils jugeaient appropriées⁸¹.

Jusqu'à l'arrêt *Karner*⁸², la jurisprudence de la CourEDH reflète en réalité une approche où la marge d'appréciation des Etats⁸³ et l'existence de perceptions commu-

⁷⁷ Edouard DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE- La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 500.

⁷⁸ Art. 2 par. 2 a et b (i) de la directive 2000/78.

⁷⁹ Edouard DUBOUT, *op.cit.*, note 77, p. 505.

⁸⁰ Voir par exemple, CourEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n°43546/02, par. 85 ; CourEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c. Autriche*, req. n°39392/98 et 39829/98, Recueil des arrêts et décisions 2003-I, par. 45 ; CourEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n°40016/98, Recueil des arrêts et décisions 2003-IX, par. 37 et les arrêts cités. Dans ces deux derniers arrêts, la CourEDH assimile les discriminations fondées sur le sexe et celles fondées sur l'orientation sexuelle.

⁸¹ CourEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n°36515/97, Recueil des arrêts et décisions 2002-I, par. 32-35.

⁸² CourEDH, *Karner*, note 80.

nes entre ces derniers⁸⁴ ont plus d'impact sur son raisonnement que le critère de discrimination en cause. Dans l'arrêt Karner, la Cour expliqua les implications de l'exigence de raisons particulièrement fortes : lorsqu'est en cause une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (ou le sexe), la marge d'appréciation des Etats est étroite et le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit apte à atteindre le but visé, mais aussi nécessaire⁸⁵.

Les arrêts qui ont suivi Karner ne sont pas si nombreux qu'ils permettent de conclure que désormais la CourEDH se montre toujours stricte dans l'appréciation des justifications avancées par le gouvernement. L'arrêt E.B⁸⁶, où la Cour revint sur sa jurisprudence de l'arrêt Fretté, semble cependant confirmer que la CourEDH exige des raisons particulièrement convaincantes pour justifier une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle quelles que soient les circonstances. Les faits étaient très proches de ceux de l'affaire Fretté or la Cour ne fit pas mention d'un éventuel changement des perceptions des Etats membres sur le sujet de l'adoption par les personnes homosexuelles pour justifier son revirement de jurisprudence. Elle insista bien plutôt sur le fait qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne est une « distinction que l'on ne saurait tolérer d'après la Convention »⁸⁷.

C. Critère de discrimination : le handicap

1. Situations comparables et traitement différent

Le critère particulier prohibé ici, le handicap, soulève un problème de définition avant même de pouvoir parler de l'examen de l'existence d'une discrimination et de sa justification objective. En effet, la directive 2000/78 est muette sur le sens à donner à ce terme, or la notion est difficile à saisir et il n'existe pas de consensus sur les causes du handicap⁸⁸.

⁸³ Voir par exemple, CourEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne*, req. n°56501/00, Recueil des arrêts et décisions 2001-VI.

⁸⁴ Voir par exemple, CourEDH, *L. et V.*, note 80, par. 49-50.

⁸⁵ CourEDH, *Karner*, note 80, par. 32.

⁸⁶ CourEDH, *E.B.*, note 80.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 90.

⁸⁸ European Disability Forum, *Analyse de la directive européenne sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, 2001, disponible sur : <http://www.edf-feph.org> (dernière visite le 20 juillet 2009).

Dans l'arrêt *Chacón Navas*⁸⁹, la CJUE répondit au juge national que la maladie ne pouvait être comprise dans la notion du handicap. Elle retint une définition relativement étroite⁹⁰ du handicap et refusa de donner suite à la nuance proposée par l'avocat général qui plaidait pour inclure dans la notion les limitations de longue durée ou permanentes qui se manifestent au cours d'une maladie⁹¹. Elle refusa également de considérer que la maladie puisse être analysée comme un motif de discrimination prohibé par la directive 2000/78. Cette conclusion est logique au vu de l'exhaustivité des critères de discriminations de l'art. 13 TCE et par conséquent des directives qui le mettent en oeuvre, mais la Cour aurait pu accorder plus d'attention à la question de la compatibilité d'une discrimination fondée sur la maladie au regard du principe général d'égalité⁹².

Tout comme pour l'orientation sexuelle, les discriminations directes et indirectes, mais également le harcèlement fondés sur le handicap sont interdits. Les définitions sont identiques pour ces deux critères⁹³.

Dans l'arrêt *Coleman*⁹⁴, la CJUE a de plus jugé que la directive 2000/78 prohibe les comportements discriminatoires envers une personne parce que celle-ci a un proche handicapé⁹⁵. Cette reconnaissance de la discrimination par association n'a pour le moment pas été étendue par la Cour à des cas de discrimination indirecte ou à d'autres critères de discrimination.

La CourEDH, quant à elle, s'est montrée durant longtemps très précautionneuse avec les allégations de discrimination fondées sur un handicap. Le manque d'indépendance de l'art. 14 CEDH est flagrant dans ce domaine, la CourEDH aboutissant dans plusieurs jugements à la conclusion que la disposition invoquée par les requérants -l'art. 8 CEDH- est inapplicable, ce qui la conduit nécessairement à juger que l'art. 14 est également inapplicable⁹⁶.

⁸⁹ CJUE, 11 juillet 2006, *Sonia Chacón Navas c/ Euresst Colectividades SA*, C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467.

⁹⁰ *Ibid.*, points 43 et 45.

⁹¹ AG M.LA GEEHOELD, 16 mars 2006, *Sonia Chacón Navas c/ Euresst Colectividades SA*, C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467, points 77-80.

⁹² CJUE, *Chacón Navas*, note 89, point 56.

⁹³ Art. 1, 2 et 3 de la directive 2000/78.

⁹⁴ CJUE, 17 juillet 2008, *S. Coleman c/ Attridge Law, Steve Law*, C-303/06, non encore publié au Recueil.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 38 et 50. La directive 2000/78 s'applique « non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'art. 1^{er} de celle-ci ».

⁹⁶ CourEDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n°153/1996/772/973, Recueil 1998-I ; CourEDH, 14 mai 2002, *Zehmalova et Zehnal c. République tchèque*, req. n°38621/97, Recueil des

Dans d'autres arrêts, la Cour a soit refusé d'examiner l'affaire sous l'angle de la discrimination⁹⁷, soit a estimé qu'il n'y avait pas de discrimination. Ce fut le cas dans l'arrêt Vincent⁹⁸, qui échoua au stade de l'examen de la comparabilité. Dans cette affaire, M. Vincent se plaignait d'avoir dû passer plusieurs mois de détention dans un bâtiment où il ne pouvait circuler avec sa chaise roulante. La Cour jugea qu'il n'y avait là pas de discrimination puisque « il [apparaissait] que toute personne dans la même situation aurait rencontré les mêmes difficultés »⁹⁹. La Cour EDH commit ici selon nous une erreur identique à celle que la CJUE avait faite dans l'affaire Grant¹⁰⁰ : elle utilisa comme comparateur une personne qui souffrait de la même discrimination que le requérant, privant l'interdiction de discrimination de tout effet. Le traitement subi par M. Vincent fut par contre jugé contraire à l'interdiction de la torture¹⁰¹.

2. Justifications

La directive 2000/78 met sur un pied d'égalité le handicap et l'orientation sexuelle en tant que critères de discriminations. Comme le fait remarquer l'avocat général Geelhoed, « l'accès de plus en plus large à des possibilités raisonnables de compenser des handicaps ou d'en réduire les conséquences a pour corollaire de réduire le champ d'une justification acceptable d'une différence de traitement en raison du handicap »¹⁰². Le handicap serait donc, le lecteur nous passera l'expression, un critère « comme un autre ». La directive 2000/78 vient nuancer ce propos en prévoyant certaines règles spécifiques notamment concernant les justifications à une discrimination indirecte fondée sur ce motif. Ainsi, selon l'art. 2 par. 2 b ii, une discrimination indirecte sera justifiée lorsque l'employeur pourra démontrer que les aménagements nécessaires pour que la personne handicapée occupe son poste, imposés par l'art. 5 de la directive, sont disproportionnés¹⁰³.

arrêts et décisions 2002-V ; CourEDH, 11 avril 2006, *Molka c. Pologne*, req. n°56550/00; voir aussi CourEDH, 8 juillet 2003, *Sentges c. Pays-Bas*, req. n°27677/02.

⁹⁷ Voir par exemple, CourEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, req. n°5410/05.

⁹⁸ CourEDH, 24 octobre 2006, *Vincent c. France*, req. n° 6253/03.

⁹⁹ *Ibid.*, par. 145, nos italiques.

¹⁰⁰ CJUE, *Grant*, note 65, points 27-28. La Cour avait examiné s'il y avait une discrimination fondée sur le sexe en comparant les personnes homosexuelles de sexe féminin aux personnes homosexuelles de sexe masculin, soit deux groupes également visés par la réglementation en cause.

¹⁰¹ Voir aussi : CourEDH, 10 juillet 2001, *Price c. Royaume-Uni*, req. n° 33394/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-VII.

¹⁰² AG M.L.A GEEHOELD, note 91, par. 73.

¹⁰³ Denis MARTIN, op.cit., note 3, pp. 206-207.

Il y a peu, nous n'aurions pu parler d'examen des justifications des discriminations fondées sur le handicap devant la CourEDH, puisqu'elle n'y avait jamais procédé. Désormais, l'arrêt récent *Glor*¹⁰⁴ nous fournit certaines indications. D'une part, la CourEDH accorde à l'Etat partie une faible marge d'appréciation, justifiée par la nécessité de lutter contre la discrimination envers les personnes handicapées et l'existence d'un consensus européen à cet égard¹⁰⁵. D'autre part, la Cour opère un test de proportionnalité où la nécessité de la mesure est examinée avec soin¹⁰⁶. Sans négliger l'importance des circonstances de l'espèce, cette affaire laisse entrevoir, selon nous, une future jurisprudence où la Cour exigera explicitement des « raisons particulièrement convaincantes » pour qu'une discrimination fondée sur un handicap soit justifiée.

V. Conclusion

A moins que le principe d'interdiction des discriminations soit interprété de la même manière quels que soient le critère et le domaine en cause, son application conduit nécessairement à des classifications.

La seule lecture des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH ne nous permet toutefois pas d'affirmer qu'une Cour se montre toujours plus sévère que l'autre ou vice versa à l'égard d'un critère de discrimination en particulier.

Ceci tient à plusieurs facteurs. Premièrement, les Cours sont peu loquaces sur les raisons qui les conduisent à traiter différemment les allégations de discrimination suivant le critère en cause. Il est donc difficile d'estimer s'il existe une volonté de hiérarchiser les critères de discrimination. Deuxièmement, l'analyse des jurisprudences montre que les Cours n'appliquent pas toujours le même raisonnement face au même critère de discrimination. Ce manque de continuité, particulièrement frappant dans la jurisprudence de la CourEDH, rend périlleux le constat d'une éventuelle hiérarchie au sein d'une Cour et la comparaison entre les Cours.

Malgré cette cautèle, on peut affirmer que l'examen de la proportionnalité effectué par la CourEDH dépend largement du critère de discrimination qui est en cause¹⁰⁷ et que par conséquent la distinction entre critères « suspects » et « non suspects » a effectivement un impact sur le degré de protection accordé. Cependant, dans ce

¹⁰⁴ CourEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n°13444/04.

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 53 et 84.

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 94-95.

¹⁰⁷ Olivier DE SCHUTTER, op.cit., note 32, p. 14.

domaine, le caractère évolutif de l'interprétation donnée par la CourEDH est marqué et les critères « non suspects » ou « moyennement suspects » d'aujourd'hui seront peut-être demain les plus fortement répréhensibles.

En droit communautaire, les directives 2006/54 et 2000/78 sont venues atténuer les différences qui existaient entre le sexe et l'orientation sexuelle en interdisant les discriminations fondées sur celle-ci et en prévoyant un certain nombre de règles identiques. Mais les directives de 2000 créent de nouvelles ambiguïtés et prévoient des dispositions particulières pour certains critères de discrimination qui mènent à une hiérarchie entre ces derniers.

S'il peut être tout à fait légitime de ne pas traiter tous les critères de discrimination de la même manière car ils présentent des spécificités, il nous paraît moins justifiable que ces différences conduisent à une hiérarchie entre les critères, ce d'autant plus lorsque ni le législateur européen, ni la CJUE ou la CourEDH ne donnent d'arguments à ces inégalités dans l'égalité.

III^E PARTIE

LES DIFFICULTÉS CONCRÈTES DE L'INTERPRÉTATION EN DROIT EUROPÉEN

MARI VIRO MOSER

Interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique, en droit communautaire et dans le droit de l'OMC

I. Remarques introductives sur le statut du principe de précaution dans l'ordre juridique communautaire et dans le droit de l'OMC

Le principe de précaution a été introduit formellement dans le droit communautaire par le Traité de Maastricht (1992) à l'article 130R, actuel 174 par. 2 CE, qui énumère les principes directeurs de droit de l'environnement sans toutefois les définir. Par conséquent, les juges ont été rapidement amenés à préciser le contenu du principe et à encadrer sa mise en œuvre par la voie interprétative.

En effet, avant même l'intégration formelle du principe dans le Traité CE, la Cour de Justice s'était déjà prononcée dans des affaires impliquant ce principe sans toutefois s'y référer expressément¹. Par la suite, la portée du principe de précaution a été étendue dans des domaines autres que celui de la protection de l'environnement au sens strict². Le juge communautaire lui a ensuite reconnu la plus haute place dans la hiérarchie des normes communautaires en le qualifiant de principe général de droit³. C'est enfin une riche activité interprétative des instances judiciaires qui a permis d'esquisser le contenu et les conditions d'application du principe de précaution⁴. Selon une formule fréquemment utilisée: « *Lorsque des incertitudes scientifiques subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé humaine, les institutions communautaires peuvent, en vertu du principe de précaution, prendre*

¹ CJUE, 5 février 1981, *Officier van justitie c/ Koninklijke Kaasfabriek Eysen BV*, 53/80, Rec. 1981, p. 409 ; CJUE, 14 juillet 1983, *Procédure pénale c/ Sandoz BV*, 174/82, Rec. 1983, p. 2445.

² CJUE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, C-180/96, Rec. 1998, p. I-2265, point 100 ; CJUE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, C-157/96, Rec. 1998, p. I-2211, point 64.

³ Tribunal de Première instance (TPI), 26 novembre 2002, *Artogodan GmbH*, T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00, T-141/00, Rec. 2002, p. II-4945, point 184.

⁴ Alberto ALEMANNI, « The Shaping of the Precautionary Principle by European Courts: From Scientific Uncertainty to Legal Certainty », in L. CUOCOLO/L. LUPARIA, dir., *Valori Costituzionali e Politiche del Dritto*, Halley, Cahiers Européens, 2007, p. 11.

des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »⁵.

La Commission a, quant à elle, adopté, en février 2000, la Communication sur le recours au principe de précaution visant à informer toutes les parties intéressées sur la manière dont elle applique ou entend appliquer le principe⁶. Même si ce document n'a pas de valeur contraignante, les instances judiciaires s'en inspirent dans la mesure où elles admettent que cette communication reflète, sur certains aspects, l'état du droit relatif à l'interprétation du principe de précaution, tel qu'inscrit à l'article 174, par. 2, du Traité⁷.

Au niveau du droit dérivé, le Règlement 178/2002 du 28 janvier 2002 concernant les principes généraux de la législation alimentaire⁸ constitue le principal acte intégrant le principe de précaution. Ce règlement le place pour la première fois explicitement dans le contexte plus large de l'analyse de risque qui est à la base de la nouvelle législation alimentaire communautaire comprenant trois volets interconnectés: évaluation des risques, gestion des risques et communication sur les risques⁹.

Quant à la portée matérielle du principe de précaution, bien qu'il soit uniquement mentionné dans le traité en relation avec la politique de l'environnement, il a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des domaines d'action de la Communauté, ce qui confirme son rang de principe général de droit communautaire¹⁰. Le principe applique tant à l'égard des institutions communautaires qu'à l'égard des Etats membres lorsque ces derniers agissent dans le champ du droit communautaire¹¹.

⁵ CJUE, *Royaume-Uni c/ Commission*, note 2, point 99; CJUE, *National Farmers' Union*, note 2, point 63 ; TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA*, T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305, point 139.

⁶ Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (« *Communication* »), COM(2000) 1, p. 2, point 2.

⁷ TPI, *Pfizer*, note 5, point 123.

⁸ Art. 7 du Règlement (CE) n°178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, JO L 31 du 1.2.2002, pp. 1-24.

⁹ Règlement 178/2002, Préambule (17 et 21) et art. 3 ch. 10. Voir à ce sujet Alberto ALMANN, *Trade in Food, Regulatory and judicial approaches in the EC and the WTO*, Cambridge, Cameron May, 2007, pp. 123 et s.

¹⁰ TPI, *Artogodan*, note 3, point 183 ; TPI, *Pfizer*, note 5, point 114.

¹¹ Sur la question de savoir s'ils ont l'obligation ou simplement la possibilité d'agir, voir notamment José Luis DA CRUZ VILAÇA, « The Precautionary Principle in EC Law », *European Public Law*, No 2, Vol 10, 2004, p. 401.

S'agissant du droit de l'OMC, il ne contient pas d'expression formelle de ce principe. L'Organe d'Appel (OA) et les groupes spéciaux (GS) refusent, à l'heure actuelle, de reconnaître au principe de précaution le statut du principe général ou coutumier reconnu en droit international au sens de l'article 38 1) b) et c) du Statut de la Cour Internationale de Justice¹², du moins en dehors du droit international de l'environnement¹³. Il n'existe, par ailleurs, pas de consensus parmi les membres de l'OMC concernant le statut juridique, la définition ou encore la teneur exacte du principe¹⁴.

Si aucune référence explicite au principe de précaution ne figure dans les accords OMC, il est toutefois implicitement intégré dans certaines dispositions de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (« accord SPS »)¹⁵. Ce dernier reconnaît aux Etats membres de l'OMC la possibilité d'adopter des mesures pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ainsi que la protection des végétaux. L'article 3.1 SPS impose aux Membres, qui souhaitent adopter des mesures sanitaires, l'obligation d'établir ces mesures sur la base de normes et de recommandations internationales tels que les standards adoptés par la commission du *Codex Alimentarius*¹⁶. Or, l'article 3.3 reconnaît explicitement le droit des Membres d'établir leur propre niveau approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé que celui qu'impliquent les standards internationaux. Toutefois, lorsqu'un Etat souhaite adopter des mesures SPS unilatérales allant au-delà des standards, elles doivent, au sens de l'article 2.2, être basées sur des preuves scientifiques résultant d'une évaluation des risques prévue aux articles 5.1 et 5.2 SPS.

Pour nuancer cette exigence de preuve scientifique, l'article 5.7 SPS stipule que « *Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles [...] Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable* ».

¹² Statut de la Cour internationale de justice, du 26 juin 1945, RS 0.193.501.

¹³ CE-Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (« *Hormones* »), WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, Rapport de l'OA, Ab-1997-4, du 16 janvier 1998, par. 122s ; CE-Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (« *CE-OGM* »), WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Rapport du GS du 29 septembre 2006, par. 7.88 et notes 266 et 267.

¹⁴ *Hormones*, rapport OA, note 13, par. 121 ; *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par. 7.78 et s.

¹⁵ Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (« accord SPS »), Annexe 1A.4 à l'Accord instituant l'organisation mondiale du commerce du 15 avril 1994, RS 0.632.20.

¹⁶ Voir art. 2.4 Accord TBT ; Petros MAVROIDIS, *Trade in Goods, An Analysis of International Trade Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 291 et s.

Cette disposition ne fait pas explicitement référence au principe de précaution, mais l'OA a admis dans l'affaire *Hormones*, que son contenu reflète l'idée centrale dudit principe en autorisant les membres à agir provisoirement en absence d'information scientifique suffisante¹⁷. L'OA a également admis que le principe est pris en compte au 6e alinéa du préambule et à l'article 3.3 SPS¹⁸. Par ailleurs, l'idée que le principe de précaution puisse jouer un rôle plus général dans le processus d'analyse du risque en droit de l'OMC est exprimée dans « *Les principes de travail pour l'analyse des risques en matière de sécurité sanitaire des aliments destinés à être appliqués par les gouvernements* », adoptés par *Codex Alimentarius* en 2007¹⁹ qui placent le principe dans le contexte de l'analyse des risques alimentaires.

II. Interprétation de la précaution

A. Principe de précaution comme objet et outil de l'interprétation

En droit communautaire, l'interprétation judiciaire a joué un rôle important dans le développement du principe de précaution. A cet égard, deux raisons au moins peuvent être avancées: l'absence de définition du principe dans le traité CE, d'une part, et le fait que le principe se base sur des critères ambigus et indéterminés tels que l'incertitude et le risque, d'autre part.

A la différence d'une règle, en général de nature précise, un principe général tel que le principe de précaution a un contenu substantiel minimum qui guide le raisonnement judiciaire sur cette base²⁰. Le travail d'interprétation doit permettre de conserver cette souplesse inhérente aux principes tout en dissipant les ambiguïtés que ceux-ci renferment.

Par ailleurs, il convient aussi de tenir compte du large éventail de domaines dans lesquels le principe est appelé à intervenir. Son interprétation doit dès lors rester contextuelle. Ainsi, il est par exemple nécessaire de distinguer les affaires concer-

¹⁷ *Hormones*, rapport OA, note 13, par. 124 ; Naomi SALOMON, « A European perspective on the precautionary principle, food safety and the free trade imperative of the WTO », *European Law Review*, Vol 27, 2002, pp. 138-155, p. 147.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Les Principes de travail pour l'analyse des risques en matière de sécurité sanitaire des aliments destinés à être appliqués par les gouvernements*, accessibles sur le site <ftp://ftp.fao.org/codex/> (consulté le 1er avril 2009), par. 12, p. 14.

²⁰ Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, OUP, 2^e éd., 2007, p. 2

nant la santé publique et la sécurité des aliments de celles relatives à la protection de l'environnement. En effet, dans le premier cas les connaissances scientifiques sont souvent plus avancées que dans le deuxième qui traite des incertitudes liées aux risques écologiques difficiles à prévoir à long terme²¹. Ainsi, les exigences quant au critère de l'incertitude devraient être nuancées suivant le domaine d'application. Par ailleurs, suivant le domaine de mise en œuvre du principe de précaution, ce dernier peut avoir une forte connotation politique et sociale. Il en est ainsi lorsqu'il intervient dans les domaines sensibles tels que la protection des consommateurs ou encore lorsqu'il empiète sur l'une des quatre libertés économiques. Par conséquent, dans le choix de l'interprétation, diverses considérations qui n'appartiennent pas au domaine du droit telles que le pragmatisme et l'opportunité politique peuvent faire sentir leurs poids²².

En droit communautaire, le principe de précaution sert aussi, en tant que principe général de droit, à guider l'interprétation et l'application des autres normes communautaires²³.

En droit de l'OMC, le principe de précaution n'a, en tant que tel, pas fait l'objet d'interprétation par les organes judiciaires. Ces derniers ont néanmoins contribué à son développement au travers de l'activité interprétative portant sur des dispositions de l'Accord SPS qui reflètent implicitement l'idée de la précaution. En particulier, l'OA a admis que les conditions énoncées à l'article 5.7 SPS doivent être interprétées en gardant à l'esprit que le principe de précaution transparaît dans cet article²⁴.

B. Méthodes d'interprétation pertinentes

Lorsqu'il interprète le droit communautaire, le juge se réfère non seulement au sens ordinaire des termes, mais surtout à l'économie générale et à la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément²⁵. Ainsi, « *chaque disposition de droit*

21 Nicolas DE SADELEER, « The Precautionary Principle in European Community Health and Environmental Law: Sword or Shield for the Nordic Countries ? », in De Sadeleer, dir., *Implementing the Precautionary Principle, Approaches from Nordic Countries, EU and USA*, Londres, Earthscan, 2007, p. 11.

22 Voir à ce sujet, Georges PERRIN, *Droit international public, sources, sujets, caractéristiques*, Zürich, Schulthess, 1999, p. 408.

23 Ex. CJUE, 5 octobre 1999, *Procédures pénales contre Paolo Lirussi et Francesca Bizzaro*, C-175/98 et C-177/98, Rec. 1999, p. I-6881, points 51-55 ; TPI, 11 juillet 2007, *Suède c/ Commission*, T-229/04, Rec. 2007, p. II-2437, points 161, 170.

24 USA-Maintien de Suspension d'obligation dans le différend CE-Hormones, WT/DS320/AB/R, (« *US-Maintien de Suspension* »), AB-2008-5, rapport de OA du 16 octobre 2008, par. 680.

25 CJUE, 27 octobre 1977, *Régina c/ Pierre Bouchereau*, 30/77, Rec. 1977, p. 1999, point 14.

communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite »²⁶.

L'accent est ainsi mis sur les méthodes systématique et téléologique. La première consiste à placer la norme interprétée dans le contexte général qui l'entoure par référence à l'économie du système des traités²⁷. Elle met l'accent sur l'interprétation des dispositions dans leur contexte, pour les éclairer les unes au regard des autres. La deuxième recherche le but et l'objet de la norme interprétée. Elle se réfère à l'esprit d'une disposition à la lumière des finalités propres au traité²⁸. L'interprétation téléologique se rattache étroitement à la théorie de l'effet utile laquelle tend à assurer à une disposition son efficacité conformément à sa finalité²⁹.

Dans l'interprétation de la précaution, on observe la prépondérance de la méthode téléologique. Ainsi, le juge communautaire renvoie souvent au but du principe qui doit permettre l'adoption des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité des risques soient pleinement démontrées³⁰. De même, il appuie fréquemment son raisonnement sur un des objectifs du traité, d'assurer un niveau élevé de protection de santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement exprimé notamment aux articles 3 lettre p, 152, 153 et 174 CE³¹. Enfin, les instances communautaires se réfèrent souvent à l'effet utile du principe lorsqu'elles jugent de la suffisance des preuves scientifiques³².

Dans le cadre de l'OMC, l'interprétation des accords se fait en application des règles coutumières d'interprétation des traités internationaux³³, tels que codifiées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁴. L'article 31 par. 1 énonce la règle générale selon laquelle « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la

²⁶ CJUE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, 283/81, Rec. 1982, p. 3415, point 20.

²⁷ Sean VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Bruxelles, Larcier, 5e éd., 2006, p. 457.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 458.

³⁰ Voir notamment TPI, 11 septembre 2002, *Alpharma Inc.*, T-70/99, Rec. 1999, p. II-2027, point 152.

³¹ TPI, *Pfizer*, note 5, point 114.

³² TPI, *Pfizer*, note 5, points 160 et 386 ; TPI, 11 juillet 2007, *Suède c/ Commission*, T-229/04, Rec. 2007, p. II-2437, point 165.

³³ Art. 3.2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de L'accord instituant l'OMC (« Mémorandum d'accord »), RS 0.632.20.

³⁴ Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111.

lumière de son objet et de son but ». L'article 32 permet au surplus le recours aux travaux préparatoires des Accords OMC en tant que moyen supplémentaire d'interprétation.

Dans le droit de l'OMC, il s'agit ainsi en priorité de rechercher la volonté des Etats parties tout en assurant au mieux le respect de leur souveraineté. Les Membres tiennent en effet à ce que leurs engagements restent dans le cadre de ce qu'ils ont réellement accepté³⁵. Il en découle que l'OA est limité dans ses pouvoirs interprétatifs à *préciser* le droit³⁶.

Si l'interprétation textuelle occupe en général une place importante dans la pratique des juges de l'OMC, elle n'a pas été fréquente pour l'interprétation des dispositions de l'Accord SPS intégrant l'idée de précaution³⁷. En revanche, les références au contexte global de cet Accord dans l'interprétation de la disposition 5.7 SPS sont courantes³⁸. De même, la finalité de l'Accord est souvent mise en avant³⁹.

L'interprétation selon l'effet utile est également reconnue en droit international stipulant que chaque disposition contenue dans une convention internationale a sa propre raison d'être, et ne saurait dès lors être présumée inutile⁴⁰.

Au sens de l'article 31 par. 3 litt. c de la Convention de Vienne, il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Cette disposition ouvre des perspectives intéressantes pour le principe de précaution en droit de l'OMC. Ainsi, dans *CE-OGM*, la CE a fait valoir que les Accords OMC doivent être interprétés et appliqués par référence aux règles pertinentes de droit international, telles qu'elles sont consignées dans des accords et déclarations internationaux, en particulier dans le Protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques⁴¹.

³⁵ Art. 3.2 *in fine* du Mémoire d'accord. Voir l'importance du principe *in dubio mitius* dans l'interprétation des termes ambigus, *Hormones*, rapport OA, note 154.

³⁶ Art. 3.2 Mémoire d'accord.

³⁷ Voir toutefois *Hormones*, rapport OA, note 164, pour les termes « *potentiel* » et « *probabilité* ».

³⁸ Ex. *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par. 7.2969 où l'art. 5.7 est qualifié de droit et non d'exception à l'obligation générale de l'art. 2.2.

³⁹ *Hormones*, rapport de OA, note 13, par. 124 qui se réfère au préambule (6) de l'Accord SPS.

⁴⁰ Ex. *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par.7.2980.

⁴¹ *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par. 7.49ss ; Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, RS 0451.431.

Si le principe a été admis par le GS, il a néanmoins rejeté le grief au motif que le Protocole n'avait pas été ratifié par toutes les parties au différend⁴².

Le recours au droit comparé ou au droit international est également reconnu comme méthode d'interprétation en droit communautaire⁴³. Il peut constituer un outil important en matière de principe de précaution qui est intégré dans plusieurs instruments conventionnels internationaux, en particulier en matière de protection de l'environnement⁴⁴.

Enfin, l'interprétation en matière de précaution se doit d'être interdisciplinaire. Les méthodes traditionnelles d'interprétation à disposition d'un juge apportent rarement à elles seules des réponses satisfaisantes pour interpréter les termes techniques et scientifiques, tels que le risque et l'incertitude. L'approche interdisciplinaire est d'autant plus importante que le principe de précaution est appelé à intervenir dans des domaines où les scientifiques détectent, identifient et mettent en évidence des problèmes auxquels le droit doit ensuite répondre. Toute la législation adoptée en matière de santé publique et de l'environnement est ainsi, et sans exception, basée sur les analyses scientifiques⁴⁵.

III. Interprétation du critère central du principe de précaution : l'incertitude scientifique

A. Remarques préliminaires

L'incertitude est le critère central, l'élément déclencheur, du principe de précaution⁴⁶. Elle permet de distinguer le principe de précaution du principe de prévention qui intervient lorsque les risques sont avérés et connus. L'incertitude est toutefois un terme très complexe et suivant l'interprétation, elle peut englober des situations d'ignorance, d'ambiguïté, de contradiction ou d'insuffisance de preuves⁴⁷. Les limi-

⁴² *Ibid.*, par. 7.68 et 7.92.

⁴³ Koen LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in François VAN DER MENSBRUGGHE, dir., *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, 2003, pp. 111-168, p. 112.

⁴⁴ Ex. Art. 14 de la Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique, JO 1994, L 73, p. 20, invoqué par l'AG Kokott, conclusions du 26 mars 2009, *Commission c/ Finlande et Suède*, aff. jointes C-335/07 et C-438/07, pas encore jugées, points 13 et s.

⁴⁵ DE SADELEER, *op.cit.*, note 21, p. 15.

⁴⁶ Communication, note 6, pp. 16 et s.

⁴⁷ Pour une opinion scientifique détaillée sur ces termes, voir Andrew Stirling, dir., *On Science and Precaution in the Management of Technological Risk*, l'Observatoire européen de la

tes des connaissances scientifiques peuvent affecter chacun des éléments d'une évaluation scientifique communément définie, tant au niveau international qu'au niveau communautaire « *comme un processus scientifique qui consiste à identifier et à caractériser un danger, à évaluer l'exposition et à caractériser le risque* »⁴⁸. Elles se répercutent ensuite sur le niveau total d'incertitude susceptible de déclencher la mise en œuvre du principe de précaution. La notion d'incertitude scientifique est ainsi étroitement liée à l'évaluation scientifique des risques, une condition préalable pour la mise en œuvre du principe de précaution. Il ne faut toutefois pas confondre l'exigence d'évaluation scientifique du risque avec l'exigence d'établissement de ce risque⁴⁹.

B. La notion d'incertitude

1. En droit communautaire

La notion d'incertitude n'est pas définie en tant que telle, mais la jurisprudence a apporté des précisions importantes quant aux sources, à l'objet et au degré de l'incertitude pertinents pour le principe de précaution.

D'abord, l'incertitude doit être de nature scientifique. Elle peut en théorie porter sur n'importe quelle étape de l'évaluation du risque. L'application appropriée du principe de précaution présuppose toutefois, dans un premier temps, l'identification des effets potentiellement négatifs⁵⁰. Il en découle que l'incertitude ne peut pas porter sur l'identification des effets adverses⁵¹.

Selon la jurisprudence de la Cour, « *lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives* »⁵². Or,

Science et la Technologie (ESTO), Project Report Prepared for the European Commission, Report EUR 19056/EN/2, novembre 2001.

⁴⁸ TPI, *Alpharma*, note 30, point 169; Art. 3 du Règlement 178/2002.

⁴⁹ Une évaluation jugée complète ne permet pas forcément d'établir le risque évalué avec certitude. Voir *US-Maintien de Suspension*, rapport OA, note 24, par. 477.

⁵⁰ CJUE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, C-192/01, Rec. 2003, p. I-9693, point 51.

⁵¹ Voir art. 7 du règlement 178/2002 qui exige expressément l'identification des effets adverses.

⁵² CJUE, *Commission c/ Danemark*, note 50, point 52 ; Cour AELE, 5 avril 2001, Autorité de surveillance AELE c/ Norvège, E-3/00, point 31. Notons qu'auparavant la jurisprudence se référait simplement à l'impossibilité de déterminer avec certitude *l'existence ou la portée* du

si les juges veulent ici dire que l'effet adverse identifié doit être exprimé en termes de probabilité, cela confine à la certitude et enlève tout sens au principe de précaution, qui doit justement pouvoir intervenir dans les cas où l'attribution des probabilités s'avère impossible. Nous ne pensons ainsi pas que la Cour ait réellement voulu exiger que l'évaluation aboutisse à un résultat quantifiable. Ce raisonnement s'impose également à la lumière de la Communication de la Commission, selon laquelle l'incertitude peut concerner des éléments tant qualitatifs que quantitatifs de l'analyse scientifique⁵³. Ainsi, l'incertitude devrait pouvoir porter sur le degré de probabilité de survenance des effets adverses et même sur le lien de causalité entre les effets adverses identifiés et le produit incriminé⁵⁴.

L'incertitude peut avoir sa source dans « *la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées* »⁵⁵. Toutefois, peu de précision est donnée concernant ces termes.

Les situations d'*insuffisance* de résultat se rapportent en principe à l'absence de données ou d'échantillons suffisants pour respecter les exigences méthodologiques pertinentes pour l'évaluation scientifique du risque. Elles se produisent en général dans les cas d'adoption de mesures urgentes en raison d'un risque potentiel pressenti comme imminent. Telle était notamment le cas dans l'affaire *NFU* où la Cour a approuvé les mesures communautaires d'urgence en matière de protection contre l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) en appliquant le principe de précaution⁵⁶. Ce type d'incertitude peut également être relevant pour les risques dont l'évaluation est longue⁵⁷. De même, on peut imaginer des situations où les techniques scientifiques nécessaires pour évaluer un risque ne sont pas suffisamment développées pour mener à bien une évaluation suffisante⁵⁸.

Concernant l'incertitude découlant des résultats ou des données *non concluants ou imprécis*, on peut citer à titre exemple l'affaire *Pfizer*, où l'autorité s'est basée sur plusieurs études scientifiques, toutes critiquables sur certains aspects (liés aux limites méthodologiques) pour interdire l'utilisation d'un type d'antibiotique dans

risque allégué, voir CJUE, *Royaume-Uni c/ Commission*, note 2, point 99; TPI, *Pfizer*, note 5, point 139.

⁵³ Communication, note 6, p. 14.

⁵⁴ Voir un autre exemple de confusion dans les termes *possibilité* et *probabilité* : Conclusions de l'AG Kokott du 26 mars 2009, C-335/07 et C-438/07, précitées, point 46.

⁵⁵ CJUE, *Commission c/ Danemark*, note 50, point 52; Cour AELE, *Autorité de surveillance AELE c/ Norvège*, note 52, point 31 ; voir aussi la Communication, note 6, p. 15.

⁵⁶ CJUE, *National Farmers' Union*, note 2, point 70.

⁵⁷ Certains risques liés au réchauffement climatique peuvent nécessiter un temps d'observation très long.

⁵⁸ ALEMANNI, *Trade in Food*, op.cit., note 9, p. 132.

l'alimentation des animaux⁵⁹. Ensemble, ces études constituaient néanmoins un fondement scientifique suffisant, malgré l'incertitude subsistante. L'incertitude peut également découler d'une controverse sur les données existantes⁶⁰.

Concernant le degré d'incertitude pertinent, il n'existe pas de seuil critique pour la mise en œuvre du principe de précaution⁶¹. Un risque *purement hypothétique* fondé sur des suppositions non encore vérifiées scientifiquement ne suffit pas⁶². L'utilisation du mot « *purement* » pourrait laisser entendre qu'un certain niveau d'incertitude théorique puisse être admis⁶³. Par ailleurs, la Cour a déjà admis des mesures de précaution en se référant à de « *grandes incertitudes* »⁶⁴.

Toutefois, si le degré d'incertitude toléré dans le fondement scientifique des mesures de précaution a pendant longtemps été défini par référence à la condition négative du risque non hypothétique, les exigences de plus en plus strictes en matière d'évaluation scientifique des risques semblent laisser moins de place à des situations de grand degré d'incertitude⁶⁵. Dans cette évolution, force est d'ailleurs de constater l'influence implicite des affaires *Hormones* et *CE-OGM* dans le travail interprétatif du juge communautaire⁶⁶.

2. Dans l'accord SPS

L'accord SPS exclut également la prise en compte d'incertitude théorique, qui ne constitue pas le genre de risque pouvant faire l'objet d'une évaluation du risque⁶⁷. L'incertitude théorique est en effet inhérente à la science qui ne peut jamais offrir

⁵⁹ TPI, *Pfizer*, note 5, point 298.

⁶⁰ Communication, note 6, p. 14 ; TPI, 16 juillet 1998, *Bergaderm*, T-199/96, Rec. 1998, p. II-2805, points 11-23.

⁶¹ ALEMANNO, *Trade in Food*, op.cit., note 9, pp. 137, 139.

⁶² TPI, *Pfizer*, note 5, point 152.

⁶³ Eadaoin NI CHAOIMH, « Trading in Precaution – a Comparative Study of the Precautionary jurisprudence of the European Court and the WTO's Adjudicating Body », *Legal Issues of Economic Integration*, No 2, Vol 33, 2006, pp. 139-165, p. 150.

⁶⁴ CJUE, *Royaume Uni c/ Commission*, note 2, point 62. Voir aussi TPI, *Pfizer*, note 5, point 244.

⁶⁵ Il suffit de comparer, p.ex. CJUE dans *Commission c/ Danemark*, note 50, point 50, où la Cour exige une information fiable et cohérente et CJUE, 13 novembre 1990, *The Queen c/ Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, C-331/88, Rec. 1990, p. I-4023, point 9 où la Cour se basait à la condition négative excluant simplement les considérations purement hypothétiques.

⁶⁶ Marco SLOTBOOM, *A comparison of WTO and EC law: do different objects and purposes matter for treaty interpretation?*, Cambridge, Cameron May, 2006, p. 174. L'approche de la Commission va d'ailleurs dans le même sens en soumettant l'application du principe à des conditions très similaires à celles requises par l'article 5.7 SPS (Communication, note 6, p. 3).

⁶⁷ *Hormones*, rapport OA, note 13, par. 200.

la certitude absolue qu'un produit n'aura jamais d'effets négatifs sur la santé des personnes ou l'environnement⁶⁸. Les effets adverses doivent être identifiés, car seul un risque vérifiable peut entrer en ligne de compte⁶⁹. Ainsi, l'incertitude pertinente pour le principe de précaution, ne peut guère porter sur la première phase de l'évaluation des risques, mais peut concerner les autres éléments tant qualitatifs que quantitatifs de l'analyse scientifique⁷⁰.

L'article 5.7 SPS ne se réfère pas expressément à l'incertitude, mais à l'*insuffisance* de preuves scientifiques pertinentes. Ainsi, cette disposition n'entre en ligne de compte que dans ce cas particulier d'incertitude⁷¹. L'incertitude qui subsiste malgré l'existence des études scientifiques sort du champ d'application de l'article 5.7 SPS⁷².

Selon l'OA, les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes au sens de l'article 5.7 « [...] si l'ensemble des preuves scientifiques disponibles ne permet pas, sur le plan quantitatif ou qualitatif, de procéder à une évaluation adéquate des risques telle qu'elle est exigée à l'article 5:1 et définie dans l'Annexe A de l'Accord SPS »⁷³. Les preuves scientifiques pourraient être considérées comme insuffisantes en termes qualitatifs par exemple lorsqu'elles produisent des résultats qui ne sont pas concluants ou qui ne sont pas dignes de foi⁷⁴.

Les preuves peuvent par ailleurs être insuffisantes dès le départ ou le devenir à la suite de l'apparition de nouvelles informations⁷⁵. En effet, les preuves sur lesquelles s'est fondée la norme internationale peuvent ne plus être valables ou devenir insuffisantes en raison de l'évolution des travaux scientifiques⁷⁶. Ainsi, l'existence d'un standard international ne crée pas de présomption de caractère suffisant des preuves⁷⁷. Il n'est en revanche pas clair si la situation d'insuffisance de preuves couvre

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Hormones*, rapport OA, note 13, par. 187: « [...] le risque qui doit être évalué [...] n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité [...] dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent ».

⁷⁰ Affaire Japon-Mesures visant l'importation des pommes, WT/DS245/AB/R (« Japon-Pommes »), AB-2003-4, rapport de OA du 26 novembre 2003, par. 179.

⁷¹ Angélique TROUCHE, « Le principe de précaution, entre unité et diversité: Etude comparative des systèmes communautaire et OMC », *Cahiers de droit européen*, No 3-4, Vol 44, 2008, pp. 279-338, p. 304.

⁷² *Japon-Pommes*, rapport OA, note 70, par. 184.

⁷³ *Ibid.*, par. 179.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 185.

⁷⁵ *Hormones*, rapport de GS, note 13, par. 7.619.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *US-Maintien de Suspension*, rapport OA, note 24, par. 695.

également les cas où, faute de moyens financiers, aucune évaluation n'ait encore été effectuée⁷⁸.

Une approche au cas par cas est nécessaire pour déterminer si l'ensemble des preuves scientifiques est insuffisant pour permettre de procéder à une évaluation des risques⁷⁹. C'est en principe au Membre qui adopte les mesures SPS d'identifier l'insuffisance des preuves pertinentes⁸⁰.

L'incertitude peut également découler d'autres causes que l'insuffisance des preuves et subsister malgré l'accomplissement d'une évaluation de risque jugée complète⁸¹. La question est toutefois de savoir si l'accord SPS permet la prise en compte de ces autres types d'incertitude? La réponse est à notre sens affirmative.

Premièrement, le droit pour un Membre d'établir ses mesures SPS sur la base d'avis scientifiques minoritaires pour peu qu'ils proviennent de « *sources compétentes et respectées* » permet la prise en compte des situations de divergences d'avis qui reflètent un type d'incertitude⁸².

Deuxièmement, le fait que les preuves pertinentes soient suffisantes pour procéder à une évaluation des risques ne signifie pas pour autant que le résultat et la conclusion de l'évaluation des risques sont exempts d'incertitudes. « *Une évaluation appropriée en fonction des circonstances* » au sens de l'article 5.1 nécessite que la recherche scientifique prenne dûment en compte les difficultés méthodologiques particulières posées par la nature et les caractéristiques du risque qu'il s'agit d'évaluer⁸³. De telles incertitudes peuvent être légitimement prises en compte par un Membre lorsqu'il décide d'adopter une mesure SPS, pour autant que cette dernière demeure raisonnablement étayée par l'évaluation des risques et soit compatible avec d'autres dispositions applicables de l'Accord SPS⁸⁴.

Troisièmement, le fait que les risques ne doivent pas être établis par un ordre de grandeur minimal laisse une place pour les incertitudes qui planeraient sur les éléments quantitatifs de l'analyse⁸⁵.

⁷⁸ ALEMANNI, *Trade in Food*, op.cit., note 9, p. 412.

⁷⁹ *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par. 7.3238.

⁸⁰ *US-Maintien de Suspension*, rapport OA, note 24, par. 679.

⁸¹ *Japon-Pommes*, rapport OA, note 70, par. 184.

⁸² *Hormones*, rapport OA, note 13, par. 194 ; NI CHAOIMH, op.cit., note 63, p. 153.

⁸³ *US-Maintien de Suspension*, rapport OA, note 24, par. 562.

⁸⁴ *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par. 7.1525 et 7.1526. Le droit de l'OMC laisse aux Membres le pouvoir de choisir le niveau de protection jugé approprié et, le cas échéant, d'opter pour une approche précautionniste dans sa gestion des risques.

⁸⁵ *Hormones*, rapport OA, note 13, par. 193 et 194.

Quant au degré d'incertitude pertinent, l'article 5.7 SPS semble pouvoir tolérer un niveau important d'incertitude, dans la mesure où cette disposition est destinée à être invoqué lorsque « *très peu voire aucune preuve fiable* » n'est disponible⁸⁶.

Concernant ensuite les nouvelles preuves qui peuvent rendre insuffisantes des preuves scientifiques précédemment jugées suffisantes, l'OA a jugé qu'il n'y a pas de seuil quantitatif ou qualitatif⁸⁷. Exiger une sorte de masse critique de nouvelles informations permettant de mettre en question les préceptes fondamentaux découlant des connaissances des preuves antérieures pour les rendre insuffisantes reviendrait à exiger des changements scientifiques radicaux qui sont finalement rares dans les processus scientifiques en constante évolution⁸⁸. Il suffit que les nouvelles informations scientifiques permettent de mettre en question la relation entre l'ensemble des preuves scientifiques préexistantes et les conclusions concernant les risques⁸⁹.

IV. Conclusion

L'interprétation de la notion d'incertitude scientifique illustre bien la difficulté du travail interprétatif des juges dans le cadre d'un principe général tel que le principe de précaution. Le juge doit en effet s'efforcer de réduire les imprécisions contenues dans les notions qu'il applique tout en préservant une flexibilité nécessaire pour que le principe reste un outil décisionnel efficace.

Si on compare les notions d'incertitude pouvant entrer en ligne de compte pour l'application du principe de précaution dans les deux ordres examinés, le droit communautaire permet, *a priori*, la prise en compte de situations plus diverses. Selon l'OA, l'insuffisance au sens de l'article 5.7 SPS peut également concerner les éléments qualitatifs de l'analyse et inclure des résultats scientifiques non concluants⁹⁰. Au surplus, l'article 5.1 SPS autorise les Membres à fonder leurs mesures sur des opinions scientifiques minoritaires. Ainsi, la notion d'incertitude scientifique pertinente pour le principe de précaution s'avère finalement assez proche dans les deux systèmes. On peut même dire que le degré d'incertitude toléré par l'article 5.7 SPS est plus important que celui toléré par la pratique communautaire, qui a évolué vers des exigences plus strictes concernant l'évaluation scientifique du

⁸⁶ *Japon-Pommes*, rapport GS, note 70, par. 8.219.

⁸⁷ *US-Maintien de Suspension*, rapport OA, note 24, par.712.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 703 et 705.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Japon-Pommes*, rapport OA, note 70, par. 185.

risque exigée dans le cadre du principe de précaution. Cette omniprésence de l'évaluation scientifique a souvent été critiquée par la doctrine⁹¹. Or, à condition de bien distinguer l'évaluation du risque de l'établissement de ce risque, elle n'empêche nullement la prise en compte d'un large éventail de situations d'incertitude.

Même si des précisions seraient bienvenues quant à la notion d'incertitude, il faut reconnaître, à l'instar des deux ordres juridiques examinés, l'importance d'une approche au cas par cas. Une telle approche permet au juge de tenir compte du large éventail de domaines dans lesquels le principe peut intervenir et de suivre une interprétation évolutive en s'adaptant aux changements techniques, économiques, sociaux et politiques. Cette approche ne signifie d'ailleurs pas l'absence de méthodologie dans l'interprétation qui reste fortement basée sur la finalité et l'effet utile des traités.

Par ailleurs, les deux systèmes stipulent le caractère provisoire des mesures adoptées dans une situation d'incertitude scientifique, imposant au surplus une obligation de rechercher des preuves scientifiques additionnelles permettant de procéder à une évaluation objective du risque⁹². L'incertitude scientifique n'est dès lors pas un état permanent⁹³. Le processus scientifique est toutefois un processus en constante évolution et il serait artificiel de supposer qu'il y a une sorte de moment magique où les connaissances scientifiques disponibles deviennent suffisantes à toutes les fins⁹⁴. A cet égard, l'interprétation en matière de principe de précaution doit suivre une approche interdisciplinaire qui tient mieux compte des théories et des réalités scientifiques développées au sujet de l'incertitude⁹⁵.

⁹¹ TROUCHE, op.cit., note 71, pp. 319, 337 ; DE SADELEER, op.cit., note 21, p. 26.

⁹² Communication, note 6, pp. 20 et s. ; Art. 5.7 SPS

⁹³ *US-Maintien de Suspension*, rapport OA, note 24, par. 679.

⁹⁴ CE dans *CE-OGM*, rapport GS, note 13, par. 7.3238.

⁹⁵ Le juge communautaire devrait s'appuyer plus sur les documents tels que le rapport ESTO, voir STIRLING, op. cit., note 47. L'OA en tient déjà compte, voir *US-Maintien de Suspension*, note 24, par. 703.

DAMIEN FÉRAILLE

L'incidence d'une analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché sur la méthode systématique d'interprétation des Traités communautaires

En matière de droit de la libre circulation¹ et de droit des marchés publics², la Cour de justice des Communautés européennes (devenue la Cour de justice de l'Union européenne) se réfère fréquemment au concept de concurrence efficace. La prise en considération de la concurrence efficace dans ce domaine est d'importance, en ce qu'elle témoigne non seulement d'une convergence entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence³, mais également d'une influence du concept de l'efficacité économique au moment de qualifier une restriction publique à l'accès au marché au sens du Traité instituant la Communauté européenne (ci-après TCE, devenu Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ci-après TFUE)⁴.

¹ CJUE, 5 décembre 2006, *F. Cipolla c/ R. Portolese, ép. Fazari et S. Macrino et C. Capoparte c. R. Meloni*, C-94 et C-202/04, Rec. 2006, p. I-11421, point 59, en réf., par analogie, à l'arrêt CJUE, 2 octobre 2004, *CaixaBank*, C-442/02, Rec. 2004, p. I-8910, point 13. Voir aussi concl. AG M. POIARES MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, sp. point 73 ; CJUE, 13 décembre 2007, *Commission c/ Italie*, C-465/05, Rec. 2007, p. I-11091, point 124 ; CJUE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, C-518/06, n.e.p., point 70.

² CJUE, 15 mai 2008, *SECAP SpA, et Santorso Soc. coop. arl c/ Comune di Torino*, C-147 et C-148/06, Rec. 2008, p. I-3565, point 28, en réf. not. aux arrêts *Caixabank*, note 1, points 12 et 13 et CJUE, 3 octobre 2006, *Fidium Finanz AG c/ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, C-452/04, Rec. 2006, p. I-9521, point 46. Voir aussi concl. AG P. LÉGER présentées pour l'arrêt CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Belgique*, C-21 et C-34/03, p. I-1559, point 34 : « Les directives (...) uniformisent les procédures de passation de marchés publics afin de garantir une concurrence efficace dans ce domaine ».

³ Sur la convergence entre le droit de la libre circulation et le droit de la concurrence, voir parmi de nombreux écrits, K. MORTELMANS, « Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition? », *CMLR*, 2001, p. 613 ; J. BAQUERO CRUZ, *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford, Portland Oregon, Hart, 2002, et L. IDOT, « Concurrence et libre circulation – Regards sur les derniers développements », *RAE*, 2005/3, p. 391.

⁴ Cette étude reprend certains des éléments de notre thèse *L'accès au marché en droit du marché intérieur* (Université de Strasbourg, 2009). Sur le critère de l'accès au marché, qui unifie la méthode de qualification des restrictions apportées à la libre circulation, voir P. CRAIG et

On peut alors se demander comment cette évolution s'intègre dans la méthode d'interprétation systématique utilisée par le juge communautaire pour qualifier ces entraves de restriction au sens du Traité. Selon Denys SIMON,

« l'approche systématique qui dirige l'interprétation du juge communautaire repose (...), en réalité, sur une analyse de la structure économique du système, c'est-à-dire des obligations impliquées par la mise en œuvre progressive de l'union douanière, de la libre circulation des facteurs de production, des politiques sectorielles communes, du rapprochement des politiques économiques nationales, et, à plus long terme, d'une union économique et monétaire. La Cour est donc « constamment astreinte à transposer dans le domaine du droit les virtualités de cette base économique » de façon à tirer les conséquences de la logique globale qui forme l'épine dorsale du système conçu par les auteurs des traités pour parvenir à leurs fins »⁵.

L'intégration économique des marchés nationaux en un marché unique oriente selon cette théorie les solutions de la Cour. Il s'agit ici de mettre en perspective la référence récurrente à la concurrence efficace avec le principe interprétatif d'intégration des marchés nationaux en un marché intérieur.

L'utilisation en droit de la libre circulation d'un vocable économique emprunté au droit de la concurrence pourrait faire penser que le principe interprétatif

G. de BÚRCA, *EU Law*, 3^e éd., Oxford, 2003, p. 655 ; S. WEATHERILL, « After Keck, some Thoughts on how to Clarify the Clarification », *CMLR*, No 33, 1996, p. 885, sp. 899 ; C. BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw ? », *ELR*, No 26, 2001, p. 35, où est défini un test général fondé sur l'accès au marché. Voir aussi D. O'KEEFFE et A. F. BAVASSO, « Four freedoms, one market and national competence: in search of a dividing line », in D. O'KEEFFE et A. F. BAVASSO, dir., *Mél. Lord Slynn of Hadley, Judicial Review in European Union Law*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer, 2000, p. 541, sp. 551 et s. ; C. BARNARD et S. DEAKIN, « Market access and regulatory competition », 2001, disponible sur <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.html> ; L. PRETE, « Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts : the Battle over Keck », *LIEI*, No 35 (2), 2008, p. 133, sp. 145 et s., selon qui l'accès au marché constitue « le critère clé » (notre traduction). Voir en outre, en matière de libre circulation des marchandises, concl. AG G. TESAURO présentées pour l'arrêt CJUE, 15 décembre 1993, *R. Hünermund e.a. c/ Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, C-292/92, Rec. 1993, p. I-6787, point 10 et concl. AG F. JACOBS présentées pour l'arrêt CJUE, 9 février 1995, *Société d'importation É. Leclerc-Siplec c/ TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, C-412/93, Rec. 1995, p. I-179. En matière de libre prestation des services, voir surtout concl. AG A. TIZZANO présentées pour l'arrêt CJUE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, Rec. 2004, p. I-8961, point 66.

⁵ D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales - Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pédone, 1981, p. 514, en réf. à J. BOULOUIS et R.M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la CJUE*, Paris, Dalloz, 1974, 2^e éd. 1978, p. 193.

d'intégration perdrait de son influence en droit communautaire⁶. Au contraire, on peut estimer que la référence implicite ou explicite au principe d'intégration délimite un cadre juridique pour l'analyse économique des restrictions publiques à l'accès au marché⁷, cette nouvelle forme d'analyse signifiant qu'une attention plus grande doit être portée aux considérations concurrentielles en matière de droit de la libre circulation. Dès lors, l'analyse en termes de concurrence efficace serait un facteur de cohérence de l'ordre juridique communautaire, puisqu'elle indiquerait la volonté de la Cour de justice de remplir l'objectif d'allocation efficace des ressources en matière de restrictions publiques à l'accès au marché, objectif également poursuivi en droit de la concurrence⁸.

Il s'agit ainsi d'examiner dans quelle mesure l'utilisation du concept de concurrence efficace au moment de qualifier une restriction publique à l'accès au marché renouvelle la méthode d'interprétation systématique des traités communautaires, le principe d'intégration étant consubstantiellement lié au développement concurrentiel des activités économiques dans le marché intérieur. Il existe en effet une interaction entre le concept de concurrence efficace et le principe interprétatif d'intégration des marchés (I), qui mène à une interprétation communautaire de l'efficacité économique (II).

⁶ Voir par ex. P. VERLOREN van THEMAAT, « Zum Verhältnis zwischen Artikel 30 und Artikel 85 EWG-Vertrag » in H. GÜZEL e.a., dir., *Wettbewerb im Wandel: Eberhard Günther zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1976, p. 373, sp. 387, « nicht nur eine Grundsatzfrage der marktwirtschaftlichen Grundsätze des EWG-Vertrages, sondern vor allem eine Frage der Grenzen der Integrationsziele im EWG-Vertrag als Auslegungsgrundsatz », cité et traduit in J. BAQUERO CRUZ, *Between competition and free movement...*, op.cit., note 3, sp. 85: "it turns out to be not only a fundamental question about the [EC] Treaty provisions concerning the market economy, but mainly a question about the limits of the integration goals of the [EC] Treaty as principles of interpretation".

⁷ Voir, par analogie avec le droit de la concurrence, I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Athènes et Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, 2007, p. 290 : « le droit communautaire de la concurrence accorde une importance considérable à l'objectif du marché intérieur et à la protection des consommateurs (...). L'existence d'objectifs « politiques » rend nécessaire l'aménagement du contrôle concurrentiel afin qu'il ne prenne pas uniquement en compte l'objectif d'efficacité économique, mais aussi rende possible la réalisation d'autres objectifs ».

⁸ Selon J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Berlin, Carl Heymans Verlag, 1965, p. 16 (cité in L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel - Mél. A. Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 277, sp. 280), le traité « assigne pour but à la Communauté l'établissement de conditions assurant par elles-mêmes la répartition rationnelle de la production au niveau le plus élevé ».

I. L'interaction entre le concept de concurrence efficace et le principe interprétatif d'intégration des marchés

Il convient d'abord d'expliquer en quoi le principe d'intégration des marchés est compatible avec une interprétation des restrictions publiques apportées à l'accès au marché en termes de concurrence efficace (A). Il s'avère que l'interprétation en termes de concurrence efficace reflète la maturité du droit du marché intérieur. En effet, l'intégration des marchés ne suppose plus seulement de protéger l'accès au marché des opérateurs économiques. Elle consiste aujourd'hui à réguler les échanges sur le marché de manière à s'assurer que les opérateurs efficaces peuvent entrer et prospérer sur celui-ci (B).

A. La compatibilité du principe de l'intégration des marchés avec une interprétation en termes de concurrence efficace

L'interprétation en termes de concurrence efficace est fréquente en droit communautaire de la concurrence⁹. La rencontre entre le droit de la libre circulation et la concurrence efficace pose davantage question.

Cette rencontre suppose d'abord que l'application du droit de la libre circulation concerne la concurrence. En matière d'obstacles tarifaires, au-delà des taxes d'effet équivalent¹⁰, la jurisprudence relative aux impositions intérieures litigieuses est instructive. En effet, la Cour de justice décide de manière itérative que l'article 90 TCE (devenu 110 TFUE) a notamment pour but « de garantir la parfaite neutralité des impositions intérieures au regard de la concurrence entre produits nationaux et

⁹ La référence à la concurrence efficace figure déjà dans l'arrêt CJUE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH c/ Commission*, 56 et 58-64, Rec. 1966, p. 429, p. 497 : « la situation constatée ci-dessus aboutit à un isolement du marché français et permet de pratiquer pour les produits en question des prix soustraits à une concurrence efficace ».

¹⁰ Les taxes d'effet équivalent sont interdites en tant qu'elles consistent à imposer un produit à raison du franchissement d'une frontière, c'est-à-dire indépendamment de la mise en concurrence de ce dernier avec les produits nationaux. Ainsi, la prise en considération d'aspects concurrentiels en la matière n'est *a priori* pas pertinente, quand bien même un produit taxé de la sorte serait *in fine* désavantagé sur la plan concurrentiel.

produits importés »¹¹. Le juge est alors amené à identifier les produits en concurrence afin d'examiner si la production nationale est favorisée par la règle litigieuse.

Ces éléments sont pertinents pour ce qui concerne les autres types d'obstacles apportés aux échanges. Quelle que soit la liberté de circulation en cause, la question principale consiste à se demander si la règle nationale litigieuse protège le marché national de la concurrence étrangère. La libre prestation des services s'est montrée précurseur. En effet, la Cour de justice évalue dans l'arrêt *Säger* de quelle manière la réglementation allemande relative à la surveillance des brevets oriente la demande des services en cause vers des prestataires nationaux, au détriment de prestataires implantés dans d'autres États membres¹². Il s'agit d'examiner quelle est l'incidence de la mesure nationale sur l'offre et sur la demande, c'est-à-dire sur le marché. Cette approche consistant à déterminer l'effet d'une réglementation sur l'offre et sur la demande est pertinente quelle que soit la liberté de circulation qui est applicable¹³.

La rencontre entre le droit de la libre circulation et le concept de concurrence efficace est alors cohérente. L'arrêt *Caixabank* est emblématique de cette évolution¹⁴. L'arrêt *Cipolla* comporte une approche semblable. En l'espèce, l'avocat général M. POIARES MADURO énonce que « les avocats établis dans d'autres États membres sont privés d'un moyen particulièrement efficace pour entrer sur le marché italien »¹⁵. La réponse de la Cour est d'autant plus intéressante que la réglementation

¹¹ Voir not. CJUE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH c/ Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, C-221/06, Rec. 2007, p. I-9643, point 30.

¹² CJUE, 25 juillet 1991, *M. Säger c/ Dennemeyer & Co. Ltd*, C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221, point 14. Voir aussi CJUE, 28 avril 1998, *J.F. Safir c/ Skattemyndigheten i Dalarnas län*, C-118/96, Rec. 1998, p. I-1897, point 30 ; voir encore CJUE, 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits, ép. Geraets c/ Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekering*, C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473, points 104 et 105.

¹³ En libre circulation des marchandises, voir par ex. CJUE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, n.e.p., point 57 ; CJUE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen c/ Gourmet International Products AB*, C-405/98, Rec. 2001, p. I-1795, point 21 et CJUE, 26 mai 2005, *Proc. pén. c/ M. Burmanjer e.a.*, C-20/03, Rec. 2005, p. I-4133, point 30. En libre circulation des travailleurs, voir par ex. CJUE, 15 septembre 2005, *Commission c/ Danemark*, C-464/02, Rec. 2005, p. I-7929, points 48 et 50 ; en libre circulation des capitaux, voir par ex. CJUE, 7 septembre 2004, *P. Manninen*, C-319/02, Rec. 2004, p. I-7477, points 22 et 23.

¹⁴ CJUE, *CaixaBank*, note 1, point 13 : « En effet, ladite interdiction gêne les établissements de crédit, filiales de sociétés étrangères, dans la collecte de capitaux auprès du public en les privant de la possibilité de livrer, par une rémunération des comptes de dépôts à vue, une concurrence plus efficace aux établissements de crédit traditionnellement implantés dans l'État membre d'établissement, dotés d'un réseau d'agences étendu et disposant, partant, de plus grandes facilités que lesdites filiales pour recueillir des capitaux auprès du public ».

¹⁵ Concl. AG M. POIARES MADURO présentées pour l'arrêt *Cipolla*, note 1, point 73.

est d'abord analysée sous l'angle des articles 81 et 82 du Traité (devenus 101 et 102 TFUE)¹⁶ ; la réglementation est ensuite considérée comme une restriction publique à l'accès au marché, au moyen d'une interprétation de l'article 49 TCE (devenu 56 TFUE) qui intègre des considérations concurrentielles¹⁷. La jurisprudence récente confirme cette approche en matière de libre prestation des services et de liberté d'établissement¹⁸.

Ainsi, l'objectif d'accomplissement du marché intérieur est corroboré par la recherche d'une efficacité économique sur le marché. Cela témoigne d'une certaine maturité du droit du marché intérieur.

B. L'interprétation en termes de « concurrence efficace », reflet de la maturité du droit du marché intérieur

L'utilisation du concept de concurrence efficace en droit du marché intérieur implique d'abord d'abandonner l'interprétation en termes de protection de l'accès au marché (1). L'approche gagne en neutralité. Il s'agit, aussi bien en droit de la concurrence qu'en droit de la libre circulation, de permettre un accès efficace au marché (2).

¹⁶ CJUE *Cipolla*, note 1, point 48.

¹⁷ CJUE *Cipolla*, note 1, point 58 : « Or, l'interdiction de déroger, par convention, aux honoraires minimaux fixés par le tarif, telle que celle prévue par la législation italienne, est de nature à rendre plus difficile l'accès des avocats établis dans un État membre autre que la République italienne au marché des prestations juridiques italien et, dès lors, est propre à restreindre l'exercice de leurs activités de prestation de services dans ce dernier État membre. Partant, cette interdiction s'analyse comme une restriction au sens de l'article 49 CE ». Pt 59 : « en effet, ladite interdiction prive les avocats établis dans un État membre autre que la République italienne de la possibilité de livrer, par la demande d'honoraires inférieurs à ceux fixés par le tarif, une concurrence plus efficace aux avocats installés de façon stable dans l'État membre concerné et disposant, de ce fait, de plus grandes facilités que les avocats établis à l'étranger pour s'attacher une clientèle (voir, par analogie, arrêt *CaixaBank*, point 13) ».

¹⁸ Voir CJUE, *Commission c/ Italie*, C-518/06, note 1, point 70 : « En ce qu'elle entraîne des adaptations et des coûts d'une telle envergure pour lesdites entreprises, l'obligation de contracter rend moins attrayant l'accès au marché italien et, en cas d'accès à ce marché, réduit la capacité des entreprises concernées de livrer d'emblée une concurrence efficace aux entreprises traditionnellement implantées en Italie (voir, en ce sens, CJUE, *CaixaBank France*, note 1, points 13 et 14).

1. L'abandon de l'interprétation en termes de protection de l'accès au marché

Le droit du marché intérieur a d'abord suivi une politique de protection de l'accès au marché. Ce constat peut être énoncé aussi bien en matière de droit de la concurrence qu'en droit de la libre circulation.

D'une part, en droit de la concurrence, on protège traditionnellement l'accès du concurrent au marché. Le développement de la concurrence effective est assuré par l'entrée d'un plus grand nombre de concurrents sur le marché. L'ensemble des influences théoriques qui ont façonné le droit communautaire de la concurrence, à savoir les théories structuraliste, ordo-libérale et intégrationniste, ont en effet comme point commun de protéger l'accès du concurrent au marché, sans que l'impact de la pratique litigieuse sur le marché ne soit envisagé avec précision.

Pour ce qui concerne en premier lieu l'influence de la théorie structuraliste, l'abus de position dominante est par exemple constitué dans l'arrêt *ICI* par la volonté de Commercial Solvents Corporation d'éliminer la concurrence sur le marché aval¹⁹. Pour ce qui concerne la théorie ordo-libérale, l'affectation de la liberté des concurrents d'accéder au marché est assez évidente dans le cas de hausses de prix qui résultent de pratiques concertées. Ainsi, un comportement parallèle de producteurs est condamné lorsqu'il leur permet non seulement de rechercher « un équilibre de prix à un niveau différent de celui qui aurait résulté de la concurrence », mais aussi de « cristallis[er] de[s] situations acquises au détriment de la liberté effective de circulation des produits dans le marché commun et du libre choix par les consommateurs de leurs fournisseurs »²⁰. Pour ce qui concerne en outre les arrêts qui sont principalement influencés par la théorie intégrationniste, la Cour de justice juge par exemple, « qu'un accord a un objet restrictif au sens de l'article 81 CE s'il manifeste clairement la volonté de traiter les ventes à l'exportation de manière moins favorable que les ventes nationales et conduit ainsi à un cloisonnement du marché en cause »²¹. Ces approches visent *grosso modo* à favoriser l'accès de concurrents au marché, sans que les effets de la pratique litigieuse sur l'efficacité de la concurrence ne soient évalués avec précision.

¹⁹ CJUE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c/ Commission* (ci-après *ICI*), 6 et 7-73, Rec. 1974, p. 223, point 25.

²⁰ CJUE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries c/ Commission (Matières colorantes)*, 48-69, Rec. 1972, p. 619.

²¹ CJUE, 6 avril 2006, *General Motors BV c/ Commission*, C-551/03 P, Rec. 2006, p. I-3173, points 64 à 67, point 67.

D'autre part, en droit de la libre circulation, on protège traditionnellement l'accès du circulant au marché, indépendamment de l'exercice des conditions de concurrence sur le marché. À cet égard, l'arrêt *Keck et Mithouard* a favorisé l'utilisation du critère de l'accès au marché, sans que les conditions de la concurrence sur celui-ci soient examinées avec précision²². L'arrêt *Pfeiffer* témoigne aussi de cette protection explicite du circulant, sans examen réel du marché, alors qu'il est question de savoir comment l'accès à celui-ci est gêné. La réglementation en cause oblige l'entreprise allemande et sa filiale autrichienne à « aménager de façon différente la présentation de leurs exploitations en fonction du lieu d'établissement », ce qui gêne « la mise en œuvre (...) d'un concept publicitaire uniforme au niveau communautaire »²³. L'entrave ne réside pas dans l'existence de la réglementation elle-même ; seule son application est « désavantageuse »²⁴ pour les sociétés qui ne sont pas établies dans l'État membre. L'arrêt *Pfeiffer* montre ainsi la nécessité de canaliser l'interprétation de la notion de restriction à la liberté d'établissement en fonction d'un critère précis, puisque l'application d'une réglementation nationale différente a nécessairement tendance à gêner davantage les sociétés qui ne sont pas établies dans l'État membre mais dont elles cherchent à pénétrer le marché. L'analyse de la concurrence, c'est-à-dire des échanges sur le marché, vient donc éclairer la qualification de l'entrave.

2. L'interprétation en termes d'accès efficace au marché

Les règles pertinentes en droit communautaire de la concurrence semblent aujourd'hui interprétées de la manière suivante : l'accès d'un concurrent en particulier au marché n'est pas protégé. L'accès est protégé seulement en tant qu'il permet d'intensifier la concurrence, indépendamment de l'auteur de l'accès. L'important est de s'assurer que le marché soit perméable à la concurrence, entendue comme l'accès et le maintien d'opérateurs efficaces sur le marché²⁵.

Cette évolution concerne aussi le droit de la libre circulation. L'interprétation en termes d'accès efficace signifie qu'on ne s'intéresse plus seulement à l'accès de l'opérateur qui fait usage d'une liberté de circulation au marché, mais aussi à la

²² CJUE, 24 novembre 1993, *Proc. pén. c/ B. Keck et D. Mithouard*, C-267 et C-268/91, Rec. 1993, p. I-6097, point 17.

²³ CJUE, 11 mai 1999, *Pfeiffer Großhandel c/ Löwa Warenhandel GmbH*, C-255/97, Rec. 1999, p. I-2835, point 20.

²⁴ *Ibid.*, point 19.

²⁵ Pour ce qui concerne l'article 81 TCE, voir par ex. TPI, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods c/ Commission*, T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, point 93. Pour ce qui concerne l'article 82 TCE, voir TPI, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, sp. points 229, 356, 376 et 658.

concurrence qui s'exerce sur le marché. En effet, l'accès n'est rentable que si l'opérateur qui entre sur le marché réussit à tirer profit des échanges sur le marché. Il revient alors au juge de préserver les conditions permettant aux opérateurs économiques de se livrer une concurrence efficace, en qualifiant de restriction au sens du Traité les réglementations qui y portent atteinte. Par exemple, en matière de libre circulation des marchandises, une réglementation qui « a pour effet de restreindre la capacité concurrentielle des importateurs autrichiens, ceux-ci ne pouvant agir librement sur leur marché » constitue une restriction à la libre circulation des marchandises²⁶.

Cela ressort aussi de ce passage des conclusions BOT présentées pour l'arrêt *Dermaestética*, à la suite d'une référence aux arrêts qui initient l'interprétation en termes de concurrence efficace :

« Ce sont (...) leurs effets sur l'accès au marché qui permettent de qualifier ces mesures de « restrictions » au sens des articles 43 CE et 49 CE. Lesdites mesures constituent des restrictions aux libertés de circulation parce que, en entravant l'accès de nouveaux opérateurs au marché en cause, elles constituent objectivement des barrières aux libertés de circulation. Des mesures qui interdisent ou qui rendent plus difficile l'accès au marché de nouveaux opérateurs économiques figent le marché concerné dans son état actuel et sont donc, par nature, contraires aux libertés de circulation et à la concurrence, sur lesquelles se fonde le marché commun »²⁷.

Ainsi, on s'intéresse à l'accès de « nouveaux opérateurs » au marché, que ces opérateurs fassent ou non usage d'une liberté de circulation. Autrement dit, les nouveaux opérateurs constituent des concurrents potentiels, mais pas seulement des utilisateurs d'une liberté de circulation. Dès lors, si on met l'accent sur la perméabilité du marché, la liberté de circulation des moyens de production n'est pas une fin en elle-même mais un instrument au service d'une intensification de la concurrence.

On pourrait alors estimer que le principe d'intégration des marchés, assuré par une circulation libérée des moyens de production, passe au second plan, au profit d'une intensification neutre de la concurrence, quelle que soit la nationalité des opérateurs en cause. Il nous semble préférable de défendre le point de vue selon lequel l'efficacité économique constitue un instrument de la réalisation du marché inté-

²⁶ CJUE, 30 avril 2009, *Fachverband der Buch und Medienwirtschaft c/ LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, C-531/07, n.e.p., point 24.

²⁷ Concl. AG Y. BOT présentées pour l'arrêt CJUE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermaestética SA c/ To Me Group Advertising Media*, C-500/06, n.e.p., point 73.

rieur. C'est en effet ce que révèle l'interprétation communautaire de l'efficacité économique.

II. L'interprétation communautaire de l'efficacité économique

Il s'agit ici d'étudier l'incidence des références à l'efficacité de la concurrence en matière de libre circulation sur la méthode d'interprétation des règles pertinentes du Traité instituant la Communauté européenne (devenu Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). L'utilisation de ce concept semble signifier que la Cour de justice met en œuvre une interprétation communautaire de l'efficacité économique, qui favorise la cohérence du droit du marché intérieur (A). Toutefois, l'objectif d'accomplissement du marché intérieur constitue une limite à l'application du principe de la concurrence efficace. La méthode systématique d'interprétation des traités conduit alors à encadrer les références à l'efficacité économique en droit du marché intérieur (B).

A. La mise en œuvre d'une interprétation communautaire de l'efficacité économique, facteur de cohérence du droit du marché intérieur

Sanctionner les atteintes à une concurrence efficace sur le marché constitue un processus qui favorise l'efficacité économique, c'est-à-dire l'allocation optimale des ressources²⁸. Concrètement, l'interprétation en termes de concurrence efficace empêche de protéger formellement l'accès au marché. Or, en privilégiant une analyse économique précise de l'échange, cette approche voit la fonction interprétative du juge valorisée.

Cette idée est à rapprocher du mouvement réaliste tel qu'il a été exposé par Ioannis LIANOS en droit communautaire de la concurrence. Ce mouvement anti-formaliste « insiste sur l'importance de la fonction interprétative du juge, qui doit peser les intérêts en présence et effectuer le bilan de la situation, avant de faire son

²⁸ La concurrence efficace est ici envisagée comme un processus dynamique, qui relativise en particulier la nocivité des barrières à l'entrée et promeut le bien-être des consommateurs. Sur la concurrence en tant que processus, voir par ex. E. COMBE, *Économie et Politique de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 53 et s., qui oppose « la vision statique de la concurrence » qui caractérise l'approche structuraliste, à « la promotion de l'efficacité », sous l'influence de l'École de Chicago.

choix »²⁹. La démarche est alors pragmatique. Le raisonnement *a priori* est exclu, l'approche inductive est privilégiée³⁰. Le raisonnement devient dialectique. Même si l'approche pragmatique n'est pas exempte de critiques³¹, elle semble répondre convenablement à la diversité des situations économiques qui sont difficilement saisissables « en droit ».

En matière de libre circulation, le pragmatisme avec lequel une restriction au sens du Traité doit être identifiée implique, comme l'indique notamment le passage précité des conclusions précitées de M. Yves BOT, de privilégier une analyse des effets de la règle litigieuse sur le marché. L'analyse des échanges doit permettre de déterminer dans quelle mesure une réglementation litigieuse fausse le jeu de la concurrence à l'avantage des opérateurs nationaux. Il semble alors essentiel de procéder, à l'image de la délimitation du marché pertinent en matière de droit de la concurrence, à une identification précise des produits ou des opérateurs en présence avant de caractériser une restriction publique à l'accès au marché au sens du Traité. Le juge pourrait alors examiner, sur une base solide, dans quelle mesure la réglementation litigieuse affecte non seulement l'offre, mais également la demande sur le marché³². Ainsi, l'interprétation du juge de l'atteinte portée à la liberté de circuler entre les États membres ne se détacherait pas de l'objectif premier d'un opérateur économique, qui consiste à tirer profit de l'échange sur le marché, en entrant en concurrence avec les opérateurs établis.

L'efficacité économique fait alors l'objet d'une interprétation communautaire, qui favorise la convergence des droits de la libre circulation et de la concurrence par le biais d'une analyse en termes de concurrence efficace : le marché est identifié préalablement, les échanges sont protégés d'une manière telle que le marché est perméable à la concurrence, quels que soient les opérateurs en cause.

En outre, l'objectif d'allocation efficace des ressources, qui est intrinsèquement lié à la protection d'une concurrence efficace sur le marché, est implicitement poursuivi en droit de la libre circulation³³. Dès lors, l'interprétation communautaire de la

²⁹ I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence*, op.cit., note 7, pp. 58 et 59.

³⁰ En ce sens, *ibid.*, p. 91

³¹ *Ibid.*, p. 96 : « [elle] peut limiter la sécurité juridique dans le sens que la certitude de la règle de droit, la prévisibilité des solutions et la cohérence de l'application du droit de la concurrence peuvent être mises en cause ». Toutefois, l'auteur se réfère à l'usage des lignes directrices (p. 98) qui sont facteurs de sécurité juridique.

³² La Cour de justice procède d'ores et déjà, notamment dans les arrêts précités notes 12 et 13, à une analyse du côté de l'offre et du côté de la demande. Cependant, l'identification des opérateurs ou produits en présence est parfois lapidaire.

³³ Selon N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, p. 11, p. 26, « en ouvrant les

concurrence efficace serait facteur de cohérence du droit du marché intérieur, en ce que le droit de la concurrence et le droit de la libre circulation participeraient ensemble à une allocation optimale des ressources dans cet espace.

On note que les marchés nouvellement ouverts à la concurrence participent progressivement de la même logique. Par exemple, le Tribunal de première instance prend en compte dans l'affaire *O2* les effets positifs de l'accord litigieux dans le cadre de l'article 81 §1 du TCE pour dénier à l'accord sa contrariété avec cet article. Le Tribunal conteste l'analyse de la Commission en ce qu'elle n'a pu « valablement apprécier dans quelle mesure l'accord était nécessaire à *O2* pour pénétrer le marché des télécommunications mobiles 3G »³⁴. Par ailleurs, dans l'affaire *Deutsche Telekom*, même si les marchés des télécommunications sont ouverts sans restriction d'après la réglementation applicable, seuls les opérateurs économiques aussi efficaces (ou plus efficaces) que l'opérateur historique peuvent accéder au marché³⁵.

L'ensemble du marché intérieur est donc régulé en fonction de considérations qui ont trait à l'amélioration de l'efficacité économique. Toutefois, l'objectif de

frontières, il s'agit d'assurer une meilleure allocation des ressources, d'une part en soumettant les entreprises établies dans un État membre à la concurrence et d'autre part en leur permettant d'atteindre une taille optimale en réalisant des économies d'échelle ». La définition de l'accès au marché proposée par P. CRAIG et G. de BÚRCA, *EU Law*, 3^e éd., Oxford, 2003, p. 656, intègre cet objectif. Selon J. RUEFF, « La Cour et l'économie politique », op.cit., note 8, p. 16 (cité in L. AZOULAI, « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire », in *L'ordre concurrentiel - MéL. A. Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 277, sp. 280), le traité « assigne pour but à la Communauté l'établissement de conditions assurant par elles-mêmes la répartition rationnelle de la production au niveau le plus élevé ». Voir aussi G. SCHRANS, « The instrumentality and the morality of European economic law », *MéL. W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972, t. 2, p. 383, sp. 385-386, l'allocation optimale des ressources constituant selon cet auteur l'objectif de la libéralisation des échanges. Aussi pertinent soit-il, cet angle d'approche n'est, sauf erreur de notre part, pas explicitement relayé par la jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine de la libre circulation.

³⁴ TPI, 2 mai 2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c/ Commission*, T-328/03, Rec. 2006, p. II-1231, point 77.

³⁵ TPI, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, T-271/03, Rec. 2008, p. II-477 (pourvoi en cours), point 237 : « si les prix de détail de la requérante sont inférieurs aux tarifs de ses prestations intermédiaires ou si l'écart entre les tarifs des prestations intermédiaires et les tarifs de détail de la requérante est insuffisant pour permettre à un opérateur aussi efficace qu'elle de couvrir ses coûts spécifiques pour la fourniture de services d'accès aux abonnés, un concurrent potentiel aussi efficace que la requérante ne pourrait entrer sur le marché des services d'accès aux abonnés qu'en subissant des pertes ». A.-L. SIBONY, in « Note sous le jugement *Deutsche Telekom* », *Concurrences*, No 2, 2008, p. 112, sp. 113, remarque l'utilisation du « critère du concurrent aussi performant ». Ce critère est mis en avant comme critère transversal de qualification des pratiques d'éviction.

l'accomplissement du marché européen fixe les limites de cette nouvelle forme d'interprétation.

B. Les limites apportées à l'interprétation en termes d'efficacité économique par l'objectif d'accomplissement du marché intérieur

L'efficacité économique fait l'objet d'une interprétation communautaire, cette interprétation participant de l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur. Il semble alors acquis qu'un État membre ne peut porter atteinte, notamment par le biais de l'adoption d'une réglementation, à la concurrence efficace sur le marché national. Il en va de même pour le pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics : il doit poser les bases d'une concurrence efficace en amont de la signature d'un marché public³⁶. Toutefois, l'objectif de l'accomplissement du marché intérieur constitue une limite juridique, fût-elle difficilement saisissable et idéaliste, au développement irraisonné de considérations relatives à l'efficacité économique.

En particulier, il n'est pas possible, selon une jurisprudence constante, de justifier une mesure nationale restrictive de la libre circulation par des objectifs purement économiques³⁷. Cependant, les entreprises mises en cause en droit de la concurrence ont la possibilité d'avancer que leur comportement produit des gains d'efficacité. Ceux-ci peuvent contrebalancer notamment le préjudice causé aux consommateurs par une pratique litigieuse³⁸.

De même, il ne semble pas possible de justifier une protection nationale temporaire du marché par un objectif d'intensification de la concurrence efficace. Cependant, la protection territoriale du marché est possible en matière d'accords de distribution exclusive : dans le cas d'essais commerciaux mis en place sur un territoire limité, un accord peut interdire pendant un an non seulement les ventes actives mais

³⁶ Arrêt *SECAP Spa*, préc. note 2, pt 28.

³⁷ Voir, par ex., en libre circulation des marchandises, CJUE, 25 octobre 2001, *Commission c/ Grèce*, C-398/98, Rec. 2001, p. I-7915, point 30 : « des arguments d'ordre économique (...) ne peuvent en aucun cas servir de justification à une restriction quantitative au sens de l'article [28] du traité ».

³⁸ Pour l'article 81 TCE, voir not. TPI, 2 mai 2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c/ Commission*, note 34, point 79. Pour l'article 82, voir not. TPI, 17 décembre 2003, *British Airways plc c/ Commission*, T-219/99, Rec. 2003, p. II-5917, point 280 ; TPI, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, not. points 1092 et s., 1097 et s. et 1161. Cela est également pertinent en matière de concentrations : voir le règlement n° 139/2004/CE du Conseil du 20.1.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1, considérant 29.

également les ventes passives³⁹. Ainsi, arguer de l'efficacité économique d'une mesure nationale ne peut conduire à la protection d'un marché national, alors que l'équivalent existe en droit de la concurrence. Dès lors, l'objectif d'accomplissement du marché intérieur limite l'opportunité d'arguer de l'efficacité économique d'une mesure nationale au moment de justifier une mesure restrictive de la libre circulation.

L'interprétation des dispositions du Traité relatives au droit de la libre circulation est alors fortement influencée par la nécessité d'un développement concurrentiel des échanges dans le marché intérieur. Toutefois, cette métamorphose comporte des limites juridiques qui encadrent le principe d'une concurrence efficace sur le marché. Néanmoins, la nouveauté de la matière pourrait aussi conduire à une modification de certains principes solidement ancrés dans la jurisprudence. On peut en effet se demander dans quelle mesure un État membre pourrait justifier une restriction apportée à la liberté économique par l'objectif d'améliorer l'efficacité économique de la concurrence sur le marché, puisque la Cour de justice procède d'ores et déjà à une analyse du marché au moment d'apprécier la proportionnalité d'une exigence impérative d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte portée à la libre circulation⁴⁰. L'efficacité économique est en effet d'intérêt général⁴¹...

³⁹ Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, JO C 291, 13.10.2000, p. 1-44, § 119 : « Lorsqu'un nouveau produit fait l'objet d'essais commerciaux sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space e limitée, les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché test peuvent être soumis à une restriction de leurs ventes actives en dehors du marché test pendant un délai maximal d'un an, sans que cela constitue une restriction contraire à l'article 81, paragraphe 1 ».

⁴⁰ Voir en particulier l'arrêt *CaixaBank*, note 1, point 22 et l'arrêt *Cipolla*, note 1, point 68.

⁴¹ Selon Laurence IDOT, par ex., in « L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JTDE*, 10.2007, p. 225, sp. 230 : « le droit de la concurrence (...) s'intéresse avant tout au bon fonctionnement des marchés dans l'intérêt de la collectivité pour le bien-être collectif ».