



Master

2003

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les particuliers et l'ordre juridique communautaire : l'égalité de traitement
entre les hommes et les femmes

Hagner, Frédérique

How to cite

HAGNER, Frédérique. Les particuliers et l'ordre juridique communautaire : l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Master, 2003.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:20306>

Frédérique Hagner

Les particuliers et l'ordre
juridique communautaire :
l'égalité de traitement entre
les hommes et les femmes

eurypa

Institut européen de l'Université de Genève

Le catalogue général
des publications est disponible
sur le site de l'Institut européen:

www.unige.ch/ieug

Publications **eurypa**

Institut européen de l'Université de Genève
2, rue Jean-Daniel Colladon • CH-1204 Genève

Télécopie/fax +41 22 –705 78 52
E-mail: **rene.schwok@politic.unige.ch**

eurypa vol. 20-2003
ISBN 2-940174-20-2
ISSN 1421-6817

© Institut européen de l'Université de Genève
Avril 2003

Table des matières

Introduction	1
---------------------	----------

PREMIERE PARTIE

Les particuliers sujets du droit communautaire

<i>Selon le traité</i>	3
Définition de la notion de particuliers	3
Les particuliers destinataires de droits et obligations	6
La protection juridictionnelle des particuliers	19
Une participation à l'élaboration des normes ?	44
 <i>La construction prétorienne de la CJCE</i>	57
L'effet direct	58
La primauté	67
Les droits fondamentaux	74
La constitutionnalisation du traité CE	79
La protection juridictionnelle à travers les trois générations de jurisprudence	82

DEUXIEME PARTIE

Les particuliers et les théories politiques de l'intégration juridique communautaire

<i>L'apport de la science politique à cette étude</i>	87
<i>Le légalisme</i>	88

<i>Le néo-réalisme</i>	91
<i>Le néo-fonctionnalisme</i>	95

TROISIEME PARTIE

Un exemple – l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en droit communautaire

<i>Du Traité de Rome au Traité d'Amsterdam</i>	106
L'égalité de rémunération	106
L'égalité de traitement	112
Les autres développements	116
<i>Les développements jurisprudentiels</i>	121
Le principe de l'effet direct	122
L'interprétation extensive de certaines notions	129
L'interprétation restrictive des dérogations	139
Le développement d'une protection juridictionnelle efficace	145
<i>Conclusions sur le développement du principe d'égalité de traitement</i>	148
<i>Le rôle des particuliers dans cette évolution</i>	152
Le développement jurisprudentiel	153
Le développement normatif	160
Conclusion	179
Bibliographie	173

Introduction

La position des particuliers en droit international a énormément évolué depuis le début du XX^{ème} siècle. De simples objets du droit international, il semble que ceux-ci se soient rapprochés de la position de sujets du droit international. L'ordre juridique communautaire, rattaché à l'ordre international par l'origine de sa charte constitutionnelle, participe à ce développement de la subjectivité individuelle en-dehors du cadre juridique national: il a pour sujets les Etats membres et leurs ressortissants selon les affirmations répétées de la Cour de justice des Communautés européennes. C'est cette affirmation de la subjectivité des particuliers dans l'ordre juridique communautaire qui est à la base de ce mémoire: qu'est-ce que la Cour entend par la notion de sujet de droit? Il existe en effet une vaste littérature à ce sujet en droit international, et les approches sont parfois contradictoires. En quoi la position des particuliers est-elle différente de celle qu'ils occupent en droit international en général? Quels sont les bénéfices qu'ils retirent de cette situation? C'est à ces questions générales que ce mémoire va tenter de répondre.

L'approche choisie afin de répondre à ces questions est double: juridique et politique. Juridique, car il s'agit de déterminer quelles sont les possibilités que l'ordre juridique communautaire, de par sa spécificité, offre aux particuliers. Politique, car cette approche permet de replacer le droit dans son environnement général et de prendre en considération des facteurs de contrainte et des comportements que la logique juridique omet parfois. A travers ces deux approches, nous devrions parvenir à dresser une bonne représentation de la position des particuliers dans l'ordre juridique communautaire.

La première partie traite de la subjectivité des particuliers en droit communautaire. Sont-ils sujets de droit? Quel est le contenu de cette subjectivité? La réponse à ces questions sera basée sur les traités de la Communauté européenne (CE) et de l'Union européenne (UE) et sur la jurisprudence de la Cour de justice des

Communautés européennes (CJCE). Après avoir étudié quels sont les droits attribués par le traité CE et la protection juridictionnelle des particuliers, je vais tenter de démontrer que le particulier peut participer à l'élaboration des normes, d'une manière qui semble restreinte, mais qui a déjà énormément évolué depuis le Traité de Rome.

La seconde partie aborde la problématique des particuliers d'un point de vue politique: quel rôle ont-ils dans la construction de l'ordre juridique? Selon les différentes approches, j'en ai sélectionné trois qui me semblent représentatives des différentes vues sur la question, un rôle plus ou moins important semble être reconnu aux particuliers pour le développement de l'ordre juridique communautaire.

Finalement, la troisième partie constitue un exemple concret des développements des deux premières parties: l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes au niveau communautaire. Ce domaine fait partie du champ plus large de la politique sociale de la Communauté. Il est spécifique parmi les questions sociales habituelles : d'une part, il a d'énormes implications économiques, notamment en matière de concurrence et de finances publiques, et d'autre part, il est présent dans le traité CE depuis son origine. L'idée est d'observer quels ont été les développements, et sous quelles conditions, quels en étaient les acteurs, tout en gardant un œil critique sur la substance de ces développements et le résultat dans la vie quotidienne des particuliers dans la Communauté.

PREMIERE PARTIE

Les particuliers sujets du droit communautaire

Ce chapitre est divisé en deux sections: la première section aborde la problématique selon une approche basée sur le traité CE principalement ainsi que le traité sur l'Union européenne. La seconde section se concentre sur les développements majeurs de la Cour de justice qui ont permis une nette amélioration de la position des particuliers au sein de l'ordre juridique communautaire.

Selon le traité CE

Définition de la notion de particuliers

J'emploie le terme de particuliers dans ce travail afin d'inclure non seulement les individus, mais aussi toutes les personnes que l'on appelle en droit des *personnes privées*, par opposition à personnes publiques, ces dernières relevant de l'Etat. Cependant, il me faut encore clarifier ce terme. L'approche du droit communautaire par le biais des particuliers est plutôt complexe: il est très difficile de fournir une définition générale qui puisse couvrir toutes les personnes concernées. Tout d'abord, ce concept varie selon les traités: le traité CE prend en compte la plus large catégorie de personnes privées et c'est principalement sur celui-ci que repose cette étude. Ensuite, les personnes qui sont bénéficiaires de droits et obligations selon le traité CE ne sont pas définies de la même manière que celles qui bénéficient d'un droit d'action devant la Cour de justice: d'une part, le traité mentionne, entre autres, les travailleurs (articles 39-42 par exemple), les entreprises (articles 81 à 86) et d'autre part, dans les voies de recours, il est fait mention

des "personnes physiques et morales" sans plus de précision.¹ En ce qui concerne les entreprises, la définition d'entreprises privées est d'aucune aide, puisque certaines entreprises étatiques sont considérées, selon les cas, comme des entreprises privées par le traité CE, ce qui rend les frontières de la définition encore plus floues. Il faut aussi mentionner que la Communauté européenne est une organisation d'intégration, et que par conséquent elle est en constant développement: on peut donc envisager que la catégorie des personnes privées mentionnées puisse s'élargir au fur et à mesure des nouveaux développements. C'est d'ailleurs déjà le cas avec, par exemple, la notion de citoyen. Le seul point commun que l'on peut relever entre toutes ces catégories de personnes est qu'elles ont toutes un statut distinct, que ce soit dans le domaine de l'attribution de droits ou dans leur accès à la Cour, de celui des Etats membres et des institutions communautaires. C'est finalement la seule justification que l'on peut trouver pour toutes les regrouper sous le terme de particuliers.

Le traité CEE est différent des traités CECA et Euratom en ce sens qu'il ne concerne pas un champ d'activités aussi spécifiques telle la production de charbon et d'acier ou l'énergie atomique, mais le domaine plus étendu des relations économiques en général. C'est pourquoi le concept de particuliers devrait, en principe, être compris de la façon la plus large possible, afin d'inclure toutes les personnes susceptibles d'entrer dans ce vaste champ d'activité, à moins que le traité n'en spécifie autrement. Que ce soit les producteurs agricoles, les travailleurs salariés ou indépendants, les entreprises privées ou publiques, les transporteurs, certaines associations, etc., tous sont de près ou de loin concernés par le droit communautaire. Suivant le domaine abordé, le cercle des personnes concernées se restreint: par exemple, à l'origine, le domaine de la libre-circulation des personnes était réservé aux travailleurs ayant la nationalité d'un Etat membre; mais dans le domaine de la sécurité sociale, les réfugiés ou les apatrides résidant sur le territoire d'un Etat membre ainsi que les membres de la

¹ Toth, A., *Legal protection of individuals in the European Communities*, vol. I, 1978, p. 99

famille d'un travailleur sont aussi admis parmi les bénéficiaires des règles communautaires correspondantes. Dans la définition de l'entreprise en matière de concurrence, c'est la notion économique plutôt que juridique qui l'emporte: il n'est pas nécessaire d'être enregistré dans un Etat membre ou d'avoir une administration centrale dans un Etat membre.² Dans le traité CE, nous retrouvons les particuliers en tant qu'acteurs économiques: O'Keeffe y constate une déconstruction de l'individu, basée sur une approche fonctionnaliste de la construction européenne.³ L'idée, en 1957, étant de créer une organisation d'intégration économique, seul l'individu en tant que facteur de production est pris en considération dans un premier temps. Les autres qualités de l'individu n'entrent pas dans le champ d'une telle organisation. Cependant, la jurisprudence de la Cour et les amendements successifs des traités vont reconstruire d'une certaine manière cet individu, au-delà du champ purement économique, ou du moins, dans une interprétation large de la sphère économique.

Les particuliers sont-ils sujets de droit communautaire? Nous avons déjà mentionné que la Cour de Justice avait défini la nature spécifique de l'ordre juridique communautaire en insistant notamment sur la subjectivité des ressortissants des Etats membres aux côtés des Etats et des institutions communautaires.⁴ Mais il importe de spécifier les critères retenus pour une telle subjectivité, la question étant controversée en droit international: je vais donc tout d'abord étudier la problématique des particuliers en tant que destinataires de droits et obligations; puis, la problématique de la justiciabilité de ces droits par les particuliers eux-mêmes; et

² CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Cy Inc./ Commission*, aff. 6/72, rec. 1972, p. 215 (§16)

³ O'Keeffe, D., "General Course in European Community Law: The Individual and European Law", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, book I, 1994, p.62.

⁴ Voir les affaires *Van Gend En Loos*, CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, rec. p. 1, et 15 juillet 1964, *Flaminio Costa/ ENEL*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141

finalement, un aperçu de la place qui leur est faite dans le processus d'élaboration des normes communautaires.

Les particuliers destinataires de droits et obligations

La Cour permanente de justice internationale, dans son avis sur la *Ville Libre de Dantzig*, a déclaré que les traités pouvaient conférer des droits aux particuliers si les parties en avaient décidé ainsi: l'intention des parties devait être déduite de la teneur de l'accord et du texte lui-même. Qu'en est-il du traité CE? Selon Dehousse, le traité de Rome est un traité cadre qui pose des objectifs généraux et un cadre institutionnel qui doit générer les politiques qui réaliseront ces objectifs:⁵ peut-on affirmer qu'un traité-cadre accorde des droits aux particuliers ou les particuliers sont-ils seulement les bénéficiaires indirects des obligations des Etats membres en vertu du traité CE? De fait, beaucoup de dispositions du traité CE sont de nature générale et nécessitent l'adoption de mesures supplémentaires afin de les mettre en œuvre. Ceci est expressément mentionné dans le traité CE par certains articles, complétant une règle énoncée dans un article précédent, qui disposent : "le Conseil, statuant [...] par voie de directives ou de règlements, arrête les mesures nécessaires en vue de réaliser [...]"⁶. Il faut ensuite s'interroger sur les effets du droit dérivé vis-à-vis des particuliers: s'agit-il de droits accordés ou d'obligations à charge des Etats (ou les deux)? Le Traité de Rome ne mentionne pas explicitement si les particuliers bénéficient directement ou non des droits qui les concernent. Ses dispositions mentionnent des droits qui doivent

⁵ Dehousse, R., *The European Court of Justice: the politics of judicial integration*, (The European Union Series), New York, St Martin's Press, 1998, p. 72

⁶ Par exemple, l'article 39 TCE sur la mise en oeuvre de la libre circulation des travailleurs, l'article 42 TCE, article 44 et 47 TCE, article 52 TCE, article 61 TCE, article 71 TCE, etc.

bénéficier à certaines catégories de personnes, principalement les acteurs économiques.

La libre circulation des marchandises, celle des capitaux et des paiements bénéficient surtout aux entreprises: à la fin de la période transitoire, aucune taxe, quota ou mesure d'effet équivalent ne doit faire obstacle au commerce des marchandises; les impositions intérieures discriminatoires sont aussi interdites (article 90 TCE). D'autres mesures concernent directement les entreprises, notamment la réglementation de la concurrence. Selon les articles 81 TCE et suivants, les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui risquent de fausser le jeu de la concurrence sont interdits. Le comportement des entreprises est donc soumis à certaines obligations, qui à l'époque du traité de Rome, n'existaient pas dans tous les pays de la Communauté. Le droit de la concurrence, comme l'interdiction des taxes et mesures d'effet équivalent, devrait aussi bénéficier aux consommateurs en général, une plus grande compétition entre les entreprises conduisant généralement à une baisse des prix. Cependant, le traité de Rome, en dehors d'une éventuelle relation indirecte entre le droit de la concurrence et les consommateurs, ne mentionnait pas la protection des consommateurs: depuis 1975, il existe pourtant des plans et des programmes d'action qui définissent progressivement une politique de protection du consommateur.⁷ La Commission a aussi mis en place un service spécialisé à ce sujet en 1989. Ces programmes ont prélué l'introduction d'un nouveau titre dans le traité de Maastricht et défini la protection de trois droits basiques, que l'on retrouve à l'article 153 TCE (ex-article 129A): droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

⁷ Résolution du Conseil du 14 avril 1975 relative au premier programme sur la protection des consommateurs et la politique d'information, JO C 92/1 du 25.04.1975; Résolution du Conseil du 9 mai 1981 relative au deuxième programme, JO C 133/1 du 3.06.1981, résolution du Conseil du 9 novembre 1989 on future priorities for relaunching consumer protection policy, JO C 294/1 du 22.11.1989, etc.

En ce qui concerne la libre circulation des personnes, elle devait surtout bénéficier, dans un premier temps, aux travailleurs, qu'ils soient salariés ou indépendants, et aux prestataires de services. L'idée était de permettre une réallocation optimale des facteurs de production. L'article 39 al. 3 dispose que la libre circulation des travailleurs :

"Comporte *le droit*⁸ sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique:

- a) de répondre à des emplois effectivement offerts
- b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres
- c) de séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux
- d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un Etat membre, après y avoir occupé un emploi."

On constate donc l'idée d'attribution d'un droit à travers l'article 39 al. 3, cependant il est aussi prévu que la libre circulation des travailleurs se réalise progressivement, le Conseil statuant par voie de directives et de règlements (article 40): le Conseil a adopté les premières dispositions en 1961, qui prévoyaient encore une protection de la main d'œuvre nationale, mais qui allégeaient déjà certaines formalités relatives à l'entrée et au séjour des travailleurs ressortissants communautaires. En 1964, on assiste au début de l'existence d'un marché commun de l'emploi. Le travailleur peut être accompagné de sa famille, sous certaines conditions. Finalement, le 1er juillet 1968, le régime définitif de la libre circulation des travailleurs est mis en place, selon deux principes dominants: la liberté de circulation et l'égalité de traitement. La libre circulation devient un droit fondamental des travailleurs et de leur famille. Les ressortissants se voient reconnaître le droit d'exercer l'activité de leur choix en tout endroit de la Communauté, qu'il s'agisse d'une activité permanente ou non, de s'engager au

⁸ C'est nous qui soulignons.

service d'un employeur de l'Etat d'accueil ou d'y effectuer une prestation de services pour l'employeur de son Etat d'origine. Les professions libérales font pourtant toujours face à certains obstacles, qui seront surmontés par les développements jurisprudentiels de la Cour de justice.⁹ Cependant, cette liberté de circulation est étroitement liée à l'exercice d'une activité économique. Grâce notamment à la jurisprudence de la Cour de justice et à la consolidation de celle-ci par les directives du Conseil, cette libre-circulation sera développée pour inclure un cercle plus large d'individus: la famille du travailleur, les étudiants, les retraités. En 1990, le Conseil a étendu, par voie de directives, le droit de séjour aux personnes qui n'exercent pas une activité économique, à condition qu'elles disposent de ressources suffisantes et d'une couverture sociale.¹⁰

Les politiques communes prennent en considération les acteurs économiques concernés: on peut notamment souligner, dans le cadre de la politique agricole commune (PAC), la protection de la population agricole (niveau de vie équitable), celles des consommateurs (prix raisonnables, non-discrimination).¹¹ Ou encore la protection des transporteurs dans le cadre de la politique des transports.¹²

Un domaine qui affecte spécifiquement les particuliers est celui du droit social. A l'origine, ce sont surtout les articles, (anciennement) 117-122 TCEE qui formaient la base de la politique sociale européenne, sans oublier le fonds social européen. Ces dispositions prévoyaient l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, l'équivalence des régimes des congés payés, l'amélioration des conditions de vie et de travail tandis que le fonds social européen devait servir à la formation professionnelle pour stimuler la mobilité des travailleurs.¹³ Plus tard, l'Acte Unique

⁹ Notamment: CJCE, 21 juin 1974, *Reyners/Etat belge*, aff. 2/74, rec. 1974, p. 631; CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, rec. 1974, p. 1299

¹⁰ Directives 90/364, 90/365, 90/366 du 28 juin 1990

¹¹ Articles 33 et 34 TCE

¹² Article 72 TCE

¹³ Van Raepenbusch, S., "Les dispositions sociales", *Commentaire*

Européen (AUE) formule un intérêt renouvelé dans le développement de la politique sociale: elle doit dès lors être une part essentielle de la nouvelle Communauté, en favorisant notamment la promotion de la "justice sociale".¹⁴ De nouvelles bases juridiques sont adoptées pour permettre un développement de la législation dérivée communautaire. En 1989 est adoptée une *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*.¹⁵ Avec le Traité de Maastricht, la politique sociale acquiert une légitimité indépendante de la réalisation du marché unique: de nouveaux domaines sont ajoutés, comme l'éducation (article 149), la culture (article 151) et la santé publique (article 152). Le Traité d'Amsterdam va finalement mettre l'emploi au premier plan, en insérant un nouveau titre (VIII) dans le traité CE: l'introduction d'un objectif d'un niveau élevé d'emploi. De plus, il intègre le Protocole no 14 sur la politique sociale, ce qui met fin à l'Europe sociale à deux vitesses. Les articles du titre de la politique sociale sont réécrits: l'article 136 (ex-117) TCE fait une référence explicite à la Charte sociale communautaire de 1989 et à celle du Conseil de l'Europe de 1969. On peut donc relever un grand développement du champ de la politique sociale communautaire.

Le domaine de la protection des droits fondamentaux est essentiel pour les particuliers. A l'origine, le traité de Rome ne contenait pas de dispositions spécifiques à ce sujet: on retrouvait certains droits à travers les quatre libertés de circulation, le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité et l'égalité de

Mégret, 2ème éd., Paris, 1998, p. 22

¹⁴ Préambule de l'AUE

¹⁵ Charte adoptée par les Chefs d'Etat ou de Gouvernement de onze Etats membres lors du Conseil européen de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1989, la délégation du Royaume-Uni a émis une réserve générale. En tant que déclaration, elle ne constitue pas un acte communautaire envisagé par l'article 249 TCE; elle peut cependant être classée comme *soft law*, source d'inspiration pour l'interprétation du droit communautaire. Sa mise en œuvre sera l'œuvre du Programme d'action sociale de la Commission sur la base de dispositions communautaires. Il faut reconnaître un certain succès à cette mise en œuvre, 13 des 21 mesures proposées par la Commission ayant été adoptées.

rémunération entre les hommes et les femmes; le préambule faisait allusion aux sauvegardes de la paix et de la liberté. En effet, le développement de la protection des droits fondamentaux s'est fait à travers la jurisprudence, la Cour se référant aux principes généraux du droit communautaire.¹⁶ Le Traité de Maastricht a introduit un article F §2 TUE qui affirme le respect des droits fondamentaux par l'Union européenne, et fait notamment référence à la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et aux traditions constitutionnelles des Etats membres: bien que l'inclusion dans ce traité permette de couvrir les trois piliers communautaires (et non uniquement le traité CE), la disposition dans le titre I ne donne pas compétence à la Cour de justice pour contrôler ou interpréter la disposition en question. Dans le cadre de la PESC, l'article J.1 prévoyait de développer et consolider les droits de l'homme et une mention des droits fondamentaux était faite aussi à l'article K 2.1 dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. Le traité d'Amsterdam a modifié cette approche des droits fondamentaux dans l'Union européenne: la juridiction de la Cour de justice a été étendue à l'article 6§2 TUE (ex-F§2) en ce qui concerne l'action des institutions et pour autant que la Cour soit compétente selon les traités; de plus la juridiction de la Cour a aussi été étendue au troisième pilier et aux dispositions finales du traité sur l'Union européenne. L'article F§1 TUE dispose que l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit. De plus, l'article 49 TUE érige le respect de ces principes en condition pour adhérer à l'Union.

Le traité d'Amsterdam a aussi apporté des modifications au traité CE dans ce domaine: d'une part, l'article 12 TCE concernant l'interdiction de discrimination en fonction de la nationalité permet aussi au Conseil d'en réglementer les détails; d'autre part, un article 13 TCE est inséré concernant l'attribution au Conseil de la compétence de "prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge

¹⁶ Voir la section sur la construction prétorienne de ce chapitre.

ou l'orientation sexuelle." Cependant cette procédure étant soumise à l'unanimité, un développement semble difficile. Un article concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel est introduit (article 286 TCE), qui prévoit que les actes communautaires applicables en la matière¹⁷ sont également applicables aux institutions et organes communautaires. Le traité d'Amsterdam marque un certain progrès dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Il faut y ajouter l'adoption d'une Charte communautaire des droits fondamentaux: une assemblée composée des représentants des exécutifs nationaux, du Parlement européen et de Parlements nationaux, qui s'est donné le nom de Convention, a établi un projet qui a été adopté lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000.¹⁸ Le projet a été officiellement approuvé par la Convention le 2 octobre 2000: son Préambule dispose que "l'Union [...] place la personne au cœur de son action en instituant une citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice." Ce projet comprend des droits fondamentaux "classiques" et des droits sociaux nouveaux.¹⁹

Le traité de Maastricht a introduit la *citoyenneté européenne*. Il faut tout d'abord souligner le caractère révolutionnaire d'un tel concept: le traité confère la citoyenneté d'une organisation internationale.²⁰ Ce concept communautaire de citoyenneté ne peut être comparé aux concepts nationaux de citoyenneté: il est d'ailleurs préférable de ne pas chercher un modèle, les systèmes nationaux étant issu d'un héritage historique différent, ils ne reflètent pas les mêmes significations. De plus, il ne ressemble en rien au concept de contrat social entre l'Union et les citoyens: il s'agit plutôt d'une relation indirecte, à travers la nationalité des

¹⁷ Directive 69/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JOCE, no L 77, du 27 mars 1996, p.20

¹⁸ Le projet de Charte est à disposition sur internet: europa.eu.int/charter/fr/default/htm (octobre 2000)

¹⁹ La Charte a été signée le 7 décembre 2000 lors du Conseil européen de Nice.

²⁰ O'Keeffe, *op. cit.*, p. 124

ressortissants des Etats membres. Ceci étant confirmé par l'article 17 du traité CE qui dispose que les citoyens de l'Union sont les nationaux des Etats membres.²¹ Il s'agit donc d'un concept *sui generis*, difficile à identifier, et à projeter dans le futur. L'idée d'une citoyenneté, bien que pas nommément reconnue, était en discussion depuis le Sommet de Paris en 1974, où l'on pensait accorder des "droits spéciaux" aux ressortissants de la Communauté économique. Cette citoyenneté, bien que réclamée par quelques groupes d'intérêts, a été imposée aux citoyens en tant que geste politique pour encourager la participation des européens à la Communauté européenne. Certains des droits octroyés aux citoyens par le traité de Maastricht existaient déjà en faveur de certaines catégories de la population communautaire (notamment la liberté de circulation²² et de séjour). D'autres ont été étendus à tout résident d'un des Etats membres, comme par exemple le droit de présenter une pétition au Parlement européen (article 194 TCE) ou au médiateur (article 195 TCE).²³ L'article 17 TCE dispose que "les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité": c'est donc une reconnaissance explicite que les citoyens sont titulaires de droits issus du traité. Ces droits comprennent:

- le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité) (article 18)

²¹ L'acquisition de la nationalité d'un Etat membre reste cependant de la compétence exclusive des Etats, donc soumise à leurs règles nationales en la matière. Certains Etats ont fait une déclaration à ce sujet.

²² La liberté de circulation a été qualifiée de "forme naissante de citoyenneté" en 1968 déjà, par le vice-président de la Commission. (Bulletin des Communautés européennes, vol.1, no 11, 1968, p.5-6).

²³ Ces "résidents" consistent tout de même en 8 à 9 millions de personnes dans la Communauté, qui paient leurs impôts et leur part de sécurité sociale, contribuent au dynamisme du marché commun et sont soumis à certaines règles communautaires sans pourtant pouvoir participer aux procédures de décision. Les migrants de deuxième et troisième génération, nationaux d'états non membres, sont particulièrement concernés par ce problème.

- le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'Etat de résidence et aux élections au Parlement européen (article 19)
- le droit de pétition devant le Parlement européen, de s'adresser au médiateur et d'écrire à toute institution (et recevoir une réponse) (article 21)

En ce qui concerne le droit de vote, il s'agit du droit politique par excellence de la citoyenneté. La possibilité de participation aux élections municipales est une nouveauté pour certains Etats, alors que d'autres l'avaient déjà adopté. Il en va de même pour la participation à l'élection du Parlement européen. Le droit de pétition au Parlement européen, qui existait déjà dans le règlement de procédure du Parlement (articles 128-130) est limité par l'article 194 TCE aux sujets qui relèvent du domaine de la Communauté: les pétitions concernant l'action de l'Union dans les deuxième et troisième piliers ne semblent donc pas recevables.²⁴ Le droit de pétition devant le médiateur est tout à fait nouveau: celui-ci peut recevoir des plaintes concernant des cas de mauvaise administration de la part des institutions, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de première instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Il enquête, de sa propre initiative ou sur plainte, et saisit l'institution concernée s'il constate un cas de mauvaise administration. Il en fait aussi rapport au Parlement européen. Le médiateur n'a pas compétence pour enquêter sur des cas de mauvaise administration par des organes nationaux, même si ces derniers agissent selon ou en violation du droit communautaire. Procédure non juridique, il s'agit pourtant d'un complément utile au système juridictionnel communautaire

Il est aussi prévu une procédure pour développer les droits du citoyen européen, ce qui a permis à certains auteurs de qualifier ce concept de dynamique. Cependant, elle requiert l'unanimité du Conseil sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, ainsi qu'une adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles: on a pu le constater avec le

²⁴ D. O'Keeffe, *op. cit.*, p. 144

traité d'Amsterdam, il va être très difficile de développer les droits des citoyens, la procédure de décision faisant obstacle au dynamisme prévu.

Beaucoup d'encre a coulé à ce sujet, et il en coulera encore beaucoup, pour reprocher la faiblesse des dispositions, notamment en ce qui concerne leur manque d'effet direct selon la jurisprudence constatée jusqu'à ce jour.²⁵ Au niveau communautaire, il semble que le concept soit actuellement gelé, du moins au vu des négociations et résultats du Traité d'Amsterdam: certains Etats, s'opposant farouchement à tout développement substantiel des droits de la citoyenneté, ont soulevé que, de manière générale, les modifications apportées par le traité d'Amsterdam créaient une "Europe des citoyens" à travers ses nouvelles politiques et ses réformes institutionnelles, bien qu'elles ne soient pas introduites dans le chapitre spécifique de la citoyenneté. On peut donc conclure que, bien que ce concept ait été utilisé dans le passé par la Commission et le Parlement européen comme alternative au processus d'intégration européenne, basée sur les citoyens plutôt que sur les Etats, celui-ci reste entièrement dépendant des décisions étatiques. Finalement, cette citoyenneté "complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas" selon la modification apportée par le traité d'Amsterdam. Certains optimistes, comme E. Vogel-Polsky, soulignent qu'il s'agit là de la reconnaissance aux citoyens d'un rôle de protagonistes actifs dans la construction européenne et non plus de simples destinataires des normes communautaires.

Que réservent les deuxième et troisième piliers aux particuliers? En ce qui concerne la PESC (deuxième pilier), l'article 11 TUE mentionne en tant qu'objectifs la sauvegarde des valeurs communes, des intérêts fondamentaux et le respect des droits de l'homme: il y a donc possibilité que ce pilier intéresse les

²⁵ Voir à ce sujet, H. Toner, "Judicial interpretation of European Citizenship", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol.7, no 2, 2000, p. 161-162; ainsi que D. O'Keeffe, *op. cit.*, pp. 134-138. Certains auteurs affirment ainsi la subsidiarité de la citoyenneté européenne par rapport aux autres dispositions du traité qui confèrent des droits, notamment la libre-circulation.

particuliers, bien que certains auteurs négligent cet aspect.²⁶ Certains aspects de la politique étrangère peuvent affecter directement les particuliers: ce serait le cas notamment en cas de décision de sanctions économiques à l'égard d'un Etat tiers – un exportateur ou importateur pourrait voir son entreprise périr à cause de ces mesures. Le deuxième pilier ne semble cependant pas conférer de droit directement aux particuliers. Un développement jurisprudentiel dans ce sens semble de plus exclu, la Cour de justice n'étant pas compétente.

Quant au troisième pilier (coopération policière et judiciaire en matière pénale), ce sujet est d'une grande importance pour les particuliers et affecte leurs intérêts directement. L'article 29 TUE prévoit parmi les objectifs d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection. Depuis Amsterdam, la compétence de la Cour de justice a été partiellement reconnue dans ce domaine, ce qui représente déjà un grand progrès.

On constate donc qu'un grand nombre des dispositions du traité ou du droit dérivé devraient bénéficier aux particuliers. Cela signifie-t-il pour autant qu'ils soient titulaires des droits correspondants? La Cour permanente internationale de justice, dans son avis sur la Ville Libre de Dantzig, affirmait que cela dépendait de la volonté des parties aux traités, telle qu'on peut la déduire du texte. En droit communautaire, c'est la Cour de justice qui va interpréter le traité CE comme accordant des droits aux particuliers: l'arrêt *Van Gend En Loos*²⁷ marquera le début de ce développement.

Dans cet arrêt, la Cour de justice raisonne en se fondant sur "l'esprit, l'économie et les termes" du traité, interprétation qui semble aller un peu plus loin que l'analyse textuelle préconisée par la Cour permanente internationale de justice. La Cour reconnaît dès lors que le traité confère des droits aux particuliers: le préambule du traité, "qui vise les peuples", et la procédure de l'ex-article 177 (234 actuel) qui "confirme que les Etats ont reconnu au droit

²⁶ Notamment O'Keeffe, qui cependant reconnaît que cet état de fait peu changer, *op. cit.*, p. 84.

²⁷ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, rec. p. 1

communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions" en sont les exemples les plus flagrants. Elle conclut que le droit communautaire, "de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique". C'est la confirmation que les particuliers peuvent être titulaires de droits issus du traité CEE. Elle ira cependant plus loin encore: ces droits naissent "non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires"; "le fait, par (un) article, de désigner les Etats membres comme sujet de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires". Cette dernière remarque répond à une objection du gouvernement allemand qui soutenait que l'ex-article 12 TCE ne fondait qu'une obligation internationale à charge des Etats. Le raisonnement de la Cour peut être perçu comme audacieux: tentant de dégager l'intention des parties, elle doit faire face à la moitié de celles-ci qui s'opposent à son argumentation.

Les particuliers sont donc titulaires de droits issus des dispositions des traités, mais toute disposition du traité n'établit pas un droit correspondant pour les particuliers. Il faut pour cela que la disposition soit reconnue d'effet direct, c'est-à-dire qu'elle crée un droit dans le chef des particuliers.²⁸ Tous les articles du traité CE n'ont pas été déclarés d'effet direct par la Cour de justice, ils doivent respecter les critères de clarté, d'inconditionnalité et de précision.²⁹ Depuis ce développement jurisprudentiel, Toth mentionne que le traité CE comporte dès lors trois sortes de dispositions:³⁰ les obligations classiques de droit international adressées aux Etats membres seulement, les obligations adressées aux institutions, et les obligations à l'origine adressées aux Etats

²⁸ Pour une discussion de l'effet direct, voir la deuxième section de ce chapitre.

²⁹ On recense actuellement les articles suivants: 12, 23, 25, 28, 29, 30, 31, 39, 43, 49, 50, 56, 81, 82, 86, 88, 90, et 141. Voir Rideau, Joël, *op. cit.*, pp. 820-822 (avec la liste des arrêts CJCE).

³⁰ Toth, A.G., *op. cit.*, p.104

membres mais que la Cour de justice a déclaré d'effet direct. Les individus peuvent donc, selon cette conception, être affectés directement et indirectement par le droit communautaire.

Il nous faut cependant constater qu'un grand nombre de dispositions d'intérêt pour les particuliers ne sont pas comprises comme conférant des droits directement aux particuliers. Un grand nombre de celles-ci requièrent un développement législatif de la part des institutions de la Communauté ou des Etats afin d'en préciser le contenu: la Communauté adopte alors des règlements ou des directives pour les mettre en œuvre.³¹ Les particuliers peuvent-ils dès lors se prévaloir des droits issus du droit dérivé? Lorsqu'un règlement est adopté, il est d'effet direct par sa nature même: l'article 249 en effet prévoit que le règlement est applicable directement dans tout Etat membre. La Cour a confirmé dans l'affaire *Rewe* qu'un justiciable peut faire valoir devant les juridictions nationales ses droits découlant du règlement: le particulier semble donc titulaire des droits issus d'un règlement.³² La question est plus délicate en ce qui concerne les directives, et la Cour de justice a dû trancher. Selon l'article 249 TCE, la directive lie l'Etat membre quant au résultat à atteindre, mais lui laisse le choix de la forme et des moyens. La Cour de justice a développé une possibilité d'effet direct pour certaines directives qui sont suffisamment claires et inconditionnelles pour ne laisser presque aucune marge de manœuvre à l'Etat, pour autant que le délai de transposition soit échu. Certaines directives peuvent donc aussi conférer des droits aux particuliers. Celles qui ne sont pas d'effet direct par contre ne leur accordent aucun droit techniquement parlant, les particuliers tirant leur droit de l'acte national qui transpose la directive. Cependant, le risque de mauvaise transposition a conduit la Cour à développer une jurisprudence en la

³¹ Par exemple, la Cour de justice a relevé le caractère programmatique de l'ancien article 117 TCE ne conférant ainsi aucun droit aux particuliers.

³² CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewemarkt Steffen/Hauptzollamt Kiel (Croisières du beurre)*, aff. 158/80, rec. 1981, p. 1805 (spéc. § 43)

matière pour assurer une protection efficace des droits des particuliers.³³

Afin de conclure cette section, il faut admettre que les particuliers sont effectivement titulaires de droits issus du droit communautaire, mais qu'ils ne sont pas titulaires de tous les droits directement: si l'on veut tenter une généralisation à propos du traité CE, on peut dire que dans les domaines purement économiques, les particuliers sont titulaires de droit, alors que les domaines qui impliquent des considérations hautement politiques ou traditionnellement considérés comme appartenant au domaine de la souveraineté de l'Etat ne confèrent pas de droits directement aux particuliers, la médiation de l'Etat étant nécessaire. Une telle généralisation est cependant risquée et inexacte: d'une part, le droit communautaire est un objet mouvant et évolutif qui ne peut être considéré comme fixant définitivement des situations et par conséquent les droits acquis par les particuliers peuvent être développés; d'autre part, un grand développement a eu lieu dans le domaine de la sécurité sociale, notamment dans le cadre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, qui fait partie d'un domaine très lié à la sensibilité et à la tradition des Etats. L'affirmation explicite selon laquelle le particulier est titulaire des droits qu'il tire de l'ordre juridique communautaire est le résultat des développements jurisprudentiels de la Cour. De fait, on peut affirmer que le développement de la subjectivité des particuliers est dû en large partie à la construction prétorienne de la CJCE, comme on le verra plus loin: par les doctrines de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire et par la constitutionnalisation du TCE, les particuliers sont devenus de véritables sujets du droit communautaire, bien qu'à un niveau moins privilégié que les Etats, notamment en ce qui concerne les recours juridictionnels. Il n'en reste pas moins qu'il est exceptionnel qu'un particulier puisse non seulement se prévaloir de droits issus d'un traité international directement, sans que son ordre juridique national ait voix, mais surtout issus d'actes adoptés par les institutions d'une organisation internationale.

³³ Voir à ce sujet la section suivante sur la construction prétorienne.

La protection juridictionnelle des droits des particuliers

La question de la justiciabilité des droits conférés aux particuliers est un critère parfois retenu pour la notion de sujet de droit. La justiciabilité des droits est un aspect important lorsqu'on étudie la position du particulier dans un ordre juridique donné: elle permet de s'assurer que le particulier peut effectivement bénéficier des droits qu'il tire de cet ordre. La faiblesse de l'ordre international en matière de justiciabilité des droits qu'il confère aux particuliers est connue (avec quelques exceptions tout de même). Qu'en est-il de l'ordre juridique communautaire?

Dans le domaine communautaire, les particuliers ont besoin de se protéger contre deux types principaux d'actions susceptibles d'affecter leurs droits: d'une part, les actes ou les comportements des institutions de la Communauté, et d'autre part, les actes ou les comportements des Etats membres.³⁴ En effet, selon la typologie des actes relevant du droit communautaire, certains actes sont pris uniquement par les institutions (règlements, décisions, directives), d'autres sont pris par les Etats afin de se conformer à une disposition communautaire (traité ou directive). La protection des droits des particuliers dans l'ordre juridique communautaire est basée sur un système dualiste de voies de recours: les voies devant la justice communautaire, qui comprend le tribunal de première instance (TPI) et la Cour de justice (CJCE), et celles devant le juge national. Cette dualité, basée sur la complémentarité des systèmes nationaux et communautaires, est la conséquence de la spécificité communautaire en tant qu'ordre juridique intégré au droit des Etats membres. L'accès à la justice communautaire est cependant plutôt restrictif à l'égard des particuliers: il convient donc d'étudier les deux systèmes et de se demander s'ils parviennent, ensemble, à une protection juridique effective des particuliers dans l'ordre juridique

³⁴ Ainsi que les comportements des autres particuliers: dans ce cas, l'autorité responsable pour faire respecter l'obligation est l'Etat (excepté dans le domaine de la concurrence).

communautaire. Il faut avant tout rappeler le caractère révolutionnaire des voies de recours offertes aux particuliers par le système communautaire, en les comparant au système international traditionnel:³⁵ le particulier peut avoir accès à un tribunal international, sans qu'une médiation d'un Etat soit nécessaire. Je vais tout d'abord mentionner quelques caractéristiques générales de la procédure devant la Cour de justice, puis étudier la protection juridictionnelle des particuliers face aux actes des institutions, celle contre les comportements étatiques et finalement le cas spécifique de la procédure préjudicielle.

L'accès à la Cour de justice, selon le traité CE, est ouvert aux personnes physiques ou morales, sous conditions selon la voie de recours choisie: pour des raisons procédurales, les personnes morales sont donc assimilées aux personnes physiques. En ce qui concerne la notion de personne morale, la Cour a adopté une interprétation assez large: un syndicat de fonctionnaires, sans personnalité morale, mais qui possédait "l'autonomie nécessaire pour agir comme une entité responsable dans les rapports juridiques", a pu engager une action en annulation.³⁶ La faculté d'agir concerne non seulement les citoyens européens, mais aussi les ressortissants des pays tiers qui peuvent justifier d'un intérêt à agir: la nationalité ou le domicile de la personne n'importe donc pas; il n'est d'ailleurs pas rare que des ressortissants de pays tiers agissent devant la justice communautaire, par exemple en annulation. Une décision du Conseil du 24 octobre 1988 a créé un tribunal de première instance (TPI) adjoint à la Cour de justice, afin de remédier à la surcharge de la Cour: c'est devant ce tribunal que les particuliers doivent se présenter actuellement, ayant cependant la possibilité, sous conditions, de faire un renvoi à la Cour.³⁷ En ce

³⁵ Stein, E and Vining, G.J., "Citizen Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal Context", *European Law and the Individual*, ed. by F. G. Jacobs, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 116

³⁶ CJCE, 8 octobre 1974, aff. 175/73, rec. p.925

³⁷ La Cour corrige le jugement du tribunal dans 50% des cas. Les requérants peuvent être soit les Etats membres et les institutions, même s'ils ne sont pas intervenus dans le litige (n'est pas utilisé en pratique), soit

qui concerne la procédure devant la Cour de justice ou le Tribunal, les particuliers doivent obligatoirement être représentés par un avocat inscrit à un barreau de l'un des Etats membres ou éventuellement un professeur ressortissant d'un Etat dont la législation autorise les professeurs à plaider (article 17 Statut CJCE). Il existe toutefois une dérogation possible en ce qui concerne le recours préjudiciel: selon l'article 104§2 du règlement de procédure, la Cour tient compte des règles de procédure applicables devant les juridictions nationales; cela ouvre la possibilité de représentation des parties par un homme de confiance, voir même une comparution directe. Il n'existe pas de corps spécialisé devant la Cour, bien que certains cabinets d'avocats tentent actuellement d'en faire une spécialité.

Il faut mentionner la possibilité d'intervention dans la phase écrite de la procédure. Selon l'article 37 du Statut CJCE, sous la condition toutefois de soutenir une des parties en cause: "les Etats membres, les institutions de la Communauté peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour. Le même droit appartient à toute autre personne justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige soumis à la Cour, à l'exclusion des litiges entre Etats membres, entre institutions de la Communauté, ou entre Etats membres, d'une part, et institutions de la Communauté, d'autre part."

Il faut donc souligner ici la position inférieure dans laquelle les particuliers se trouvent par rapport aux autres intervenants: ils doivent justifier leur intervention par un intérêt à agir. C. Harlow a relevé ce problème, en insistant notamment sur la question de la représentation de l'intérêt public dans les affaires jugées, qui semble faire défaut et qui peut être dommageable pour le droit communautaire, renforçant une certaine perception de manque de légitimité.³⁸

"toute partie ayant partiellement ou totalement succombé" (art 49 statut CJCE). Les moyens invocables sont une violation de procédure, ou une violation de droit communautaire, ou l'incompétence du TPI: il n'est pas possible d'invoquer de nouveaux éléments, ni de réapprecier les faits.

³⁸ Harlow, C., "Towards a Theory of Access for the European Court of Justice", *Yearbook of European Law*, vol. 12, 1992, p. 245

Les voies ouvertes aux particuliers devant la justice communautaire sont les suivantes: le contentieux de la fonction publique (art 236 TCE);³⁹ le recours en carence (art. 232 TCE); le recours en annulation (art. 230-231 TCE); l'exception d'illégalité (art. 241 TCE); le recours en réparation (art. 235 TCE) et la responsabilité contractuelle de la Communauté, en présence d'une clause compromissoire (art. 238 TCE), sinon compétence de droit commun des juridictions nationales (art. 240 TCE). Ces recours sont désormais portés devant le TPI, depuis la décision du Conseil du 8 juin 1993⁴⁰ qui a étendu la juridiction du TPI.

En ce qui concerne la protection des particuliers face aux actions des institutions, le recours en annulation occupe une position centrale dans les remèdes à disposition: ayant pour fonction de contrôler la légalité des actes des institutions, il offre aussi une protection à tous ceux qui peuvent être adversément affectés par une conduite illégale des institutions. C'est donc un instrument essentiel pour une Communauté de droit. Cette voie permet aux particuliers de recourir contre un acte d'une institution communautaire dans le champ du traité CE.⁴¹ Cependant, le recours en annulation, de même que le recours en carence, est ouvert aux personnes physiques ou morales sous certaines conditions qui en font des requérants non-privilegiés par rapport aux Etats membres et aux institutions communautaires. La première condition concerne toutes les catégories de requérants (public ou privés): l'acte doit être organiquement communautaire et produire des effets

³⁹ Les personnes concernées sont: les fonctionnaires (même stagiaires ou retraités), les agents contractuels ou temporaires, les conseillers spéciaux, les candidats aux concours internes et externes, les ayant droit en cas de décès de l'agent, toute personne qui se prétend fonctionnaire ou agent des Communautés. Les seuls agents qui échappent à la juridiction communautaire sont les agents locaux, qui sont tenus de soumettre leurs différends les opposant à leur institution à la juridiction nationale compétente, en vertu de la législation applicable dans l'Etat dans lequel ils exercent leur activité.

⁴⁰ JOCE, no L 144 du 16 juin 1993; (entrée en vigueur le 1.08.1993)

⁴¹ La CJCE n'est pas compétente pour annuler les actes adoptés selon le Traité sur l'UE.

juridiques. Ceci exclut donc, d'une part les actes étatiques, et d'autre part, les avis et les recommandations. L'acte peut être considéré comme invalide pour cause d'incompétence, de violation des formes substantielles, violation du traité, détournement de pouvoir, et erreur manifeste de l'appréciation des faits.

L'article 230 §4 TCE concerne les recours en annulation formés par les particuliers et y pose des conditions spécifiques: "Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement. "

Cette disposition aborde le recours des particuliers d'une manière plutôt restrictive: ils ne peuvent recourir contre n'importe quel acte, mais seulement contre des décisions, soit dont ils sont les destinataires, soit qui les concernent directement et individuellement s'il s'agit de règlements "déguisés" ou de décisions adressées à un tiers.⁴² Ils sont donc considérés comme moins privilégiés que les autres requérants, c'est-à-dire les Etats membres, la Commission ou le Conseil, qui peuvent recourir contre tout acte d'une institution. A l'origine, il n'était donc pas question de placer les Etats ou la Commission et le Conseil au même niveau que les particuliers. Il faut souligner aussi que le Parlement ne pouvait pas recourir en annulation; ce n'est que par l'évolution de la jurisprudence,⁴³ avant que les Etats membres confirment cet état de fait dans le traité de Maastricht,⁴⁴ qu'il peut engager une procédure, à la condition de défendre ses prérogatives.

Seules les décisions peuvent être attaquées en annulation par un particulier: il s'agit de la décision au sens de l'article 249 TCE (ex-art 189) qui a un caractère obligatoire pour son destinataire à qui

⁴² La Cour a considéré qu'une décision adressée à un Etat pouvait correspondre à une "décision adressée à une autre personne" dans l'affaire Plaumann. (CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann et Cie/Commission*, aff. 25/62, rec.1963, p. 197)

⁴³ CJCE, 22 mai 1985, *PE/Conseil (Politique des transports)*, aff. 13/83, rec. 1985, p. 1513

⁴⁴ Cette voie est aussi offerte à la Banque centrale européenne (BCE)

elle est personnellement adressée, contrairement au règlement qui a un caractère général et abstrait et contre lequel les particuliers n'ont en principe pas la possibilité d'intenter un recours en annulation. Il en est d'ailleurs de même contre une directive dont la portée générale est établie;⁴⁵ dans ce cas cependant, le particulier peut saisir une juridiction nationale. La Cour de justice va pourtant développer cette capacité de recourir des particuliers à travers ses interprétations de la notion de "décisions prises sous l'apparence d'un règlement" et du critère d'intérêt direct et individuel. En ce qui concerne le critère de l'intérêt direct et individuel, la Cour va adopter une approche plutôt restrictive dès le départ: dans l'arrêt *Plaumann*,⁴⁶ où un importateur allemand de clémentines conteste une décision communautaire adressée au gouvernement allemand, celui-ci ne peut agir en annulation car rien ne le différencie des autres importateurs de clémentines: "les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire; qu'en l'espèce le requérant est atteint par la décision litigieuse en tant qu'importateur de clémentines, c'est-à-dire en raison d'une activité commerciale qui, à n'importe quel moment, peut être exercée par n'importe quel sujet, et qui n'est donc pas de nature à le caractériser par rapport à la décision attaquée d'une façon analogue à celle du destinataire; [...]."

Cependant, en ce qui concerne les règlements, un particulier pourra recourir si "un acte, tout en ayant dans son ensemble un

⁴⁵ Ordonnance du 20 octobre 1994: "l'article 173 §4 (*actuel* 230§4) ne prévoit pour les particuliers aucun recours direct devant le juge communautaire contre les directives ou contre les décisions adoptées sous l'apparence d'une directive [...]". La directive nécessitant une action législative, réglementaire ou administrative au niveau national, c'est à travers le recours contre l'acte national adopté qu'elle peut être mise en cause, devant la juridiction nationale qui aura la possibilité d'adresser une question préjudicielle à la CJCE sur la validité de l'acte.

⁴⁶ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann et Cie/Commission*, précitée.

caractère réglementaire, contient des mesures qui s'adressent à des personnes déterminées."⁴⁷ La Cour admettra aussi qu'un règlement peut couvrir un "faisceau de décisions individuelles, affectant directement la situation du requérant."⁴⁸ Dans l'arrêt *Roquettes Frères*,⁴⁹ elle estimera qu'un règlement peut contenir un ensemble de décisions individuelles, l'annexe II du règlement incriminé attribuant individuellement à chaque entreprise un quota de base pour leur production d'isoglucose. Le requérant concerné doit être identifiable lors de la mise en œuvre de l'acte et ne peut changer durant la durée de l'acte.⁵⁰ Si c'est le cas, on sera en présence d'une décision prise sous l'apparence d'un règlement.

Dans l'arrêt *Codorniu*,⁵¹ un changement de la jurisprudence *Plaumann* semble se dessiner: ce producteur espagnol de Crémant, propriétaire de la marque "Gran Crémant de Codorniu" depuis 1924, pouvait se prévaloir contre un règlement du Conseil de 1989, qui réservait l'appellation aux seuls vins mousseux produits en France et au Luxembourg. Sa situation était caractérisée par rapport aux autres producteurs visés par le règlement, puisque ce règlement lui interdisait d'utiliser cette appellation, alors même qu'il l'avait constamment utilisée depuis son enregistrement en 1924. Dans cette affaire, la Cour a estimé que cet acte du Conseil ne pouvait pas être qualifié de "décision prise sous la forme d'un règlement", mais considère le recours recevable dans la mesure où le requérant a pu établir l'existence d'une situation qui le caractérisait par rapport aux

⁴⁷ CJCE, 13 mars 1968, *Industria Molitoria Imolese/Conseil*, aff. 30/67, rec. 1968, p.171

⁴⁸ CJCE, 13 mai 1971, *International Fruit Cy*, aff. Jtes 41/70 à 44/70, rec. 1971, p.411

⁴⁹ CJCE, 29 octobre 1980, *S.A. Roquette Frères/Conseil*, aff. 138/79, Rec. 1980, p. 3333

⁵⁰ C'est ce que l'on nomme aussi l'appartenance à un groupe fermé, par opposition au groupe ouvert où le nombre de personnes concernées varie, car il est facile d'y entrer et d'en sortir. Il faut cependant souligner que la Cour juge rarement recevables ces recours des particuliers, sauf en matière d'aides publiques (violation de l'art. 88 TCE).

⁵¹ CJCE, 18 mai 1994, *Codorniu SA/Conseil*, aff. C-69/89, Rec. 1994, p.I-1853

autres opérateurs économiques. On peut conclure de ce raisonnement un développement de la jurisprudence: un règlement, bien qu'il ne puisse être assimilé à une décision prise sous la forme d'un règlement, peut être individuel et direct pour certains particuliers, tout en étant général et objectif pour les autres. C'est ce que l'on appelle la théorie de l'hybridité: une mesure d'application générale étant susceptible d'avoir un effet adverse pour certaines personnes, celles-ci devraient bénéficier de la possibilité de se défendre.⁵² Dans tous ces exemples, le critère principal qui ressort est celui de l'effet direct et individuel que produit l'acte en question sur la situation d'un particulier. Il n'est donc pas possible d'engager une *actio popularis*, c'est-à-dire une action basée sur le principe que chaque citoyen a un intérêt à ce que les institutions agissent dans la limite des compétences qui leur sont conférées.⁵³

Cet accès restreint en matière d'annulation est souvent justifié dans la doctrine par la crainte de surcharger la Cour de justice et par le désir d'écarter les saisines non ou mal fondées.⁵⁴ Certains soulignent que ces conditions restrictives ne sont pas tant le fait du traité CE que celui de la jurisprudence de la Cour à ce sujet: la Cour aurait eu la possibilité d'adoucir ces critères, mais ne l'a pas fait.⁵⁵ Les raisons évoquées soulignent en général la nécessité de protéger le droit communautaire alors qu'il était dans une phase fragile.

⁵² Ce changement est déjà reconnu par la Cour en matière anti-dumping: elle reconnaît, en 1982, la dualité de certains règlements. En effet, si la Cour considère ces règlements comme des décisions, alors la Commission n'a pas compétence pour les édicter; pourtant si elle les considère comme de réels règlements, il ne peut y avoir de recours individuels, ce qui est incompatible avec l'idée de Communauté de droit. (CJCE, 6 oct. 1982, aff 307/81, *Alusuisse Italia, Spa/Conseil et Commission*, rec. 1982, p. 3463)

⁵³ Neuwahl, N., "Article 173 Paragraph 4 EC: Past, Present and Possible Future", *European Law Review*, february 1996, p. 26;

⁵⁴ Clergerie, J.-L., "L'accès des particuliers à la justice communautaire", *Le Pouvoir Judiciaire Communautaire*, sous la direction de J.-L. Clergerie, Limoges, Presses Univ. de Limoges (PULIM), 1999 p.29

⁵⁵ Weatherill, S., *Law and Integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 195; Clergerie, J.-L., *op. cit.*, p.31.

D'autres auteurs soulignent qu'autoriser les *actio popularis* reviendrait à introduire le cheval de Troie dans le système communautaire;⁵⁶ les opposants à l'intégration européenne auraient un moyen de freiner, sinon de stopper le développement de toute législation communautaire en introduisant un recours contre chaque acte. En effet, la procédure dure environ deux ans actuellement, sans compter que les recours des particuliers sont introduits devant le TPI, et qu'il y a donc encore possibilité de pourvoi devant la Cour.⁵⁷ Il existe cependant d'autres voies qui complètent le recours en annulation: il s'agit notamment de l'exception d'illégalité, du recours en réparation et de l'appréciation de la validité par le biais de la procédure préjudicielle.

L'article 241 TCE, selon la jurisprudence, prévoit que l'exception d'illégalité doit faire l'objet d'une interprétation de nature à assurer le contrôle de la légalité en faveur des personnes exclues du recours en annulation.⁵⁸ Cette procédure ne vise pas à faire annuler un acte de portée générale, mais seulement à en écarter l'application à une espèce déterminée, en utilisant tous les moyens prévus par le recours en annulation. Il doit seulement exister un lien juridique direct entre l'acte individuel attaqué et le règlement dont la validité est contestée.⁵⁹ Il faut souligner que l'article 241 TCE utilise les termes "toute partie", ce qui signifie qu'il ne fait pas de distinction entre requérants privilégiés ou non. Il s'agit donc d'un bon moyen de corriger les restrictions auxquelles les traités soumettent les recours en annulation des particuliers en ce qui concerne la validité des décisions ou des règlements.⁶⁰

⁵⁶ Arnall, A., "Private applicants and the action for annulment under Article 173 of the EC Treaty", *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, p.49; Craig, P., "Legality, Standing and Substantive Review in Community Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, no 4, 1994, p. 525

⁵⁷ Il s'agit d'une durée moyenne; l'affaire Codorniu a duré quatre ans et demi (d'octobre 1989 à mai 1994)!

⁵⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, rec. 1978, p. 629, §41

⁵⁹ CJCE, 6 février 1982, *Metallurgica Rumi*, aff. 258/80, rec. p.487

⁶⁰ Clergerie, *op. cit.*, p.40; voir aussi: CJCE, 17 décembre 1959, *Fonderies de Pont-à-Mousson*, aff. 14/59, rec. p. 445

En ce qui concerne le recours visant à obtenir l'indemnisation d'un dommage imputable à la Communauté, la Communauté est tenue de réparer "conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions" (art. 288 al.2 TCE). Il y a donc obligation de réparer selon le traité CE, mais le régime de l'action en indemnité n'est pas explicitement défini: on a seulement les lignes directrices. Ceci permet une certaine marge d'appréciation du juge, qui a opéré selon le principe de "réception sélective" des principes identifiés dans les systèmes juridiques nationaux: on a donc, dans ce domaine, une large construction jurisprudentielle. La disposition du traité CE ne fait pas de distinction entre les requérants: ce recours est donc ouvert tant aux particuliers s'estimant victime d'un dommage causé par la Communauté qu'aux Etats membres, bien que ces derniers ne l'aient encore jamais exercé. Ce recours coexiste avec les autres recours (annulation et carence), mais il a sa propre existence indépendamment des autres voies, selon le principe de l'autonomie des voies de recours. Ceci pose la problématique des relations entre le recours en annulation et le recours en réparation: les deux recours n'ont pas les mêmes conditions de recevabilité (notamment le délai et la distinction entre les requérants), qu'en est-il de l'éventuelle nécessité de l'annulation préalable de l'acte? Si la possibilité existe (c'est-à-dire que le requérant peut remplir les conditions de recevabilité), il devrait le faire, ceci afin d'éviter un détournement de l'article 230 TCE.⁶¹

Les conditions de recevabilité développées par la Cour en matière d'indemnisation sont l'existence d'un dommage (réel et certain), une faute d'une institution et un lien de causalité entre le dommage et la faute. En ce qui concerne la notion de dommage, ceux causés par les agents et organismes des Etats membres, soit par violation du droit communautaire, soit en violation du droit national par application du droit communautaire, ne relèvent pas de

⁶¹ CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. 5/71, rec. p. 975: informé, le requérant aurait pu agir en annulation mais ne l'a pas fait.

l'article 288§2 TCE, mais du droit de l'Etat membre concerné et de sa juridiction.⁶² En ce qui concerne la notion de faute, la Cour a repris cette condition d'une majorité de systèmes nationaux.⁶³ Le critère de la faute peut être un obstacle supplémentaire pour les particuliers qui n'ont que cette voie pour faire valoir leurs droits: s'il n'y a pas faute, au sens de la jurisprudence de la Cour, il ne peut y avoir réparation du dommage subi. Contrairement à certains systèmes nationaux, la Cour accepte aussi la faute législative sous certaines conditions:⁶⁴ l'illégalité doit résulter de la violation d'une règle supérieure (principe de non-discrimination, de non-rétroactivité, de proportionnalité, le respect des droits acquis, la protection de la confiance légitime); la faute doit être inexcusable (comportement arbitraire de l'institution); le dommage causé doit être anormal et spécial pour l'ensemble des personnes concernées. Il faut encore mentionner qu'il existe la possibilité d'une responsabilité pour dommage moral, bien qu'il soit soumis à des conditions extrêmement strictes et qu'il soit très rare (en général, 1€ symbolique).

Si une institution manque à son obligation d'adresser un acte à un particulier, ce dernier peut engager une procédure en carence: ce recours a pour but de faire constater juridiquement l'inertie des institutions.⁶⁵ Il s'agit de situations où, en violation du traité, le Parlement européen,⁶⁶ le Conseil ou la Commission s'abstiennent de statuer: il faut que ces institutions soient dans l'obligation d'agir selon une base juridique communautaire, avec éventuellement un délai; il ne s'agit pas de sanctionner le manque d'action alors que

⁶² CJCE, 28 mars 1979, *Granaria*, aff. 90/78, rec. 1979, p. 1081

⁶³ Cependant la notion de faute n'est pas reprise dans les développements sur la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire!

⁶⁴ CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. précitée

⁶⁵ A l'exception de la CJCE et de la Cour des Comptes, afin d'éviter qu'elles soient juge et partie en même temps; mais la BCE est concernée.

⁶⁶ A l'origine, le PE n'était pas prévu, mais reconnu par la CJ dans *Politique des transports*, et finalement introduit par le traité de Maastricht; la Banque centrale est aussi incluse, dans le domaine de ses compétences.

celle-ci est à leur discrétion.⁶⁷ La procédure se déroule en deux phases: la première, précontentieuse, consiste en un préalable administratif où l'institution est mise en demeure d'agir dans un délai de deux mois. A la fin de ce délai, soit l'institution s'est exécutée (fin de la procédure), soit l'institution conteste une telle obligation d'agir (recours en annulation contre cette décision), soit elle ne prend pas position: ce dernier cas est la seule hypothèse prise en considération par le traité pour un recours juridictionnel devant la Cour; c'est l'absence de prise de position qui sera sanctionnée dans la phase juridictionnelle. Comme dans le recours en annulation, le particulier a un accès restreint à cette forme de recours, en sa qualité de requérant non privilégié: l'acte qui fait l'objet de la carence doit avoir un caractère obligatoire et les particuliers doivent en être les destinataires.⁶⁸ La Cour, par assimilation du recours en carence avec le recours en annulation, a cependant, tardivement, accepté la recevabilité de recours en carence à propos d'actes, qui s'ils avaient été adoptés, auraient en effet concerné directement et individuellement le requérant.⁶⁹

Le système de protection des particuliers mis en place contre les comportements illégaux des institutions est remarquablement élaboré pour une organisation internationale: sans accorder une protection équivalente à celle des Etats membres, il permet toutefois aux particuliers de défendre leurs droits devant un organe judiciaire, que ce soit directement au niveau communautaire ou indirectement, au niveau national. Il souffre cependant de faiblesses importantes du point de vue d'une protection effective des particuliers: premièrement, malgré les modifications apportées par le Traité d'Amsterdam, les actions dans le domaine du traité sur l'UE ne sont que peu contrôlables par la CJCE. Aussi, le nouveau titre IV du traité CE bénéficie d'une procédure dérogatoire, qui

⁶⁷ CJCE, 22 mai 1985, *PE/Conseil (Politique des transports)*, aff. 13/83, rec. 1985, p. 1513

⁶⁸ CJCE, 15 juillet 1970, *Borromeo/Commission*, aff. 6/70, rec. 1970, p. 815

⁶⁹ CJCE, 14 février 1989, *Star Fruit/Commission*, aff. 242/87, Rec. 1989 p.I-599 et surtout CJCE, 16 février 1993, *ENU c. Commission*, aff. C-107/91, rec. 1993, p. I-599

exclut des décisions primordiales aux particuliers. Deuxièmement, la procédure devant la justice communautaire est de plus en plus longue, suite à la surcharge de la CJCE et du TPI (environ deux ans, sans compter la possibilité de pourvoi).⁷⁰ Il s'agit là d'une barrière à l'accès des particuliers, pour des raisons tant psychologiques que financières.

La protection des particuliers face à un comportement illégal des Etats membres : en cas de comportement illégal de l'Etat, la traité prévoit une procédure en manquement (art. 226-228 TCE). Cette procédure représente un progrès considérable sur le plan du droit international - un Etat peut voir son action soumise au contrôle d'une juridiction indépendante sans qu'il faille s'assurer de son accord. Le recours en manquement est une voie destinée à faire constater qu'un Etat membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et à obtenir de celui-ci qu'il se conforme à ses obligations: le but n'est donc pas de sanctionner, mais de rétablir la confiance et un comportement conforme. Selon la Cour de justice, il s'agit d'une "Procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer le respect par les Etats membres de leurs obligations", (de fait, les représailles ne sont pas autorisées en droit communautaire).⁷¹ Cependant, le traité CE n'a pas accordé aux particuliers la possibilité d'agir directement en manquement contre un Etat devant la justice communautaire. Les auteurs de la saisine peuvent être soit la Commission ou un Etat membre. Cependant, même ceux-ci ne peuvent saisir directement la Cour dans un premier temps. En effet, les articles 226 et 227 TCE prévoient une phase préalable à la phase contentieuse, ayant pour

⁷⁰ 644 affaires ont été introduites devant le TPI en 1997, 179 ont été réglées, et il en restait 649 pendantes (Clergerie, op. cit.). La Cour a cependant adopté un nouveau règlement de procédure en juillet 2000, qui modifie notamment la procédure préjudicielle dans le but de la rendre moins longue.

⁷¹ CJCE, 15.06.1960, *Italie*, aff. 20/59, rec. 1960, p.663

but de ramener l'Etat à un comportement conforme au droit communautaire.⁷²

Le particulier ne peut donc pas agir directement dans ce champ. Trois possibilités s'offrent à lui: premièrement, il peut attirer l'attention de la Commission sur le manquement de l'Etat par une plainte (la Commission dispose d'ailleurs de formulaires de plainte à cet effet). La Commission a déjà réagi après certaines de ces plaintes en engageant une procédure contre certains Etats membres.⁷³ Ceci ne signifie cependant pas un droit d'initiative pour les particuliers: la plainte est considérée comme une *information fournie*⁷⁴ (droit informel). L'évolution de la procédure reste à l'entière discrétion de la Commission. Ceci est dommageable pour la position du particulier, car la Commission, bien qu'indépendante des Etats membres, reste un organe politique: elle peut régler les problèmes par compromis ou même faire certaines concessions.⁷⁵ De plus, si la Commission s'abstient d'engager une procédure, le recours en carence n'est d'aucun secours, car l'acte que la Commission serait amenée à prendre – un avis motivé – a pour seul destinataire l'Etat. Et si la Commission répond expressément à un particulier qu'elle estime qu'un tel comportement étatique ne viole pas le droit communautaire, cette communication ne peut faire l'objet d'un recours en annulation, parce qu'il s'agit d'un simple avis et que seuls les actes produisant des effets juridiques peuvent être attaqués.⁷⁶ Deuxièmement, on peut imaginer que le particulier tente d'inciter l'Etat à agir en manquement contre l'Etat qui lui

⁷² Il existe cependant des régimes dérogatoires dans certains cas: les aides d'Etat (art. 88 TCE), les mesures d'harmonisation (art. 95), les questions de sécurité (articles 296-298).

⁷³ En 1994, 80 % des actions en manquement engagée par la Commission ont une plainte à l'origine de l'action.

⁷⁴ Ceci est de grande importance, notamment en ce qui concerne les implications dans le domaine de la concurrence.

⁷⁵ De fait, jusque dans les années 1980, la Commission est plutôt réticente quant à l'usage de cette procédure, par crainte de conflit direct avec les Etats membres.

⁷⁶ Joliet, R., "La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques", *RDA*, Vol. 10, No 4, 1994, p. 647

refuse un droit: on se retrouve dans la position presque identique de celle de la protection diplomatique, et par conséquent avec les mêmes inconvénients.⁷⁷ Finalement, le particulier peut recourir au niveau national contre l'Etat et invoquer une disposition du droit communautaire à cet effet. Le juge national est tenu d'appliquer le droit communautaire et dispose de la possibilité de demande préjudicielle. Les juridictions nationales et cette procédure préjudicielle représentent donc la seule voie sérieuse contre les manquements. C'est ce mécanisme de coopération que la Cour de justice a utilisé pour développer la protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques. C'est donc au renvoi préjudiciel que nous allons nous intéresser à présent.

La procédure préjudicielle n'est pas une voie de recours contentieuse devant la Cour de Justice; elle est néanmoins très importante pour situer le particulier au sein de l'ordre juridique communautaire. Elle est souvent qualifiée d'"instrument privilégié de dialogue et de coopération entre le juge national et le juge communautaire".⁷⁸ C'est grâce à cette procédure que la Cour de justice a pu asseoir les fondements du droit communautaire, notamment les principes d'effet direct et de primauté. Inspiré des droits constitutionnels allemand et italien, cette procédure répond à un objectif principal: assurer l'application et l'interprétation uniforme du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de la Communauté. Elle représente la plus importante source d'affaires pour la Cour, qui est seule compétente.⁷⁹ Lors de l'élaboration du Traité de Rome, ce mécanisme était destiné à permettre aux particuliers de défier le droit communautaire devant les juridictions nationales⁸⁰ et non de leur permettre de mettre en cause le droit

⁷⁷ De plus, ceci n'est valable que dans la situation précise du litige entre un particulier et un Etat membre autre que le national.

⁷⁸ Vandersanden, G., "Actualité de la procédure préjudicielle", *Le Pouvoir Judiciaire Communautaire*, Limoges, PULIM, 1999, p.67

⁷⁹ Le TPI n'est pas compétent (article 225 al. 2 TCE)

⁸⁰ Alter, K., "Who are the Masters of the Treaty: European Governments and the European Court of Justice", *International Organization*, vol. 52, no 1, Winter 1998, p.122

national face au droit communautaire: les rédacteurs du traité visaient ainsi à mettre en place un mécanisme de contrôle sur le Conseil et la Commission, afin de se prévaloir contre des actions hors de leur compétence.

En effet, seule la Cour de justice peut déclarer un acte communautaire invalide.⁸¹ Les juridictions nationales peuvent uniquement déclarer la validité d'un acte de droit communautaire, dans le but de sauvegarder l'uniformité et la cohérence du système communautaire et pour trois raisons : la procédure en annulation (art 230 TCE) d'un acte communautaire est de la compétence unique de la Cour de justice ; de plus, la Cour de justice peut demander des observations à la Commission (et non les cours nationales) ; et finalement, le recours préjudiciel en appréciation de validité est une modalité de contrôle de la légalité des actes communautaires, tâche qui est réservée à la Cour selon le traité. Cette méthode d'appréciation de la validité d'un acte communautaire peut être quelque peu assimilée au recours en annulation: dans les deux cas, il s'agit de contrôler la légalité d'un acte communautaire. L'interprétation en validité permet cependant un accès plus large pour le particulier: dans la procédure en annulation, celui-ci doit être directement et individuellement concerné par un acte communautaire pour pouvoir agir ou en être le destinataire; en ce qui concerne la procédure préjudicielle, le particulier peut soulever devant le tribunal national l'éventuelle invalidité d'un acte communautaire sans ces conditions strictes. Cependant, ce sera le juge qui décidera de la pertinence de la question en vue d'une éventuelle saisine de la Cour de justice: en effet, seule une juridiction nationale peut décider d'engager la procédure, ce qui semble offrir moins de protection à l'individu qu'une action directe. Cela pose la problématique des relations entre le recours en annulation et la procédure préjudicielle: il semble que la Cour ait considéré, dans un premier temps, la procédure préjudicielle comme compensatoire pour les particuliers

⁸¹ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, rec. p.4199; CJCE, 15 avril 1997, *Woodspring District Council/Bakers of Nailsea*, aff. C-27/95, rec. p. I-1847.

par rapport à aux limites posées par la procédure en annulation. La Cour avait alors jugé que l'absence de recours introduit contre une décision de la Commission n'empêchait pas de contester sa validité devant une juridiction nationale, qui pouvait saisir la Cour à ce sujet.⁸² Cependant, dans l'arrêt TWD,⁸³ la Cour a circonscrit son interprétation. L'entreprise TWD contestait, devant une juridiction nationale, la validité d'une décision de la Commission en matière d'aide étatique après forclusion du délai pour agir en annulation devant la Cour de justice, alors qu'elle avait été informée de cette voie de recours. Pourtant la recevabilité de cette action en annulation ne faisait aucun doute. La Cour a dès lors jugé que la juridiction nationale était liée par la décision de la Commission, car celle-ci n'avait pas été attaquée dans les délais.⁸⁴ La procédure préjudicielle ne doit donc pas servir de détournement de procédure de l'article 230 TCE (annulation): cela mettrait en cause la sécurité juridique par la possibilité de remise en question indéfinie des actes communautaires. Seule la validité des actes qui ne seraient pas susceptibles d'être attaqués par la voie du recours en annulation peut donc faire l'objet de mise en cause devant les juridictions nationales et donner lieu à des questions préjudicielles. Dans un arrêt de 1996,⁸⁵ la Cour a cependant précisé que cette solution ne s'étendait pas aux règlements, dans la mesure où il n'est pas manifeste qu'un recours contre le règlement en cause eût été

⁸² CJCE, 27 septembre 1983, *Universität Hamburg/Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, aff. 216/82, rec. p. 2771: le pouvoir de déférer une question de validité d'une décision de la Commission correspond à un principe général de droit qui a trouvé son expression dans l'article 241 TCE (ex-184) (exception d'illégalité).

⁸³ CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Allemagne*, aff. C-188/92, rec. p.I-833

⁸⁴ Un tiers qui n'a pas été informé aurait pu faire recours "hors délai" selon l'article 230§5, car le délai commence au moment de la prise de connaissance.

⁸⁵ CJCE, 12 décembre 1996, *The Queen/Intervention Board for Agricultural Produce ex-parte: Accrington Beef*, aff. C-241/95, rec. 1996, p. I-6699; Cela vaut aussi pour les directives: CJCE, 11 novembre 1997, *Eurotunnel/Sea France*, aff. C-408/95, rec. 1997, p. I-6315.

recevable. L'arrêt TWD a été fortement contesté dans la doctrine: G. Vandersanden regrette la création de liens de dépendance entre les diverses voies de droit en l'absence de tout texte l'établissant expressément; de plus, d'un point de vue strictement juridique, il est difficile de reprocher aux parties de ne pas avoir préalablement agi en annulation, alors que le juge de renvoi, qui n'est pas tenu par une telle action, estime qu'une réponse de la Cour est nécessaire pour résoudre le litige dont il est saisi.⁸⁶ On peut ajouter qu'il devient difficile pour les avocats, avec l'ambiguïté de ces deux procédures, de conseiller leurs clients sur le bon choix de procédure, alors que le droit communautaire est déjà quelque peu compliqué. "The law remains in a dynamic state. [...] the Court is still feeling its way and there are competing interpretations of its strategy of developing direct and indirect judicial review".⁸⁷

La Cour de justice a transformé ce système préjudiciel en un mécanisme qui permet aux particuliers de défier le droit national. C'est là un aspect majeur de notre étude. Malgré le fait que la Cour ne puisse se prononcer sur la compatibilité d'une loi nationale avec le droit communautaire (art. 234 TCE *a contrario*), elle est parvenue plus ou moins au même résultat par sa façon de répondre aux questions des juridictions nationales. F. Mancini reconnaît la complicité de la Cour dans ce procédé: "It bears repeating that under article 177 national judges can only request the Court of Justice to interpret a Community measure. The Court never told them they were entitled to overstep that bound: in fact, whenever they did so – for example whenever they asked if national rule A is in violation of Community Regulation B or Directive C – the Court answered that its only power is to explain what B or C actually means. But having paid this lip service to the language of the Treaty and having clarified the meaning of the relevant Community measure, the court usually went on to indicate to what extent a certain type of national legislation can be regarded as compatible with that measure."⁸⁸

⁸⁶ Vandersanden, G., *op. cit.*, p. 84

⁸⁷ Weatherill, S., *op. cit.*, p. 202

⁸⁸ Mancini, "The Making of a Constitution for Europe", *CML Rev.*, vol. 26, 1989, p.606

Cette procédure est déclenchée par une juridiction nationale⁸⁹ confrontée à un problème d'interprétation du droit communautaire ou d'appréciation de la validité du droit dérivé dans un litige dans lequel elle doit statuer et qui décide de saisir la Cour à ce sujet. S'il s'agit d'un juge statuant en dernier ressort et qu'il est confronté à une question d'interprétation du droit communautaire, celui-ci a l'obligation de référer la question à la Cour, selon l'article 234§3. Dès l'arrêt *Da Costa*,⁹⁰ la Cour a confirmé que, non seulement les juridictions suprêmes (hiérarchiquement), mais aussi les juridictions inférieures qui rendent des décisions définitives sont obligées de renvoyer toute question d'interprétation à la Cour de justice. Les autres juges peuvent le faire soit d'office, soit à la demande des parties, mais ils ne sont pas obligés de faire droit à la demande des parties.⁹¹ Ceci a conduit certaines juridictions nationales à utiliser la doctrine de l'acte clair pour éviter leur obligation de référer une question à la Cour de justice.

La Cour a reconnu la possibilité du recours à l'acte clair dans l'arrêt *CILFIT*:⁹² "l'application du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée". Elle introduit deux critères de référence: il faut qu'une même évidence s'impose aux autres juridictions nationales et il faut

⁸⁹ La notion de juridiction est une notion communautaire qui a été développée par la Cour de justice, les droits nationaux étant extrêmement variés à ce sujet: cette juridiction doit avoir un caractère permanent (et non une commission d'arbitrage ad hoc), elle doit avoir un lien avec l'autorité publique (investie d'un pouvoir par l'autorité publique), elle doit appliquer des règles et droits.

⁹⁰ CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Shaake/Administration fiscale néerlandaise*, aff. Jtes 28/62 à 30/62, rec. 1963, p.59

⁹¹ Actuellement, certains juristes sont en faveur d'un débat contradictoire préalable devant le juge national au sujet de la saisine, la procédure préjudicielle pouvant durer jusqu'à 21 mois et être particulièrement néfaste à une partie; cependant, le juge a toujours le dernier mot.

⁹² CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT/Ministère de la santé*, aff. 283/81, rec. p. 3415

évaluer la disposition en fonction des caractéristiques du droit communautaire et de ses difficultés particulières, telles les différentes langues, la terminologie spécifique, le contexte et la finalité du droit communautaire. Ceci pose un sérieux problème pour l'uniformité du droit communautaire: le traité est traduit dans plusieurs langues, les systèmes juridiques nationaux n'utilisent pas les mêmes concepts juridiques, et le droit communautaire est un système "d'un genre nouveau" – ce sont autant de raisons qui rendent la tâche de l'interprétation plus difficile pour le juge national. De fait, certaines notions juridiques ou économiques n'ont pas exactement la même portée dans chacune des cultures nationales. De plus, une interprétation différente dans chaque Etat risquerait de reconstruire les barrières aux échanges démantelées par le traité CEE.

Un particulier qui est face à un juge de dernière instance qui refuse de saisir la Cour de justice n'a aucun moyen de faire constater ce manquement. En effet, face à un tel comportement, seule une action en manquement peut être introduite, mais celle-ci ne peut être introduite que par la Commission ou un Etat membre. Les particuliers sont donc fortement dépendants des comportements des juridictions nationales dans ce domaine. La dépendance des particuliers à l'égard des juridictions nationales se traduit aussi dans le mécanisme préjudiciel une fois que la Cour a donné son interprétation: la juridiction nationale doit mettre en œuvre la réponse en tranchant le litige elle-même. Le non-respect par le juge de la réponse de la Cour peut être sanctionné par des recours internes ou éventuellement, en l'absence de recours, par une action en manquement, qui n'est cependant pas accessible au particulier. De fait, selon l'article 10 TCE, le juge doit coopérer loyalement. Il a été proposé, afin de remédier à ce problème, de permettre une action directe en appel devant la Cour pour les particuliers.⁹³ Cette proposition n'a cependant pas été retenue.

⁹³ Schermers, H.G. and Watson, J.S. , "Report on the conference" in *Article 177: experiences and problems*, ed. by H.G. Schermers, Amsterdam, North-Holland, 1987, p. 39

Dans la pratique, les réactions des différentes juridictions nationales face au développement de cette procédure ont été pour le moins variées: les différences se retrouvent autant au sein d'un même ordre national, d'un tribunal à l'autre, qu'entre les différents Etats membres. Le Conseil d'Etat en France a pratiqué la doctrine de l'acte claire pendant de longues années, y compris en opposition aux interprétations de la Cour (encore en 1978, affaire Cohn-Bendit)⁹⁴: sa première question préjudicielle date de 1970 tandis que la Cour de cassation a saisi la Cour en 1967 déjà. En Allemagne, on peut constater un esprit général de coopération: c'est d'ailleurs l'Allemagne qui détient la palme du nombre de renvois préjudiciels. En Italie, la Cour constitutionnelle s'y est mise tardivement, mais elle a encouragé les Cours nationales à utiliser cette procédure. Les pays du Bénélux ont bien coopéré généralement, ils ont surtout fourni la majeure partie des affaires qui ont permis les grands développements du droit communautaire par la Cour de justice. En ce qui concerne le Royaume-Uni, la House of Lords a entendu son premier appel faisant référence au droit communautaire en 1979 et a saisi la Cour de justice. Lord Denning ayant auparavant établi des conditions restrictives pour référer à la Cour de justice: il encouragea un usage de l'acte clair plutôt que de référer. Cette recommandation de Lord Denning va être renversée en 1978 dans l'affaire *Regina c. Henn & Darby* où il est reconnu que l'acte claire n'est pas une méthode adéquate. La pratique démontre donc une application de la procédure préjudicielle pas aussi uniforme qu'elle devrait l'être: ces variations sont expliquées, en général, par des raisons de politique nationale⁹⁵, de manque d'information et de connaissance de la procédure dans certains Etats et même de fierté des certaines Cours suprêmes. Actuellement, cependant, cette pratique semble avoir été acceptée par tous.

Cette procédure a donc permis une réelle protection juridictionnelle des droits des particuliers, grâce à la coopération

⁹⁴ Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur/Cohn-Bendit*, Rec. Leb., p.524

⁹⁵ Volcansek, M. L., *Judicial Politics in Europe*, American University Studies –Series X, vol. 7, New York, Peter Lang, 1986, p. 280 et ss.

des juridictions nationales. De plus, le mécanisme de la procédure préjudicielle s'est révélé, avec le principe de l'effet direct dont il est souvent le prolongement, comme l'un des moteurs les plus efficaces d'intégration. R. Lecourt souligne l'importance du mécanisme pour le processus d'intégration: "Or, depuis que le mécanisme de coopération judiciaire a été mis en œuvre, l'intégration s'opère insensiblement, à la base, sans bruit, à l'initiative des particuliers et par l'action normale du juge."⁹⁶ La Cour a profité de cette source intarissable d'affaires pour y développer ses interprétations intégrationnistes: elle a ainsi notamment pu développer les doctrines de l'effet direct et de la primauté, qui ont renforcé la procédure préjudicielle elle-même en fournissant plus d'occasions aux particuliers de recourir devant les tribunaux nationaux pour non-respect de leurs droits dérivant du droit communautaire. La doctrine de l'effet direct et la procédure préjudicielle se sont ainsi mutuellement renforcées:⁹⁷ "The involvement of Europe's citizens in the enforcement of Community law, as a result of the doctrine of direct effect, is a dramatically important democratising factor; but it could not have bore full fruit if the reference procedure under Article 177 had not been transformed in the course of the years into a quasi-federal instrument for reviewing the compability of national laws with Community law".⁹⁸

Malgré les faiblesses du système prévu par le traité CE en ce qui concerne la protection des particuliers contre les comportements illégaux des Etats, la Cour de justice a réussi à mettre en place un mécanisme efficace à travers l'utilisation de la procédure préjudicielle. La coopération des juridictions nationales a été primordiale à cet effet. Il est cependant regrettable que la particulier ne bénéficie pas de la même protection en ce qui concerne le traité sur l'Union européenne ou dans le nouveau titre IV du traité CE: dans ce dernier, l'interprétation est possible uniquement si elle provient d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas

⁹⁶ Lecourt, R., *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p.282

⁹⁷ Mancini, F., "Democracy and the ECJ", *The Modern Law Review*, p.182

⁹⁸ *Ibid.*, p. 184

susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (article 68 §1 TCE); de plus, les mesures ou décisions prises en application de l'article 62, point 1⁹⁹, portant sur le maintien de l'ordre public et de la sécurité intérieure sont exclues du champ de compétence de la Cour. Le troisième paragraphe permet au Conseil, à la Commission ou à un Etat membre de demander à la Cour de justice de statuer sur une question d'interprétation du présent titre ou d'actes pris sur la base de celui-ci. Cependant, les arrêts rendus à ce titre ne sont pas applicables aux décisions des juridictions des Etats membres ayant force de chose jugée, ce qui rend la portée de tels arrêts quelque peu confuse. Cette procédure dérogatoire, plutôt affaiblie et compliquée, est le reflet des divergences des Etats membres sur le sujet de la juridictionnalisation du troisième pilier. Il est tout à fait clair que les Etats cherchent à limiter la compétence de la Cour dans ce domaine, afin de rester maîtres du titre IV. Les développements intervenus dans le droit communautaire grâce à l'article 234 TCE ont peu de chance de se répéter ici. Cependant, ce qu'il faut le plus déplorer, c'est l'accès extrêmement restreint des particuliers face à ces actes communautaires: de fait, seule une juridiction nationale non susceptible de recours peut demander une interprétation à la Cour. Selon J. Rideau, il ne s'agit pas d'une faculté pour le juge, mais d'une obligation de saisir la Cour si cette juridiction estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement.¹⁰⁰ On retrouve le même problème qu'avec l'article 234 TCE de la voie sans issue, si la juridiction interne refuse de soumettre la question à la Cour, à moins d'une action en manquement (auquel le particulier n'a pas accès). Le problème est cependant plus important dans le sens où le particulier ne peut s'appuyer sur les juridictions inférieures, qui, dans la procédure préjudicielle, sont celles qui fournissent le plus grand nombre d'affaires à la Cour de justice. Il est donc fort à craindre que le

⁹⁹ Il s'agit des mesures visant à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse de citoyens de l'Union ou de ressortissants des pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures (article 62).

¹⁰⁰ Rideau, J., *op. cit.*, p.874: il fonde son argument sur une comparaison des textes des articles 234§3 et 68§1.

particulier n'ait aucun moyen de faire valoir ses droits dans ce domaine.

En ce qui concerne l'article 35 TUE (coopération policière et judiciaire en matière pénale), il pose le principe de la compétence préjudicielle de la Cour de justice, cependant il introduit aussi des mesures dérogatoires dans ses paragraphes 2 et 3. La Cour est compétente pour interpréter et apprécier la validité des décisions-cadres et des décisions, pour interpréter les conventions établies en vertu de ce titre, ainsi que pour interpréter et apprécier la validité de leurs mesures d'applications. Cependant, le deuxième paragraphe indique une première condition qui est l'acceptation explicite de la compétence de la Cour par les Etats membres à ce sujet. Il est ainsi établi une sorte de régime juridictionnel à la carte. C'est aussi le système classique du droit international que l'on retrouve notamment avec la Cour internationale de justice. Cette condition risque d'entraîner des divergences dans l'interprétation et dans l'application des textes, et par là même des différences dans la protection des particuliers qui sera imparfaitement et inégalement assurée, selon la position adoptée par chaque Etat membre. Ce régime à la carte est renforcé par le troisième paragraphe qui dispose que les Etats doivent indiquer si la saisine est ouverte à toutes les juridictions ou seulement à celles dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Il faut cependant reconnaître que la Cour est compétente pour interpréter les protocoles no 2, annexé au TUE et au TCE, intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, et no 6, sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'UE, annexé au traité CE.

Finalement, la Commission, traditionnel *amicus curiae* de la procédure préjudicielle, ne peut présenter des observations dans ce champ particulier, alors que les Etats membres n'ayant pas accepté la compétence de la Cour sont autorisés à déposer des mémoires. Ceci renforce encore le système intergouvernemental en défaveur du système supranational.

La justiciabilité des droits des particuliers est donc une réalité dans l'ordre juridique communautaire, même si elle n'est pas

parfaite. Le particulier se heurte à deux séries principales d'obstacles: d'une part, au caractère relativement restrictif de la plupart des recours qui leur sont ouverts; d'autre part, à l'ignorance des citoyens eux-mêmes face aux possibilités qui leur sont offertes par la justice communautaire, encore plus méconnue que la justice européenne. Il serait donc nécessaire d'élargir sensiblement les possibilités pour les particuliers de saisir le Tribunal de première instance dans le cas de recours en annulation ou en carence et de travailler à la publicité des solutions communautaires. Grâce à cette justiciabilité de leurs droits, on peut considérer que les particuliers sont des sujets à part entière du droit communautaire.

Une participation à l'élaboration des normes communautaires ?

J.H.H. Weiler souligne que, bien que les particuliers soient destinataires de règles et qu'ils aient la possibilité, bien que limitée, de faire respecter leurs droits, ils ne sont pourtant pas pleinement sujets du droit communautaire: "Enjoying rights created by others does not make you a full subject of the law".¹⁰¹ Il compare dès lors le citoyen européen à l'esclave des colonies. En droit international, Randelzhofer a rappelé la médiation nécessaire et prédominante de l'Etat: la participation des particuliers à l'élaboration des normes conventionnelles, ou même coutumières, semble restreinte (bien qu'en voie d'évolution). Qu'en est-il au niveau communautaire?

Il ne s'agit pas ici d'étudier exhaustivement les procédures de décision existantes au sein de l'Union européenne, ce sujet méritant à lui seul une thèse, mais de traiter quelques aspects de la question qui éclairent les possibilités que le système communautaire offre aux particuliers. Je vais, d'une part, étudier le rôle du Parlement européen, et d'autre part, la question des lobbies. Cette dernière approche peut surprendre dans une étude sur la participation à la création législative: je vais cependant tenter de démontrer que le lobbysme au niveau communautaire va au-delà de la simple

¹⁰¹ Weiler, J.H.H., "Epilogue", in Slaughter, Stone Sweet and Weiler, *op. cit.*, 1998, p.380

influence sur le processus, et que l'on peut même admettre la participation de certains groupes, ceci étant dû principalement à la structure du mécanisme de décision communautaire.

A l'origine, selon le traité de Rome, le Parlement européen, qui n'était pas élu au suffrage universel, n'avait qu'un rôle purement consultatif dans l'élaboration du droit dérivé;¹⁰² le rôle essentiel dans le processus législatif était attribué au Conseil, organe composé des représentants des gouvernements au niveau ministériel;¹⁰³ la Commission, dont les membres doivent agir en toute indépendance, ayant pour sa part un pouvoir d'initiative. Il était prévu que le Conseil prenne les décisions à la majorité qualifiée après une période de transition; cependant, suite à la "crise de la chaise vide", provoquée par De Gaulle, où la France ne participe plus aux travaux de la Communauté, le Compromis de Luxembourg,¹⁰⁴ prévoit que, dans les situations où des intérêts très importants d'un des membres sont en jeu, les membres du Conseil s'efforcent d'adopter une solution qui convient à tous.¹⁰⁵ Cela revient en pratique à installer l'unanimité dans les prises de décision, procédure classique de droit international.

Traditionnellement, le Parlement participait à l'élaboration des textes, sans pour autant que son avis puisse en empêcher l'adoption: les avis donnés par le Parlement ne pouvaient lier ni la Commission, qui n'était pas tenue de modifier sa proposition, ni le Conseil, qui décidait de lui-même des conséquences. Son rôle va

¹⁰² CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts"/Parlement européen*, aff. 294/83, rec. 1986, p. 1339: "(...) le traité CEE dans sa version originale ne lui conférait que des pouvoirs consultatifs et de contrôle politique, et non celui d'adopter des actes destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers" (§24)

¹⁰³ La composition du Conseil peut varier en fonction des sujets abordés; dans certains cas, elle comprend même les Chefs d'Etat ou de gouvernement.

¹⁰⁴ "Accord", dit "compromis" de Luxembourg des 28 et 29 janvier 1966, texte dans Dubouis et Gueydan, *Grands textes de droit de l'Union européenne*, pp.177-79 (section B1).

¹⁰⁵ Certaines divergences persistent entre la position française qui réclame un accord unanime et les autres membres.

cependant évoluer de façon progressive depuis les années septante et prendre de l'importance au sein des procédures de décision dans la Communauté. En 1970, suite à la décision sur le financement de la Communauté par des ressources propres, un pouvoir de codécision avec le Conseil lui est attribué dans le domaine budgétaire, qui sera renforcé en 1975. Cette procédure requiert un accord pour que le budget puisse être arrêté, le Parlement ayant le dernier mot sur les modifications des dépenses non obligatoires et le Conseil sur celles des dépenses obligatoires. Cependant, des désaccords constants conduisent à des crises budgétaires dès 1979 qui se répètent d'année en année: la Cour de justice devra même statuer par deux fois, en 1986 et 1988. Finalement, des accords institutionnels sur la discipline budgétaire et l'amélioration de la procédure budgétaire sont conclus en 1993 et 1999, qui octroient au Parlement un pouvoir accru en matière de classification des dépenses en étendant la procédure de codécision aux dépenses obligatoires.¹⁰⁶ Ce pouvoir en matière budgétaire permet au Parlement d'avoir une certaine influence sur les actions de la Communauté, mais pas réellement en matière législative, malgré quelques tentatives qui ont conduit aux désaccords répétés avec le Conseil.

L'élection du Parlement au suffrage universel de 1979 combinée avec la relance du processus d'intégration européenne par l'Acte Unique Européen (AUE) va permettre de donner au Parlement une certaine légitimité pour appuyer ses demandes de participation effective aux différentes procédures de décision.¹⁰⁷ L'AUE va mettre en place des procédures de coopération et d'avis conforme dans certains domaines, surtout ceux où le Conseil statuait à la majorité qualifiée. La procédure de coopération (article 252), bien

¹⁰⁶ Entrée en vigueur du dernier accord le 1er janvier 2000.

¹⁰⁷ Il faut aussi mentionner le rôle de la Cour de justice qui a reconnu, dans l'affaire *Les Verts* (précitée) que des actes du Parlement européen peuvent produire des effets juridiques vis-vis des tiers (§25) et qui a admis, dans l'affaire *Parlement/Conseil (1990)* (précitée) la possibilité d'action en annulation par le Parlement pour pouvoir défendre ses prérogatives (§27): elle a ainsi participé à l'évolution du rôle du Parlement au sein de la Communauté.

que renforçant le poids de la consultation du Parlement dans l'adoption de certaines décisions, laisse au Conseil le pouvoir du dernier mot: le Parlement a la possibilité d'exprimer son avis une première fois après la proposition de la Commission, puis une seconde fois sur la position commune adoptée par le Conseil; il a la possibilité soit de rejeter la position commune à la majorité absolue des suffrages des membres effectifs, soit de proposer des amendements¹⁰⁸ qui doivent être adoptés par la majorité de ses membres, soit d'adopter la position à la majorité des suffrages exprimés. S'il n'a pas statué dans les trois mois, le Président déclare la position commune approuvée sans vote. Le résultat de la seconde lecture du Parlement est transmis au Conseil et à la Commission, qui doit réexaminer la position en cas d'amendements du Parlement, mais qui n'est pas forcée de les prendre en compte: la Commission risque cependant de se trouver face à une motion de censure du Parlement, ce qui est un instrument de pression à la disposition du Parlement pour donner plus de poids à ses avis. En cas de rejet de la position par le Parlement, le Conseil peut adopter la position commune à l'unanimité dans un délai de trois mois: le Conseil a donc toujours le dernier mot. Cependant, d'une part, le Parlement peut voir dans la Commission une alliée de taille, sur laquelle il a un moyen de pression, pour faire valoir ses avis, et d'autre part, en cas de rejet par le Parlement, le Conseil doit statuer à l'unanimité, ce qui n'est pas évident. Il faut encore mentionner que le Conseil peut adopter à l'unanimité les amendements non repris par la Commission. Cette procédure a été étendue par le traité de Maastricht à d'autres domaines, pour être finalement réservée au domaine de l'Union économique et monétaire depuis le Traité d'Amsterdam.¹⁰⁹

La procédure d'avis conforme implique que le Parlement européen approuve soit à la majorité absolue, soit à la majorité simple, le texte ou l'accord établi par le Conseil. L'absence d'avis conforme empêche l'adoption du texte ou la conclusion de l'accord.

¹⁰⁸ Présentés par une commission, un groupe politique ou 23 représentants au moins.

¹⁰⁹ Articles 99; 102-104; 106 TCE

L'AUE l'avait prévu pour les nouvelles adhésions et pour les accords d'association à conclure avec des pays tiers. Le Parlement souhaite actuellement que cette procédure soit étendue à tous les accords internationaux ainsi qu'à la procédure de révision du traité.

Ces deux procédures offrent déjà un premier accès au Parlement dans les procédures de décision communautaires: d'une part, dans la procédure de l'avis conforme, il peut influencer la direction d'une nouvelle négociation au sein du Conseil à travers la possibilité de refuser des textes qu'il juge inacceptables; d'autre part, la procédure de coopération lui permet d'émettre son avis, et le Conseil voit sa tâche plus compliquée s'il doit passer outre les amendements du Parlement. Il faut cependant reconnaître, que même s'il n'est pas négligeable, ce pouvoir du Parlement reste minimal, d'autant plus qu'il ne concerne que certains domaines où la Communauté doit légiférer.

Le traité de Maastricht va renforcer encore la position du Parlement, non seulement par l'extension des domaines où les procédures d'avis conforme et de coopération s'appliquent, mais surtout en instaurant une nouvelle procédure, celle de la codécision (article 251 TCE): les actes pris selon cette procédure sont pris par le Parlement européen conjointement avec le Conseil. Trois différences principales peuvent être dégagées par rapport à la procédure de coopération: elle instaure un comité de conciliation en cas de difficultés entre le Parlement et le Conseil; la Parlement a la possibilité de rejeter le texte du Conseil en empêchant son adoption; elle peut coexister avec les prises de décision à l'unanimité.¹¹⁰

La procédure est très complexe dans sa version antérieure au traité d'Amsterdam et a été simplifiée par ce dernier: la Commission présente une proposition au Parlement qui l'examine en première lecture; ensuite le Conseil décide soit d'adopter l'acte proposé (amendé ou non) soit d'adopter une position commune qui est transmise au Parlement; celui-ci procède à une deuxième lecture de la position. Cette seconde lecture conduit soit à l'adoption de la

¹¹⁰ Alors que la coopération n'a lieu que dans des domaines requérant la majorité qualifiée.

position,¹¹¹ soit au rejet à la majorité absolue de ses membres (acte est réputé non adopté), soit il propose des amendements qui sont transmis au Conseil. Le Conseil doit se prononcer une nouvelle fois : s'il n'approuve pas tous les amendements, le Président du Conseil en accord avec le Président du Parlement doit convoquer le comité de conciliation, dont la mission est d'aboutir à un accord sur un projet commun adopté à la majorité qualifiée des membres du Conseil et à la majorité des représentants du Parlement. S'il y parvient, le Conseil et le Parlement ont six semaines pour adopter l'acte; sinon, l'acte est réputé non adopté. Cette procédure permet donc au Parlement de faire pleinement valoir ses arguments et de refuser tout texte qu'il estime incorrect. Le traité d'Amsterdam ayant étendu le champ de cette procédure, le Parlement partage désormais assez largement le pouvoir législatif avec le Conseil.¹¹² Ceci est d'autant plus important que les domaines nouvellement concernés sont d'une importance considérable pour les citoyens, telle la liberté de circulation et de séjour des citoyens, la santé, ... Cependant certains domaines sont totalement exclus de la compétence législative du Parlement: en ce qui concerne l'Union Economique et Monétaire, le Conseil et la Banque centrale européenne se partagent le pouvoir de décision; la procédure de révision des traités n'accorde qu'un rôle consultatif au Parlement;¹¹³

¹¹¹ Aussi si le Parlement ne se prononce pas dans un délai de trois mois.

¹¹² Cette procédure couvre actuellement les domaines de la libre circulation des travailleurs, du droit d'établissement, la libre prestation des services, le marché intérieur, l'éducation, la culture, la santé publique, la protection des consommateurs, les réseaux transeuropéens, la recherche et le développement technologique, l'environnement, l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, la libre circulation et le libre séjour des citoyens de l'Union, les règles relatives à la sécurité sociale des travailleurs migrants, la politique des transports, les actes résultant de la transposition de l'accord sur la politique sociale, les décisions relatives au Fonds Social européen, la coopération au développement, la coopération douanière, l'exclusion sociale, l'égalité des chances et de traitement, les principes généraux de transparence, la lutte contre la fraude, la protection des données.

¹¹³ Cependant, la révision nécessitant une ratification des Etats

et le II^{ème} et le III^{ème} pilier attribuent un rôle très limité au Parlement.

Les deuxième et troisième piliers consacrent un équilibre institutionnel différent. Le Conseil y possède un rôle prépondérant, tandis que les compétences du Parlement et de la Commission sont extrêmement limitées. Dans le deuxième pilier, les décisions sont prises par le Conseil européen ou le Conseil, suivant l'acte adopté, et de manière générale à l'unanimité (article 23 TUE). L'article 21 TUE prévoit que "la présidence consulte le Parlement européen sur les principaux aspects et les choix fondamentaux de la politique étrangère et de sécurité commune et veille à ce que les vues du Parlement soient dûment prises en considération." Cela ne signifie pas pour autant que les vues du Parlement soient adoptées. Il doit, de plus, être tenu informé par la Présidence et la Commission de l'évolution de la PESC. Il peut aussi adresser des questions ou formuler des recommandations au Conseil. Il procède chaque année à un débat sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la PESC. Toutes ces mesures ne lui octroient aucune compétence législative dans ce domaine. Certains auteurs rappellent qu'en droit interne, les Parlements nationaux sont généralement dépourvus de pouvoirs de décision ou d'autorisation dans le domaine de la politique étrangère et de la sécurité, sous réserves des conditions régissant l'adoption des décisions les plus importantes.¹¹⁴

Quant au III^{ème} pilier, deux aspects sont à étudier: le premier concerne ce qui a été intégré par le traité d'Amsterdam dans le traité CE, c'est-à-dire le titre sur les visas, l'asile et l'immigration; le second est relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, qui reste dans le III^{ème} pilier. Dans le titre IV du traité CE, les décisions prises dans ce domaine pendant la période transitoire (5 ans) sont le fait du Conseil qui statue à l'unanimité sur proposition de la Commission ou d'un Etat membre, après

membres, les Parlements nationaux ou les citoyens suivant les procédures nationales, ont le pouvoir du dernier mot.

¹¹⁴ J. Rideau, *op. cit.*, p. 570. Il faut mentionner qu'en Allemagne, la tendance est à accorder un plus grand contrôle en matière de politique étrangère au Parlement.

consultation du Parlement: le Parlement n'a donc aucune compétence dans ce domaine. Après la période de cinq ans, il est prévu qu'il puisse être décidé d'adopter la procédure de codécision dans ce domaine, ce qui attribuerait un rôle au Parlement. Bien que ce titre soit inséré dans le pilier communautaire, il faut constater que la prise de décision se fait encore selon la procédure classique de droit international, qui laisse de côté le Parlement, alors qu'il s'agit d'un sujet d'une haute importance pour les individus, qu'ils soient citoyens de l'Union ou non. En ce qui concerne le titre VI du traité sur l'Union européenne, il est prévu que le Conseil consulte le Parlement européen, qui doit rendre son avis dans un délai déterminé par le Conseil, mais qui ne peut être inférieur à trois mois. Il est mentionné qu'à défaut d'avis rendu dans ce délai, le Conseil peut statuer. La rédaction de cet article diffère de celle concernant la PESC par la mention du délai.

Le Parlement est donc un acteur de la prise de décision dans la Communauté européenne, comme le confirme l'article 192 TCE, qui prévoit sa participation dans les différentes procédures. Cependant, le second paragraphe de cet article relève un problème spécifique: la question de son droit d'initiative. L'un des traits marquants de la construction européenne réside dans le pouvoir d'initiative quasi-exclusif de la Commission, parfois partagé avec le Conseil ou le Conseil européen.¹¹⁵ Le droit d'initiative est un instrument stratégique dans la procédure décisionnelle communautaire: il offre la possibilité d'une grande influence sur l'acte futur. En effet, il s'agit du choix et de la proposition d'une solution parmi une multitude de possibilités.¹¹⁶ Lors des négociations conduisant au traité de Maastricht, certaines délégations¹¹⁷ ont voulu faire reconnaître au Parlement européen un droit d'initiative législative, selon la tradition démocratique des

¹¹⁵ Le Conseil européen définit aussi "les orientations politiques générales" de l'Union (art. 4 TUE): composé des chefs d'Etat ou de gouvernement et du président de la Commission, il représente l'institution intergouvernementale par excellence au sein de l'Union.

¹¹⁶ La procédure de codécision a quelque peu modéré le pouvoir de la Commission dans ce domaine, pour autant qu'elle s'applique.

¹¹⁷ Il s'agit du Danemark, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie.

Etats membres, mais la majorité s'y est refusée.¹¹⁸ Cependant un compromis a été trouvé qui, selon l'article 192§2 TCE, prévoit que "le Parlement peut, à la majorité de ses membres, demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte communautaire pour la mise en œuvre du présent traité". Cette disposition remédie quelque peu au problème de la participation du Parlement dans l'élaboration des règles communautaires, sans modifier le sacro-saint équilibre institutionnel. On peut pourtant regretter qu'il ne s'agisse que d'un pouvoir de proposition, et non d'initiative, qui est de plus assorti de la condition restrictive d'atteindre la majorité (314 votes requis).

Deux autres acteurs, de moindre importance pourtant, se profilent aussi comme représentants des particuliers dans certaines procédures de décision: le Comité économique et social et le Comité des régions. Ces deux comités sont à caractère consultatif uniquement, ce qui limite leur rôle comme on l'a vu pour les débuts du Parlement. Le Comité économique et social est, selon l'article 257 TCE, "composé des représentants des différentes catégories de la vie économique et sociale, notamment des producteurs, des agriculteurs, des transporteurs, des travailleurs, des négociants et artisans, des professions libérales et de l'intérêt général": mis à part la dernière catégorie, on constate que ce sont surtout des représentants des acteurs économiques. Ces représentants ne sont pas élus par les citoyens de l'Union, mais nommés par le Conseil, ce qui ne renforce pas leur légitimité. Quant au Comité des régions, les membres, représentant les collectivités régionales, sont aussi nommés par le Conseil, sur proposition des Etats membres respectifs. Ces deux comités peuvent relayer certains intérêts des particuliers au niveau communautaire, mais ils n'ont aucune compétence réelle en matière de décision, ce qui affaiblit considérablement leur rôle.

¹¹⁸ Vogel-Polsky, E., *Les femmes et la citoyenneté européenne*, Rapport interne Commission européenne, DG V, V/2337/94-FR, Bruxelles, Commission européenne, 1994, p. 64

La participation des particuliers à l'élaboration des règles communautaires, du moins les règles dérivées, devient donc une réalité, à travers la participation du Parlement européen dans les procédures de décision. Cependant, cette participation est incomplète au regard de la totalité du droit communautaire. Un grand débat se poursuit au sujet du déficit démocratique de l'Union européenne, dénonçant notamment le manque de participation possible pour les citoyens, aux côtés du manque de contrôle de l'exécutif en général. En matière législative, on peut certes constater l'éviction des parlements nationaux du processus de décision communautaire, mais qui semblent de plus en plus remplacés par le Parlement européen, représentant des citoyens européens. Il reste cependant 33 hypothèses où la procédure traditionnelle, avec seul un avis consultatif du Parlement, a lieu, notamment pour la conclusion de certains accords internationaux.¹¹⁹ Au vu du rôle prépondérant joué par le Conseil, il nous faut constater que la représentation des intérêts des citoyens et des Etats membres paraît en concurrence plutôt qu'en symbiose.¹²⁰ C'est là une des caractéristiques du processus décisionnel communautaire: il est constamment en tension entre les intérêts des différents sujets de l'ordre juridique communautaire.

En ce qui concerne les groupes de pression, ou lobbies, ceux-ci jouent un rôle non négligeable dans l'élaboration des normes au niveau national: par différents moyens, ils sont capables de faire pression sur le gouvernement pour qu'il adopte certains actes. C'est donc aussi une manière indirecte de participer au processus de

¹¹⁹ Les accords visés à l'article 310 TCE, ceux qui créent un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération, les accords d'adhésion, ceux qui ont des implications budgétaires notables pour la Communauté et les accords impliquant une modification d'un acte adopté selon la procédure de codécision requièrent un avis conforme. Depuis la Déclaration solennelle de Stuttgart de 1983, le Conseil a pour pratique de demander son opinion au PE pour les accords significatifs; avant la conclusion, mais après la signature, ce qui peut poser quelques problèmes en cas de désaccord du Parlement. Le PE réclame une généralisation de l'avis conforme pour tous les accords internationaux.

¹²⁰ Vogel-Polsky, *op. cit.*, p. 59

décision pour certains particuliers regroupés en lobbies. Au niveau communautaire, on peut distinguer deux périodes sur ce mode d'action: avant l'Acte unique et après.¹²¹ Avant l'Acte unique, les différents lobbies utilisaient les voies nationales pour faire pression sur un gouvernement uniquement: le principe de l'unanimité étant prédominant, il suffisait de convaincre un Etat de ne pas accepter une règle pour qu'elle ne soit pas acceptée. Il aurait fallu faire pression auprès de chaque gouvernement pour pouvoir permettre l'élaboration d'un acte, ce qui est compliqué et coûteux. Cependant, en réalisant la prise de décision à la majorité qualifiée et en développant le champ d'action du droit communautaire, l'Acte unique européen a permis une véritable explosion du nombre de lobbies présents à Bruxelles.

Le lobbying se fait à divers niveaux à l'échelle communautaire. Tout d'abord au niveau de la Commission: certains auteurs rappellent qu'elle a tenté d'encourager ce phénomène, par la formation d'associations européennes, dès les années septante, avec un accent surtout dans les années huitante.¹²² Ces associations lui sont utiles afin de préparer les dossiers sur lesquels elle se base pour adopter des propositions: ses ressources en personnel et financières étant limitées, ces associations lui fournissent les informations nécessaires à l'élaboration des projets. Mais même au sein de la Commission, le lobbying se fait à plusieurs niveaux: l'administration de la Commission comprend plusieurs centaines de groupes de travail et de comités consultatifs et les tâches sont divisées en départements spécialisés, chaque commissionnaire étant en charge d'un domaine, avec son propre cabinet. L'influence se

¹²¹ Mazey, S. and Richardson, J., "Interest groups in the European Community", *Pressure Groups*, ed. by J.J. Richardson, Oxford, Oxford Univ. Press, 1993, Chapter 13, p.191

¹²² Streeck, W. and Schmitter, P.C., "From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market", *Politics and Society*, vol. 19, no 2, June 1991, p.137; voir aussi Greenwood, J., "Pharma and Biotech: Virtues and Trends in EU Lobbying", *Lobbying the European Union*, ed. by R.H. Pedler and M.P.C.M. Van Schendelen, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1994, p. 184

fait non seulement directement sur les commissionnaires, mais aussi au niveau des groupes de travail: on retrouve parmi les membres des comités certains représentants d'industrie ou d'intérêt spécifique. Non seulement des experts gouvernementaux et communautaires, mais aussi des intérêts privés sont représentés dans ces différents groupes: Mazey et Richardson mentionnent des directeurs d'entreprises dans le domaine automobile, dans le secteur textile, etc.¹²³ L'intérêt pour les lobbies réside dans le pouvoir d'initiative de la Commission: en influençant le projet de la Commission, ils ont un moyen de diriger la solution finale.

Une autre voie d'accès au processus de décision est à travers le Conseil, directement: depuis que la procédure de décision à la majorité qualifiée a été étendue, il devient plus facile de faire adopter des actes favorables, la pression pouvant se concentrer sur une partie des gouvernements. Cependant, empêcher l'adoption d'un acte devient plus difficile. Sur le plan du Conseil aussi la pression s'exerce à différents niveaux: non seulement sur les ministres spécialisés directement, mais aussi sur les représentants permanents qui préparent les négociations de manière générale.

Depuis l'émergence du rôle du Parlement européen, notamment depuis l'extension de la procédure de codécision, ce dernier devient aussi une cible des lobbyistes: pour les groupes de pression, l'intérêt du Parlement réside dans la possibilité de faire adopter des amendements à certain actes. Cependant, il reste difficile d'engager une pression efficace, les décisions se prenant à la majorité (simple ou qualifiée), et le nombre de parlementaires est plutôt important.

Une dernière voie d'accès pour les groupes d'intérêt est la Cour de justice: la Cour, certes, ne fait pas partie du processus législatif proprement dit; cependant, la jurisprudence de la Cour joue un rôle important et influent au sein de l'ordre juridique communautaire: à travers ses interprétations extensives, la Cour de justice a progressivement développé le droit communautaire. Harlow et Rawlings constatent que certains groupes, lorsqu'ils ne parviennent pas à avoir accès aux politiciens et aux législateurs, tentent de

¹²³ Mazey and Richardson, *op. cit.*, p. 201

s'imposer par la voie juridictionnelle.¹²⁴ Ce choix semble uniquement dû à leur manque de chances réelles de parvenir à leurs fins par les voies régulières de lobbying, suite à un désavantage financier ou organisationnel: on y retrouve des associations de consommateurs, des groupes pour la protection de l'environnement, et surtout des groupes féministes, qui ont été les pionniers dans ce domaine. La technique relève de la sélection d'une affaire-test par un avocat spécialisé pour tenter de conduire la Cour à argumenter en faveur d'un certain développement du droit communautaire.

La participation des groupes de pression dans le domaine de l'élaboration des actes communautaires est un fait inévitable. L'aspect positif est qu'elle permet à des groupes de particuliers de participer au processus, les rendant ainsi un peu moins esclave, pour reprendre le terme de Weiler, de la volonté pure des gouvernements. Cependant, il ne faut pas négliger l'aspect négatif: le problème du déséquilibre de la représentation des intérêts. En effet, pour atteindre un résultat positif en lobbying, les groupes ont besoin de ressources financières et d'une certaine capacité d'organisation: ces deux éléments sont forcément inégalement distribués parmi les différents groupes. Au niveau communautaire, certains groupes "super-élites" côtoient des fédérations plutôt modestes.¹²⁵ De plus, non seulement les grandes entreprises européennes se regroupent au sein de puissants lobbies, mais aussi certaines entreprises étrangères: les groupes japonais et américains sont très présents à Bruxelles, et sont parmi les lobbyistes les plus efficaces.¹²⁶ Les multinationales IBM, Rhône-Poulenc, Exxon, Philips, Bull, Shell, IBM, Siemens, BASF, Mercedes ont toutes un

¹²⁴ Harlow, C. and Rawlings, R., *Pressure through Law*, London, Routledge, 1992, p. 297

¹²⁵ Par exemple, la Table Ronde des Industriels européens: elle est composée (notamment) de AB Volvo, Fiat, Philips, Saint-Gobain, Daimler-Benz, Plessey, Ferruzzi, Nestlé, Telefonica, Nokia, etc. Etienne Davignon, ancien président et vice-président de la Commission, en a été membre un certain temps.

¹²⁶ Notamment Nissan, Toshiba, Hitachi, Mitsubishi, Sony pour le Japon et Colgate, Kodak, Palmolive, General Electric, GM pour les Etats Unis. (Mazey and Richardson, *op. cit.*, p. 196)

bureau de représentation à Bruxelles. Par rapport à certains groupes d'intérêt public, tels certains groupes en faveur de l'environnement ou de la protection des femmes, bien qu'ils bénéficient souvent d'une aide financière de la Commission, le déséquilibre est flagrant. D'autant plus que certains groupes se sont fait exclure par d'autres groupes, par exemple les paysans sont parvenus à exclure certains groupes de consommateurs.

La nature pluraliste et plutôt ouverte des processus de décisions au niveau communautaire, notamment à travers l'accès à la Commission, permet des points d'accès multiples sur le chemin de l'élaboration d'actes communautaires: la voie nationale, en comparaison, paraît plus fermée, notamment en raison de sa centralisation. Que l'on soit pour ou contre cette possibilité d'influence, il nous faut reconnaître que de toute façon le phénomène du lobbying est une réalité au sein de la Communauté européenne. L'idée serait actuellement de développer un certain équilibre afin d'éviter l'étouffement des groupes moins organisés. Il faut aussi admettre que, bien que les différents groupes d'intérêts sont associés aux prises de décision dans la Communauté, notamment à travers la Commission, ce sont tout de même les institutions qui ont le dernier mot et qui acceptent ou refusent leurs positions. Les membres du Parlement, à qui l'on demandait dans quelle mesure ils tenaient compte de l'avis des associations de consommateur pour l'adoption d'un acte dans ce domaine, ont généralement répondu: "A great deal, but never too much".¹²⁷

La construction prétorienne de la CJCE

Nous allons montrer maintenant comment la Cour de justice a participé au processus de caractérisation de la place des particuliers au sein du droit communautaire: il est en effet impossible de comprendre la position des particuliers sans prendre en compte les

¹²⁷ Panebianco, S., "EU Institutions faced with non-economic interests: from market needs to consumer protection", *Lobbyisme, Pluralisme et Intégration européenne*, éd. par P.H. Claeyss, C. Gobin, I. Smets, P. Winand, Bruxelles, PIE, 1998, p. 360

développements de la Cour de justice en la matière. Les principes de l'effet direct et de la primauté, la protection des droits de l'homme, la constitutionnalisation du traité CE et la question de la responsabilité des Etats pour violation du droit communautaire sont des éléments qui concernent en premier lieu les particuliers, et qui ont tous été développés par la Cour de justice, à travers ses interprétations du traité.

L'effet direct

La théorie de l'effet direct détermine les conditions auxquelles un particulier peut invoquer une disposition du droit communautaire dans le but de tirer un droit de celle-ci. Hervé Bribosia rappelle que l'effet direct n'est pas une invention du droit communautaire, mais existe déjà en droit international,¹²⁸ qui retient deux critères principaux: l'applicabilité individuelle et l'applicabilité sans transformation nécessaire par un acte administratif ou législatif préalable. Plus spécifiquement, il existe une tendance qui semble considérer l'effet direct d'une disposition à chaque fois qu'elle est *self-sufficient*, c'est-à-dire qu'elle est suffisamment claire, précise et complète pour être appliquée sans transformation préalable. Le critère de l'attribution de droits à des particuliers ne semble donc plus être considéré.

L'idée de l'effet direct semble incompatible avec le système dualiste de réception du droit international en droit interne: ce système requiert une transformation préalable de la norme internationale par un acte interne pour la rendre applicable en droit interne.¹²⁹ En revanche, le principe de l'effet direct est compatible avec la tradition moniste qui prévoit qu'une norme peut être

¹²⁸ Bribosia, H., "Report on Belgium", *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, éd. par A.-M. Slaughter, et alii, Oxford, Hart Publishing, 1998, p.7

¹²⁹ A l'époque de l'arrêt *Van Gend En Loos*, l'Allemagne et l'Italie étaient des Etats de tradition dualiste.

directement applicable dans l'ordre interne, sans transformation préalable, sous certaines conditions cependant. On peut donc considérer qu'en développant la théorie de l'effet direct, la Cour a imposé le système moniste aux Etats, alors que, traditionnellement en droit international, les Etats sont libres de choisir la manière d'introduire une obligation internationale dans leur droit interne. Dans les Etats monistes, il revient au juge national de déterminer de l'effet produit par une disposition internationale dans l'ordre interne, et par conséquent à l'égard des particuliers. La nouveauté n'est donc pas dans le fait que le droit communautaire puisse avoir un effet direct, mais que cette question soit décidée par la Cour de justice des Communautés plutôt que par les juridictions nationales.¹³⁰ En droit communautaire, et selon le raisonnement de l'interprétation uniforme, c'est la Cour de justice des Communautés qui va déterminer quelles sont ces dispositions directement applicables que les juges nationaux vont devoir protéger.

Selon le traité CE, seuls les règlements sont considérés comme directement applicable dans l'ordre interne selon l'article 249 TCE.¹³¹ Dans ce contexte, l'applicabilité directe signifie que les règlements communautaires sont intégrés dans l'ordre juridique interne et qu'aucune mesure nationale de transformation n'est permise.¹³² On ne peut cependant considérer que cet article mentionne explicitement le principe de l'effet direct. A l'époque du traité de Rome (1957), il était généralement accepté que le statut des règles internationales dans l'ordre juridique national était déterminé par les règles constitutionnelles de chaque Etat.¹³³ Il

¹³⁰ De Witte, B., "Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order", *The Evolution of European Union Law*, ed. by P. Craig and G. de Burca, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 181

¹³¹ Art. 249 TCE : "Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre."

¹³² *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, A. Barav et C. Philip, Paris, PUF, 1993, p. 104

¹³³ Claes, M. et de Witte, B., "Report on the Netherlands", *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, ed. by Slaughter et alii, Oxford, Hart Publishing, 1998, p.178

fallait respecter le principe *Pacta sunt servanda*, mais le choix des moyens était laissé à discrétion.

L'exemple des Pays-Bas est souvent mis en exergue en tant que précurseur et terrain de test pour le développement de cette théorie.¹³⁴ d'une part, les termes mêmes d'effet direct se retrouvent dans la pratique juridique du système néerlandais. D'autre part, l'article 66 de la Constitution de 1953, (révisée en 1956), prévoit l'effet direct des traités internationaux.¹³⁵ L'idée d'effet direct sur les particuliers peut donc bien avoir été influencée par la pratique néerlandaise, d'autant plus que la question qui va permettre à la Cour de développer le principe est posée par un juge néerlandais: la manière dont la question a été posée par le tribunal néerlandais, en insistant sur la création de droits pour les particuliers, a sans doute été d'une aide précieuse, et même une source d'inspiration.¹³⁶

En 1962, la Tariefcommissie (tribunal administratif spécialisé) saisit la CJCE de deux questions préjudicielles, dont la première donnera l'occasion à la Cour de développer le début de sa doctrine de l'effet direct: "Est-ce que l'article 12 du traité CEE a un effet interne, en d'autres termes, les justiciables peuvent-ils faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder?"¹³⁷ C'est sur la base de cette question que la Cour va développer la notion d'effet direct de certaines dispositions du traité CEE.

La Cour va raisonner selon l'esprit, l'économie et les termes du traité, méthode qui est plus extensive dans son résultat que la méthode textuelle du droit international classique. En étudiant l'ordre juridique communautaire, elle va mettre l'accent sur la position octroyée aux particuliers dans cet agencement.

Après leur avoir accordé la qualité de sujets du droit communautaire, la Cour poursuit son raisonnement sur les droits que les particuliers tirent du droit communautaire, qui peuvent être attribués explicitement ou issus d'obligations des Etats membres ou

¹³⁴ De Witte, B., *op. cit.*, p. 178

¹³⁵ Claes, M., et de Witte, B., *op. cit.*, p.173

¹³⁶ Le Président de la CJCE étant hollandais aussi (Juge Donner, professeur de droit constitutionnel) *Ibid.*, p.180

¹³⁷ Aff. *Van gend En Loos* (précitée)

des institutions. Elle va aussi déclarer que le particulier peut invoquer directement une disposition du traité CEE devant une juridiction interne, pour autant qu'elle satisfasse aux conditions d'être claire, inconditionnelle et une obligation négative.

Le critère de l'effet direct utilisé dans cette affaire va évoluer. Avec l'affaire *Lütticke*¹³⁸ et surtout *Salgoil*,¹³⁹ les "obligations de faire" (ou obligations positives) peuvent avoir un effet direct à condition qu'aucune marge d'appréciation dans les mesures à prendre ne soit laissée aux Etats membres ou aux institutions à qui est faite l'obligation. Cette jurisprudence sera confirmée plus tard avec l'arrêt *Reyners*¹⁴⁰ et l'arrêt *Van Binsbergen*¹⁴¹ qui mettent en cause des dispositions qui doivent être complétées par des directives. Ces directives n'ayant pas été adoptées à la fin de la période de transition, la Cour déclare alors que ces dispositions sont tout de même d'effet direct. Le caractère inconditionnel et précis de la disposition en cause est donc devenu le seul critère de l'effet direct. Ces deux arrêts ont eu des effets pratiques considérables en permettant aux particuliers de mettre en cause, devant les tribunaux nationaux, un grand nombre de restrictions à l'accès aux professions sans attendre l'adoption des directives d'application.¹⁴²

L'arrêt *Van Gend En Loos* concernait les relations juridiques entre les particuliers et les gouvernements uniquement, ce qu'on nomme communément un effet vertical (et non horizontal, c'est-à-dire les relations entre les particuliers). La Cour va cependant développer aussi la notion d'effet direct horizontal des dispositions du traité: ces dispositions seront donc invocables à l'encontre

¹³⁸ CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke/Hauptzollamt Sarrelouis*, aff. 57/65, rec. 1966, p. 293

¹³⁹ CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil/Ministre du Commerce extérieur*, aff. 13/68, rec. 1968, p.661

¹⁴⁰ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners/Belgique*, aff. 2/74, rec. 1974, p. 631; (relatif à la liberté d'établissement à partir de la fin de la période de transition, alors même que toutes les directives devant être adoptées pour concrétiser cette liberté n'avaient pas été adoptées)

¹⁴¹ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, rec. 1974, p. 1299

¹⁴² Voir à ce sujet Ph. Magnin, *op. cit.*, p.317

d'autres particuliers. L'affaire *Defrenne II* en fournit un exemple: "[...] l'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers."¹⁴³ Le nombre des dispositions ayant un effet direct vertical et horizontal sera cependant plus restreint.

Dans les affaires suivantes, et surtout depuis l'expiration de la période de transition, la Cour a élargi le champ d'application de l'effet direct: tout d'abord en augmentant régulièrement le nombre de dispositions du traité considérées comme directement applicables.¹⁴⁴ Puis, elle étend cet effet aux directives et décisions adoptées par le Conseil ou la Commission, sous certaines conditions cependant plutôt restrictives. L'article 249 TCE prévoit que la directive lie les Etats membres quant au résultat à atteindre tout en leur laissant le choix des moyens: il est donc prévu que l'Etat agisse en général par l'adoption d'un acte interne qui parvienne au résultat voulu par la directive; il ne semble pas que la directive, selon le traité puisse produire un effet direct. La Cour de justice va étendre la notion d'effet direct aux directives progressivement: tout d'abord, elle reconnaît la possibilité d'effet direct aux dispositions combinées d'une décision et d'une directive. Puis, elle confirme l'effet direct des dispositions combinées du traité et d'une directive. Finalement, elle conçoit l'effet direct d'une directive seule,¹⁴⁵ raisonnant notamment sur l'effet utile d'un tel acte: "[...] particulièrement dans les cas où les autorités communautaires auraient, par voie de directive, obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de

¹⁴³ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne/SA belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 43/75, rec. 1976, p. 455, §39

¹⁴⁴ Pour une liste des dispositions produisant effet direct en droit communautaire actuellement, voir note 30.

¹⁴⁵ CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne Van Duyn/Home Office*, aff. 41/74, rec. 1974, p. 1337; voir aussi: CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public/Tullio Ratti*, aff. 148/78, rec. 1979, p. 1629

s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire."¹⁴⁶

Le critère de reconnaissance de l'effet direct d'une directive correspond à celui élaboré par la Cour à propos des dispositions du traité CE: les directives doivent être précises et les obligations inconditionnelles.¹⁴⁷ Cependant, dans une affaire ultérieure, la Cour étend encore la notion d'effet direct aux directives qui laissent une marge de manœuvre aux Etats dans certaines de leurs obligations, si celle-ci peuvent être détachées et appliquées comme telles.¹⁴⁸ Malgré tous les développements en faveur de l'effet direct des directives, la Cour n'a pas franchi le pas de leur reconnaître un effet horizontal. Une directive crée des obligations à charge des Etats destinataires, cependant elle ne peut pas par elle-même créer d'obligation dans le chef d'un particulier et une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée à l'encontre d'une telle personne.¹⁴⁹

Pourquoi cette limitation? La Cour va se justifier dans l'affaire *Faccini Dori*:¹⁵⁰ "Etendre cette jurisprudence au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers, alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements." Cette question est controversée dans la doctrine, notamment suite aux conclusions favorables à un effet horizontal de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Barber*.¹⁵¹ Afin de

¹⁴⁶ CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public /Tullio Ratti*, aff. 148/78, rec. 1979, p. 1629, §21; (voir aussi le §20)

¹⁴⁷ Même affaire, § 23

¹⁴⁸ CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker/Finanzamt Münster Innenstadt*, aff. 8/81, rec. 1982, p. 53

¹⁴⁹ CJCE, 26 février 1986, *M.H. Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, aff. 152/84, rec. 1986, p. 723, §48

¹⁵⁰ CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. G-91/92, rec. 1994, p. I-3325, §24

¹⁵¹ CJCE, 17 mai 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance*

garantir néanmoins l'efficacité des droits engendrés par les directives dans une relation horizontale, la Cour va développer une obligation parallèle, imposée aux juridictions nationales, d'interpréter le droit national à la lumière de l'objectif et du texte de la directive communautaire.¹⁵²

En ce qui concerne les décisions communautaires, elles sont en principe d'effet direct, du moins en ce qui concerne leurs destinataires lorsqu'elles sont adressées à des particuliers. Cependant, une décision adressée à un Etat membre est susceptible de produire des effets directs, selon l'examen de l'économie et des termes de la disposition en cause.¹⁵³

Les accords internationaux peuvent également produire un effet direct et conférer aux particuliers le droit de s'en prévaloir en justice. Pourtant, dans ce domaine, la Cour de justice a été beaucoup moins généreuse pour les particuliers. De fait, leur invocabilité est conditionnée par le jeu de critères spécifiques ou par une utilisation particulière des critères utilisés pour l'effet direct des autres sources du droit communautaire.¹⁵⁴ "Une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur." La Cour semble réticente à accorder l'effet direct facilement. Par exemple, son raisonnement sur l'accord du GATT l'a conduit à conclure:¹⁵⁵ "[...] les règles de l'Accord général sont dépourvues de caractère inconditionnel et l'obligation de leur reconnaître valeur de règles de

Group, aff. C-262/88, rec. 1990, p. I-1944

¹⁵² Voir notamment: CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, rec. 1984, p. 1891, § 26

¹⁵³ CJCE, 6 octobre 1970, *Franz Grad/Finanzamt Traunstein*, aff. 9/70, rec. 1970, p. 825

¹⁵⁴ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryen Demirel/Ville de Schwäbisch Gmünd*, aff. 12/86, rec. 1987, p. 1219

¹⁵⁵ CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, aff. C-280/93, rec. 1994, p. I-4973

droit international immédiatement applicables dans les ordres juridiques internes des parties contractantes ne peut pas être fondée sur l'esprit, l'économie ou les termes de l'accord."

Il faut encore souligner ici qu'il n'existe pas de doctrine de la Cour de justice relative à l'effet direct et à la primauté des autres normes de droit de l'Union européenne que celles du traité CE: de Witte souligne qu'il s'agit d'une question largement inexplorée pour le moment. On peut cependant mentionner que le traité d'Amsterdam établit expressément l'absence d'effet direct pour deux nouveaux instruments créés dans le cadre du IIIème pilier, les décisions et les décisions cadres.¹⁵⁶

A l'origine considéré comme exceptionnel, ce principe est devenu une caractéristique générale du droit communautaire.¹⁵⁷ Le développement progressif de la doctrine de l'effet direct a ainsi permis un renforcement important de la position des particuliers au sein de l'ordre juridique communautaire. L'arrêt *Simmenthal* a confirmé que ces dispositions sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou des particuliers.¹⁵⁸ Ils peuvent, dès lors, invoquer une règle de droit communautaire, qui, pour autant qu'elle soit claire et inconditionnelle, devra leur être directement appliquée par le juge national. La Cour de justice a ainsi renversé la présomption du droit international classique, selon laquelle les obligations juridiques internationales sont adressées aux Etats. Le particulier peut se présenter directement devant une juridiction nationale afin de faire respecter un droit qu'il tire de l'ordre juridique communautaire. Le principe de l'effet direct concerne aussi tout juge qui a, "en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit

¹⁵⁶ Article 34 al.2 b) et c) TUE

¹⁵⁷ Curtin, D., "The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders", *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Essays for the Hon. Mr Justice T.F. O'Higgins, ed. by D. Curtin and D. O'Keeffe, Dublin, Butterworth, 1992, p. 36

¹⁵⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, rec. 1978, p.629, §15

communautaire."¹⁵⁹ La doctrine de l'effet direct permet d'éviter que le droit communautaire et la protection qu'il offre aux particuliers ne soient contrôlés par un mécanisme au niveau interétatique, et de déplacer le contrôle au niveau national, devant leurs propres juridictions nationales. Les particuliers en Europe sont ainsi devenus les "gardiens" du droit communautaire, ainsi qu'ils l'ont été aux Etats-Unis, en contrôlant la justification de la *Bill of Rights* et des autres lois fédérales.¹⁶⁰

A travers cette théorie, la Cour met en place un nouveau mécanisme de contrôle de l'application du droit communautaire grâce à l'intervention des particuliers. Selon une lecture textuelle du traité CEE, les articles 226 et 227 TCE servent de base à un contrôle de l'application du droit communautaire: la Commission est chargée de cette tâche et les Etats membres peuvent aussi "se surveiller" les uns les autres et engager éventuellement une action devant la Cour de justice. Ce mécanisme cependant n'est pas très efficace, pour des raisons politiques essentiellement. L'idée de laisser les particuliers lésés invoquer le droit communautaire devant les juridictions nationales permet, d'une part, un renforcement de la procédure préjudicielle de l'article 234 CE,¹⁶¹ et d'autre part, un contrôle de l'action des Etats membres dans l'application du droit communautaire. Ce développement de la théorie de l'effet direct correspond à la fin de la période transitoire, qui permettait aux Etats de faire leurs ajustements dans un certain délai. On constate ici l'utilisation de l'effet direct pour renforcer l'ordre juridique communautaire à un moment critique de son existence: celui où tout devait être en place, intégré. Or, comment forcer les Etats membres à remplir leurs obligations? La Cour de justice a trouvé le moyen d'obliger les Etats en utilisant les particuliers comme requérants contre les Etats membres, action qui se déroule au niveau national et donc qui profite des mécanismes d'exécution du droit national. L'idée de renforcement de l'ordre juridique

¹⁵⁹ CJCE, 9 mars 1978, aff. *Simmenthal*, précitée, § 16

¹⁶⁰ Weiler, J. H. H., "The Transformation of Europe", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 2414

¹⁶¹ Les juges nationaux confrontés au droit communautaire auront plus l'occasion de référer des questions d'interprétation ou de validité.

communautaire, à travers un contrôle effectif de son application, est donc bien présente dans le développement de la doctrine de l'effet direct;¹⁶² bien que cette dernière bénéficie également aux particuliers. Il est certain que le principe de l'effet direct a permis un rôle plus actif des particuliers au sein de l'ordre juridique communautaire, notamment lorsque l'on couple ce principe avec celui de la primauté du droit communautaire.

La primauté du droit communautaire

Le principe de l'effet direct ne suffit pas à lui seul pour garantir que les particuliers se verront appliquer par le juge national les droits qu'ils détiennent de l'ordre juridique communautaire: sans la doctrine de la primauté du droit communautaire, ils risquent de se voir opposer un acte national quelconque, notamment postérieure (selon la règle *lex posteriori derogat lex anteriori*). Afin d'éviter cela, il était nécessaire d'affirmer la primauté absolue du droit communautaire sur n'importe quel acte national, même d'origine constitutionnelle. On peut en déduire un lien nécessaire, ou même une conséquence nécessaire de l'effet direct.

Ce principe n'apparaît pas dans les traités constitutifs. La Cour n'a pas affirmé le principe de primauté dans l'arrêt *Van Gend En Loos*: en effet, cette question n'a pas été posée à la Cour à cette époque par la Cour hollandaise.¹⁶³ Ceci s'explique par le fait que, dans le système juridique hollandais, l'article 66 de la Constitution¹⁶⁴ prévoyait déjà, en cas de conflit d'une disposition nationale avec celle d'un traité international, la primauté de cette dernière pour autant qu'elle puisse être considérée comme portant effet direct. Cependant, ce problème avait été mentionné

¹⁶² La théorie de l'effet direct a été d'une importance primordiale pour l'exécution des 300 mesures prévue par l'AUE: le contrôle de l'exécution des obligations étatiques par les particuliers a permis sa réalisation effective.

¹⁶³ De Witte, B., *op. cit.*, p.181

¹⁶⁴ C'est actuellement l'article 94 de la Constitution

indirectement par l'Avocat Général Roemer,¹⁶⁵ soulignant dans son avis que le fait d'accorder l'effet direct aux dispositions du traité CEE risquait de conduire à des différences dans l'application du droit communautaire par les tribunaux nationaux, conséquence du rang variable accordé au droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux. La Cour n'avait cependant pas tenu compte de cet argument dans son raisonnement.

C'est l'arrêt *Costa/ENEL*¹⁶⁶ qui donne l'occasion à la Cour de justice d'affirmer le principe de la primauté: un avocat italien, M. Costa, refusait de payer sa facture d'électricité contestant la légalité de la nationalisation de la compagnie selon le droit communautaire. Il demande au juge italien, le *Giudice Conciliatore*,¹⁶⁷ que la CJCE soit saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des articles 37, 53, 93 et 102 du Traité CEE. Il faut rappeler que le juge avait parallèlement introduit une question auprès de la Cour constitutionnelle italienne concernant la constitutionnalité de la loi de nationalisation de 1962: celle-ci avait conclu, avant l'arrêt de la CJCE, que selon le système juridique dualiste italien, le traité CEE avait été transformé en droit national en 1957.¹⁶⁸ Dès lors, la loi de nationalisation de 1962, postérieure au traité CEE, l'emportait sur le traité, conformément à la règle *lex posterior derogat*.¹⁶⁹ La CJCE, dans sa réponse, va établir sa compétence et développer le principe de la primauté du droit communautaire. Son raisonnement va s'appuyer sur plusieurs arguments: elle souligne tout d'abord la différence du traité CEE par rapport aux traités internationaux "ordinaires", ce premier ayant institué un "ordre juridique propre, intégré au système des Etats membres". Puis elle rappelle la limitation de compétence et le transfert d'attributions des Etats

¹⁶⁵ Avis de l'A.G. Roemer, aff. *Van Gend&Loos*, précitée.

¹⁶⁶ CJCE 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa/ENEL*, aff. 6/64, Rec. 1964, p.1141

¹⁶⁷ Juge se situant au bas de l'échelle hiérarchique du système juridique italien; de fait, M. Costa ne pouvait se présenter devant un autre juge en raison du faible montant de la facture.

¹⁶⁸ Cour Constitutionnelle, jugement du 7 mars 1964, n.14 (1964-I) *Foro Italiano* 465.

¹⁶⁹ Les deux règles étant du même niveau (lois nationales).

membres à la Communauté; elle rappelle aussi que "les termes et l'esprit du traité ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable."¹⁷⁰ Elle souligne aussi le risque pour le droit communautaire que feraient peser les variations législatives ultérieures des Etats. Elle rappelle aussi l'article 189 TCEE (actuel 249 TCE) qui établit que les règlements ont valeur "obligatoire", et que si un Etat pouvait annuler les effets de cette disposition par un acte législatif interne, elle n'aurait aucune portée (pas d'effet utile). C'est de la "nature spécifique originale" du droit né du traité, qu'elle vient de décrire, que la Cour tire la conséquence suivante: "Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'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 elle-même." Elle précise même son interprétation du principe de primauté à l'égard des actes législatifs nationaux ultérieurs.

La Cour confirmera son approche dans sa jurisprudence ultérieure, en affirmant que la primauté vaut à l'égard de tout le droit national. Notamment, à l'égard du droit constitutionnel: elle a, dans un premier temps, refusé d'accorder un sursis à statuer dans l'attente d'un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne;¹⁷¹ puis elle a refusé la possibilité d'opposer au droit communautaire les droits fondamentaux garantis par une Constitution nationale.¹⁷² Dans l'affaire *Politi*, elle affirme la primauté d'un règlement sur une loi nationale postérieure;¹⁷³ elle a fait de même dans l'affaire

¹⁷⁰ Aff. *Costa/ENEL*, précitée

¹⁷¹ CJCE, ord. du 22 juin 1965, *Acciaierie San Michele/H.A. CECA*, aff. Jtes 9/65 et 58/65, Rec. 1967, p.35

¹⁷² CJCE, 17 décembre 1979, *International Handelsgesellschaft/Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, rec. p.1125

¹⁷³ CJCE, 14 décembre 1971, *Politi/Ministero delle Finanze*, aff. 43/71, Rec. P.1039

Internationale Handelsgesellschaft.¹⁷⁴ En ce qui concerne les directives, dans l'arrêt *Rewe-Markt Steffen*,¹⁷⁵ elle affirme qu'un particulier ne peut être condamné par les autorités nationales pour appliquer des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises de directives, alors que ces dernières n'ont pas encore été mises en œuvre en droit national. En 1984, elle ordonnera au juge national d'interpréter le droit national, et spécialement la loi de transposition, à la lumière du texte et de la finalité de la directive.¹⁷⁶ Les décisions sont obligatoires et s'imposent à toutes les autorités nationales de l'Etat destinataire. Les juridictions nationales doivent s'abstenir d'appliquer toutes les dispositions internes dont la mise en œuvre serait susceptible d'entraver l'exécution d'une décision communautaire.¹⁷⁷ Le juge national doit donc écarter de lui-même une règle nationale incompatible et la laisser inappliquée (à défaut d'avoir la compétence pour l'annuler), et ceci même si elle est postérieure.¹⁷⁸ Les recommandations, bien qu'elles ne soient pas obligatoires selon l'article 249 TCE, et bien qu'elles n'aient pas d'effet direct, doivent être prises en compte par les juges nationaux lorsqu'elles sont de nature à éclairer l'interprétation de dispositions nationales ou communautaires.¹⁷⁹ Finalement, depuis l'arrêt *Kupferberg*,¹⁸⁰ les accords internationaux conclus ou liant la Communauté s'imposent également aux Etats membres et

¹⁷⁴ CJCE 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, aff. précitée.

¹⁷⁵ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel*, aff. 158/80, rec. p.1805

¹⁷⁶ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, rec. p.1891

¹⁷⁷ CJCE, 8 mars 1979, *Salumificio di Cornuda/Administration des Finances Italie*, aff. 130/78, Rec., p.867

¹⁷⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, rec. p.629, §24; d'autre part, elle adresse aussi un principe au législateur national; celui-ci ne doit pas adopter de nouveaux actes législatifs qui seraient incompatibles avec le droit communautaire au §17.

¹⁷⁹ CJCE, 13 décembre 1989, *Grimaldi/F.M.P.*, aff. C-322/88, Rec. p.I-4407

¹⁸⁰ CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz/Kupferberg*, aff. 104/84, Rec.p.3641

l'emportent sur le droit national, la Cour se basant notamment sur l'article 300§7 TCE qui prévoit que les institutions et les Etats membres sont liés par les accords conclus selon la procédure de l'article 300 TCE.

La Cour ajoutera plus tard l'obligation pour les Etats membres d'éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire, une simple non-application risquant de créer une confusion au sujet du droit applicable.¹⁸¹ Il faut cependant souligner que l'inapplication de la règle est de mise uniquement si l'on se trouve dans le champ de l'ordre communautaire; la règle nationale peut donc continuer d'exister et d'être applicable, mais en-dehors du champ communautaire. Un développement ultérieur, avec l'arrêt *Factortame*,¹⁸² va permettre au juge de suspendre à titre de mesure provisoire l'application d'une loi susceptible d'être reconnue contraire au droit communautaire, alors même que le système national ne lui reconnaît pas de tels pouvoirs à l'égard des lois. De fait, la Cour de justice va encourager la juridiction nationale à créer du droit, plutôt que de choisir entre deux normes applicables.

Enoncer le principe de la primauté est une chose, qu'il soit effectivement appliqué par les Cours nationales et, par là même, accepté par les ordres juridiques nationaux, en est une autre. Certains Etats, tels le Luxembourg et les Pays-Bas,¹⁸³ n'ont eu aucune modification spéciale à adopter, ce principe leur étant déjà familier avant 1964. Cependant, ce développement est révolutionnaire pour le système juridique de la plupart des Etats membres qui pratiquent une stricte séparation des pouvoirs législatif et judiciaire: traditionnellement, le juge n'a pas compétence pour refuser un acte du parlement. Une Cour constitutionnelle peut constater l'inconstitutionnalité d'une loi, mais pas un juge ordinaire. De plus, même pour les Etats monistes qui

¹⁸¹ CJCE, 24 mars 1988, *Commission/Italie*, aff. 104/88, rec. 1988, p.1799 et plus récemment G-197/96, *Commission/France*, 1997, Rec. I-1489

¹⁸² CJCE, 19 juin 1990, *Factortame and others*, aff. G-213/89, rec. 1990, p. I-2433

¹⁸³ De Witte, B., *op. cit.*, p.196

accordent un effet direct aux dispositions internationales ces dispositions ont un statut équivalent à la législation nationale. Le principe *lex posterior derogat lex anteriori* règle les relations entre le droit national et le traité internalisé. Un tel principe pose un défi aux ordres juridiques nationaux, qui bien souvent, doivent modifier leur constitution dans ce sens. L'acceptation de ce principe s'est alors faite de manière différente du raisonnement suivi par la Cour: la plupart des Etats ont tiré le fondement de cette primauté de leur contexte constitutionnel. Certains auteurs y voient la preuve d'un refus du raisonnement de la Cour, d'autres soulignent la difficulté de la tâche pour les juges et législateurs d'adapter en un ensemble cohérent les modifications apportées par le système communautaire dans leur ordre juridique interne. Il est intéressant de souligner que les différentes juridictions d'un même Etat membre ont reconnu ce principe à des périodes différentes: le cas de la France est exemplaire à plusieurs égards. D'abord parce qu'elle n'a reconnu, de manière générale, que tardivement le principe, alors que l'article 55 de sa Constitution reconnaît la priorité des traités internationaux sur les lois nationales postérieures. Ensuite, parce que la Cour de Cassation a accepté explicitement cette doctrine le 24 mai 1975,¹⁸⁴ alors qu'il a fallu attendre l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989 pour que le Conseil d'Etat en fasse de même, le commissaire Frydman présentant notamment l'argument que les Cours suprêmes des pays environnants avaient déjà adopté ce principe, même ceux de tradition dualiste.¹⁸⁵ On peut noter aussi que le Conseil d'Etat n'a reconnu la primauté de la directive communautaire sur une loi postérieure qu'en 1992, après d'intenses efforts des entreprises Rothmans International France et Philip Morris France.¹⁸⁶ Ceci nous permet de souligner le rôle que les particuliers, en l'occurrence deux entreprises importantes, ont joué pour permettre l'intégration de ce principe dans l'ordre juridique national et un respect effectif du droit communautaire.

¹⁸⁴ *Sté des cafés Jacques Vabre*, CDE, 1975, p.631

¹⁸⁵ Arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, RFD admin., 1989, pp. 818-33

¹⁸⁶ Arrêt du 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, in RTDE, 1992, p.426

En ce qui concerne les Etats de tradition dualiste, l'acceptation a été progressive:¹⁸⁷ il faut rappeler que le jugement *Costa* était destiné à la Cour constitutionnelle italienne, qui avait rendu un arrêt contraire quelque temps auparavant. Pour les autres Etats membres, la question se pose différemment: ces Etats ayant adhéré plus tard à la Communauté, cette doctrine faisait partie de l'acquis communautaire, qu'ils ont accepté sur une base volontaire. Lord Bridge¹⁸⁸ le rappelle dans son discours dans *Factortame II*: "if the supremacy of Community law over the national law of the member states was not always inherent in the EEC Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the Court of justice long before the United Kingdom joined the Community".

Il faut cependant, avec la vision d'aujourd'hui de l'évolution de la Communauté, nuancer ce progrès dans la protection des particuliers. De fait, les Constitutions nationales sont là pour protéger les particuliers au niveau national contre les abus de pouvoir de la puissance publique: souvent, elles comportent un catalogue de droits fondamentaux indérogeables. Ce n'est pas le cas du traité CE. C'est ce qui a été reproché par la Cour constitutionnelle allemande avec l'arrêt *So lange I*¹⁸⁹ on peut y ajouter l'arrêt *Maastricht* du 12 octobre 1993 qui déplore le manque de contrôle parlementaire dans le processus de décision. Ces arrêts démontrent qu'il est possible que, tout en protégeant les droits des particuliers découlant du traité CE, la théorie de la primauté permette aussi de leur faire perdre certains droits qu'ils possèdent au niveau constitutionnel national. La primauté peut donc desservir la protection globale des particuliers, qui inclut la protection que ceux-ci tirent du droit communautaire ainsi que celle dont ils bénéficient dans leur ordre juridique interne.

Il est intéressant de remarquer que ces deux principes, l'effet direct et la primauté, n'ont pas été codifiés dans les révisions successives du Traité CE. On peut trouver deux raisons à cela: soit on souhaite garder une certaine flexibilité et une évolution que

¹⁸⁷ De Witte, B., *op. cit.*, p.197

¹⁸⁸ Cité dans de Witte, *idem*

¹⁸⁹ Cour constitutionnelle, 29 mai 1974, *So lange I*, BverfGE 37, p. 271

permet le droit jurisprudentiel, soit ces principes sont considérés comme allant de soi qu'il n'est même pas nécessaire de les rédiger. La combinaison des deux doctrines, effet direct et primauté, signifie que les dispositions qui produisent un effet direct doivent être considérées non seulement comme faisant partie du système normatif de l'Etat membre, mais aussi comme la loi supérieure du pays.¹⁹⁰ La Cour affirmera dans son avis 1/91¹⁹¹ que "les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire [...] sont, en particulier, sa primauté par rapport au droit des Etats membres, ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes."

Ces principes font partie de ce que certains considèrent comme la jurisprudence de première génération:¹⁹² celle qui établit la place des particuliers au sein de l'ordre juridique communautaire. Bruno de Witte affirme que ces principes "have helped to put the individual person, and his rights and interests, at the heart of European law."¹⁹³ Weatherhill souligne qu'ils transforment des obligations étatiques dans la sphère économique en droits individuels permettant ainsi aux particuliers de faire progresser le processus d'intégration européenne.¹⁹⁴ Ainsi, ces principes n'ont pas seulement transformé le statut des particuliers au sein de la Communauté, ils ont aussi eu un impact sur le processus d'intégration en tant que tel: déjà dans l'arrêt *Van Gend En Loos*, la Cour soulignait l'importance de cette nouvelle forme de supervision de l'application du droit communautaire par les particuliers.

La protection des droits fondamentaux

Dans le *Projet portant Statut des Communautés européennes*, en 1953, l'article 383 énonçait: "les dispositions du Titre I de la

¹⁹⁰ Weiler, J.H.H., "The transformation...", *op. cit.*, p. 2415

¹⁹¹ CJCE, 14 décembre 1991, *Avis 1/91 sur l'espace éco. européen*, rec. 1991, p. I-6102

¹⁹² O'Keeffe, *op. cit.*, p.64

¹⁹³ De Witte, *op. cit.*, p.205

¹⁹⁴ Weatherhill, *op. cit.*, p. 101

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ainsi que celle du Protocole additionnel sont parties intégrantes du présent statut". Cependant, dans le traité de Rome en 1957, on ne retrouve plus mention de la CEDH.¹⁹⁵ Cela ne signifie cependant pas que la protection des droits fondamentaux est remise en cause: le dernier considérant du Préambule (actuellement le huitième) fait allusion aux sauvegardes de la paix et de la liberté. On trouve aussi le principe de non-discrimination en considération de la nationalité, l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, les quatre grandes libertés de circulations. Ces dispositions ont la particularité d'être de caractère purement économique, sans véritable connotation sociale. Cela s'inscrivait dans le cadre de l'époque, où, après les échecs d'une union politique et d'une union de défense, on imaginait créer une communauté économique, en prenant soin de laisser le champ politique en-dehors afin d'éviter un nouvel échec. On considérait les droits fondamentaux comme faisant partie exclusivement du champ politique.

L'idée de protection des droits fondamentaux dans la Communauté n'est cependant pas abandonnée par les différents acteurs, ni par la doctrine: plusieurs voix s'élèvent pour réclamer une adhésion à la CEDH, d'autres souhaitent l'élaboration d'un catalogue des droits fondamentaux.

En 1967, la pression s'accroît: la Cour constitutionnelle allemande se déclare compétente pour statuer, au regard de la Loi Fondamentale (LF), sur la validité des actes des autorités allemandes qui concernent la mise en application en Allemagne des actes communautaires; ceci en dépit du développement des principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire sur le droit interne par la Cour de justice des Communautés. En effet, l'article 24 LF qui traite des transferts des pouvoirs souverains à des autorités interétatiques doit être interprété comme

¹⁹⁵ La CEDH est un instrument élaboré au sein du Conseil de l'Europe et adopté en 1950, qui se situe dans le prolongement de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme adoptée au sein de l'ONU: en plus de dispositions matérielles, elle met en place un mécanisme juridique de garantie de protection des droits de l'homme.

n'autorisant ce transfert que dans le respect de la structure fondamentale de la Constitution, et donc de ses dispositions relatives aux droits fondamentaux. La Cour ajoute que cet arrêt (*So lange I*) vaut tant que le processus d'intégration de la Communauté n'a pas atteint le stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur des droits fondamentaux arrêtés par un Parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacrés par la Loi Fondamentale allemande. La Cour italienne jugera de même. En réaction à ces pressions, la CJCE va élaborer une jurisprudence en la matière.

Dans l'arrêt *Stauder*,¹⁹⁶ la Cour déclare que les droits de l'homme font partie des principes généraux du droit communautaire et que par conséquent ils sont protégés par la Cour de justice. C'est un début timide de référence aux droits fondamentaux: timide, car M. Lagrange, avocat général, avait proposé une certaine orientation à la Cour – "S'il ne lui appartient pas d'appliquer les règles du droit interne, même constitutionnelles des Etats membres, elle doit s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du Traité."¹⁹⁷

Il faut rappeler que l'avocat général Romer tenait un même discours dans l'affaire *Stork* en 1959.¹⁹⁸ Dans l'affaire *Handelsgesellschaft*,¹⁹⁹ la Cour de justice franchit une nouvelle étape: bien qu'affirmant que l'invocation d'une "atteinte portée à des droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre ne saurait affecter la validité d'un acte de la

¹⁹⁶ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder/Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, rec. 1969, p. 419

¹⁹⁷ Teitgen, P.H., "la protection des droits fondamentaux dans le jurisprudence de la CJCE", *L'adhésion des Communautés européennes à la CEDH*, éd. par W. J. Ganshof van der Meersch, Bruxelles, Bruylant, 1981, p.25.

¹⁹⁸ CJCE, 4 février 1959, *Stork&Cie/Haute-Autorité*, aff. 1/58, rec. 1959, p. 43

¹⁹⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, rec. 1970, p. 1125 (spéc. §3 et 4)

Communauté", elle reconnaît l'influence et l'inspiration des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Le principe fondamental est établi: les droits individuels seront protégés en tant que principes généraux du droit intégrés dans le droit communautaire (et non en tant que droits individuels garantis par les diverses constitutions nationales). Cependant, elle limite la portée de son développement en ajoutant que la protection de tels droits doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté: les droits individuels sont mis en équilibre avec les intérêts de la Communauté. Ce système prétorien va être développé dans les affaires suivantes.

En mars 1974, avec l'arrêt *Nold*,²⁰⁰ la Cour ajoute une source d'inspiration secondaire: les traités internationaux pour la protection des droits de l'homme. Malgré une grande prudence dans les termes, c'est une allusion à peine voilée à la CEDH : la France, seul Etat-membre non partie à la CEDH, l'avait ratifiée une semaine auparavant. Il semblerait que la Cour se sente dès lors plus libre dans ce domaine, tous les Etats membres ayant ratifié la Convention.²⁰¹ C'est aussi la première fois que la Cour dit clairement qu'elle annulerait une provision communautaire contraire aux principes fondamentaux des Constitutions des Etats membres.

La consécration de la CEDH aura finalement lieu avec l'arrêt *Rutili*:²⁰² la Cour construit sa définition de la liberté syndicale sur la base des définitions de la CEDH. L'arrêt *Hauer*²⁰³ poursuit sur cette lancée; l'arrêt *Defrenne III*²⁰⁴ fait référence à la Charte sociale européenne (autre instrument élaboré au sein du Conseil de l'Europe) et à la Convention no 111 de l'OIT. Les arrêts *Johnston*²⁰⁵, *Hoechst*²⁰⁶ et *ERT*²⁰⁷ affirment que la CEDH revêt une signification particulière.²⁰⁸

²⁰⁰ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. 1974, p.491.

²⁰¹ Mais pas forcément accepté les requêtes individuelles.

²⁰² CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili* du, aff. 36/75, Rec. 1975, p.1219.

²⁰³ CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, Rec. 1979, p.3727.

²⁰⁴ CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, aff. 149/77, rec. 1978, p. 1365

²⁰⁵ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, Rec. 1984, p.1651.

²⁰⁶ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. 46/87, Rec. 1989, p. 2859

Actuellement, il y a une évolution du champ de protection, non plus uniquement en ce qui concerne les actions des institutions, mais aussi celles des Etats membres dans le domaine communautaire: selon l'arrêt *Wachauf*,²⁰⁹ la Cour contrôle l'action des Etats membres lors de l'application du droit communautaire dans sa conformité avec les droits de l'homme; dans l'affaire *ERT*, la juridiction de la Cour est affirmée non seulement lorsque les Etats membres mettent en œuvre le droit communautaire, mais aussi dans le respect des mesures prises dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires prévus par le Traité, dès lors qu'ils sont considérés comme étant internes au champ du droit communautaire.

D'après ce bref rappel jurisprudentiel (loin d'être exhaustif), on constate que la Cour de justice a construit un système de protection des droits fondamentaux sur la jurisprudence, mais aussi qu'elle s'est ainsi déclarée compétente en matière de droits fondamentaux, compétence que l'on ne retrouve pas nommément dans le traité CE, avant les modifications apportées par Amsterdam.

La Cour de justice n'est pas seule à réagir aux pressions des Cours constitutionnelles allemandes et italiennes; les institutions vont, elles aussi, émettre des déclarations: en avril 1973, le Parlement européen adopte une résolution relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des Etats membres dans l'élaboration du droit communautaire; en avril 1977, le Conseil, la Commission et le Parlement européen adoptent une déclaration commune. Seulement, l'intégration d'une référence aux droits fondamentaux dans les traités communautaires n'intervient qu'avec le traité de Maastricht, et surtout avec celui d'Amsterdam, qui place enfin les droits de l'homme au cœur de l'intégration européenne. Le développement de la protection juridique des droits de l'homme relève donc surtout de la jurisprudence de la Cour durant ces trente

²⁰⁷ CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925

²⁰⁸ Cependant, la Communauté n'est pas liée par cette Convention : dans son avis 2/94, la Cour n'a pas reconnu une compétence de la Communauté pour adhérer à une telle Convention. CJCE, 28 mars 1996, *Avis 2/94 sur l'adhésion à la CEDH*, rec. 1996, p. I-1756

²⁰⁹ CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, Rec. 1988, p. 2609

dernières années. Quant à l'avenir, il reste à voir comment il sera fait usage de la nouvelle compétence de la Cour de justice, dans le IIIème pilier notamment: toutes les matières sensibles de l'espace de liberté, de sécurité et de justice sont couvertes par la protection juridictionnelle à présent, mais à un degré variable. En cas de violation d'un droit fondamental, la Cour de justice peut à présent censurer une décision ou une décision-cadre dans le titre VI du traité CE, c'est-à-dire dans une sphère où les atteintes potentielles aux libertés sont très fortes.²¹⁰ Une autre évolution concerne l'usage que la Cour de justice fera de la Charte communautaire des droits fondamentaux signée lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000.

La constitutionnalisation du traité CE

La jurisprudence de la Cour est souvent considérée par la doctrine comme un processus de constitutionnalisation du traité CE.²¹¹ Qu'entend-on par là? Au sens matériel, la constitution est un ensemble de normes qui ont pour objet l'organisation des pouvoirs publics, leur fonctionnement, leurs rapports mutuels et, dans certains systèmes juridiques, la détermination et la garantie des droits fondamentaux.²¹² Au sens formel, cet ensemble de normes fonde immédiatement la validité des lois et ne peut être modifié qu'au moyen d'une procédure particulière, ce qui renforce sa nature permanente par rapport aux lois; c'est la *norma normarum*. Petersmann²¹³ rappelle que dans l'évolution des droits

²¹⁰ Chavrier, M., "La Cour de justice après le Traité d'Amsterdam", *RMCUE*, septembre 2000, p. 550

²¹¹ Mancini, "The Making of a Constitution for Europe, *CML Rev.*, vol. 26, 1989, p.595; contra: Eleftheriadis, P., "Aspects of European Constitutionalism", *European Law Review*, February 1996, pp. 32-42 (Il estime qu'un tel développement nécessite des critères substantiels qui ne peuvent être développés de manière jurisprudentielle).

²¹² *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.J. Arnaud, 2ème édition, Paris, LGDJ, 1993, p. 103

²¹³ Petersmann, E.-U., "How can the European Union be

constitutionnels nationaux, on a assisté, dans un premier temps, à l'émergence d'une revendication d'un Etat de droit et de la séparation des pouvoirs. Le but des constitutions écrites, à l'origine, était de protéger les libertés, l'égalité et la participation démocratique des citoyens, en posant des limites à l'action de la puissance publique.²¹⁴ La constitution est souvent perçue comme un pacte symbolique entre les citoyens et l'exécutif, mais aussi comme l'expression de valeurs fondamentales. On constate donc ici les gains essentiels que les particuliers peuvent retirer de ce processus.

La Cour de justice a procédé à la construction de cette Communauté basée sur la règle de droit, à la défense de l'équilibre institutionnel et à la protection des particuliers dans ses développements jurisprudentiels. R. Kovar²¹⁵ décrit le processus de constitutionnalisation comme un processus en spirale, dans lequel le traité est interprété par la Cour de justice selon une méthode systématique, téléologique et surtout dynamique, similaire à celle utilisée par les juges constitutionnels des Etats membres, mais éloignée de l'approche adoptée par les juges et les arbitres internationaux lors de l'interprétation des conventions internationales. Le traité assume progressivement, par cette évolution, les caractéristiques d'une loi "supérieure" inhérente à toute constitution. Cette constitutionnalisation a pour conséquence que la Communauté échappe de plus en plus sur le plan juridique au contrôle des Etats membres, acteurs du jeu international traditionnel.

Déjà dans l'affaire *Fédéchar*, l'Avocat général Lagrange concluait:²¹⁶ "Le traité (CECA) dont la Cour a pour mission d'assurer l'application, s'il a bien été conclu dans la forme des traités internationaux et s'il en est un incontestablement, n'en constitue pas moins, du point de vue matériel, la charte de la Communauté, les règles de droit qui s'en dégagent constituant le

constitutionalized?", *Aussenwirtschaft*, 1995, Heft I, p. 180

²¹⁴ Petersmann, E.-U., "Constitutionalism, constitutional law and european integration", *Aussenwirtschaft*, Heft III-IV, 1991, p.247

²¹⁵ Kovar, R., *Collected Courses*, op. cit., p. 25

²¹⁶ CJCE, 16 juillet 1956, *Fédéchar*, aff. précitée, p.263

droit interne de cette Communauté." Mais c'est surtout depuis 1963-1964 que le principe de la nature spécifique constitutionnelle des traités sera régulièrement décliné dans les arrêts de la Cour. Dans l'arrêt *Van Gend En Loos*, la Cour confirme la subjectivité des ressortissants des Etats membres et le principe de l'effet direct. Dans l'arrêt *Costa/ENEL*, elle énumère certains attributs qui relèvent traditionnellement de la constitution: une communauté de durée illimitée et dotée d'attributions propres, le principe de la primauté, ... Les principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire permettent, un type de protection constitutionnelle des droits des particuliers: non seulement ces droits peuvent être invoqués devant une juridiction nationale, mais ils priment sur tout autre loi nationale divergente, même la constitution. En 1976, la Cour refuse qu'une convention internationale conclue par la Communauté puisse entraîner "une modification de la constitution interne de la Communauté."²¹⁷ Les développements par la Cour de la théorie des compétences implicites, de la protection des droits fondamentaux, des principes généraux du droit communautaire²¹⁸ sont tous des éléments qui renforcent cette idée de constitutionnalisation. On peut encore y ajouter le développement des compétences du Parlement, la citoyenneté de l'Union européenne, le principe de l'équilibre institutionnel, ... En 1986, dans l'arrêt *Parti écologiste "les Verts"*,²¹⁹ la Cour de justice affirme que le traité CEE représente la charte constitutionnelle de la Communauté.

²¹⁷ CJCE, 26 avril 1976, *avis 1/76 relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, rec. 1976, p. 741. L'article 300§6 TCE autorisant un contrôle de la légalité des accords internationaux au regard du droit communautaire, sous des conditions toutefois restrictives, est un autre exemple de la constitutionnalité du traité CE – la Cour a pour mission de veiller à ce que le traité ne puisse être modifié indirectement.

²¹⁸ Par exemple, le principe de la règle de droit, celui de la démocratie, du contrôle juridictionnel.

²¹⁹ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "les Verts"/ Parlement européen*, aff. 294/83, rec. p.1339, §23

Ce processus atteint son apogée avec l'avis 1/91, où la Cour de justice résume ses développements jurisprudentiels antérieurs sur la question:²²⁰ "[...] le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants. Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des Etats membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes." Dans cet avis, la Cour rappelle la place importante des particuliers pour l'ordre juridique communautaire: O'Keeffe estime que c'est là un élément essentiel pour légitimer le raisonnement de la Cour de justice sur la charte constitutionnelle d'une Communauté basée sur la règle de droit.²²¹

La troisième génération de jurisprudence en vue de la protection des particuliers

Développée par Curtin et Mortelmans, la théorie des trois générations de jurisprudence a pour but de démontrer l'évolution et l'impact que celle-ci a eu sur la protection des particuliers dans l'ordre juridique communautaire.²²² Nous avons constaté dans la partie consacrée à la protection juridictionnelle des particuliers, que

²²⁰ CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91 sur le projet d'accord CEE/AELE portant création de l'EEE, rec. 1991, p. I-6079

²²¹ O'Keeffe, *op. cit.*, p.70

²²² Curtin, D. and Mortelmans, K., "Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script", *Institutional Dynamics of European Integration*, Essays in Honour of H.G. Schermers, vol. II, ed. by D. Curtin and T. Heukels, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 423-466.

celle-ci, bien que plus développée que dans un système international classique, souffre de défauts importants qui empêchent une protection complète des particuliers. La Cour de justice va participer à l'effort de protection en affirmant ses doctrines d'effet direct et de primauté du droit communautaire, qui vont permettre au particulier de se faire appliquer le droit communautaire par une juridiction nationale. Il s'agit de la première génération de jurisprudence. Cette première génération est celle qui établit la position des particuliers au sein de l'ordre juridique communautaire. Les problèmes de l'effet direct et de la primauté semblent résolus, mais d'autres problèmes apparaissent à mesure que le droit communautaire s'infiltré plus profondément dans le tissu économique et social. Des implications nouvelles surgissent suscitant des problèmes inédits que Curtin et Mortelmans qualifient de deuxième génération.²²³

Cette seconde génération de jurisprudence concerne principalement des dispositions non-économiques. Il s'agit notamment de la question de l'autonomie procédurale. Cette question soulève un problème majeur: l'efficacité du droit communautaire dépend presque entièrement de la qualité des solutions juridiques adoptées dans le contexte national. En effet, la Cour a rappelé dans l'affaire *Rewe* que "si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national"²²⁴ Cependant, cette méthode conduit à des applications divergentes du droit communautaire qui peuvent parfois se révéler discriminatoires. La Cour a dès lors formulé deux exceptions au principe d'autonomie procédurale: premièrement, les modalités procédurales nationales ne doivent pas aboutir à rendre en pratique impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder;²²⁵ et deuxièmement, les conditions

²²³ *Ibid.*, p. 432

²²⁴ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe "Croisières du beurre"*, aff. 158/80, rec. 1981, p. 1838, §44.

²²⁵ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. précitée, § 5-7

de fond et de forme fixées par les législations nationales ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne.²²⁶

La troisième génération est basée sur le constat que l'effet direct manque d'effet utile en l'absence de procédures nationales efficaces. L'idée est donc de fournir un modèle basé dans l'ordre juridique communautaire qui permette de remédier aux lacunes et divergences des ordres juridiques nationaux, afin de permettre une application uniforme, "exigence fondamentale du droit communautaire."²²⁷ Dans l'affaire *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, la Cour défie sa position habituelle selon laquelle les règles de procédures sont un champ du droit national exclusivement et établit un ensemble de conditions pour l'octroi d'une protection juridictionnelle provisoire.²²⁸ En bref, cette affaire établit un modèle de droit procédural qui prime sur les procédures nationales en la matière. Caranta conclut que la Cour a évolué d'une approche négative du principe de protection juridictionnelle effective (2 exceptions au principe d'autonomie procédurale) vers une approche positive (élaboration de critères communs et standards précis).²²⁹

L'arrêt *Francovich* se situe dans la même lignée.²³⁰ La jurisprudence antérieure laissait les particuliers sans moyens de défense lorsque les dispositions d'une directive étaient dépourvues d'effet direct et ne pouvaient dès lors être substituées aux règles nationales défaillantes. *Francovich* va combler cette lacune en établissant un droit à réparation trouvant son fondement directement dans le droit communautaire et non dans le droit

²²⁶ CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. 68/79, rec. 1980, p. 1205

²²⁷ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jtes. C-143/88 et C-92/89, rec. 1991, p. I-415, §26

²²⁸ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. précitées

²²⁹ Caranta, R., "Judicial protection against Member States: a new *jus commune* takes shape", *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, p. 713

²³⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. j. C-6/90 et C-9/90, rec. 1991, p. I-5357

national.²³¹ Il s'agit donc d'une nouvelle procédure en droit communautaire, destinée à protéger les particuliers: le recours en réparation pour violation du droit communautaire par l'Etat. Dans l'affaire *Factortame et Brasserie du Pêcheur*, la Cour établit les conditions de la responsabilité de l'Etat en cas de violation imputable au législateur national: ²³² il s'agit encore une fois d'une nouvelle voie de droit qui se fonde sur le droit communautaire. En effet, plusieurs systèmes nationaux ne reconnaissent pas un droit à réparation, ou alors une responsabilité extrêmement limitée sous conditions strictes, telle la notion de faute (qui n'a pas le même contenu dans les différents systèmes juridiques), si la violation est commise par le législateur. Depuis cet arrêt, un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies: la règle de droit violée doit conférer des droits aux particuliers, la violation doit être suffisamment caractérisée et il doit exister un lien de causalité directe entre le dommage subi et l'obligation de l'Etat.

L'introduction de ces nouvelles procédures permet une meilleure protection des particuliers dans l'ordre juridique communautaire. Certains ont même noté une influence du droit communautaire sur les procédures nationales.²³³ Certains objecteront qu'il s'agit encore une fois de renforcer l'ordre juridique communautaire plutôt que de renforcer la position des particuliers, en donnant à ces derniers un instrument efficace pour forcer les Etats à se conformer aux règles communautaires. Cependant, si ces procédures sont aussi adoptées au niveau national pour des actions entrant dans le champ de compétence nationale, on peut conclure à une amélioration générale de la protection juridictionnelle des particuliers. Les regrets que

²³¹ Aff. *Francovich*, précitée, § 40-41: les conditions sont – que la directive comporte attribution de droits aux particuliers, que le contenu soit identifiable sur la base des dispositions de la directive et qu'il existe un lien de causalité entre la violation de l'obligation communautaire par l'Etat et le dommage subi.

²³² CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur v. Allemagne et R. v. Secretary of State for transport, ex-parte Factortame (III)*, aff. Jtes G-46/93 et 48/93, rec. 1996, p.I-1029.

²³³ Curtin, D. and Mortelman, *Op. Cit.*, p. 433; Caranta, *Op. Cit.*, p. 718

l'on peut formuler quant à l'élaboration de cette troisième génération concernent, d'une part, la confusion sur les critères qui ne sont pas aussi clairement définis qu'il peut paraître. D'autre part, ces trois générations de jurisprudence ne sont pas successives chronologiquement et peuvent apparaître parallèlement: il ne s'agit pas d'un développement linéaire. La Cour oscillant entre les solutions de deuxième et de troisième génération au gré des affaires et des situations rencontrées.

L'effet direct, la primauté, la protection des droits fondamentaux, la constitutionnalisation et la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire sont des domaines qui ont été développés progressivement par la Cour de justice: il semble difficile d'imaginer pareil développement à travers le processus décisionnel de la Communauté européenne. Ces domaines touchent des points sensibles qui concernent tous les gouvernements: les négociations auraient eu peu de chance d'aboutir. Les réactions des différentes juridictions nationales face au principe de la primauté du droit communautaire démontrent, par exemple, une certaine sensibilité à ce sujet. Quant à la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, il reste à voir comment les Etats vont se conformer à ce nouveau principe. La Cour de justice a donc joué un rôle important dans le développement de la position des particuliers au sein de l'ordre juridique communautaire, principalement en permettant une meilleure protection juridictionnelle de ces derniers et en pavant le chemin pour l'élaboration formelle de nouveaux droits. Même si certains questionnent ses réelles motivations pour de tels développements, le résultat pour les particuliers est une amélioration sensible de leur condition. Il reste à espérer qu'elle nous réserve d'autres développements dans le futur.

DEUXIEME PARTIE

Les particuliers et les théories politiques de l'intégration juridique communautaire

L'apport de la science politique à l'étude

Ce chapitre a pour but d'étudier le rôle des particuliers dans la construction de l'ordre juridique communautaire du point de vue des théories politiques de l'intégration juridique. La science politique peut nous renseigner sur l'évolution de cet ordre juridique: qu'est-ce qui active son développement? Quelles sont les forces en mouvement? Il s'agit de poser le droit dans un cadre plus large, afin de prendre en compte d'autres facteurs qui peuvent influencer le développement de ce système. L'intégration juridique peut se définir comme le processus par lequel "un système juridique supranational se construit en ce moment en Europe."²³⁴ L'idée principale de cette partie est d'observer si la construction de cet ordre juridique communautaire peut être le résultat d'un processus *bottom-up*, c'est-à-dire de l'action des particuliers ou si elle consiste uniquement en un processus *top-down*, c'est-à-dire en l'action des gouvernements et des institutions. Plusieurs théories ont été élaborées à ce sujet: elles ont toutes une base dans les théories des relations internationales, et subissent une forte influence de celles-ci. Je m'attacherai à présenter les courants majeurs actuels afin de déterminer si un rôle est accordé aux particuliers dans cet agencement. Ce sera, notamment, le légalisme,

²³⁴ Stone Sweet, A. and Caporaso, J. A., "La Cour de Justice et l'intégration européenne", *Revue française de Science Politique*, vol 48, no 2, avril 1998, pp.195

le néo-réalisme (parfois assimilé à l'intergouvernementalisme) et le néo-fonctionnalisme.

Le légalisme

Développée par des juristes, cette approche se concentre sur la force du droit lui-même en tant que mécanisme permettant un processus d'intégration et sur le rôle de la Cour de justice en tant qu'acteur principal dans le processus d'intégration juridique communautaire. L'approche légaliste estime que le comportement judiciaire est basé sur la logique et le raisonnement juridique. Le droit communautaire est perçu comme ayant une logique inhérente qui est capable de créer son propre dynamisme et donc son développement. La Cour de justice applique le droit et rend des décisions juridiques qui favorisent l'intégration, car elle ne peut faire autrement sans risquer de porter préjudice au principe de l'effet utile et au droit communautaire. C'est ainsi que le droit communautaire doit être interprété par la méthode téléologique. Robert Lecourt affirme: "Un droit au service d'un objectif. Le but est bien ici le moteur du droit. Le droit a été créateur et demeure conservatoire de l'unité de marché [...] Il est enfin instrument d'intégration juridique, dont les effets pénètrent progressivement et à très grande profondeur dans la vie quotidienne."²³⁵ Les tribunaux nationaux appliquent le droit communautaire, et par là même, les décisions de la Cour de justice, car ils sont convaincus par le raisonnement juridique de cette dernière sur la primauté du droit communautaire.

Certains reconnaissent parfois un activisme de la Cour de justice: cependant, cet activisme est une question de nécessité, le système communautaire risquant de devenir complètement inefficace et inutilisable. Les explications légalistes perçoivent la Cour de justice comme conduisant le processus d'intégration à travers ses décisions qui renforcent le processus et qui, par leur force obligatoire, transforment le contexte dans lequel l'intégration politique et juridique a lieu. Le système juridique communautaire semble donc complètement isolé de toute influence politique, et

²³⁵ Lecourt, R., *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p.305

même de l'environnement général, mais influence lui-même le cadre du processus d'intégration politique. Une fois que le système est élaboré, il fonctionne tout seul: les particuliers vont présenter des conflits à résoudre au juge national, qui va appliquer le droit communautaire et, la Cour de justice rendra ses décisions de manière à promouvoir un plus grand développement de l'intégration juridique et économique. C'est ainsi que le droit communautaire se développe.

Ce raisonnement souffre de plusieurs faiblesses. Tout d'abord, il ne prend pas en considération que les juridictions nationales n'ont pas été convaincues immédiatement par les raisonnements de la Cour de justice. Nous avons vu que, dans le cas de la doctrine de la primauté, l'acceptation a été lente et variable selon les Etats, et même à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux entre les différentes cours. Certes, on constate actuellement une acceptation générale des interprétations de la Cour de justice et une application remarquable du droit communautaire par les juridictions nationales. Cependant, il nous faut mettre en évidence que certains tribunaux nationaux tentent actuellement de guider les développements de la Cour de justice des Communautés ou d'éviter certains développements qu'ils considèrent comme inappropriés. Juliane Kokott donne des exemples récents dans son étude sur les relations entre la Cour de justice et les Cours allemandes:²³⁶ ces tribunaux font des requêtes préjudicielles en interprétation pour tenter une altération de la jurisprudence de la CJCE ou suggèrent que ces décisions sont inapplicables en Allemagne. Par exemple, dans le domaine du droit du travail, les tribunaux allemands ont coopéré avec la CJCE afin de développer une jurisprudence plutôt favorable aux employés en opposition avec la jurisprudence de la Cour fédérale allemande. Ceci semble cependant avoir des conséquences pratiques négatives et certains avocats et tribunaux tentent depuis de faire marche arrière. Golub nous offre un autre exemple dans l'utilisation de la procédure préjudicielle par certains juges

²³⁶ Kokott, J., "Report on Germany", *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, ed. by A.-M. Slaughter et al., Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 129

nationaux: ils ne réfèrent aucune affaire durant une certaine période, puis ils le font beaucoup.²³⁷ L'application du droit communautaire est donc loin de se faire selon la perspective strictement juridique et automatique selon laquelle "il s'applique car c'est le droit applicable". Le légalisme ne peut expliquer ce comportement irrégulier des juridictions nationales.

Une deuxième faiblesse réside dans le manque d'explication sur le comportement même de la CJCE, niant ainsi l'existence de certaines contraintes auxquelles elle doit faire face. Par exemple, lorsqu'elle limite dans le temps ses arrêts en interprétations, le raisonnement sur la sécurité juridique peut parfois paraître critiquable.²³⁸ Finalement, un autre problème avec cette approche concerne l'absence des politiciens: la Cour de justice semble omnipotente dans ses décisions, limitée uniquement par le droit. La seule influence qui est reconnue aux politiciens concerne la rédaction de la législation. Martin Shapiro a nommé cela "constitutional law without politics":²³⁹ La Communauté est représentée "as a juristic idea; the written constitution (the treaty) as a sacred text; the professional commentary as a legal truth; the case law as the inevitable working out of the correct implications of the constitutional text; and the constitutional court (the ECJ) as the disembodied voice of right reason and constitutional teleology".

L'apport de l'approche légaliste cependant consiste d'une part, en la reconnaissance que le droit peut être un instrument dynamique,²⁴⁰ et d'autre part, principalement, en cette mise en lumière du rôle de la Cour de justice et de l'impact de la jurisprudence dans le processus de l'intégration européenne. Elle n'en est pas moins un acteur parmi d'autres dans le système légal européen – ses actions ne sont pas indépendantes de

²³⁷ Golub, J., "The Politics of Judicial Discretion: Rethinking the interaction between National Courts and the European Court of Justice", *West European Politics*, vol. 19, no 2, April 1996, p. 66

²³⁸ L'arrêt Defrenne par exemple a été critiqué à ce sujet.

²³⁹ Shapiro, cité dans Alter, K., "Who are the Masters of the Treaty: European Governments and the European Court of Justice", *International Organization*, vol. 52, no 1, Winter 1998, p. 231

²⁴⁰ Weiler et Dehousse, *op. cit.*, p. 246

l'environnement politique dans lequel elle agit, et de même ses décisions ne sont pas d'elles-mêmes autoritaires de manière à influencer immédiatement son environnement. Elle dépend de la réaction et des actions des tribunaux nationaux pour accorder une réalité à ses décisions et interprétations, ainsi que des particuliers souhaitant régler leur différend selon le droit communautaire et ne cherchant pas un autre moyen.

Le néo-réalisme (ou intergouvernementalisme)

Ce paradigme est généralement inspiré par l'approche réaliste. On y retrouve les prémisses d'un monde anarchique dans lequel les Etats souverains poursuivent leur intérêt national. Selon l'approche intergouvernementaliste, la Communauté européenne ne serait qu'un forum de négociations interétatiques.²⁴¹ Les néo-réalistes considèrent les Etats comme les seuls acteurs au niveau européen: "The nation state, modified but omnipotent remained the principal actor in the regional process."²⁴² Les Etats agissent en tant qu'acteurs unitaires et rationnels, ayant comme objectif principal la défense de leur intérêt national, et par là même, la maximisation de leur puissance: les intérêts doivent donc être compris comme non seulement géopolitiques, mais aussi économiques. Les Etats sont rationnels dans le sens où ils calculent leur stratégie en fonction de coûts et bénéfices. Les acteurs sociétaux (sub-étatiques) peuvent exercer leur influence uniquement à travers les structures politiques nationales des Etats membres. Lorsque les Etats décident de créer une organisation, c'est dans le but de faciliter leurs négociations et d'en réduire les coûts. Cela correspond aux développements théoriques sur les régimes internationaux des années 1980-90 qui

²⁴¹ Pierson, P., "The Path to European Integration: an Historical Institutional Analysis", *Comparative Political Studies*, vol. 29, no 2, avril 1996, p. 124

²⁴² Hoffmann, cité dans O'Neill, M., *The Politics of European Integration: A Reader*, London, Routledge, 1996, p.60

remettent en question le réalisme pur:²⁴³ l'action collective entre Etats est envisageable, au contraire des conceptions purement réalistes, pour autant qu'elle permette aux Etats d'atteindre des buts qu'ils ne pourraient atteindre seuls. Ces institutions permettent de pallier à différents obstacles qui rendent les négociations internationales coûteuses: le manque d'information plus ou moins fiable, l'incertitude quant aux intentions et à la volonté des autres parties de se conformer à l'accord, Stanley Hoffmann l'exprime ainsi:²⁴⁴ "The European Community is a set of norms of behaviour and of rules and policies, covering a broad range of issues and dealing with procedures and with substance and facilitating agreements among members".

Certains auteurs ont quelque peu nuancé cette approche en tentant de l'appliquer à l'évolution juridique: Garrett, par exemple, considère que la Cour de Justice est aussi un acteur stratégique rationnel dans le processus d'intégration européenne, de moindre importance pourtant, car elle est contrainte d'agir dans les limites des préférences des Etats membres, surtout des "dominants".²⁴⁵ La Cour est considérée comme un acteur rationnel en tant que son objectif est d'étendre la sphère du droit communautaire et son autorité sur celui-ci. Cependant, elle reconnaîtrait d'elle-même qu'elle ne peut aller à l'encontre des préférences des Etats au risque de perdre tout pouvoir et autonomie: dans ses décisions, la Cour devrait donc prendre en compte un éventuel intérêt national essentiel qui pourrait contrebalancer le développement du droit communautaire. Ainsi, dans cette perspective, une bonne décision de la Cour de justice devrait permettre l'extension du droit communautaire tout en ménageant les intérêts des Etats membres. La Cour se trouve alors dans une relation de "Principal-Agent" avec les Etats membres: ²⁴⁶ elle est l'*agent*, les Etats sont les *Principals*.

²⁴³ Moravcsik, A., "Preferences and Power in the European Community: a liberal intergovernmentalist approach", *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, no 4, December 1993, p. 507

²⁴⁴ Cité dans O'Neill, *op. cit.*, p.106

²⁴⁵ Garrett, G., "The politics of legal integration in the European Union", *International Organization*, vol.49/1, Winter 1995, p.173

²⁴⁶ Théorie développée particulièrement aux Etats-Unis pour expliquer

Les principaux sont les détenteurs du pouvoir constituant, lieu de l'autorité suprême, et les autres sont les agents – ou *servants* – du pouvoir constituant.²⁴⁷ Cela signifie que les Etats l'ont créée dans le but de remplir une fonction qui serait trop coûteuse s'ils devaient s'en occuper eux-mêmes directement. De fait, les Etats ont un intérêt dans le fonctionnement d'un mécanisme de règlement des différends efficace qui puisse pallier aux éventuels manquements à leurs obligations des autres membres et qu'il n'y ait pas de *free-rider*. C'est la raison pour laquelle il y aurait eu le développement d'un ordre juridique au niveau européen. Mais ce développement est l'œuvre contrôlée des Etats membres: tout nouveau développement dans le droit communautaire correspond à l'intérêt des Etats membres dominants au sein de la Communauté. L'argument des intergouvernementalistes est que si la Cour de justice est intervenue dans des domaines juridiques importants, elle opère cependant dans le cadre de limites bien précises, établies par les gouvernements des Etats membres, et même par les plus puissants d'entre eux. La Cour n'a donc que très peu d'autonomie, et l'on peut dire que les particuliers n'ont aucune place dans l'ordre juridique, à moins que leurs intérêts coïncident exactement avec ceux des Etats membres les plus puissants. Cela correspond, de fait, à ceux qui ont le pouvoir d'influencer le gouvernement au niveau national afin qu'il inclue dans la notion d'intérêt national les priorités de ceux-ci.

Dans cette perspective, le développement des doctrines de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire ne correspond pas à un enrichissement des particuliers, mais à la réalisation d'un mécanisme de règlement des différends efficace au service des

les relations aux sein de la bureaucratie en général et la délégation de pouvoir. L'idée principale de la délégation est que, indépendamment des raisons qui l'occasionnent, les Principaux poursuivent un intérêt en créant des Agents qui ont pour tâche de réaliser leurs volontés. Mais les agents peuvent être motivés par d'autres types d'intérêts, subir différentes pressions et être intégrés à des réseaux d'influences personnelles bien éloignés de leur principal.

²⁴⁷ Stone Sweet et Caporaso, *op. cit.*, p.198

Etats: un particulier qui tenterait de défier un intérêt étatique essentiel n'aurait donc aucune chance de voir sa cause aboutir devant la Cour de justice. Ce raisonnement correspond à l'acceptation classique du fonctionnement de l'ordre juridique international traditionnel: l'individu apparaît toujours à travers l'écran étatique. Ses intérêts sont pris en charge par l'Etat qui se charge de les défendre au niveau international et de faire en sorte qu'il reçoive la protection adéquate.

Cette approche nous semble souffrir de faiblesses lorsque comparée aux exemples empiriques du développement du droit communautaire: nombre de fois la Cour a rendu des arrêts qui allaient à l'encontre des observations des Etats membres. L'affaire *Costa/ENEL* le démontre: les arguments du gouvernement italien, fort du jugement de sa Cour constitutionnelle sur la même affaire, ont pourtant été réfutés par la CJCE qui en a profité pour élaborer sa doctrine sur la primauté. Même s'il a fallu plusieurs années pour que cet Etat se conforme effectivement à cette doctrine dans la réalité, il n'a pourtant pas refusé la conclusion de la Cour et ne s'est pas rebellé. Certains intergouvernementalistes répliqueront que l'Italie n'est pas un Etat dominant dans la Communauté. Cependant, la réponse de la Cour à cette question préjudicielle porte interprétation du droit communautaire et s'impose à tous les autres membres, par conséquent aussi aux "dominants". Peut-on dire qu'il s'agit là de l'intérêt des Etats d'accorder la primauté au droit communautaire dans leur ordre juridique interne, notamment si l'on réfléchit en termes réalistes qui portent une grande importance à la notion de souveraineté? Etablir un mécanisme de règlement des différends efficace est une chose; accorder la primauté à un autre ordre juridique dans son propre ordre interne me semble aller au-delà de la notion d'intérêt national. D'autres exemples, tels les développements sur la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire confirment la faiblesse de l'argument néo-réaliste.

Cette théorie comporte cependant des aspects positifs à ne pas négliger. Il est certain que les Etats membres jouent un rôle important et conservent le premier rôle dans l'élaboration des normes communautaires, malgré le renforcement de la position du

Parlement. Ils sont susceptibles d'être des facteurs de contrainte importants dans le développement du droit communautaire: notamment à travers leur capacité de renverser une décision de la Cour en amendant le Traité CE dans un sens opposé au développement de la Cour, bien qu'il s'agisse d'un exercice difficile en raison de l'unanimité requise à cet effet. Mais il ne faut pas oublier l'affaire Barber, où la décision de la Cour a conduit à une forte réaction des Etats qui ont trouvé un moyen de s'entendre et de rédiger le "Protocole Barber" annexé au traité de Maastricht, modifiant ainsi quelque peu la décision de la Cour. Il y a eu quelques critiques de certains juristes dénonçant l'illégalité d'une telle action, mais elles n'ont pas été suivies de beaucoup d'effet.

Le néo-fonctionnalisme

La théorie néo-fonctionnaliste dans le contexte européen a surtout été développée par Ernst Haas dans les années 1960. Les promoteurs de cette approche s'opposent aux néo-réalistes et refusent la conception selon laquelle seuls les Etats sont les acteurs clés. Pour les néo-fonctionnalistes, il faut prendre en considération les différents acteurs sub-nationaux (groupes d'intérêts, bureaucraties, technocrates et toute personne engagée dans une activité transnationale) et supranationaux (les institutions internationales). Les Etats ne sont donc plus les acteurs principaux du processus d'intégration dans cette approche, ce sont les différents groupes à l'intérieur des Etats qui tissent des liens entre eux et qui choisissent de faire progresser l'intégration. La vision du monde des néo-fonctionnalistes est celle de réseaux (ou toiles d'araignées) entrelacés; ils ne considèrent pas l'Etat comme un acteur unitaire, mais comme composé de plusieurs couches et segments, ayant chacun des intérêts propres et des connexions au-delà des frontières. Le problème principal reste encore à expliquer pourquoi ces différents groupes choisissent la voie de l'intégration plutôt que de se conformer à leur mode traditionnel d'existence. Ici le néo-fonctionnalisme développe l'idée d'intérêt: ces acteurs sont rationnels et chacun va agir selon ses intérêts particuliers.

Un des mécanismes principaux facilitant cette intégration est le *spill-over*: le processus d'intégration doit commencer dans un secteur, si possible de *low politics*, afin de faciliter les négociations, puis automatiquement il y aura des répercussions sur d'autres secteurs plus ou moins liés qui tendront dès lors aussi vers l'intégration. L'idée pour la Communauté européenne était de commencer par l'économie, au vu des circonstances de l'époque. Et selon le processus du *spill-over*, l'intégration devait bientôt s'étendre au secteur politique. Cependant, cette théorie a été abandonnée publiquement par son auteur principal dans les années 1970, ne pouvant expliquer le blocage du processus et la stagnation de cette période de renouveau du protectionnisme national (chocs pétroliers, augmentation du chômage et de l'inflation, ...). Depuis la relance du processus avec l'Acte Unique Européen, certains auteurs ont dépoussiéré ce paradigme et l'ont remis à l'ordre du jour. Dans le domaine de l'intégration juridique, ce sont A.-M. Slaughter et W. Mattli qui ont tenté une approche néo-fonctionnaliste de ce processus dès 1993.²⁴⁸ L'idée est d'expliquer comment le développement de ce système juridique supranational a lieu en définissant certains acteurs et possibilités. Slaughter et Mattli définissent trois groupes d'acteurs clés dans ce processus: la CJCE, les juridictions nationales et les particuliers. Il s'agit donc d'un réseau d'acteurs sub-étatiques et supra-étatiques qui vont agir au sein d'un nouvel ordre. Ces trois groupes d'acteurs vont coopérer entre eux et le résultat de cette coopération sera un développement de l'ordre juridique communautaire. Cette coopération s'inscrit dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue par le Traité CE: l'article 234 prévoit en effet une relation entre les juridictions nationales, quel que soit leur niveau hiérarchique, et la CJCE.

Le principe de la coopération entre acteurs supra-étatiques et infra-étatiques n'est pas une nouveauté en soi au sein des études sur l'Union européenne: de nombreux auteurs se sont attachés à décrire

²⁴⁸ Burley, A.-M., and Mattli, W., "Europe before the Court: a political theory of legal integration", *International Organization*, vol. 47, no 1, Winter 1993, pp.41-76

les relations entre la Commission et les différents groupes d'intérêt, que cette première consulte régulièrement avant d'élaborer une proposition de réglementation à l'attention du Conseil. La nouveauté apportée par ces deux auteurs est d'étudier la dynamique néo-fonctionnaliste dans le domaine juridique de la Communauté: l'idée est de dépasser l'image classique européenne²⁴⁹ qui présente les tribunaux comme des institutions parfaitement indépendantes et impartiales, et de réfléchir au rôle qu'ils peuvent jouer et à l'influence qu'ils ont sur certains développements. Il faut cependant expliquer pourquoi ces acteurs décident de coopérer ensemble, ou du moins d'entrer en contact. Ici, c'est la notion utilitariste du néo-fonctionnalisme qui fournit la réponse: les acteurs agissent par intérêt. La Cour de Justice a réussi à intéresser les acteurs infra-étatiques en les persuadant des opportunités qui leur étaient offertes par le droit communautaire: "[...] en établissant la primauté et l'effet direct, la Cour a su faire passer le message que le droit communautaire pouvait être utilisé par des personnes, des entreprises et des associations pour obtenir des résultats qui auraient été impossibles, ou beaucoup plus coûteux, à travers des procédures nationales."²⁵⁰ Dès qu'ils peuvent désigner une disposition d'un traité ou du droit dérivé qui supporte une activité particulière qu'ils souhaitent entreprendre, que ce soit l'égalité de traitement ou une taxe illégale, ils ont la possibilité d'invoquer celle-ci devant leur juridiction nationale et de lui demander de l'appliquer. Quant à la Cour, elle agit aussi par intérêt: tout en faisant de la publicité pour le droit communautaire, elle augmente son pouvoir et son efficacité.

La participation des particuliers est la pierre angulaire de cette coopération: "Without individual litigants, there would be no cases presented to national courts and thus no basis for legal integration."²⁵¹ Selon ce raisonnement, ce sont les particuliers qui ont influencé le rythme et la nature de l'intégration, à travers les affaires qu'ils ont soumises. C'est donc une place importante, pour ne pas dire essentielle, qui revient au particulier dans le

²⁴⁹ De fait, il existe un grand champ d'analyse à ce sujet aux Etats-Unis, alors que le phénomène est moins connu en Europe.

²⁵⁰ Stone Sweet et Caporaso, *op. cit.*, p.212

²⁵¹ Burley et Mattli, *op. cit.*, p.12

développement et l'approfondissement de l'ordre juridique communautaire.

Qui sont ces particuliers qui ont eu la possibilité d'influencer le processus et comment y sont-ils parvenus? Il faut tout d'abord différencier les "One Shotters" (OSs) des "Repeat Players" (RPs), selon la classification adoptée par Marc Galanter: les OSs sont les particuliers qui n'introduisent qu'une seule action devant un tribunal dans le but de régler un problème une fois. Les RPs sont des particuliers qui introduisent plus d'un recours devant les tribunaux sur un même sujet ou étroitement lié et dans une conception stratégique qui vise un résultat particulier, qui ne peut être atteint en une fois. La procédure étant relativement coûteuse (il faut engager des avocats et conseils, bénéficier d'expertise et d'information et surtout avoir du temps, la procédure pouvant être longue), les RPs sont souvent des multinationales, plutôt que de petites entreprises, mais pas obligatoirement: il peut aussi y avoir des coalitions d'entreprises, pour autant qu'elles puissent s'organiser. Slaughter et Mattli décrivent deux catégories de RPs: les groupes de pression et les grandes entreprises. Les groupes de pression ont découvert ce moyen pour tenter de faire avancer leur cause alors qu'ils n'arrivaient pas à effectuer un travail efficace de lobbying au niveau politique en général, c'est-à-dire à la "source" du droit. P. Craig²⁵² souligne que certains groupes d'intérêt ont joué un rôle significatif dans le développement substantiel du droit communautaire, notamment dans les domaines du droit du travail et de l'égalité de traitement. Carol Harlow parvient à la même conclusion dans d'autres domaines: liberté de circulation, sécurité sociale, discrimination, dommages pour une décision administrative invalide, plainte en ce qui concerne des élections.²⁵³ Lorsque les groupes d'intérêt agissent, ils le font le plus souvent derrière un "homme de front" (*frontman*): ils utilisent un individu lésé qui porte plainte et ils prennent en charge les frais de l'action et la procédure. Ainsi Madame Defrenne, "femme de front", a introduit trois affaires

²⁵² Craig, P., "Report on UK", *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, ed. by A.-M. Slaughter et al., Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 223

²⁵³ Harlow and Rawlings, *op. cit.*, pp. 268-89

sur l'article 119 TCE (actuel 141 TCE – égalité de traitement), sans avoir participé activement dans les trois: c'est une avocate qui s'est occupée de présenter les arguments et de trouver les soutiens nécessaires. Le résultat est l'effet direct de cette disposition, ainsi qu'une interprétation assez large, comme nous le verrons dans la quatrième partie de ce travail. Certains auteurs décrivent même que certaines associations font une sorte d'appel d'offre pour trouver l'affaire idéale qui portera leurs intérêts devant la Cour.

La seconde catégorie de RPs, les grandes entreprises, semblent avoir plus de moyens financiers en général pour engager des actions répétées devant les tribunaux. Cependant, il faut que le résultat leur soit d'une importance majeure financièrement aussi, sinon elles n'engageraient pas la procédure. En France, Philip Morris et Rothmans ont été des RPs: ces entreprises ont tenté de faire accepter au Conseil d'Etat l'effet direct des directives communautaires, qui le refusait jusqu'alors. Jens Plötner²⁵⁴ définit l'intérêt de ces entreprises à agir afin qu'elles restent compétitives et soumises aux mêmes règles que leurs concurrentes communautaires. En effet, d'une part, la Cour constitutionnelle italienne ayant accepté que les tribunaux inférieurs puissent déclarer une loi nationale incompatible avec les obligations communautaires en 1984 (*Granital*), et d'autre part, la Cour fédérale constitutionnelle allemande ayant déclaré dans l'arrêt *Solange II* (1986) qu'elle ne contrôlerait plus la constitutionnalité des actes communautaires, les entreprises françaises se retrouvaient dans une position moins avantageuse que leurs concurrentes qui bénéficiaient des règles communautaires directement. Ces deux entreprises étaient soutenues par la plupart des grandes entreprises d'import-export, qui ont eu pour stratégie d'engager systématiquement des recours devant les tribunaux français, afin d'obtenir une série de condamnations de la France par la CJCE pour violation du droit communautaire et ainsi faire pression pour qu'elle se conforme aux règles communautaires.

²⁵⁴ Plötner, J., "Report on France", *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, ed. by A.-M. Slaughter et al., Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 64

Richard Rawlings²⁵⁵ met en avant aussi le rôle de ce qu'il appelle les *sagas*: le terme *saga* est utilisé pour décrire une situation où une certaine politique d'un Etat membre donne lieu à un grand nombre de recours devant les juridictions nationales et communautaires sur une longue période.²⁵⁶ A travers l'exemple de la *Sunday Trading saga*, il démontre certaines conséquences pour le droit communautaire. Cette *saga* concerne des grands magasins qui souhaitaient ouvrir le dimanche en Grande-Bretagne; le *British Shops Act* de 1950, loi nationale, le leur interdisait. La voie politique étant bloquée dû à l'échec d'un règlement national, et afin de défier cette loi britannique, ces magasins ont engagé une stratégie judiciaire en vue de faire déclarer la loi contraire au droit communautaire: ils ont engagé régulièrement des actions devant les tribunaux, à chaque fois qu'ils en avaient la possibilité. Ces acteurs ont des ressources suffisantes pour engager plusieurs actions et leurs conseillers juridiques sont très qualifiés.²⁵⁷

Confrontés à cette argumentation basée sur le droit communautaire, plusieurs tribunaux en Angleterre et dans le Pays de Galle adressent des questions préjudicielles à la CJCE, tout en ajournant le procès en attendant les réponses: ceci permet aux magasins de continuer à ouvrir le dimanche pendant dix-huit mois. De plus, les réponses parfois peu claires de la CJCE ont introduit une confusion parmi les juges nationaux qui n'ont pas tranché la situation de la même manière: certains magasins ont été acquittés alors que d'autres ont été condamnés pour les mêmes faits.²⁵⁸ Ceci a créé un certain chaos au sein du système juridique britannique avec des rébellions de certains tribunaux envers la High Court notamment. L'autre point fort de cette stratégie est qu'elle s'appuie aussi sur des bases hors du Royaume-Uni: durant ces procédures, la CJCE avait interprété deux affaires, l'une française – Conforama – et l'autre belge – Marchandise: "It goes too far to say that the

²⁵⁵ Rawlings, R. "The Eurolaw Game: Some deductions from a saga", *Journal of Law and Society*, vol. 20, Autumn 1993, pp. 309-340.

²⁵⁶ *Ibid.*, p.309

²⁵⁷ David Vaughan, Gerald Barling et David Anderson apparaissent aussi dans les affaires Factortame, aux côtés des Pêcheurs espagnols.

²⁵⁸ *Ibid.*, p.317

litigation was concerted; nevertheless, the team of B&Q was in close consultation with their colleagues from abroad"²⁵⁹.

Rawlings tire plusieurs conclusions de l'étude de cette saga: premièrement, l'usage du système juridique communautaire peut renforcer la position déjà dominante de certaines entreprises puissantes, qui ont la possibilité d'obtenir encore plus d'avantages sur le long terme. En effet, l'ouverture du dimanche a été contestée par certaines employées devant les tribunaux, au motif qu'elle était préjudiciable aux femmes en général, car ce sont elles en majorité qui doivent travailler le dimanche. Le tribunal n'a pas retenu leur cause; et ne bénéficiant pas de larges soutiens, notamment financiers ou d'experts en droit communautaire, elles n'ont pu adopter une stratégie équivalente aux magasins. L'idée de la stratégie n'est pas de gagner la bataille, mais de gagner la guerre: il faut engager un grand nombre de batailles pour y parvenir. Deuxièmement, dans cette affaire, il s'agissait aussi de gagner du temps pour changer les habitudes des consommateurs: les délais du à la surcharge de la CJCE ont permis d'atteindre ce but. Une fois les consommateurs habitués à ce changement, il n'y a plus de risque de grande opposition populaire à l'ouverture dominicale des magasins. De plus, durant la procédure, les entreprises engrangent des bénéfices importants, qui parfois peuvent être l'unique but à atteindre (dans cette affaire, 23% du chiffre d'affaires). Troisièmement, un réseau transnational s'est formé entre les entreprises similaires dans d'autres pays européens pour établir une plus grande pression sur les gouvernements en général, et sur la CJCE de même, celle-ci ayant plus de cas abordant le même sujet à régler.

Les particuliers, notamment les RPs, ont donc un intérêt certain à engager des procédures reposant sur le droit communautaire. Cependant, il y a un nombre de contraintes assez important: il faut tout d'abord avoir les moyens financiers et techniques, et du temps: lors de la Saga du Sunday Trading, les entreprises ont engagé plus de 80 actions devant les tribunaux nationaux. On aborde ici un problème récurrent dans le système de l'Union européenne en

²⁵⁹ *Ibid*, p.321

général: la place qui est faite aux individus, par rapport aux entreprises, est extrêmement restreinte. De fait, les statistiques (1992)²⁶⁰ montrent que 85% des plaintes déposées auprès de la Commission proviennent d'entreprises, 5 % de recourants privilégiés (Etats ou institutions) et 5% seulement d'individus. De plus, même lorsque ce sont des individus qui se présentent devant la Cour, on n'est pas toujours sûr que l'action est purement individuelle, dans le sens où l'individu peut être un frontman pour un groupement.²⁶¹ Carol Harlow souligne cette déficience, selon elle, qui permet la protection juridictionnelle des individus seulement s'ils ont la chance de pouvoir compter sur un groupe de soutien, souvent un groupe de pression: ce fut le cas pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes, les questions de sécurité sociale, et cela commence actuellement avec les affaires dans le domaine de l'immigration.²⁶² Sinon, la Cour de Justice reste le champ de bataille principal des Etats et des grandes entreprises.²⁶³ Harlow conclut sur la nécessité de différencier les intérêts des entreprises de ceux des individus au niveau communautaire: cependant, au vu de la surcharge endémique de la Cour, il ne suffit pas d'ouvrir plus largement les voies de recours aux individus, mais plutôt de permettre une représentation des intérêts durant la procédure, sous la forme de la possibilité d'intervention.

Un autre aspect contraignant essentiel est la collaboration du tribunal national: il faut que celui-ci décide de demander une interprétation à la CJCE et ne tente pas de régler l'affaire lui-même selon la théorie de l'acte clair.²⁶⁴ Actuellement, ces tribunaux nationaux semblent suivre la voie de la coopération de manière

²⁶⁰ Harlow, C., "Towards a Theory of Access for the European Court of Justice", *Yearbook of European Law*, vol. 12, 1992, p.232

²⁶¹ L'exemple type est celui de Mme Defrenne; mais il faut aussi mentionner que lors de l'affaire *Costa/ENEL*, la compagnie nationalisée Edison Electric a fourni des observations supportant la plainte de M. Costa: il se pourrait que son action ait été soutenue par cette entreprise.

²⁶² Notamment, le groupe Interights, qui a déjà été très actif devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.

²⁶³ C. Harlow, *op. cit.*, p. 234

²⁶⁴ Stone Sweet, A. et Caporaso, J. A., *op. cit.*, p. 202

générale, mais ce n'a pas toujours été les cas, notamment en Grande-Bretagne avec la déclaration de Lord Denning encourageant l'utilisation de l'acte claire. Finalement, il faut que la CJCE soutienne la vision du particulier dans l'affaire en question et développe une approche extensive dans son interprétation du droit communautaire. La Cour de justice a certes besoin de cas présentés par les particuliers pour pouvoir étendre le droit communautaire, mais elle reste celle qui décide si elle va le faire ou non, en fonction de l'intérêt qu'elle poursuit.

A. Stone Sweet et James A. Caporaso ont aussi développé une théorie de l'intégration juridique²⁶⁵ qui repose aussi sur la base du néo-fonctionnalisme. Ils reprennent pour l'essentiel les considérations développées plus haut. Cependant, ils insistent plus sur les interactions entre les forces sociales transnationales et les organes de la Communauté européenne. Cette théorie suggère que ce sont les échanges transnationaux entre personnes privées qui constituent le catalyseur principal de cette intégration juridique: ils engendrent une demande de règles transnationales et supranationales. Ces règles étant souvent abstraites, les organes judiciaires doivent continuellement les adapter à des situations concrètes nouvelles, construisant et déconstruisant ainsi le cadre juridique de cette communauté. L'ordre juridique se développe de plus en plus, car à mesure que des barrières entravant les échanges sont levées, et à mesure que des règles supranationales viennent se substituer aux règles nationales, de nouveaux obstacles à l'intégration émergent et sont mis en évidence. "Ces obstacles deviennent alors la cible de personnes privées qui feront appel à la justice et feront indirectement pression sur les institutions législatives communautaires pour élargir la juridiction communautaire à de nouveaux domaines".²⁶⁶ Cette affirmation est corroborée par le constat que le nombre de litige mettant en question la licéité de règles relatives à la libre-circulation des marchandises a baissé de 25% entre 1975 et 1990, alors que d'autres domaines sont apparus – tels l'égalité de rémunération

²⁶⁵ Stone Sweet, A. et Caporaso, J. A., *op. cit.*, pp.195-244.

²⁶⁶ *Ibid*, p.221

entre travailleurs féminins et masculins, la protection de l'environnement, la politique fiscale – qui sont plutôt des obstacles indirects aux échanges. C'est le dynamisme des échanges transnationaux qui conduit le pas de l'intégration dans les différents domaines: c'est ainsi qu'ils expliquent les différences et variations de développement suivant le champ du droit touché, en démontrant leur théorie par des résultats empiriques. Mais, une fois encore, les particuliers sont fortement dépendant des organes judiciaires, qu'ils soient nationaux ou communautaires, pour tenter d'influencer le développement de l'ordre juridique communautaire.

L'aspect intéressant de cette théorie est qu'elle met en avant l'importance de la société, qu'ils nomment transnationale, mais que l'on pourrait presque appeler société européenne. Sans les interactions au sein de cette société, il n'y aurait pas de possibilité de construire un ordre juridique communautaire. Ils caractérisent le développement de l'ordre juridique communautaire comme le résultat d'interactions entre cette société transnationale et les organisations de la Communauté: la spécificité étant que, par le fait de la constitutionnalisation,²⁶⁷ ces interactions peuvent se développer par-delà le contrôle direct des gouvernements des Etats membres.²⁶⁸ Ces derniers ont, certes, la possibilité de renverser les décisions de la Cour, mais le processus est plutôt fastidieux: s'il s'agit de l'interprétation d'une disposition du Traité CE, ils doivent recourir à une révision du Traité qui requiert un vote unanime des Etats suivi d'une ratification au niveau national. Pollack²⁶⁹ présente cette option comme *l'option nucléaire*: "The threat of Treaty revision is essentially the nuclear option – exceedingly effective, but difficult to use – and therefore a relatively ineffective and non-credible means of member state control." S'il s'agit de droit dérivé, le processus sera un peu plus facile, la promulgation de nouvelles

²⁶⁷ Cette constitutionnalisation est elle-même le résultat d'interactions entre particuliers et CJCE: "Le processus de constitutionnalisation a été conduit – presque entièrement – par les relations entre demandeurs-défenseurs privés, juges nationaux et Cour européenne, interagissant dans le cadre fourni par l'article 177 (*actuel* 234)". Cf. *Ibid*, p.209

²⁶⁸ *Ibid*, p.200

²⁶⁹ Cité dans Pierson, P., *op. cit.*, p. 143

dispositions législatives secondaires pouvant être adoptée, selon les cas, à la majorité qualifiée. Cependant, il faut compter avec le rôle croissant du Parlement qui devra peut-être codécider.

En conclusion sur cette approche néo-fonctionnaliste, on peut affirmer que les particuliers ont non seulement accès au droit communautaire, mais qu'ils ont de plus la possibilité de l'influencer, bien qu'à travers un nombre important d'obstacles à surmonter. Cependant, à chaque fois qu'un particulier est gagnant dans un procès où il est question de droit communautaire, cela attire d'autres tentatives particulières dans l'espoir d'un gain, et donc une évolution exponentielle du nombre d'affaires qui peut permettre à la CJCE de développer un plus grand nombre de domaines.

La science politique nous enseigne d'aller au-delà de la logique juridique: elle démontre qu'il faut prendre en considération certaines contraintes externes qui peuvent peser sur le système et influencer son développement. Elle nous montre aussi certaines failles de l'ordre juridique communautaire qui peuvent avoir des conséquences sérieuses pour les individus, ainsi que les faiblesses de cet ordre qui peuvent conduire à sa stagnation.

TROISIEME PARTIE

Un exemple: l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes

Du traité de Rome au traité d'Amsterdam

L'égalité de rémunération

L'incorporation d'une disposition sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes dans le traité de Rome trouve son origine dans les pressions du gouvernement français.²⁷⁰ La France, lors des négociations du traité de Rome, a élaboré une liste de demandes qui visaient à compenser la perte de la protection occasionnée à ses industries suite à une éventuelle intégration économique. Certaines de ces demandes ont été accordées par les partenaires de la future Communauté, notamment pour des raisons politiques: il fallait profiter de négocier tant que le gouvernement français était favorable à l'idée d'une telle Communauté. En matière d'égalité entre les hommes et les femmes, la France avait déjà discuté de certaines mesures dans les années trente, pour finalement adopter plusieurs dispositions à la fin de la deuxième guerre mondiale. Pendant la seconde guerre mondiale, le rôle des femmes apparaît au grand jour quand il s'agit de remplacer à l'usine ou à la ferme les hommes partis au front; elles furent aussi essentielles aux réseaux de résistance à travers la France. Après la guerre, les femmes ont un rôle dans la reconstruction de l'économie nationale: elles sont reconnues en tant que travailleuses et mères, contrairement à la situation des femmes dans d'autres Etats européens, notamment la Hollande. Après avoir accordé le droit de

²⁷⁰ Hoskyns, C., *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the EU*, London, Verso, 1996, p. 45

vote aux Françaises en 1944, d'autres dispositions visant l'égalité entre travailleurs et travailleuses émergent en 1946: tout d'abord, un décret abolit les réductions dans les salaires des femmes; ensuite, le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit la garantie de droits égaux dans tous les domaines; finalement, une loi de février 1950 prévoit que les accords collectifs doivent incorporer le principe de l'égalité de rémunération. Ces dispositions, même si elles sont peu appliquées en réalité, provoquent un mouvement de panique chez le patronat français face au projet européen: l'industrie textile et l'industrie mécanique risquent notamment d'être sérieusement désavantagées par rapport à leurs homologues italiennes ou hollandaises, en raison d'un éventuel dumping social.²⁷¹ Malgré l'opposition tenace du gouvernement hollandais, il est décidé, durant les négociations du traité de Rome, d'insérer une disposition relative à l'égalité des rémunérations dans la partie du traité relevant des "obstacles à la concurrence": l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes est perçue uniquement d'un point de vue économique, c'est-à-dire comme un obstacle risquant de fausser la concurrence.

C'est certainement ce développement historique qui explique la forme obligatoire de l'ex-article 119 TCE²⁷² par rapport aux autres dispositions du chapitre social du traité: elle a été rédigée afin d'être incorporée dans un titre à caractère économique.²⁷³ En effet, le chapitre sur la politique sociale comprend des dispositions qui sont plutôt de nature programmatique. La Cour relèvera la position différente de l'ex-article 119 TCE, en lui reconnaissant une double finalité dans l'affaire *Defrenne II*: la première finalité est économique, consistant à éviter que les entreprises ayant réalisé l'égalité de rémunération ne soient pénalisées dans la compétition intracommunautaire. La seconde finalité est sociale, comme en

²⁷¹ Charpentier, L., *op. cit.*, p. 283. L'Italie et les Pays-Bas n'avaient pas encore ratifié la Convention no 100 de l'OIT.

²⁷² L'article sur l'égalité de traitement ayant été modifié par le traité d'Amsterdam, je mentionne l'ex-article 119 TCE lorsque je fais référence à l'ancienne version, et l'article 141 TCE lorsque je me réfère à la nouvelle disposition.

²⁷³ Hoskyns, C., *op. cit.*, p. 57

témoigne le titre dans lequel elle est incorporée.²⁷⁴ Cette double finalité conduit la Cour à reconnaître que "le principe d'égalité des rémunérations fait partie des fondements de la Communauté".

L'ancien article 119 TCE dispose que:

"Chaque Etat membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Par rémunération, il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou le traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

(a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure;

(b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail."

C'est donc clairement une obligation destinée aux Etats membres, qui doivent s'exécuter dans le délai imparti. La Commission va leur adresser une recommandation en 1960, afin de préciser la façon dont ce principe doit être compris.²⁷⁵ La première période s'achève le 31 décembre 1961, laissant le principe de l'égalité des rémunérations inachevé, avec cependant, toujours sous la pression de la France, une résolution des Etats membres datée du 30 décembre 1961. Le Sommet de Paris, en 1972, reconnaît finalement la nécessité d'agir dans le domaine social et demande à la Commission d'élaborer des propositions dans ce sens. C'est ainsi que la Commission présente au Conseil une proposition qu'il va adopter, sur la base de l'article 94 TCE (ex-100 TCE): il s'agit de la directive 75/117/CEE du 10 février 1975 concernant le

²⁷⁴ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne II*, aff. 43/75, rec. 1976, p. 455

²⁷⁵ *Bull.CE*, no 6, septembre 1960

rapprochement des législations des Etats membres relative à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.²⁷⁶

Cette directive précise la portée matérielle de l'ex-article 119 TCE. Son article premier définit le principe de l'égalité des rémunérations: il s'agit de l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale. Cette dernière précision concernant un travail de valeur égale n'est pas mentionnée dans le traité CEE;²⁷⁷ elle sera cependant finalement introduite par le traité d'Amsterdam. Ce premier article précise aussi que les systèmes de classification professionnelle qui sont à la base des salaires doivent être basés sur des critères communs aux travailleurs masculins et féminins. L'article 2 oblige les Etats à introduire les mesures nécessaires à une protection juridictionnelle des droits découlant du principe de l'égalité de rémunération, autorisant cependant le recours préalable à d'autres instances compétentes. Les articles 3 et 4 prévoient la suppression des dispositions discriminatoires non seulement dans les actes législatifs, administratifs ou réglementaires, c'est-à-dire les actes publics, mais aussi dans les conventions collectives ou les contrats individuels, donc les actes privés. Selon l'article 6, les Etats doivent prendre des mesures efficaces pour garantir l'application du principe. Les travailleurs doivent être informés (article 7). Et l'article 10 prévoit que les destinataires de cette directive sont les Etats membres, qui disposent d'un délai d'un an pour la mettre en œuvre. Il est prévu que la Commission établisse un rapport général sur la mise en œuvre de la directive, basé sur les rapports des Etats membres en la matière, deux ans après la fin du délai.

La question de la relation entre la directive et l'ex-article 119 TCE a été posée à travers plusieurs affaires préjudicielles. Dans l'affaire *Defrenne II*, la Cour a affirmé que cette directive "a pour

²⁷⁶ Directive du Conseil du 10 février 1975, (modifiée en 1994 pour y ajouter la référence à l'EEE), JO L du 3.1.94, p. 484

²⁷⁷ Elle l'est cependant dans la Convention n° 100 de l'OIT (1951).

objectif de favoriser, au moyen d'un ensemble de mesures à prendre sur le plan national, la bonne application de l'article 119, spécialement en vue de l'élimination de discriminations indirectes, sans pouvoir, cependant, atténuer l'efficacité de cet article ou modifier son effet dans le temps."²⁷⁸ L'arrêt *Barber* précise que la directive ne modifie en rien la disposition du traité;²⁷⁹ elle en explicite le contenu. En effet, seule une procédure de révision du traité peut modifier une disposition du traité, comme la Cour l'a rappelé à plusieurs occasions; une directive n'a pas ce pouvoir. Le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes au niveau communautaire repose donc entièrement sur la disposition du traité, explicitée par la directive 75/117.

Le traité de Maastricht²⁸⁰ n'a pas modifié le contenu de l'article sur l'égalité des rémunérations. Cependant, un protocole no 2 a été ajouté afin de limiter dans le temps l'effet direct de l'ex-article 119 TCE dans le domaine des prestations octroyées par des régimes professionnels de pensions, suite à l'arrêt *Barber*. C'est là une des rares actions des Etats membres en vue de préciser, pour ne pas dire limiter, la jurisprudence de la Cour de justice. Certains juges, tel Mancini, se sont écriés contre ce qu'ils considèrent une intrusion illégitime dans la sphère judiciaire, sinon illégale au regard de l'article B TUE qui prévoit la préservation de l'acquis communautaire. Toujours est-il que l'incident s'est clos avant d'avoir réellement commencé, la Cour ayant précisé sa jurisprudence dans une affaire subséquente, avant même l'entrée en vigueur de Maastricht. Le Protocole social n°14, qui lie les Etats membres excepté le Royaume-Uni, comprend en annexe l'accord sur la politique sociale: son article 6 reprend les dispositions de l'ex-article 119 TCE en matière d'égalité des rémunérations. Cet accord, bien que certains aient mis en question sa validité juridique, lie les Etats membres sauf le Royaume-Uni.

²⁷⁸ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, précitée

²⁷⁹ CJCE, 17 mai 1990, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. C-262/88, rec. 1990, p.I-1944, §11

²⁸⁰ Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1er novembre 1993

Le 23 juin 1994, la Commission a adopté un mémorandum sur l'égalité des rémunérations.²⁸¹ Cet instrument, qui n'a pas de valeur juridique en lui-même est un instrument extrêmement utile: destiné aux employeurs, syndicats, juristes et toute personne intéressée, il explique, analyse et résume la législation communautaire ainsi que la jurisprudence en matière d'égalité des rémunérations. Avec le code de conduite²⁸² élaboré deux plus tard, cet instrument facilite l'information du public et des acteurs concernés dans le domaine de l'égalité de rémunération tout en faisant une certaine publicité à ce sujet.

Avec le traité d'Amsterdam, l'article 141 TCE qui remplace l'ancien article 119 subit quelques modifications, quoique pas inattendues. Dans le domaine de l'égalité des rémunérations, la notion de travail de même valeur, que l'on trouvait dans la directive 75/117/CEE a été incorporée dans le premier alinéa: c'est loin d'être un changement révolutionnaire, la directive servant d'explication au traité selon la jurisprudence de la CJCE, comme nous l'avons déjà mentionné. Une autre modification introduit une nouvelle base juridique pour l'adoption de "mesures visant à assurer le principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur": basée sur la procédure de codécision, en y ajoutant une consultation du comité économique et social, cette base juridique semble uniquement concerner les mesures en relation avec l'emploi, à l'exclusion des autres domaines de l'égalité entre les hommes et les femmes. L'extension en-dehors du domaine traditionnel de l'égalité de rémunération va donc dépendre de l'interprétation de la notion d'emploi par la Cour de justice. L'intérêt, cependant, par rapport à l'article 13 TCE, est d'éviter la procédure de décision à l'unanimité. Sans compter que le type de mesure n'est pas précisé: règlement ou directive, le Conseil et le Parlement choisiront.

²⁸¹ COM (94) 6, du 23 juin 1994

²⁸² COM (96) 336 final, du 17 juillet 1996

Au fil du temps, le champ du droit communautaire s'étend progressivement au-delà du stricte principe de l'égalité de rémunération vers le principe plus général de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, grâce à l'adoption de directives supplémentaires dans des domaines autres que la rémunération, bien que toujours dans le cadre de l'emploi.

L'égalité de traitement

Le premier pas consiste en l'adoption de la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.²⁸³ Cette directive définit le principe de l'égalité de traitement dans son article 2: il implique "l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial." L'article premier, alinéa 2, précise que la mise en œuvre progressive de ce principe en matière de sécurité sociale fera l'objet de dispositions ultérieures du Conseil, qui en préciseront le contenu, la portée et les modalités d'application. Certaines dérogations au principe sont autorisées: d'une part, en ce qui concerne les activités professionnelles et leurs formations pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante; d'autre part, en ce qui concerne les mesures visant à protéger la femme, notamment durant la grossesse et la maternité ou celles visant à promouvoir l'égalité des chances en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes. Ces dérogations possibles feront l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour, qui les interprétera, comme à son habitude en matière de dérogation à un principe général, de façon restrictive. Cette directive interdit les discriminations dans l'accès à l'emploi, la formation, les conditions de travail et de licenciement, qu'elles trouvent leur origine dans la législation publique ou dans des conventions collectives. Comme la directive

²⁸³ Directive du Conseil du 9 février 1976, JO L 39, du 14.2.76, p. 40

75/117, elle prévoit l'obligation pour les Etats d'introduire des moyens en vue d'assurer la protection juridictionnelle des droits garantis. Les destinataires de cette directive sont toujours les Etats membres (article 11): ils ont 30 mois pour la mettre en œuvre. Il est encore prévu que les activités professionnelles dérogeant au principe de l'égalité, selon l'article 2, alinéa 2, fassent l'objet d'une révision périodique afin de les soumettre éventuellement au principe général; il en va de même pour les mesures de protection de la femme. Finalement, les Etats fourniront des rapports à la Commission, deux ans après la fin du délai, afin qu'elle puisse établir un rapport général. Cette directive élargit donc le champ de l'égalité de rémunération initialement prévue par le traité de Rome aux conditions de travail et d'accès aux emplois: c'est un pas en direction d'une égalité de traitement plus générale, bien que restreinte toujours au domaine du travail. Elle fera l'objet d'une jurisprudence abondante, qui sera étudiée dans la section suivante de ce chapitre.

Ainsi que la directive 76/207 le prévoyait, une directive sur la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale a été adoptée le 19 décembre 1979.²⁸⁴ Cette directive vise uniquement les régimes légaux (article 3) qui assurent une protection contre la maladie, l'invalidité, la vieillesse, le chômage et les accidents/maladies professionnels et les aides sociales qui les accompagnent. De plus, l'article 2 mentionne que seule la population active est concernée par la directive: la relation à l'emploi reste le critère déterminant, ce qui permet tout de même d'y inclure les chômeurs, les retraités ou les invalides. L'égalité de traitement doit être respectée notamment dans les calculs de cotisation, les conditions d'accès aux régimes et le calcul des prestations. On y retrouve les dispositions concernant la mise en œuvre de moyens juridictionnels et celle qui concerne la suppression de toute discrimination fondée sur le sexe dans les dispositions législatives des Etats membres (article 6 et 5). L'article 7 §2 prévoit cependant que les Etats ont la faculté d'exclure du

²⁸⁴ Directive 79/7, JOCE, no L 6, du 10 janvier 1979, p.24 (entrée en vigueur le 23 décembre 1984)

champ d'application de la directive la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions de vieillesse et de retraite, les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants, les droits dérivés de l'épouse dans le domaine de la vieillesse et l'invalidité. Cet article est doublé d'une obligation de réviser périodiquement la pertinence de ces mesures compte tenu de l'évolution sociale en la matière. L'article 10 dispose que les destinataires de la directive sont les Etats membres: ils disposent d'un délai de six ans pour la mettre en œuvre. Ils doivent, comme dans le cas des directives précédentes, communiquer à la Commission toutes les dispositions qu'ils adoptent dans ce domaine, et justifier le maintien des dispositions visées à l'article 7 §2.

Cette directive sera complétée par l'adoption de la directive sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale du 24 juillet 1986.²⁸⁵ Comme la directive de 1979, cette dernière concerne uniquement la population active. L'article 2§1 définit les régimes professionnels en tant que "régimes non régis par la directive 79/7/CEE, qui ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés ou indépendants, groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative." De fait, la différence principale de cette directive par rapport à celle de 1979, mis à part le fait qu'elle vise les régimes privés, est qu'elle considère expressément le cas des retraites anticipées. Suite à la jurisprudence de la Cour qui a défini que toutes les formes de pension professionnelle constituent un élément de la rémunération au sens de l'article 141 TCE (ex-119), lequel n'autorise aucune dérogation au principe de l'égalité de traitement, cette directive a perdu de

²⁸⁵ JOCE, no L 225, du 12 août 1986, p. 40, modifiée par la directive 96/97/CE du 20 décembre 1996, JOCE, no L 46, du 17 février 1997, p. 20. (Cette modification tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice).

l'intérêt pour les salariés (mais non pour les indépendants). Ceci a conduit la Commission à proposer des modifications, qui ne font que transposer la jurisprudence, et qui seront adoptées dans la directive 96/97/CE du 20 décembre 1996.

En décembre 1986, c'est l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante qui sera visée par la directive 86/613.²⁸⁶ Cette directive a pour but de couvrir les aspects qui ne sont pas déjà couverts par les directives 76/207 et 79/7. L'intérêt pour les femmes, de manière générale, réside dans le fait que cette directive couvre non seulement les travailleurs indépendants, mais également, sous certaines conditions, leurs conjoints. La directive concerne la création, l'installation ou l'extension de l'entreprise, mais aussi les conditions de constitution d'une société entre époux, qui ne doivent pas être plus restrictives que celles d'une société entre personnes non mariées (article 5). La directive prend aussi en considération les prestations de sécurité sociale, autorisant les conjoints qui participent habituellement à l'activité du travailleur indépendant à adhérer au régime de sécurité sociale du travailleur indépendant, bien qu'ils ne soient ni salariés, ni associés. La question des prestations sociales pendant la grossesse et la maternité est aussi abordée. Cette directive est un progrès pour les femmes dans ce domaine, bien qu'il s'agisse d'une directive consacrant un principe d'égalité de traitement: en effet, un grand nombre de femmes sont les "travailleuses de l'ombre" de leur mari indépendant, l'inverse étant plutôt rare mais pas inexistant. Cette situation est le résultat d'une longue tradition de notre société, il faut donc souligner l'importance d'une action communautaire dans ce domaine. Il est intéressant de noter que c'est peut-être un pas de plus vers la reconnaissance du travail domestique en tant que travail: la directive concerne toujours le domaine du travail, mais se rapproche énormément de la sphère familiale, que la Cour va pourtant explicitement exclure du champ communautaire.

La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 consacre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes à son article 16: après avoir affirmé

²⁸⁶ JOCE, no L 359, du 19 décembre 1986, p.56

que l'égalité de traitement doit être assurée et que l'égalité des chances doit être développée, cet article reconnaît la nécessité d'actions pour garantir la mise en œuvre du principe de l'égalité dans les domaines couverts par les directives et l'article 141, c'est-à-dire l'accès à l'emploi, la rémunération, les conditions de travail, la protection sociale, l'éducation, la formation professionnelle et l'évolution des carrières. Le dernier paragraphe mentionne cependant un élément nouveau: le développement des mesures permettant aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales. Cependant, aucune explication n'est fournie sur les moyens d'y parvenir. Bien que souvent considérée comme une déclaration de principe, cette Charte a permis de justifier certaines propositions de directives et d'action de la Commission.

Les autres développements

Avec le traité de Maastricht, l'article 6 de l'accord sur la politique sociale ajoute un paragraphe se référant à la possibilité d'*actions positives* en faveur des femmes, lors de sa reprise de l'ex-article 119 TCE: "Le présent article ne peut empêcher un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle."

Il faut souligner que cet ajout, bien qu'inséré dans une disposition concernant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, prévoit la possibilité d'action positive en faveur des femmes uniquement. Le traité d'Amsterdam va confirmer ce développement en ajoutant un alinéa concernant l'autorisation des mesures positives, cependant de manière plus neutre: il prévoit la possibilité d'adopter des mesures "prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle." L'idée n'est plus de favoriser et protéger les femmes, mais d'établir

une égalité dans les mécanismes destinés à réaliser l'égalité. Une déclaration annexée au traité dispose que "lorsqu'ils adoptent les mesures visées à l'article 141, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne, les Etats membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle."

Malgré cette déclaration, il faut reconnaître que les actions positives ne sont plus uniquement un instrument à disposition des femmes, mais qu'elles peuvent être à la disposition des hommes aussi. Ce paragraphe est une confirmation de la jurisprudence de la Cour, tant dans l'affaire *Kalanke* que dans l'affaire *Marschall*, qui avait reconnu la licéité des clauses d'ouverture en faveur des femmes, sans récuser les limites aux actions positives qu'elle avait posée dans l'affaire *Kalanke*.²⁸⁷ Les actions positives sont toujours perçues comme des dérogations au principe général d'égalité, sans prendre en compte le but final de la réalisation de l'égalité. C'est donc un concept d'égalité progressive qui domine, remettant à plus tard sa réalisation, sans même fixer la date. C'est d'ailleurs cette même approche qui dominait dans la directive de 1976. Il n'existe pas de droit fondamental à l'égalité de la femme et de l'homme dans l'ordre juridique communautaire qui puisse servir de socle à une autre vision juridique de l'égalité substantielle. On peut donc conclure à une absence de volonté de la part des Etats membres en faveur de la réalisation effective de l'égalité.

Le Conseil a aussi adopté une directive sur la *protection de la femme enceinte*, accouchée ou allaitante au travail.²⁸⁸ Fondée sur l'article 137 TCE (ex-118 A), elle répond à la directive-cadre concernant l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail,²⁸⁹ qui considère la femme enceinte comme un groupe à risque qu'il faut protéger. Cette directive prévoit un congé maternité de 14 semaines continues (article 8) pendant lesquelles la jeune mère conserve ses droits liés au contrat de travail, y compris le maintien d'une rémunération ou le bénéfice d'une prestation

²⁸⁷ Voir la section suivante sur la jurisprudence.

²⁸⁸ Directive 92/85, JOCE, no L 348, du 28 novembre 1992, p.1

²⁸⁹ JOCE, no L 183, du 29 juin 1989

sociale. Les travailleuses sont protégées contre le licenciement (article 10) depuis le début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité. En ce qui concerne le travail de nuit, elles ne sont pas tenues de l'accomplir lorsque cette dispense est nécessaire pour leur santé ou leur sécurité (article 7). Elles sont aussi protégées contre l'exposition à des agents ou procédés susceptibles d'affecter leur santé. Cette directive peut être considérée comme la preuve de l'existence d'un embryon de politique de la femme en droit communautaire. Par rapport à la disposition sur l'égalité en matière de rémunération, le champ du droit communautaire a fait l'objet d'une formidable extension: il a évolué de l'égalité en matière de rémunération à l'égalité de traitement, et de l'égalité de traitement vers une certaine politique de la femme.

Le Conseil a aussi adopté une directive relative à *la charge de la preuve* dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.²⁹⁰ Cette directive rappelle en préambule toute l'évolution du droit communautaire dans le domaine de l'égalité de traitement, et notamment les directives de 1976, 1979 et 1986 qui recommandent l'adoption de mesures permettant une protection juridictionnelle de l'égalité de traitement, l'accord en matière de politique sociale, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. Cette directive a pour objectif, de "rendre plus efficace les mesures prises par les Etats membres qui permettent à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes." Le moyen choisi pour rendre ces mesures efficaces et de faire reposer la charge de la preuve sur la partie défenderesse: dès qu'une personne s'estimant lésée établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Cette directive permet donc un rapprochement des procédures judiciaires des Etats membres dans ce champ de l'égalité, alors que généralement, le

²⁹⁰ Directive du 15 décembre 1997, JOCE, no L 14, du 20 janvier 1998, p.6

système communautaire se contente des procédures nationales. On peut rapprocher ce développement du droit communautaire dans le cadre plus large des procédures développées par la Cour de justice en ce qui concerne les remèdes de 3ème génération.²⁹¹ Il est à souligner cependant que cette directive ne s'applique qu'aux situations couvertes par l'article 141 TCE et par les directives 75/117/CEE, 76/207/CEE et, dans la mesure où il y a discrimination fondée sur le sexe, 92/85/CEE et 96/34/CE.²⁹²

Finalement, le dernier développement en la matière a été apporté par le traité d'Amsterdam. Celui-ci révolutionne d'une certaine manière le champ social communautaire, notamment en intégrant le protocole social dans le traité CE et en créant de nouvelles bases juridiques pour l'adoption d'actes communautaires en la matière. En ce qui concerne l'égalité de traitement, l'article 2 TCE mentionne l'égalité entre les hommes et les femmes dans les missions de la Communauté: il faut souligner qu'il n'est pas fait référence à la dimension économique du concept ou à l'emploi; c'est l'égalité de manière générale qui semble visée ici. Vogel-Polsky souligne cependant le manque de moyens mis à disposition de cet objectif, qu'ils soient institutionnels ou financiers.²⁹³

L'article 3 TCE prévoit dans le deuxième alinéa que "pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes". Il s'agit du concept de *mainstreaming*, que l'on retrouve notamment aussi pour la politique de l'environnement. L'idée est donc d'intégrer le concept d'égalité entre les hommes et les femmes dans toutes les actions et politiques de la Communauté. Bien que les compétences de la Communauté demeurent en majorité dans le domaine économique, il s'agit cependant d'un champ économique élargi: il comprend aussi la

²⁹¹ Voir chapitre II, deuxième section.

²⁹² La directive 96/34/CE du Conseil (3 juin 1996) concerne un accord-cadre sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux UNICE, CEEP, et la CES.

²⁹³ Vogel-Polsky, E., "L'Europe, un atout pour les femmes?", éd. par J. Nonon, *Problèmes politiques et sociaux*, no 804, Paris, La Documentation française, 12 juin 1998, p. 72

protection de la santé, l'éducation, le développement technologique et autres domaines. Le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes a donc parcouru un long chemin depuis le traité de Rome où il se limitait à la non-discrimination dans le domaine des rémunérations. Il faut cependant reconnaître que l'article 3 limite ce *mainstreaming* à l'élimination des inégalités, sans préciser lesquelles ni qui est chargé du contrôle. L'égalité est reconnue non comme un droit fondamental mais comme une dimension des actions et politiques communautaires.²⁹⁴

Le nouvel article 13 TCE introduit une base juridique pour "l'adoption des mesures destinées à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle", pour autant que cela soit dans le domaine des compétences de la Communauté. A cet effet, le Conseil statue à l'unanimité, le Parlement étant pour sa part uniquement consulté. On peut critiquer la procédure de décision choisie, très traditionnelle, alors que le traité d'Amsterdam prévoit une extension des domaines soumis à la procédure de codécision qui offre une plus grande participation du Parlement, et par là même des citoyens; sans compter que l'unanimité à quinze est un résultat très difficile à atteindre, qui a tendance à rendre les textes adoptés de plus en plus dilués ou édulcorés.²⁹⁵ Cela est d'autant plus regrettable que l'article 12 TCE consacrant l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité est d'effet direct. Cet article fournit non seulement une nouvelle base juridique pour l'adoption d'actes en matière de discrimination fondée sur le sexe, mais aussi en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. C'est un point à souligner, la Cour ayant déjà dû statuer sur une affaire en 1998: elle a décidé qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne consistait pas en une discrimination fondée sur le sexe, et par conséquent se trouvait en-dehors du champ de l'article 141 TCE.

²⁹⁴ *Ibid.*, p.73

²⁹⁵ Vogel-Polsky parle d'une "disposition quasiment inutile du point de vue de la technique juridique" (*ibid.*, p. 73). On peut aussi se poser la question de la mise en oeuvre réelle d'une telle procédure : qu'en sera-t-il une fois l'Europe élargie?

Refusant d'adopter une interprétation extensive dans ce domaine, la Cour de justice semble laisser le soin au législateur communautaire d'élargir le champ du droit communautaire: on peut se demander si un tel développement passera la rampe de l'unanimité au sein du Conseil. Toujours est-il que les lobbies doivent se concentrer sur le Conseil actuellement et ne peuvent tenter la voie judiciaire, comme les femmes l'ont fait auparavant.

Le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit l'égalité entre les hommes et les femmes à son article 23: il est prévu que cette égalité concerne tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Cet article prévoit aussi la possibilité d'actions positives. Il couvre donc un champ extrêmement plus large que les dispositions communautaires actuelles. Cependant, sa valeur juridique est encore à déterminer: s'agit-il d'une déclaration de bonnes intentions ou d'un instrument juridique efficace? Au vu de la nouvelle disposition 141 dans le traité CE, il semble que les Etats ne soient pas prêts d'aller plus loin en matière d'égalité et que le champ large couvert par la Charte soit la preuve que les Etats cherchent à en faire un instrument non obligatoire.

Les développements jurisprudentiels

C'est grâce aux développements jurisprudentiels que le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes a acquis toute sa signification. C'est d'ailleurs aussi la jurisprudence qui a incité le législateur communautaire à développer ou à préciser certains aspects du principe par les directives. Le but de cette partie n'est pas d'étudier la totalité des affaires concernant l'égalité de traitement, elles sont trop nombreuses, mais de mettre en lumière quelques aspects qui sont d'un certain intérêt pour le sujet: ce sera notamment le développement de l'effet direct et ses conséquences, l'interprétation de certaines notions importantes (telle la rémunération, le travail, ...), l'interprétation des dérogations au

principe autorisées par les directives et le développement d'une protection juridictionnelle efficace.

Le principe de l'effet direct

L'ex-article 119 TCE mentionne explicitement qu'il s'agit d'une obligation à charge des Etats membres: "Chaque Etat membre assure [...]". Cependant, depuis l'arrêt *Van Gend En Loos*, il est reconnu que les particuliers peuvent être titulaires de droits issus d'obligations que le traité met à charge des Etats. La Cour va se prononcer sur la question de l'effet direct de cette disposition en 1976, lorsque l'affaire *Defrenne II* atteint le niveau communautaire.²⁹⁶ Le Tribunal de prud'hommes de Bruxelles pose la question de savoir si l'ex-article 119 TCE produit un effet direct. La Cour va raisonner comme dans les arrêts précédents: elle va prendre en considération la nature du principe, l'objectif poursuivi et sa place dans le système du traité. Après avoir affirmé la double finalité économique et sociale de cette disposition, elle conclut qu'elle fait partie des fondements de la Communauté. Considérant que l'article énumère certains critères précis permettant de déterminer l'existence d'une discrimination, elle va affirmer qu'il produit un effet direct dans les situations qui peuvent être caractérisées avec les seuls critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération. Cependant, ayant considéré le principe de l'égalité de rémunération comme un des fondements de la Communauté, elle reconnaît que la mise en œuvre intégrale de ce principe nécessite d'aller plus loin, à travers l'intervention de mesures communautaires et nationales adéquates: les discriminations qui ne peuvent être décelées à l'aide des critères posés par cette disposition sont aussi interdites; mais comme il est nécessaire d'élaborer des critères plus précis, cette interdiction des discriminations indirectes ne peut produire un effet direct. C'est

²⁹⁶ Aff. précitée. De fait, il s'agit de la première affaire engagée par Mme Defrenne devant les juridictions belges, mais qui atteint la Cour de justice des Communautés après la seconde affaire engagée, pour des raisons de lenteur extrême au niveau des juridictions nationales.

l'ingéniosité de la Cour: elle n'a pas cédé à une interprétation restrictive de l'ex-article 119 TCE, qui déterminerait que seules les discriminations pouvant être constatées à l'aide des critères d'identité de travail et d'égalité de rémunération sont contraires au principe de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes.²⁹⁷ Comme exemples de discriminations directes, elle énumère: "[...] celles qui ont leur source dans des dispositions de nature législative ou dans des conventions collectives de travail [...]; le cas d'une rémunération inégale de travailleurs masculins et de travailleurs féminins pour un même travail, accompli dans un même établissement ou service, privé ou public."²⁹⁸

Il s'agit de situations où le juge est en mesure d'établir tous les éléments de fait qui lui permettent d'apprécier si un travailleur de sexe féminin reçoit une rémunération inférieure à celle d'un travailleur affecté à des tâches identiques: "A tout le moins dans de telles hypothèses, l'article 119 est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder."

De plus, la Cour précise que l'ex-article 119 TCE produit un effet direct non seulement vertical mais aussi horizontal: "L'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers."²⁹⁹ Ainsi non seulement les salariés d'entreprises publiques sont titulaires de ce droit, mais tous les autres salariés aussi: ceci permet d'éviter une inégalité de traitement entre les employés du secteur public et du secteur privé, sans compter le problème s'il fallait déterminer quelles entreprises relevaient du secteur publique.

L'article 141 TCE est donc susceptible d'application directe et il engendre des droits dans le chef des particuliers: chaque citoyen

²⁹⁷ Plus tard, le principe de l'effet direct sera aussi reconnu dans certains cas de discriminations indirectes: CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80, rec. 1981, p. 911

²⁹⁸ Aff. précitée, § 21 et 22

²⁹⁹ Aff. précitée, § 39

peut se prévaloir de l'égalité de rémunération devant une juridiction nationale. C'est un aspect important, car les Etats ont été plutôt lents dans l'adoption des mesures nécessaires à une réalisation effective de ce principe: cet arrêt a lieu plus de 14 ans après le délai imparti aux Etats pour le mettre en œuvre, et la mise en œuvre est soit incomplète, soit inexistante dans un certain nombre d'Etats membres. Le mécanisme de la procédure en manquement ne semble pas avoir fonctionné: ni la Commission, ni un Etat n'ont tenté une action. La Commission semble avoir été peu disposée à employer un tel instrument alors que la Communauté traversait une période difficile, avec notamment la politique de la chaise vide et le blocage du mécanisme de décision au sein du Conseil; elle utilisera pourtant cette voie ultérieurement pour contraindre les Etats à mettre en œuvre correctement les directives adoptées. Quant à la France, principale intéressée si l'on se réfère à l'origine de la disposition, on peut considérer que, d'une part, elle ne souhaitait pas utiliser un tel procédé pouvant se retourner contre elle dans un autre domaine, et d'autre part, son insistance sur l'incorporation d'une telle disposition relevait certainement plus d'une considération de politique interne à un moment donné, qu'à la défense de l'intérêt des personnes concernées.

Une autre conséquence importante issue de l'effet direct de l'article 141 TCE consiste en l'émergence d'un nombre important d'affaires au niveau national, qui sont susceptibles de parvenir à la CJCE par la voie préjudicielle. Si le nombre d'affaires portées à la connaissance de la Cour de justice augmente, elle aura plus d'opportunités pour développer certains aspects de l'égalité des rémunérations. C'est en effet ce qui va se produire, comme nous le verrons avec le développement d'interprétations extensives sur certaines notions. *Defrenne II* est le début d'un développement de la jurisprudence dans ce domaine, qui sera plutôt remarquable.

Cette affaire comporte cependant un point faible: la Cour limite l'effet de son interprétation dans le temps. Invitée à se prononcer sur la date à partir de laquelle un tel effet peut être reconnu à l'ex-article 119 TCE, la Cour adopte un raisonnement quelque peu confus: elle reconnaît d'abord que, selon la règle générale, il devrait se produire depuis la fin de la période de transition (le 1er janvier

1962 pour les Etats-membres originaires et le 1er janvier 1973 pour les nouveaux membres); seule une révision du traité aurait pu modifier cet aspect, ce que les différentes résolutions ou la directive 75/117/CEE n'ont pas le pouvoir de faire. Cependant, les gouvernements irlandais et britanniques ont soulevé qu'un tel résultat aurait des conséquences catastrophiques sur leur économie nationale et risquait de conduire un grand nombre d'entreprises à la faillite. La Cour admettra finalement que la conduite de certains Etats qui ne se sont pas conformés même après le délai prescrit, et surtout la conduite de la Commission, qui n'a pas engagé d'action contre ces derniers et s'est contentée de recommandations, ont pu induire en erreur sur l'effet de cette disposition. Sans pour autant justifier qu'un tel manquement de la part de la Commission ou des Etats puisse suffire à empêcher une disposition du traité de produire un effet direct, la Cour jugera que, pour des raisons de sécurité juridique affectant des intérêts tant privés que publics, l'effet direct se produit dès le jour du jugement (*ex nunc*), excepté pour ceux qui ont introduit une plainte à ce sujet auparavant. Cette limitation dans le temps de l'interprétation d'une disposition du traité est une méthode qui n'a jamais été employée auparavant: de manière générale, seul le pouvoir législatif est investi de cette possibilité de laisser le passé inchangé et de modifier l'avenir, et non le pouvoir judiciaire.³⁰⁰ Il faut cependant reconnaître que d'autres systèmes judiciaires ont déjà fait l'expérience de cette possibilité, notamment la Cour suprême des Etats-Unis.

La conséquence de cette limitation temporelle réside dans la confiscation de droits qu'un certain nombre d'employés s'étaient vus reconnaître par le traité. Un aspect douteux du raisonnement que l'on peut souligner est la prise en compte du fardeau économique que représenterait un jugement donnant effet rétroactivement. Cet argument est soulevé par le Royaume-Uni et l'Irlande, deux nouveaux membres: il ne s'agissait donc, pour eux, que d'une période de deux ans et demi, alors que les autres Etats concernés par des périodes de plus de dix ans n'ont émis aucun

³⁰⁰ Arnall, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press (Oxford EC Law Library), 1999, p. 463

jugement semblable.³⁰¹ Cette première limitation de l'effet d'un arrêt préjudiciel aura des conséquences pour l'avenir, comme on le verra plus loin: c'est une porte ouverte à un développement ultérieur, même si la Cour a pris soin de signaler qu'il s'agit bien là d'une exception à la règle générale. Arnulf souligne qu'il s'agit d'un coup de génie de la Cour: un tel jugement permet à la Cour de renforcer le principe de l'effet direct des dispositions suffisamment claires et précises du traité tout en respectant le principe de la sécurité juridique.³⁰²

Concernant les directives adoptées en matière d'égalité de traitement, un certain nombre de leurs dispositions ont été reconnues d'effet direct par la Cour de justice. La Cour avait déjà confirmé la possibilité de l'effet direct des directives dans l'affaire *Marshall*:³⁰³ "[...] dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'Etat, soit lorsque celui-ci s'abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en fait une transposition incorrecte."

En ce qui concerne la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement dans l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (76/207/CEE), la Cour a reconnu l'effet direct, dans l'affaire *Johnston*,³⁰⁴ à l'article 2, paragraphe 1, concernant "l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence notamment, à l'état matrimonial ou familial." A l'article 3, paragraphe 1, concernant "l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail,

³⁰¹ Il est intéressant de mentionner que lors des propositions de loi sur l'égalité de rémunération dans le domaine public entre 1918 et 1931 en Grande-Bretagne, l'argument selon lequel le gouvernement ne pouvait s'offrir un tel luxe était déjà opposé aux Parlementaires favorables.

³⁰² *Ibid.*, p.464

³⁰³ CJCE, 26 février 1986, aff. 152/84, *Marshall*, rec. 1986, p. 723 (§46)

³⁰⁴ CJCE, 15 mai 1986, aff.222/84, *Johnston*, rec. 1986, p. 1651

quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle." A l'article 4, concernant l'application du principe dans le domaine de l'accès à la formation et l'orientation professionnelle. Dans l'affaire *Marshall (1986)*,³⁰⁵ elle a reconnu l'effet direct à l'article 5, paragraphe 1, qui concerne l'égalité de traitement dans les conditions de travail et de licenciement. Et dans l'affaire *Marshall (1993)*, à l'article 6, qui prévoit le droit pour les victimes de discrimination de faire valoir leurs droits par voie juridictionnelle.³⁰⁶ Pour la directive 79/7 instituant l'égalité de traitement pour les régimes légaux de sécurité sociale, l'article 4, paragraphe 1 a été reconnu d'effet direct dans l'affaire *FNV*,³⁰⁷ affaire engagée par la fédération des syndicats néerlandais.

Les juridictions nationales devront donc appliquer directement ces dispositions aux litiges qu'elles doivent trancher, que celles-ci soient invoquées par le requérant ou d'office: "Le droit communautaire n'empêche pas une juridiction nationale d'apprécier d'office la conformité d'une réglementation nationale avec les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive dont le délai de transposition est expiré, lorsque le justiciable n'a pas invoqué devant la juridiction le bénéfice de cette directive."³⁰⁸

Cependant, selon la jurisprudence *Marshall (1986)*³⁰⁹ les directives ne peuvent produire d'effet direct horizontal. Il s'ensuit qu'il existe un risque de différence de traitement entre les employés du secteur public et ceux du secteur privé. La Cour a répondu brièvement à cet argument, dans la même affaire, considérant qu'une telle différence de traitement peut être évitée si l'Etat

³⁰⁵ CJCE, 26 février 1986, aff. 152/84, *Marshall*, rec. 1986, p. 723

³⁰⁶ CJCE, 8 novembre 1990, aff. C-177/888, *Dekker*, rec. 1990, p. I-3941 et aussi 2 août 1993, aff. C-271/91, *Marshall*, rec. 1993, p. I-4367

³⁰⁷ CJCE, 4 décembre 1986, aff. 71/85, *FNV*, rec. 1986, p. 3855; voir aussi 1er juillet 1993, aff. C-154/92, *Remi Van Cant*, rec. 1993, p. I-3811 (discrimination à l'encontre d'un homme) (Effet direct depuis le 24 déc 1984, date de la fin du délai de transposition)

³⁰⁸ CJCE, 11 juillet 1991, aff. Jtes C-87/90. C-88/90 et C-89/90, *Verholen et autres*, rec. 1991, p. I-3757

³⁰⁹ CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. précitée

concerné a correctement mis en œuvre la directive. Pourtant, on l'a vu, une des conséquences de l'effet direct est de permettre un contrôle à l'aide des particuliers de la bonne application du droit communautaire: dans le cas des directives, cela ne semble pas possible, en tout cas pour les employés du secteur privé. Un autre aspect à relever est l'importance dès lors de la notion d'Etat: si les dispositions d'une directive ne peuvent être opposées qu'à l'Etat, comment définir celui-ci parmi toutes les fonctions qu'il occupe?³¹⁰ La Cour a développé une approche assez libérale en la matière. Dans l'affaire *Marshall* (1986), elle a conclu que: "[...] lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'Etat, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique. Dans l'un et l'autre cas, il convient, en effet, d'éviter que l'Etat ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire." (§49)

La Cour a confirmé cette approche en incluant dans la notion d'Etat les collectivités locales³¹¹ et les organismes soumis à l'autorité ou au contrôle de l'Etat, ou chargés en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir un service public et disposant à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers.³¹² Il reste cependant souvent difficile de faire la différence entre une entreprise étatique ou non, notamment lorsque celle-ci a été en partie privatisée ou lorsqu'elle bénéficie d'une certaine aide étatique. Cette caractérisation entre le public et le privé relève de la faculté du juge national dans son appréciation des faits qui lui sont soumis: des situations comparables au prime abord risquent d'être traitées différemment d'un Etat membre à l'autre.

De manière générale, on peut conclure que les développements de la Cour sur l'effet direct de l'article 141 TCE, et dans une moindre mesure, car ne produisant pas d'effet horizontal, sur l'effet direct de certaines dispositions des directives, ont permis à un grand nombre de particuliers de s'en prévaloir directement devant le juge

³¹⁰ Prechal, S., *op. cit.*, p. 31

³¹¹ CJCE, 22 juin 1989, aff. 103/88, *Fratelli Costanzo*, rec. 1989, p. 1939

³¹² CJCE, 12 juillet 1990, aff. C-188/89, *Foster*, rec. 1990, p. I-3313

national. Cela a certainement influencé une mise en œuvre plus rapide que si l'on avait attendu patiemment la bonne volonté des Etats dans ce domaine. D'autre part, cela a permis aux juridictions nationales de poser un grand nombre de questions d'interprétation relatives au principe de l'égalité de traitement: la Cour a pu, grâce à ses méthodes d'interprétations, développer certaines notions qui étendent quelque peu le champ des dispositions communautaires.

L'interprétation extensive de certaines notions

Une des notions les plus importantes dans le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes au niveau communautaire est celle de *rémunération*: c'est en effet l'égalité de rémunération qui est mentionnée dans le traité et qui produit un effet direct tant dans les relations entre les particuliers et l'Etat que dans les relations entre particuliers. Le traité CE donne une définition plutôt large de la rémunération: "[...] on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier."

La Cour résume sa jurisprudence en la matière dans l'arrêt Barber:³¹³ "Ainsi que la Cour l'a jugé, la notion de rémunération, au sens du deuxième alinéa de l'article 119, comprend tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés, serait-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier." On peut déduire que la Cour retient deux critères dans ce domaine:³¹⁴ d'une part, le paiement doit être effectué par l'employeur au travailleur (directement ou indirectement), et d'autre part, le paiement doit être effectué en raison de la relation de travail. Un paiement effectué par l'employeur recouvre notamment, selon la jurisprudence, les

³¹³ CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88, *Barber*, rec. 1990, p. I-1944, §12

³¹⁴ Margellos, T. et Woflcarius, M., "L'égalité des sexes", *Le droit de la CE et de l'UE: Commentaire Mégret*, vol. 7, 2ème édition, Bruxelles, éd. de l'Université, 1998, p. 110

avantages en nature, comme le bénéfice d'un abonnement général de train;³¹⁵ le salaire en cas de maladie;³¹⁶ les indemnités de licenciement;³¹⁷ les indemnités versées aux membres d'un comité d'entreprise qui sont tenus de suivre des cours de formation pendant leurs heures de travail;³¹⁸ les pensions de transition aux salariés qui prennent une retraite anticipée pour raisons de santé.³¹⁹ En ce qui concerne le critère du paiement effectué en raison de l'emploi, la Cour en a aussi fait une application plutôt large. Il n'est pas nécessaire, par exemple, que l'avantage en cause soit issu d'une obligation contractuelle: dans l'affaire *Garland*,³²⁰ la relation de travail étant terminée (retraite), l'employeur continuait à octroyer des avantages spéciaux pour les employés de sexe masculin, de façon volontaire. La Cour a jugé que ces avantages constituaient une rémunération, et que par conséquent, les employés devaient aussi y avoir droit. Les stages de formation suivis par des employés membres de comités d'entreprise doivent être indemnisés et considérés en tant que rémunération: ces activités sont la conséquence de la relation de travail et elles sont dans l'intérêt général de l'entreprise.³²¹ Cette dernière affaire a suscité de vives réactions en Allemagne, et les juridictions nationales ont requis des demandes préjudicielles à ce sujet dans le but de faire comprendre à la Cour que, selon la tradition allemande, il s'agit d'une tâche

³¹⁵ CJCE, 9 février 1982, *Garland/British Rail Engineering*, aff. 12/81, rec. 1982, p. 359

³¹⁶ CJCE, 13 juillet 1989, *Rinner-Kühn*, aff. 171/88, rec. 1989, p. 2743

³¹⁷ CJCE, 17 mai 1990, aff. G-262/88, *Barber*, rec. 1990, p. I-1944, §13; CJCE, 4 juin 1992, *Bötel*, aff. G-360/90, rec. 1992, p. I-3589; 6 février 1996, *Lewark*, aff. G-457/93, rec. 1996, p. I-243; 7 mars 1996, *Freers et Speckmann*, aff. C-278/93, rec. 1996, p. I-1165

³¹⁸ CJCE, 4 juin 1992, *Bötel*, aff. C-360/90, rec. 1992, p. I-3589

³¹⁹ CJCE, 9 novembre 1993, *Roberts*, aff. G-132/92, rec. 1993, p. I-5579

³²⁰ CJCE, 9 février 1982, *Garland/British Rail Engineering*, aff. 12/81, rec. 1982, p. 359

³²¹ CJCE, 4 juin 1992, *Bötel*, aff. C-360/90, rec. 1992, p. I-3589

honorifique et donc non-rémunérée.³²² La Cour a cependant confirmé son approche dans les arrêts suivants.³²³

Un dernier aspect de la rémunération a fait l'objet d'une jurisprudence abondante: la question des prestations sociales. Dans l'arrêt *Defrenne I*, la Cour avait déjà initié un début de réponse.³²⁴ Elle exclut dès le début les régimes légaux: ces derniers relèvent de la politique sociale, qui est de la compétence des Etats membres, et ne d'un rapport d'emploi entre employeur et travailleur.³²⁵ En revanche la Cour a reconnu comme rémunération certaines prestations liées à la retraite, par exemple: une cotisation à un fonds de pension conventionnel payé par l'employeur au nom des employés;³²⁶ les pensions complémentaires d'entreprise complétant les prestations sociales dues en vertu de la législation nationale;³²⁷ les pensions de retraite versées par un régime professionnel privé, destinées à compléter ou à se substituer au régime légal général de pension;³²⁸ une pension de survie versée par un régime professionnel de pensions dont les règles n'ont pas été fixées directement par la loi, mais résultent d'une concertation entre les partenaires sociaux et dont le financement est assuré exclusivement par les travailleurs et les employeurs.³²⁹ De manière générale, mais pas forcément exclusive, afin de déterminer si un régime de pension entre dans le champ de l'article 141 TCE (et la notion de rémunération) ou dans celui de la directive 79/7, la Cour a surtout

³²² Kokott, J., "Report on Germany", *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, ed. by A.-M. Slaughter et al., Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 115

³²³ CJCE, 6 février 1996, *Lewark*, aff. C-457/93, rec. 1996, p. I-243; 7 mars 1996, *Freers et Speckmann*, aff. C-278/93, rec. 1996, p. I-1165

³²⁴ CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne*, aff. 80/70, rec. 1971, p. 445

³²⁵ Une directive sera cependant adoptée quelques années plus tard à ce sujet – 79/7/CEE.

³²⁶ CJCE, 11 mars 1981, *Worringham et Humphrey*, aff. 69/80, rec. 1981, p. 767

³²⁷ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, rec. 1986, p. 1620

³²⁸ CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, aff. C-262/88, rec. 1990, p. I-1944

³²⁹ CJCE, 6 octobre 1993, *Ten Oever*, aff. C-109/91, rec. 1993, p. I-4879

insisté sur le critère de la relation de travail: la pension doit être versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur.³³⁰ Ce développement dans le domaine de la sécurité sociale a une certaine importance: d'une part, à la différence des directives instituant l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, l'article 141 TCE peut être invoqué dans les litiges opposant des particuliers. D'autre part, l'article 141 TCE n'admet pas les dérogations qui figurent parfois dans les directives.

Une autre notion ayant fait l'objet d'une interprétation extensive est celle de *travail*: l'ex-article 119 TCE mentionnait un "même travail", alors que la directive 75/117 précisait que le principe de l'égalité des rémunérations visait aussi "un travail auquel est attribué une valeur égale." Il n'est donc pas nécessaire que les travaux concernés soient identiques. Cependant dans l'affaire *Defrenne II*, la Cour semble avoir opté pour une approche plutôt restrictive. Faisant référence à la directive, basée en ce sens sur la Convention n° 100 de l'OIT, elle reprend explicitement la notion de valeur égale, mais quelques paragraphes plus loin, elle explique l'effet direct de l'article ainsi: "[...] dans les cas d'une rémunération inégale de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public."³³¹ Il ne faut pas considérer cette approche comme définissant précisément la notion de même travail: en effet, la Cour est en train de décrire les situations où l'effet direct de l'article 141 TCE s'applique. Il s'agit donc des cas de discriminations directes, identifiables à l'aide des critères d'identité de travail et de rémunération. La Cour a cependant répété cette approche dans l'affaire *Macarthys*:³³² il s'agissait alors de déterminer si la notion de même travail concernait aussi un même travail qui n'est pas effectué simultanément par un homme et une femme, mais consécutivement. La Cour a refusé l'exigence de simultanéité.

³³⁰ CJCE, 28 septembre 1994, *Beune*, aff. C-7/93, rec. 1994, p. I-4471

³³¹ *Beune*, § 40

³³² CJCE, 27 mars 1980, *Macarthys*, aff. 129/79, rec. 1980, p. 1275, §15

La Cour s'est aussi prononcée sur un cas particulier dans l'affaire *Murphy*.³³³ Il s'agissait de savoir si le principe de l'égalité de rémunération s'étendait aussi à la situation où une femme qui est moins bien payée accomplit un travail de valeur supérieur à celui de son collègue qui reçoit un salaire plus élevé. La Cour a admis cette possibilité comme découlant naturellement du principe de l'égalité de rémunération. Il faut cependant noter que dans cette affaire, l'évaluation de la valeur du travail a été opérée par un agent public spécialisé, sinon le juge n'aurait pu procéder uniquement à l'aide des critères posés dans l'article 141 TCE.³³⁴ Finalement, la Cour s'est prononcée récemment sur la notion de même travail, mais d'une manière que l'on peut considérer comme plutôt restrictive si l'on se place du point de vue des femmes: dans l'affaire *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*,³³⁵ la Cour a jugé que l'on ne se trouvait pas en présence d'un même travail lorsqu'une même activité est exercée sur une longue période par des travailleurs qui ont une habilitation différente pour exercer leur profession. Malgré le fait que la même activité soit exercée, le travailleur qui a plus de qualification devrait pouvoir recevoir un salaire plus élevé: sur le plan du principe de l'égalité formelle de traitement ce principe est tout à fait justifiable; cependant, en ce qui concerne la situation particulière des femmes, qui représentent toujours la majorité des travailleurs non qualifiés, on peut considérer que cela risque de leur causer un certain préjudice.

Une notion essentielle dans les développements sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est celle de *discrimination indirecte*. Le concept d'égalité de traitement est basé sur la méthode de la comparaison des situations: chaque situation semblable doit être traitée de manière semblable; des situations différentes ne doivent pas être traitées de manière semblables. Cependant, certaines situations discriminatoires ne peuvent être jugées à l'aide des seuls critères d'identité de travail et de rémunération. Mentionnée dans l'arrêt *Defrenne II*, la notion de

³³³ CJCE, 4 février 1988, *Murphy*, aff. 157/86, rec. 1988, p. 673

³³⁴ Arnall, A., (1999), *op. cit.*, p. 465

³³⁵ CJCE, 11 mai 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, aff. C-309/97, rec. 1999, p. I-2865

discrimination indirecte va évoluer pour être finalement reconnue et définie dans la directive sur la charge de la preuve de 1997.

La Cour développe un raisonnement en deux étapes: détection d'abord d'une éventuelle distinction, à partir des données qui sont fournies; à cet effet, il importe de déterminer, d'une part, s'il y a une différence de traitement entre deux groupes de travailleurs et, d'autre part, si cette différence affecte une nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes ou vice-versa. Deuxièmement, recherche d'éventuelles justifications objectives de la différence de traitement constatée.³³⁶ C'est avec l'affaire *Jenkins* que la Cour débute sa jurisprudence en matière de discrimination indirecte: dans cette affaire, un employeur payait les travailleurs à temps partiel à un salaire horaire moindre que les travailleurs à plein temps.³³⁷ La Cour a jugé que s'il s'avérait qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins effectue le nombre minimal d'heures de travail par semaine qui est requis pour pouvoir prétendre au salaire horaire à taux plein, l'inégalité de la rémunération serait contraire à l'article 141 TCE. Dans l'affaire *Bilka*, un grand magasin excluait l'affiliation des travailleurs à temps partiel du régime de pension complémentaire.³³⁸ La Cour a alors jugé: "L'article 119 du traité CEE est violé par une société de grands magasins qui exclut les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe."

Cependant une discrimination indirecte peut être justifiée par des facteurs objectifs. Pour que la mesure puisse être légitimée, il faut qu'elle soit motivée par des circonstances objectives indépendantes de considérations inhérentes au sexe, qu'elle corresponde à un véritable besoin de l'entreprise et qu'elle soit apte

³³⁶ Margellos, T. et Woflcarius, M., *op.cit.*, p. 126

³³⁷ CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80, rec. 1981, p. 911

³³⁸ CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, rec. 1986, p. 1607 (point 1 et 2, respectivement)

à atteindre l'objectif recherché.³³⁹ Des situations discriminatoires peuvent résulter de l'exigence de critères divers: les exigences de taille, de formation, d'horaire, de force musculaire sont autant d'exemples possibles. La Cour a analysé un certain nombre de critères pris en compte par une entreprise pour calculer la majoration des salaires dans l'affaire *Danfoss*:³⁴⁰ le critère de la flexibilité, qui peut consister en une discrimination à l'égard des femmes en raison de leurs tâches ménagères, peut toutefois être justifié si une telle adaptabilité revêt une importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur. Le critère de la formation professionnelle sera justifié si la formation revêt de l'importance pour l'exécution des tâches spécifiques qui sont confiées au travailleur. Le critère de l'ancienneté, compte tenu que les femmes sont entrées sur le marché du travail plus récemment que les hommes, et qu'elles s'interrompent pour raison de maternité, peut être défavorable pour les femmes. La Cour considère pourtant qu'il va de pair avec l'expérience, et que par conséquent l'employeur n'a pas à justifier cette utilisation. Dans l'affaire *Enderby*, la Cour a estimé qu'une discrimination indirecte pouvait être justifiée par la situation du marché de l'emploi, qui conduit un employeur à augmenter la rémunération d'un emploi particulier afin d'attirer des candidats.³⁴¹ Si la juridiction nationale est capable de déterminer quelle est la part de l'influence du marché, alors la discrimination peut être justifiée. On peut estimer qu'il s'agit d'une concession faite à la théorie économique libérale en défaveur de l'égalité de traitement: le marché prime sur l'égalité. Dans un autre sens, on peut considérer qu'une telle justification sera difficile à prouver.

S'il s'agit d'une discrimination qui a son origine dans une loi d'un Etat membre, la justification est aussi possible: dans ce cas, il incombe à l'Etat membre, en sa qualité d'auteur de la règle discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que le dit objectif est

³³⁹ *Jenkins et Bilka*, aff. précitées

³⁴⁰ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, rec. 1989, p. 3220

³⁴¹ CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, rec. 1993, p. I-5579

étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation de cet objectif.³⁴² Dans le domaine des directives, la Cour reconnaît aussi les discriminations indirectes ainsi que les justifications, selon les mêmes critères de légitimité de l'objectif, l'aptitude et la nécessité de la mesure. La Cour a refusé une justification basée de manière générale sur des considérations d'ordre budgétaire dans l'affaire *Jorgensen*,³⁴³ mais elle a reconnu que le contrôle des dépenses publiques consacrées aux soins médicaux spécialisés afin de garantir un accès à la population à ces soins, consistait en une justification possible, car beaucoup plus précise que la question de l'ordre budgétaire. Il faut cependant toujours que ces mesures répondent à un objectif légitime de politique sociale, qu'elles soient aptes à atteindre cet objectif et qu'elles soient nécessaires à cet effet.

De ces exemples, qui sont confirmés par beaucoup d'autres affaires, on peut constater que la détection d'une discrimination indirecte n'est pas chose aisée: jusqu'à présent, l'existence de discriminations indirectes a surtout été recherchée dans le domaine du travail à temps partiel.³⁴⁴ La directive 97/80 a finalement confirmé la jurisprudence dans sa définition de la discrimination indirecte en son article 2, paragraphe 2: "[...] une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés." C'est donc la consécration du développement de la jurisprudence dans ce domaine. Cependant, la méthode de justification possible des discriminations indirectes a attiré les critiques de certains auteurs qui déplorent que des considérations d'ordre économique puissent prendre le pas sur le principe de l'égalité de traitement.³⁴⁵

³⁴² CJCE, 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, aff. précitée

³⁴³ CJCE, 6 avril 2000, *B. Jorgensen*, aff. C-226/98 (Dir. 76/207/CEE)

³⁴⁴ Dans les affaires suivantes: *Rinner-Kühn*, *Bötel*, (précitées).

³⁴⁵ Arnulf, A., *op. cit.*, p. 488

La question de la *sécurité sociale* est réglée par deux directives dans le domaine communautaire: celle de 1979 qui concerne les régimes légaux et celle de 1986 qui concerne les régimes privés de pension; il faut encore rappeler les développements de la Cour, qui a considéré que certaines prestations fournies par des régimes de pension privés relevaient de la notion de rémunération, et donc de l'article 141 TCE. La Cour a relevé que le droit communautaire s'opposait à un certain nombre de dispositions législatives nationales en la matière: l'exclusion des femmes mariées du bénéfice des prestations d'invalidité;³⁴⁶ la subordination d'une pension à la condition, qui n'est pas requise pour les hommes, qu'une femme soit apte à s'acquitter des tâches domestiques.³⁴⁷ La Cour a cependant reconnu une large marge d'appréciation aux Etats, s'agissant de politique sociale qui est de leur compétence.

En 1996, un développement plutôt progressif de la Cour de justice a eu lieu sur la notion de *discrimination fondée sur le sexe*: la Cour a jugé que le licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle s'opposait à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE, et que par conséquent un tel acte consistait en une discrimination fondée sur le sexe. Le Royaume-Uni a objecté qu'il ne s'agissait pas là d'une discrimination fondée sur le sexe, une femme dans la même situation aurait été traitée de la même manière. La Cour rejette cet argument, affirmant que "le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, dont la Cour est tenue d'assurer le respect. Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée. En effet, de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé. Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle

³⁴⁶ CJCE, 24 juin 1986, *Drake*, aff. 150/85, rec. 1986, p. 1995

³⁴⁷ CJCE, 27 juin 1987, *B. Clarke*, aff. 385/85, rec. 1987, p. 2877

a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération."³⁴⁸

Dans cette affaire, la Cour étend donc le champ de la notion de discrimination fondée sur le sexe: non seulement une situation comparable où un homme et une femme sont traités différemment constitue une discrimination, mais aussi une situation où le sexe de l'intéressé est pris en compte comme motif de licenciement. Le transsexuel subit, selon la Cour un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel il était réputé appartenir avant son opération. Il s'agit d'un jugement plutôt courageux de la part de la Cour de justice, qui a démontré une plus grande attention à la situation des transsexuels que la Cour européenne des droits de l'homme dans ses derniers jugements, bien que la Convention européenne contienne des dispositions plus facilement adaptables à ce sujet.³⁴⁹ Cependant l'euphorie de ce jugement s'est vite dissipée avec l'arrêt *Grant*.³⁵⁰ Dans cette affaire, la Cour s'est prononcée sur le problème de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'employeur de madame Grant lui a refusé le bénéfice d'un abonnement de train pour son conjoint au motif que ces avantages n'étaient pas accordés aux conjoints de même sexe. La Cour s'est référée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à la position des Etats membres sur la question: elle conclut que dans aucun cas, il est reconnu que la cohabitation entre deux personnes du même sexe est une situation équivalente à celle d'un mariage entre deux personnes de sexe opposé ou d'une relation stable.³⁵¹ La Cour a donc rejeté la notion de discrimination dans cette affaire, jugeant qu'un homme dans la même situation aurait été traité de la même manière. La Cour a trouvé un certain

³⁴⁸ CJCE, 30 avril 1996, *P/S*, aff. C-13/94, rec. 1996, p. I-2134, §19-21

³⁴⁹ Arnulf, A., (1999), *op. cit.*, p. 484

³⁵⁰ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant*, aff. C-249/96, rec. 1998, p.I-621

³⁵¹ Bien que la Cour mentionne les conclusions du Comité des droits de l'homme (PIDCP) qui estime que la notion de "sexe" viserait aussi les préférences sexuelles: la Cour rejette cet avis en déclarant que ce comité n'est "d'ailleurs pas une instance juridictionnelle". (§43-46)

support dans le traité d'Amsterdam, qui, à travers l'article 13 TCE, confère la compétence au Conseil de légiférer notamment dans le domaine de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle: elle a peut-être eu cette approche plutôt restrictive dans la perspective de ne pas empiéter sur la compétence législative du Conseil, celle-ci étant expressément prévue. Il faut encore souligner que l'affaire *Grant* ne constituait pas un excellent exemple de discrimination pouvant conduire à un développement spectaculaire de la jurisprudence: le refus d'une concession de transport peut paraître bien dérisoire par rapport au licenciement de P. dans l'affaire P/S.³⁵²

L'interprétation restrictive des dérogations

Il s'agit principalement du champ des directives. Jusqu'au traité d'Amsterdam, l'ex-article 119 TCE ne permet aucune dérogation au principe de l'égalité de rémunération. Depuis ce traité, l'article 141 TCE prévoit, sous certaines conditions, la possibilité d'actions positives. S'agissant de dérogations à un principe fondamental, la Cour s'est attachée à interpréter ces dispositions de manière restrictive.³⁵³ Tout d'abord, en ce qui concerne la possibilité d'exclure certaines activités professionnelles du champ de la directive 76/207/CEE (article 2§2), la Cour a eu à juger une série d'actions en manquement engagées par la Commission dans les années quatre-vingt: la Cour a ainsi jugé que les Etats membres étaient tenus de relever de manière complète et sous une forme contrôlable les professions et activités exclues de l'application du principe de l'égalité de traitement, afin de permettre un contrôle efficace par la Commission de celles-ci, comme il est prévu à l'article 9 §2 de la directive.³⁵⁴ Aussi, les Etats membres doivent adopter une certaine transparence en la matière afin de permettre un contrôle utile tant par la Commission que par les personnes

³⁵² Arnall, A., *op. cit.*, p. 486

³⁵³ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, p.1651

³⁵⁴ CJCE, 21 mai 1985, *Commission/RFA*, aff. 248/83, rec. 1985, p. 1459

lésées.³⁵⁵ En ce qui concerne l'examen de ces activités, la Cour a jugé qu'il fallait les définir précisément: des dispositions nationales qui excluent de manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire sont contraires à la directive 76/207/CEE.³⁵⁶ Par contre, dans l'affaire *Sirdar*, la Cour a jugé que l'exclusion des femmes des unités combattantes spéciales comme les Royal Marines britanniques pouvait être justifiée en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause.³⁵⁷ "En effet, en faisant usage de la marge d'appréciation dont elles disposent quant à la possibilité de maintenir l'exclusion en cause compte tenu de l'évolution sociale, les autorités compétentes ont pu, sans méconnaître le principe de proportionnalité, considérer que les conditions spécifiques d'intervention de ces unités d'assaut, et en particulier la règle "d'interopérabilité" – c'est-à-dire de la nécessité pour tout Marine, quelle que soit sa spécialisation, d'être capable de combattre dans une unité commando –, justifiaient que leur composition demeurât exclusivement masculine."

La Cour a aussi jugé, en ce qui concerne l'accès à la profession de sage-femme au Royaume-Uni, que le fait de réserver une telle activité aux femmes répondait à des considérations de société, et que par conséquent, compte tenu de l'évolution sociale, il s'agissait d'une mesure justifiée.³⁵⁸ Mais dès que le contexte social évolue, il faudra reconsidérer la question. Il en va de même pour les emplois de surveillants dans l'administration pénitentiaire dans la mesure où les titulaires sont en contact journaliers avec les détenus.³⁵⁹ La Cour laisse donc une certaine marge d'appréciation aux Etats; cependant, il faut respecter le principe de proportionnalité, qui est un principe général de droit communautaire: ce principe exige que les

³⁵⁵ CJCE, 30 juin 1988, *Commission/France*, aff. 318/86, rec. 1988, p. 3559

³⁵⁶ CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil/RFA*, aff. C-285/98

³⁵⁷ CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, aff. C-273/97

³⁵⁸ CJCE, 8 novembre 1983, *Commission/Royaume Uni*, aff. 165/82, rec. 1983, p. 3431

³⁵⁹ CJCE, 30 juin 1988, *Commission/France*, aff. précitée

dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif recherché et de concilier, dans toute la mesure du possible, l'égalité de traitement des hommes et des femmes avec les exigences qui sont déterminantes pour l'exercice de l'activité spécifique qui est en cause.³⁶⁰ L'idée est de permettre progressivement l'accès à toutes les activités aux deux sexes indistinctement.

La directive 76/207 permet aussi des mesures visant à la protection de la femme, notamment en matière de grossesse et de maternité (article 2§3). C'est une question hautement controversée dans le domaine de l'égalité de traitement: comment assurer l'égalité des cas où les situations des hommes et des femmes ne sont pas comparables? La Cour, toujours selon le principe de construction étroite des exceptions à un principe, a jugé que tout ce qui n'avait pas un lien avec la maternité ou la grossesse n'était pas couvert par cette disposition de la directive. Ainsi, une protection des femmes qui va au-delà de la protection pendant la grossesse et la maternité ne peut être justifiée par l'article 2 §3 de la directive: notamment, si une convention collective prévoit des jours de congé supplémentaires par enfant, des aides pour enfants malades, etc. Une telle protection concerne la femme dans son rôle de parent, rôle qui est aussi assumé par le père, donc de tels avantages doivent être accordés aux parents de manière générale et non seulement aux femmes.³⁶¹

La Cour a évolué d'une position peu claire en ce qui concerne la comparabilité de la grossesse avec une maladie vers une position claire où la grossesse et la maternité sont absolument distinctes d'une maladie. La Cour a tout d'abord jugé qu'un refus d'engagement d'une femme enceinte, pour cause de grossesse et de non-couverture par l'assurance de l'entreprise constituait une discrimination directe fondée sur le sexe, car cela ne s'applique qu'aux femmes:³⁶² "Un refus d'engagement pour cause de grossesse ne peut être opposé qu'aux femmes et constitue dès lors une

³⁶⁰ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. précitée

³⁶¹ CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, aff. précitée

³⁶² CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88, rec. 1990, p. I-3941 (points 10 et 12)

discrimination directe fondée sur le sexe. Or, un refus d'engagement dû aux conséquences financières de l'absence pour cause de grossesse doit être regardé comme fondé sur le fait de la grossesse." Dans l'affaire *Herz*, la Cour a cependant jugé que le licenciement d'une femme pour cause d'absence prolongée due à une maladie qui trouve son origine dans la maternité ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe, si un homme est aussi licencié en raison d'une absence prolongée pour maladie. Donc, dès qu'une maladie, qui a son origine dans la grossesse, se prolonge au-delà du congé maternité, la Cour considère qu'il s'agit d'un état pathologique qui relève du régime général applicable aux cas de maladie. Selon cette jurisprudence, confirmée par l'affaire *Larsson*,³⁶³ la protection des femmes enceintes sous la directive de 1976 ne dure que jusqu'à l'expiration du congé maternité.

La Cour a quelque peu modifié cette jurisprudence récemment, dans l'affaire *Brown/Rentokil*: d'une part, les absences d'une femme enceinte en raison de sa grossesse font partie intégrante des risques liés à la grossesse, et que par conséquent un licenciement justifié par ces absences répétées consiste en une discrimination directe basée sur le sexe.³⁶⁴ D'autre part, en ce qui concerne le licenciement d'une femme enceinte en raison de sa grossesse uniquement, la Cour a considéré qu'il fallait prendre en compte la durée du contrat qui liait la femme à l'entreprise. Dans l'affaire *Habermann-Beltermann*, une gardienne de nuit dans un home pour personnes âgées avait été licenciée au motif que, selon la loi allemande, les femmes enceintes n'ont pas le droit de travailler la nuit: la loi est tout à fait légale au regard de l'article 2 §3 de la directive 76/217, cependant, le licenciement ne peut être justifié au motif que la femme en question ne peut accomplir sa tâche durant une période limitée alors que son contrat est à durée indéterminée.³⁶⁵ La Cour va confirmer cette approche dans l'affaire

³⁶³ CJCE, 29 mai 1997, *Larsson*, aff. C-400/95, rec. 1997, p. I-2757 (motif 24)

³⁶⁴ CJCE, 30 juin 1998, *Brown/Rentokil*, aff. C-394/96, rec. 1998, p. I-4185

³⁶⁵ CJCE, 5 mai 1994, *Habermann-Beltermann*, aff. C-421/92, rec. 1994, p. I-1668

Webb/Air Cargo, où une femme engagée pour remplacer une autre pendant son congé maternité s'aperçoit qu'elle est elle-même enceinte et qu'elle sera absente durant la même période: ici encore, la Cour a insisté sur la durée limitée de l'absence par rapport au contrat à durée illimitée qui liait la femme et l'entreprise.³⁶⁶ Il semblerait cependant, au vu de cette insistance, qu'une femme enceinte liée par un contrat à durée déterminée qui ne pourrait accomplir sa tâche pendant une grande partie de ce contrat pour cause de grossesse, pourrait être licenciée. La Cour semble donc juger en mettant en balance les intérêts des femmes enceintes et ceux des entreprises.

Les *actions positives*: il s'agit d'un sujet plutôt controversé -- comment utiliser des critères discriminatoires dans un domaine qui vise à combattre les discriminations? Il n'existe pas de définition générale des actions positives en droit communautaire, du moins jusqu'à l'adoption du traité d'Amsterdam, qui introduit finalement cette possibilité. C'est l'avocat général Tesauo qui a analysé la notion d'action positive dans ses conclusions sur l'affaire *Kalanke*: " Les actions positives ont pour origine l'exigence d'éliminer les obstacles de fait qui pèsent sur certaines catégories déterminées ou certains groupes déterminés de personnes, qui sont donc désavantagés dans le domaine de l'emploi. Il s'agit de l'un des instruments utilisés pour réaliser l'égalité des chances des groupes minoritaires ou autres groupes désavantagés: la méthode consiste, en règle générale, à accorder un traitement préférentiel à ces groupes."³⁶⁷

La Cour de justice a abordé les actions positives d'une manière plutôt restrictive, selon son interprétation habituelle des dérogations à un principe fondamental. Dans l'affaire *Kalanke*, elle fait une distinction entre l'égalité des points de départ (égalité des chances) et l'égalité des résultats:³⁶⁸ "[...] un tel système [...] substitue à la

³⁶⁶ CJCE, 14 juillet 1994, *Webb/EMO Air Cargo*, aff. G-32/93, rec. 1994, p. I-3578

³⁶⁷ Conclusions de l'A.G. Tesauo du 6 avril 1995 dans l'affaire *Kalanke* (pt 8)

³⁶⁸ CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93, rec. 1995, p. I-3069 (§24 et §23 respectivement)

promotion de l'égalité des chances, envisagée à l'article 2§4, le résultat auquel seule la mise en œuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir." D'après cette affaire, les actions positives doivent donc uniquement viser l'égalité des chances, sans tenter d'en forcer le résultat. Cependant, la Cour va quelque peu clarifier la situation avec l'arrêt *Marschall*: si la législation nationale en cause comporte une clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité au cas où des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur, elle est compatible avec le principe de l'égalité de traitement et l'article 2§4 de la directive de 1976 : " Contrairement à la réglementation en cause dans l'arrêt *Kalanke*, une réglementation nationale qui, comme en l'espèce au principal, comporte une clause d'ouverture (*Offnungsklausel*) ne dépasse pas ces limites si, dans chaque cas individuel, elle garantit aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin. Il convient toutefois de rappeler que de tel critères ne sauraient être discriminatoires envers les candidats féminins. "³⁶⁹ Ainsi, une telle législation est autorisée pour autant qu'elle respecte le critère de la clause d'ouverture. Il appartient aux juridictions nationales de déterminer si ces conditions sont remplies: une fois encore, il y a un risque de manque d'uniformité dans les jugements au niveau national.

Récemment, la Cour a confirmé cette approche dans l'arrêt *Abrahamsson*: cette affaire est quelque peu différente de *Kalanke* dans le sens où elle concerne la promotion non pas d'une femme ayant les qualités équivalentes au candidat masculin, mais ayant des qualités suffisantes pour l'emploi. La Cour a jugé qu'une telle législation est discriminatoire car elle ne prend pas en considération objectivement la situation du candidat masculin, et accorde

³⁶⁹ CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall*, aff. C-409/95, rec. 1997, p. I-6363, § 33

automatiquement la priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté, dès que ceux-ci sont suffisamment qualifiés. Cet arrêt confirme aussi la possibilité de tenir compte de critères, qui bien que formulés dans des termes neutres quant au sexe, favorisent en général les femmes, pour autant que l'application se fasse de manière transparente et contrôlée: "de tels critères visent manifestement à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 141 §4 CE des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté."³⁷⁰

Le développement d'une protection juridictionnelle efficace

L'article 141 TCE produit un effet direct en ce qui concerne les discriminations directes fondées sur le sexe, et parfois même pour le cas de discriminations indirectes. Certaines dispositions des directives sont aussi d'effet direct. Les particuliers lésés ont donc la possibilité de porter de telles affaires devant une juridiction nationale et de se faire appliquer le droit communautaire correspondant. Certaines directives, telles celles de 1976 et 1978, obligent aussi les Etats à adopter les mesures nécessaires à une protection juridictionnelle efficace (bien que le recours préalable à d'autres instances soit autorisé). Cependant, il n'y a pas d'indications sur les sanctions dans les directives: les Etats membres bénéficient-ils alors d'un libre choix?

La Cour a eu à se prononcer sur ce problème des sanctions dans le cadre de la directive 76/217/CEE dans l'affaire *Von Colson*:³⁷¹ elle a alors affirmé qu'une égalité des chances effectives ne peut être réalisée en dehors d'un système de sanctions approprié. La question soulevée par la juridiction allemande portait sur l'éventuelle obligation d'engagement de la personne à l'encontre de

³⁷⁰ CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson*, aff. C-407/98, § 48

³⁷¹ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, rec. 1984, p. 1891

laquelle une discrimination avait eu lieu. La Cour a conclu que la directive n'imposait pas une sanction déterminée, mais laissait aux Etats membres la liberté de choisir parmi les différentes solutions propres à réaliser son objectif. Par conséquent, l'employeur n'est pas tenu de conclure un contrat de travail. La Cour a cependant développé certains critères que la sanction doit remplir: elle doit être de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace; elle doit avoir un effet dissuasif réel à l'égard de l'employeur ; et elle doit être adéquate au préjudice subi.³⁷² La Cour rappelle aussi que la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive (principe d'interprétation conforme).³⁷³ La législation allemande qui limitait les droits à réparation dans les affaires de discrimination fondée sur le sexe au remboursement des frais occasionnés par la candidature n'est donc pas conforme à la directive : elle n'est pas adéquate au préjudice subi (principe de proportionnalité), et n'a aucun effet dissuasif à l'égard de l'auteur de la violation (principe d'efficacité). La Cour adoptera un autre critère dans l'affaire *Commission/Grèce*: la sanction doit être au moins analogue à celles applicables aux violations de droit national de nature et d'importance similaire (principe de non discrimination).³⁷⁴

L'affaire *Marshall* (1993) a permis à la Cour de préciser davantage les limites du choix des sanctions traditionnellement accordé par les directives communautaires aux Etats membres, en fixant des critères minimaux permettant d'éviter que l'obligation d'indemniser puisse être soumise à des restrictions telles qu'elle soit privée de tout effet:³⁷⁵ la réparation financière doit permettre de réparer intégralement le préjudice subi; elle doit comprendre l'octroi d'intérêts moratoires; et la fixation d'une limite financière n'est pas autorisée, car elle limite *a priori* le montant du

³⁷² *Idem*, §23

³⁷³ Voir aussi: CJCE, 10 février 2000, *L. Sivers et B. Schrage*, aff. Jtes C-270/97 et C-271/97

³⁷⁴ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission/Grèce*, aff. 68/88, rec. 1989, p. 2965

³⁷⁵ CJCE, 2 août 1993, *Helen Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area health Authority*, aff. C-271/97, rec. 1993, p. I-4367

dédommagement à un niveau qui peut ne pas être adéquat au préjudice subi.

En établissant ces critères, la Cour impose un minimum d'uniformité dans les effets du droit communautaire: il s'agit bien de l'élaboration d'une jurisprudence de troisième génération. En fournissant un minimum standard de sanctions et de recours aux particuliers, la Cour dessert la but d'une protection juridictionnelle effective du particulier. Cependant, la jurisprudence de la Cour en la matière semble manquer de constance: tout en développant des solutions de troisième génération, elle applique aussi des solutions de deuxième génération dans les domaines liés à la sécurité sociale ou à l'égalité de rémunération en ce qui concerne la rétroactivité des plaintes. Dans l'affaire *Johnson II*, la Cour a reconnu la légalité d'une règle nationale qui limitait les recours aux plaintes déposées douze mois avant la directive.³⁷⁶ Ceci est regrettable dans la mesure où les solutions de troisième génération semblent particulièrement adéquates pour promouvoir le principe de l'égalité de traitement, tandis que celle de deuxième génération peuvent empêcher une réparation adéquate, se basant sur des procédures nationales qui peuvent imposer des limites.

Un autre aspect essentiel dans la protection juridictionnelle des particuliers est le développement consacré à la charge de la preuve. Selon la maxime de droit commun *actor incumbit probatio*, la charge de la preuve incombe à celui qui se prétend victime d'une discrimination. Cela risque cependant de priver les victimes d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité de rémunération. Afin de remédier à un tel problème, la Cour a renversé la charge de la preuve dans un certain nombre de situations: lors de l'absence totale de transparence du système de rémunération par l'employeur;³⁷⁷ ou lors d'une justification à une discrimination indirecte.³⁷⁸ Cette évolution a sans doute joué un rôle important dans l'adoption par le Conseil de la directive sur la charge de la preuve en 1997.

³⁷⁶ CJCE, *Johnson II*, aff. C-410/92, rec. 1994, p. I-5483

³⁷⁷ CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. précitée

³⁷⁸ CJCE, *Bilka*, aff. précitée

Conclusions sur le développement et l'état actuel du principe de l'égalité de traitement en droit communautaire

Le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, considéré par certains à l'origine comme une disposition programmatique, est devenu une réalité. A l'aide de directives, de programmes d'action, de révision du traité CE et de développements jurisprudentiels, il a été développé au-delà de l'égalité des rémunérations prévue à l'origine. Il s'agit là d'un développement remarquable, compte tenu des limitations inhérentes au processus de décision de la Communauté et étant donné l'opposition de certains Etats membres à une législation qui est perçue comme une entrave à la gestion de leurs affaires et qui impose un coût aux employeurs et à l'Etat lui-même. En effet, la procédure de décision en la matière a longtemps reposé sur les articles 94 TCE et 308 TCE qui requièrent l'unanimité. L'Acte unique européen, d'une part a introduit un article 95 TCE (ex-100A) permettant la prise de décision à la majorité qualifiée pour la réalisation des objectifs du marché intérieur, mais les dispositions relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés ont été exclues. D'autre part, il a introduit un article 137 TCE (ex-118A), selon lequel les Etats membres s'engagent à encourager l'amélioration des conditions de travail des travailleurs dans le domaine de la santé et de la sécurité, ce qui reste extrêmement limité. Les modifications apportées par le traité d'Amsterdam dans ce domaine sont en partie encourageantes: en partie cependant, car la procédure de codécision qui est instaurée par l'article 141§3 TCE exclut le domaine de la sécurité sociale, champ qui reste encore très largement discriminatoire. L'insertion cependant de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'article 137 TCE permet au Conseil d'adopter des directives imposant des prescriptions minimales applicables progressivement. Finalement, l'article 13 TCE requiert l'unanimité pour que le Conseil puisse prendre des mesures nécessaires pour combattre les discriminations fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle. Le Traité d'Amsterdam promet

donc un nouvel élan pour le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Il semble par contre, au vu des récents développements jurisprudentiels, que c'est la Cour de justice qui est à la traîne des développements dans ce domaine: elle a, de plus en plus, choisi d'interpréter les dispositions communautaires de façon restrictive ou inconsistante par rapport à ses décisions précédentes, notamment en matière de justifications aux discriminations indirectes dans le domaine de la sécurité sociale. Ces développements risquent d'avoir pour effet de diminuer la réalité de l'égalité de traitement.

Ces récents développements ne doivent cependant pas masquer le rôle essentiel que la Cour de justice a joué dans le développement de ce principe: d'une part, en proclamant l'effet direct de l'ex-article 119 TCE et de certaines dispositions des directives, et en définissant des critères pour les sanctions, elle a permis une protection juridictionnelle réelle du droit à l'égalité de traitement. D'autre part, à travers son interprétation extensive du concept de rémunération, elle a renforcé la capacité des dispositions communautaires à promouvoir une égalité substantielle. Elle a ainsi servi de contrepoids lorsque l'enthousiasme des Etats membres pour le principe s'est éteint au début des années quatre-vingt. De plus, elle a dû faire face à une tâche particulièrement importante et difficile face au manque de précisions de certaines dispositions et des délais dus aux tergiversations des Etats (notamment en ce qui concerne le champ de la sécurité sociale): elle a ainsi dû déterminer le champ des exceptions et des notions imprécises.

Il faut aussi mettre en évidence les interactions entre la jurisprudence et le développement législatif de l'évolution du principe d'égalité: le législateur et la CJCE n'ont pas agi chacun de leur côté, sourds aux développements de l'autre. Au contraire, le législateur communautaire a pris soin de confirmer certains développements jurisprudentiels, et la Cour a suivi lorsque celui-ci a pris certaines initiatives (même si, dans le cas *Barber*, on peut qualifier cette initiative de malheureuse).³⁷⁹ On peut citer par exemple la directive 96/97 qui remplace celle de 1986 (86/378) en

³⁷⁹ Notamment : CJCE, 13 juillet 2000, *Defreyne/Sabena*, aff. C-166/99

intégrant les développements jurisprudentiels ou la directive sur la charge de la preuve. Il faut relever le rôle de la CJCE dans cette interaction : dans l'arrêt *Defrenne II*, la Cour a précisé les bases juridiques sur lesquelles des actes communautaires en la matière peuvent être adoptés: "[...] en l'absence de toute référence expresse, par l'article 119, aux fonctions à exercer éventuellement par la Communauté en vue de la mise en œuvre de la politique sociale, il convient de se référer au système général du traité et aux moyens qu'il a institués, tels que prévus par les articles 100, 155 et, la cas échéant, 235." Une telle précision n'est pas nécessaire pour la réponse à la juridiction nationale; elle peut cependant encourager un développement ultérieur de la législation communautaire, la question de la base juridique étant clarifiée.

Le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en droit communautaire souffre cependant de plusieurs faiblesses. Les principales critiques qui lui sont adressées concernent le concept même d'égalité de traitement, la soumission de ce principe à l'ordre économique et le manque de prise en considération des différences réelles qui existent toujours dans les rôles des femmes et des hommes (enfants, ménage).³⁸⁰ Le concept même d'égalité de traitement est critiqué pour diverses raisons: premièrement, il est basé sur une norme masculine. L'égalité dans ce sens signifie que la femme doit avoir le droit de faire tout ce que l'homme peut faire. Deuxièmement, il repose sur la méthode de la comparabilité des situations: or, les hommes et les femmes ont besoin de droits différents dans certaines circonstances (la maternité, par exemple). Finalement, il est basé sur une assumption de neutralité: une telle neutralité, selon les féministes, ne peut remédier au problème de l'égalité concrète, mais uniquement atteindre l'objectif de l'égalité formelle.

La critique sur la soumission de ce concept à l'ordre économique est adressée principalement par Fenwick et Hervey:³⁸¹ le droit communautaire opère une mise en balance entre les intérêts

³⁸⁰ Arnall, A., *op. cit.*, p. 472

³⁸¹ Fenwick, H. and Hervey, T., "Sex equality in the single market: new directions for the European Court of Justice", *CML Rev.*, vol 32, 1995, pp. 443-470

économiques et les intérêts individuels, faisant primer les premiers. Il faut certes constater à ce propos, que si les effets dans le temps des arrêts *Defrenne* et *Barber* ont été limités, c'était non seulement en raison du principe de sécurité juridique, mais aussi en raison de l'impact financier que ceux-ci auraient provoqué. L'affaire *Enderby* semble confirmer cette approche, la CJCE ayant reconnu dans cet arrêt que l'état du marché de l'emploi pour une activité donnée peut justifier une discrimination dans la rémunération, lorsqu'il s'agit d'attirer des candidats.³⁸² D'autre part, il a été constaté des situations de régression (*levelling down*) dans les bénéfices accordés au groupe dominant afin d'appliquer le principe d'égalité de traitement. Pourtant, selon l'arrêt *Defrenne II*, le nivellement par le bas des avantages octroyés aux deux sexes en raison de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement semble exclu;³⁸³ il est en fait affirmé qu'aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, l'ex-article 119 TCE impose l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient la catégorie favorisée.³⁸⁴ Malgré cela, dans l'affaire *Coloroll* qui a trait aux schémas de pension, la Cour a jugé qu'une fois que des mesures ont été prises pour éliminer les situations discriminatoires, l'article 141 TCE n'empêchait pas une réduction des avantages dont bénéficiait la classe précédemment favorisée.³⁸⁵ La critique majeure concerne le champ limité que le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes couvre: seules les situations ayant un lien avec l'emploi sont prises en compte, alors que des discriminations dans d'autres domaines continuent et peuvent même avoir un impact sur l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi. Cela souligne aussi les limites de la législation communautaire dans le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes,

³⁸² CJCE, *Enderby*, aff. précitée.

³⁸³ CJCE, *Defrenne II*, aff. précitée

³⁸⁴ Voir aussi: CJCE, 17 avril 1997, *DEI*, aff. C-147/95, rec. 1997, p. I-2057

³⁸⁵ CJCE, 28 septembre 1994, *Coloroll*, aff. C-200/91, rec. 1994, p. I-4389, §33

qui ont été exposées dès 1988 par Sonia Mazey:³⁸⁶ elle constate que les mesures prises n'ont pas eu d'impact effectif sur le marché du travail où la discrimination persiste - les femmes sont toujours moins payées que les hommes en moyenne (20 % actuellement).

Il faut aussi mentionner les aspects positifs essentiels pour les particuliers: premièrement ils sont titulaires de ce droit à l'égalité de traitement. Deuxièmement, ce développement a permis d'éliminer certaines situations discriminatoires et ce processus continue. Troisièmement, il a contribué à la prise de conscience du problème de l'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes. Quatrièmement, il s'est attaqué à des formes subtiles de discrimination (indirectes par exemple). Et finalement, l'effet qui me semble le plus important: ce développement a eu un impact positif sur certaines législations nationales, qui étaient loin d'être idéales en la matière (notamment en Irlande et au Royaume-Uni). Les particuliers, et pas uniquement les femmes, ont donc profité d'un développement accru de leurs droits dans ce domaine par le biais du droit communautaire.

Le rôle des particuliers dans cette évolution

Nous avons vu que la jurisprudence de la Cour a joué un certain rôle dans le développement du droit à l'égalité de traitement. Cependant, il est intéressant d'étudier quel est le rôle joué par les particuliers dans ce développement. Deux voies principales vont être explorées: le rôle des particuliers dans l'élaboration de la jurisprudence de la Cour et le rôle des particuliers dans le développement normatif.

³⁸⁶ Mazey, S., "European Community Action on Behalf of Women: the Limits of Legislation", *Journal of Common Market Studies*, vol. XXVII, no 1, September 1988, pp. 65

Le développement de la jurisprudence

Le rôle joué par les particuliers dans la jurisprudence est mis en avant par les théories legalistes et néo-fonctionnalistes: la première considère les particuliers comme les simples fournisseurs de matière première (les affaires) tandis que la seconde estime que les particuliers instrumentent la Cour de justice afin de parvenir à leurs fins. En ce qui concerne l'égalité de traitement plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, il est certain que les particuliers ont joué le rôle de "producteurs" en fournissant un grand nombre d'affaires à la Cour de justice. Sur ce point, il faut tout de même préciser que ce sont les juridictions nationales qui ont la capacité de transmettre des demandes préjudicielles à la Cour et que les particuliers ne peuvent que tenter de guider la juridiction nationale dans cette voie, mais non l'obliger. Cependant, on ne peut considérer le rôle des particuliers comme s'arrêtant à cet aspect de producteur. Il faut tout d'abord démystifier le masque que cache une affaire portée devant une juridiction nationale dans certains cas: loin d'être l'initiative d'une femme discriminée seule, il s'agit de celle d'un groupe de soutien ou de défense des intérêts de la femme. L'exemple le plus connu est celui de Madame Defrenne: utilisée comme *frontwoman* dans les trois affaires qui portent son nom, elle a accepté de prêter son nom et son histoire en échange de ne pas avoir à participer activement à l'affaire et d'une somme de 160£. L'histoire mérite d'être décrite en détail afin de comprendre quels ont été les éléments nécessaires à la réussite de la stratégie.

La saga Defrenne débute avec la parution d'un article d'Eliane Vogel-Polsky à propos d'un éventuel effet direct de l'ex-article 119 TCE.³⁸⁷ Elle argumente en faveur de l'effet direct, décrivant que les conditions nécessaires posées dans le raisonnement de la Cour à propos de l'effet direct de l'article 90 TCE (taxes discriminatoires sur les biens) sont remplies: il s'agit bien d'une obligation à charge des Etats membres, mais qui est suffisamment précise et

³⁸⁷ Vogel-Polsky, E. "L'article 119 du traité de Rome peut-il être considéré comme d'effet direct?", *Journal des tribunaux*, Bruxelles, 15 avril 1967.

inconditionnelle et qui pose, de plus, un délai à respecter. Elle conclut que, nonobstant le fait que l'article 90 TCE affecte un aspect majeur de l'intégration économique, c'est grâce à l'implication de particuliers qui ont cherché à défendre leurs droits par des moyens judiciaires que le respect de ce droit a été atteint. Pourquoi les femmes ne feraient-elles pas de même? Afin de tester son hypothèse, Mme Vogel contacte différents syndicats pour trouver une affaire à porter devant la justice: cependant, les syndicats refusent de collaborer à une telle initiative, de peur de remettre en cause les accords difficilement négociés.³⁸⁸ Finalement, elle sera contactée par l'association belge des membres d'équipage qui a reçu une plainte de Gabrielle Defrenne, une hôtesse de l'air employée par Sabena depuis 1951, au sujet de son licenciement à l'âge de 40 ans avec une pension bien inférieure à celle de ses collègues masculins. La saga commence devant le tribunal du travail le 13 mars 1968 où E. Vogel-Polsky dépose une triple plainte: plainte pour perte de gains due au barème discriminatoire avant 1966, pour réduction de salaire, et pour réduction de pension due à la différence d'âge de retraite pour les femmes (forcées de se retirer à 40 ans, contrairement aux stewards). Cette triple plainte sera rejetée le 17 décembre 1970. Il est alors fait appel aux Prud'hommes. Au vu de la durée de la procédure (4 ans), les avocates lancent parallèlement une nouvelle affaire contre l'Etat belge: celui-ci a adopté des schémas de retraite spéciaux en 1969 concernant le personnel du secteur de l'aviation, qui contiennent des clauses spéciales pour les hôtesses de l'air, ce que les avocates considèrent comme discriminatoire et contraire à l'ex-article 119 TCE.³⁸⁹ Cette affaire est portée directement devant le Conseil d'Etat qui décide de saisir la Cour de justice des Communautés d'une demande en interprétation en décembre 1970.³⁹⁰ La juridiction belge

³⁸⁸ Harlow and Rawling, *op. cit.*, p. 283

³⁸⁹ Hoskyns, C., *op. cit.*, p. 71

³⁹⁰ La première affaire Defrenne au niveau communautaire est en réalité la seconde initiative Defrenne au niveau national; pour des raisons de clarté, il est fait référence à Defrenne I pour la première affaire qui a atteint le niveau communautaire (1971), Defrenne II pour la seconde (1976), etc.

demande quel est le champ couvert par l'article et non la question de l'effet direct, qui semble implicite en droit belge: est-ce que l'ex-article 119 TCE couvre aussi un plan de retraite qui fait partie du système général de sécurité sociale et est établi par une loi nationale? La Commission ne soutient pas l'argumentation des avocates, mais le gouvernement belge, qui estime qu'il faut faire une distinction nette entre rémunération et sécurité sociale. La Cour suivra cette conclusion dans son jugement. Il faut toutefois souligner que l'avocat général a émis l'hypothèse d'un éventuel effet direct de l'ex-article 119 TCE dans ses conclusions à l'intention de la Cour: c'est le début de l'idée qui fait son chemin. Selon Harlow et Rawlings, *Defrenne I* (1971) a servi de système d'alarme pour les mouvements féministes qui se sont rendus compte de la base étroite de la disposition communautaire et les a encouragé à engager des actions afin de faire pression pour une extension de la législation communautaire dans ce domaine.³⁹¹ Il faut cependant nuancer ce propos: d'une part, l'affaire a été très peu médiatisée et peu de personnes en ont eu connaissance, même au sein des mouvements féministes; d'autre part, la Communauté européenne restait une "terra incognita" pour la grande majorité des individus.

L'affaire *Defrenne II* arrive finalement devant la Cour de justice en 1976. Entre-temps, deux directives ont été adoptées par le Conseil dans le domaine de l'égalité de traitement et de rémunération, et deux affaires impliquant des femmes travaillant pour la Communauté sont parvenues devant la Cour de justice (qui a décidé en leur faveur). Cette affaire va permettre aux juges de finir le travail de développement qu'ils avaient commencé dans la première affaire: de fait, cinq d'entre eux ont déjà participé à la première affaire. *Defrenne II*, nous l'avons vu dans la partie concernant la jurisprudence, a consacré l'effet direct de l'ex-article 119 TCE, même s'il en a limité l'effet dans le temps (*ex nunc*): ceci est un élément crucial pour les mouvements féministes, car c'est ce qui leur a permis de faire respecter le droit à l'égalité de rémunération au sein du cadre judiciaire national, beaucoup plus

³⁹¹ Harlow and Rawling, *op. cit.*, p. 283

familier. Bien que deux des trois affaires aient partiellement échoué, la saga Defrenne dans son ensemble est considérée comme un succès: la décennie qui a suivi a vu l'affluence d'un grand nombre d'affaires devant les juridictions nationales, qui ont transmis des demandes préjudicielles à la Cour de justice.³⁹² La publicité faite aux affaires Defrenne n'est certainement pas étrangère à ce phénomène. Toujours est-il qu'il faut considérer ces affaires comme ayant permis la survie de l'égalité de traitement et de la politique sociale de la Communauté durant les années difficiles qui vont suivre. D'un point de vue individuel cependant, tout ce que Madame Defrenne a pu obtenir des jugements est la somme de 12716 Francs belges, qui lui a été finalement accordée par la juridiction nationale: il s'agit d'une somme plutôt dérisoire après tant d'efforts de ses avocates. On peut donc considérer qu'une telle action est plutôt difficile à engager sans support, et que finalement, dans la saga Defrenne, les réelles bénéficiaires sont toutes les femmes ayant subi une discrimination en matière de rémunération: elles peuvent porter leur cas devant leur juridiction nationale pour se faire appliquer le droit communautaire.

D'autres acteurs vont s'intéresser à cette stratégie pour atteindre le but de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Parmi ceux-ci, l'Equal Commission of Opportunities (EOC) mérite l'attention. La stratégie de l'EOC diffère quelque peu de celle suivie par Defrenne: il ne s'agit pas seulement de développer le droit communautaire, comme l'affaire *Defrenne I* a tenté de le faire en assimilant les pensions de retraite aux rémunérations, mais aussi d'en faire respecter l'application par l'Etat concerné, en l'occurrence le Royaume-Uni. Il faut tout d'abord préciser ce qu'est l'EOC. Il s'agit d'une agence non gouvernementale semi-autonome créée par le Sex Discrimination Act de 1975: bien que constitutionnellement distincte du gouvernement, elle est financée par une aide du département de l'éducation et de l'emploi;³⁹³ elle a donc un statut semi-officiel. Cette agence est chargée de

³⁹² *Ibidem*, p. 284

³⁹³ Barnard, C., "A European Litigation Strategy", *New Legal Dynamics of European Union*, ed. by J. Shaw and G. More, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 255

promouvoir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, de contrôler le fonctionnement de l'Equal Pay Act de 1970 et du Sex Discrimination Act de 1975 et de proposer d'éventuels amendements. Le Sex Discrimination Act l'autorise à fournir une aide aux requérants, que ce soit en matière de conseil, d'avocats et même financière, pour autant que l'affaire concernée soulève une question de principe, une question complexe ou une clarification nécessaire de la loi.³⁹⁴ Constatant en 1979 que l'impact initial de la législation britannique en matière d'égalité de traitement tend à se dissiper, et que le nombre de requêtes pour assistance financière augmente graduellement, l'EOC décide d'allouer plus de crédits pour le support d'affaires individuelles afin d'être plus visible sur la scène nationale. Le droit communautaire semble être une voie attractive dans le sens où le droit britannique en la matière tend à régresser et ne permet plus de développement: encouragée par les affaires *Defrenne*, l'EOC se lance dès 1979 dans le jeu communautaire. Aidée de sa collègue d'Irlande du Nord, elle est à l'origine de plus de quinze affaires qui se sont retrouvées devant la CJCE, notamment les deux affaires *Marshall* (1986 et 1993), *Johnston*, *Barber*, *Enderby*, *Macarthys*, *Jenkins*, *Garland*, *Burton*, *Worringham*, *Roberts*, etc.³⁹⁵

Après ses premières affaires et face à une avalanche de demandes d'aide, l'EOC a mis en place une stratégie contentieuse afin de tirer un profit maximum des affaires présentées: dans un premier temps, les affaires sont triées par des avocats spécialisés qui déterminent quels sont les potentiels de chaque affaire et quels résultats peuvent être atteints; puis, la commission se concentre sur un champ particulier, tel notamment le domaine des retraites. Les affaires qui ne servent pas au niveau communautaire sont utilisées au niveau national afin de tirer parti des résultats obtenus de la Cour de justice des Communautés. Dès 1990, le département juridique de cette agence a annoncé un léger changement dans sa stratégie: d'une part, il poursuivrait la stratégie contentieuse en visant le

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 256

³⁹⁵ Il s'agit d'environ un tiers des affaires concernant l'article 141 et les directives (à l'exception des affaires concernant la directive 79/7/CEE)

niveau communautaire; et d'autre part, il souhaitait mettre plus en avant l'intérêt public général, en utilisant le droit communautaire pour défier le droit national en la matière.³⁹⁶ Trois avantages sont à relever de ce dernier aspect: premièrement, seuls les points de droit importants et précis, et non plus les faits, sont mis en question, ce qui clarifie les questions; deuxièmement, c'est un autre tribunal qui est chargé de juger (Queen's Bench Division au lieu d'un Industrial Tribunal); et troisièmement, il n'est plus nécessaire de faire appel à des individus qui doivent se dresser face à leur employeur. Ce dernier point est intéressant, car ce n'est plus le particulier qui sera à l'origine du contrôle de la bonne application du droit communautaire en droit interne, mais l'agence uniquement, qui y trouve aussi l'avantage de ne pas avoir à dépendre du comportement du particulier (par exemple, en cas de retrait). Finalement, une telle action pourrait bénéficier à plus de 5 millions de femmes, plutôt que quelques groupes. Cette nouvelle stratégie s'effectue sans l'aide des particuliers, cependant elle n'est que complémentaire de la stratégie classique et ne tend donc pas à la remplacer. Quant à l'intérêt pour le niveau communautaire, il est limité: certes, cette stratégie va permettre un meilleur contrôle de la conformité des actes britanniques avec le droit communautaire, cependant une telle action n'est pas possible dans tous les Etats membres. En effet, les systèmes juridiques nationaux sont très différents dans leur manière d'intégrer l'intérêt public: une agence comme l'EOC n'aurait pas forcément la qualité de justiciable dans les autres Etats. Il s'agit donc d'une solution intéressante, mais pas universelle.

D'autres groupes, de moindre importance, ont tenté de s'engager dans cette voie: aux Pays-Bas, un groupe féministe est à l'origine de quelques affaires en matière d'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale; en Allemagne, l'avocat Klaus Bertelsmann est à l'origine des affaires *Harz*, *Hoffmann*, *Kowalska* et *Nimz*. Après avoir vu l'influence de la jurisprudence dans le développement du principe de l'égalité de traitement en droit communautaire, il faut donc reconnaître que ces différents groupes,

³⁹⁶ Barnard, C., *op. cit.*, p. 265

agences et individus ont été d'une certaine importance dans ce développement. Cela nous permet aussi de constater que ce n'est que très rarement qu'un individu, seul, peut parvenir jusqu'au point où son affaire est portée devant la CJCE; sans compter qu'il faut que l'affaire soit intéressante pour le développement du droit communautaire, ce qui est difficilement appréciable par un non-spécialiste. On peut donc conclure que dans ce domaine, si un développement jurisprudentiel a eu lieu, c'est grâce au soutien d'avocats actifs (Vogel-Polsky, Bertelsmann et les membres des départements juridiques de certaines organisations) et d'agences spécialisées bénéficiant de l'information et des ressources humaines et financières nécessaires. On est loin du simple schéma proposé par la théorie légaliste qui prévoit que les particuliers règlent "naturellement" leur conflit en le soumettant à une juridiction qui va tout aussi naturellement soumettre la question à la Cour de justice, qui décidera selon la logique dynamique du droit.

Il faut tout de même mentionner aussi le rôle non négligeable joué par la Commission dans le développement jurisprudentiel du principe de l'égalité de traitement, même s'il est un peu tardif.³⁹⁷ D'une part, elle a lancé des séries d'actions en manquements contre les Etats lors de la mise en œuvre des directives, tentant d'étendre les interprétations de ces dernières. D'autre part, elle a parfois joué le rôle d'*amicus curiae* dans les affaires présentées à la Cour. N'ayant pas toujours convaincu la Cour de justice, elle a cependant prouvé qu'elle tenait son rôle de contrôleur de la bonne application du droit communautaire.

³⁹⁷ Par exemple: CJCE, 30 janvier 1985, *Commission/danemark*, aff. 143/83, rec. 1985, p. 428; CJCE, 21 mai 1985, *Commission/RFA*, aff. 248/83, p. 1459; CJCE, 8 novembre 1983, *Commission/UK*, aff. 165/82, rec. 1983, p. 3431; CJCE, 26 octobre 1983, *Commission/Italie*, aff. 163/82, rec. 1983, p. 3273; CJCE, 25 octobre 1988, *Commission/France*, aff. 312/86, rec. 1988, p. 6315.

Le développement normatif

En ce qui concerne l'élaboration de l'ex-article 119 du traité de Rome, nous avons vu au début de cette quatrième partie, qu'il est le résultat de pressions de la part du gouvernement français principalement, et que les individus n'ont joué aucun rôle. Ces pressions françaises tendaient à relayer les demandes de l'industrie textile et mécanique, qui formaient un gros lobby au niveau national. Il en sera différemment lors de l'élaboration des directives dans ce domaine: le rôle de la Commission semble être prédominant, s'appuyant parfois sur des groupes pour contrer les objections des Etats membres. Il faut cependant souligner que la création de groupes transnationaux de représentation des intérêts des femmes, malgré une tentative dans les années quatre-vingt, ne s'est réalisée qu'au début de la décennie suivante.

La Commission avait mis en place en juin 1961 un groupe "spécial article 119", composé de représentants des gouvernements, de la Commission et assisté d'experts juristes et statisticiens, principalement masculin, dans l'idée de réfléchir à la mise en œuvre de l'égalité de rémunération. En décembre 1961, une résolution du Conseil des ministres sur l'égalité des rémunérations planifie jusqu'en décembre 1964 les mesures que les Etats membres doivent prendre dans ce domaine, incluant notamment la nécessité de prévoir une voie juridictionnelle. A la fin de 1964, la Commission constate que certains Etats ont fait des progrès dans l'application de la disposition communautaire, mais que d'autres n'ont pas progressé, et dans tous les cas, aucune mise en œuvre complète n'a été relevée. Les Etats membres semblent ne pas s'intéresser spécialement au problème. Malgré cela, la fin des années soixante est une période de révolte populaire à travers l'Europe: les mouvements sociaux descendent dans la rue et revendiquent des actions de l'Etat dans ce domaine. Le mouvement féministe n'est pas en reste, mais plutôt noyé dans la masse. A l'exception cependant d'une affaire qui va faire de la publicité à la législation communautaire sur l'égalité des rémunérations: la grève de Herstal

qui va durer du 15 février au 9 mai 1966.³⁹⁸ Il s'agit d'une grève engagée par des travailleuses dans une usine de munitions en Belgique qui revendiquent le même salaire que leurs collègues masculins, s'appuyant entre autres sur l'article correspondant du traité CE. Cette grève sera fortement médiatisée et donnera lieu à différentes manifestations dans toute la Belgique; une conciliation aura lieu que lorsque le Ministre du travail s'engagera dans ce domaine. Une énorme publicité sera faite à travers l'Europe, conduisant même certains parlementaires européens à engager les débats.

L'année 1969 voit l'arrivée au pouvoir du Chancelier W. Brandt en Allemagne, et le départ de Charles de Gaulle en France: les gouvernements sont plus réceptifs aux questions sociales. Ceci permet d'évoquer cette problématique au Sommet de Paris de 1972, où les questions sociales sont finalement considérées comme un domaine à part entière, et non en tant que sous-produit des questions économiques. Finalement un programme d'action sociale sera adopté en 1974, qui contient un projet de directive dans le domaine de l'égalité de rémunération. Il faut souligner que c'est la première fois que cet instrument, la directive, est adopté dans le champ social: c'est là l'instrument favori du président de la Commission de l'époque - la directive permet une harmonisation des législations nationales plutôt que leur remplacement par un règlement communautaire directement applicable, ce qui permet de contourner certaines susceptibilités des Etats. Le programme d'action sociale est le reflet du travail d'activistes individuels:³⁹⁹ Evelyne Sullerot, sociologue et universitaire, a rédigé un rapport sur l'emploi des femmes pour le DG V de la Commission, qui souligne quelles sont les actions qui doivent être entreprises, allant au-delà du seul problème des rémunérations; Jean Boudard, mathématicien et juriste, officiel français au service du DG V, milite en faveur de l'adoption d'une directive dans le domaine de l'égalité des rémunérations, estimant que l'article 119 n'a pas d'effet direct horizontal, c'est-à-dire entre les individus, et par conséquent toutes

³⁹⁸ Hoskyns, C., *op. cit.*, p.65

³⁹⁹ Hoskyns, C., *op. cit.*, p. 84

les relations d'emploi privées doivent être couvertes par des lois nationales protectrices, mettant en œuvre la directive adoptée. Une directive obligerait les gouvernements à adopter des mesures législatives concrètes.

La première directive en matière d'égalité des rémunérations sera adoptée après avoir passé par quatre étapes: le projet est rédigé par la Commission assistée d'un Comité d'expert (le groupe spécial article 119); le Parlement européen et le Comité économique et social ont soumis leurs avis; puis il y a eu discussion au sein du groupe de travail du Conseil et, finalement, décision au sein du COREPER et au sein du Conseil des affaires sociales. Les Etats membres étaient plutôt favorables à l'adoption d'une mesure dans ce domaine pour plusieurs raisons: d'une part, l'environnement social était agité, et le fait d'adopter des mesures dans le domaine social ne pouvait qu'améliorer leur position vis-à-vis des groupes sociaux; d'autre part, certains Etats comme la France ou le Royaume-Uni ont déjà adopté des législations à ce sujet et souhaitent que les autres Etats fassent de même, toujours pour des considérations économiques. Une autre influence parfois mentionnée est celle de l'ONU, qui a déclaré 1975 l'année de la femme, mettant en valeur toutes les actions adoptées dans ce domaine durant cette année.

Les négociations sur la directive de l'égalité des rémunérations ont porté sur deux questions principales: le champ de l'interdiction des discriminations et les moyens de mise en œuvre. En ce qui concerne le champ d'application, il a finalement été admis de considérer la notion de travail de valeur égale, même notion adoptée dans le cadre de l'OIT, malgré les réticences du Royaume-Uni, qui souhaitait adopter un acte qui reprenne les dispositions qui avaient déjà été adoptées au niveau national. En ce qui concerne la mise en œuvre, la Commission avait proposé qu'un accord-cadre négocié et approuvé par les syndicats et les employeurs soit chargé de régler ce problème, mais les employeurs et quelques syndicats ont refusé. La seconde proposition disposait que l'application et le contrôle soient couverts par la directive: il était requis ainsi des gouvernements de faire respecter l'application de la législation communautaire dans ce domaine, de mettre en œuvre des voies de

recours, de s'assurer de l'information aux travailleurs de contrôler, de sanctionner et d'empêcher le phénomène de victimisation des personnes lésées. Les gouvernements ont largement édulcoré cette proposition au sein du Conseil des Ministres, et il a été finalement décidé que les gouvernements atteignent ces objectifs par les moyens qu'ils tirent de leurs propres systèmes juridiques. Cette directive est adoptée le 17 décembre 1974 et les Etats membre ont une année pour la mettre en œuvre.

On constate donc que l'adoption de cette directive a eu lieu en système fermé: seules des formes indirectes de consultation et de représentation ont eu lieu. On ne peut considérer les avis du Parlement européen comme importants: tout d'abord, le rôle du Parlement est toujours considéré comme purement consultatif, et deuxièmement, il n'est pas encore élu au suffrage universel. Le groupe d'experts consulté par la Commission, étant composé de représentants des gouvernements n'est pas plus représentatif. En ce qui concerne l'implication des femmes, on constate qu'elle est très faible: sans l'intervention de groupes d'intérêt, le seul relais pourrait être les femmes au sein des différents gouvernements, mais elles sont en nombre si restreint qu'il n'est guère imaginable qu'elles aient pu avoir une importance prépondérante. Cette directive est donc le résultat de l'action des Etats et de la Commission.

Les deux autres directives des années septante, bien que toujours dans le domaine de l'emploi, ratissent plus large et initient un développement dans la problématique de la dépendance des femmes et des soins aux enfants. Elles s'attaquent donc plus directement à la frontière entre la sphère publique et la sphère privée, un sujet fortement controversé. En ce qui concerne la directive sur l'égalité de traitement, elle trouve son origine dans le jugement de la Cour dans l'affaire *Defrenne I* il transparaît du jugement que les pensions privées semblent incluses dans le champ de l'article 141 TCE, mais pas les régimes légaux. La Commission estime qu'il est temps d'agir dans ce domaine. Le changement apporté par la directive de 1976 par rapport à celle sur l'égalité des rémunérations est que ce ne sont plus uniquement les intérêts des femmes qui sont sur le marché du travail qui sont pris en compte,

mais aussi l'attraction pour qu'elles y entrent. Jacqueline Nonon, travaillant pour la Commission depuis 1958, va être la meneuse dans ce domaine. Tout d'abord, elle va utiliser son influence pour que des femmes soient nommées comme représentantes lors de la création du groupe *ad hoc*: cette nomination est le fait des Etats membres, qui sont libres de choisir, mais les pressions et réseaux d'influence de Nonon permettent d'obtenir plus des deux tiers de représentation féminine.⁴⁰⁰ Les discussions au sein de ce groupe portent sur l'idée d'égalité de chances et de l'égalité de traitement: une telle formulation permettrait alors de combiner l'égalité et la non-discrimination avec quelques formes d'actions positives, encore absente au niveau communautaire. Il est aussi prévu de faire reposer la directive sur la base de l'article 235 TCE: ces mesures vont donc plus loin que l'article 119 TCE. Lors des négociations au sein du COREPER cependant, l'idée d'action positive est rejetée: elle n'entre pas dans le cadre de la théorie néo-libérale du marché supportée par le développement de la Communauté. Malgré cela, les Etats acceptent la notion de discrimination indirecte, et finalement une faible mention des actions positives, sous forme de dérogation à la directive. En ce qui concerne le champ de la sécurité sociale, les Etats décident de remettre la question à un autre instrument. Cette directive sera adaptée en décembre 1975, les Etats ayant jusqu'en août 1978 pour la mettre en œuvre. Elle établit des standards minimaux sur lesquels une harmonisation des législations nationales peut se baser. Ils semble cependant que les Etats membres soient peu disposés à permettre un *spill-over* du domaine public vers le domaine privé (sphère familiale). Il faut ajouter que cette directive a été publiée en février 1976, deux mois avant le jugement Defrenne II: la Cour s'est certainement appuyée sur ce développement pour considérer son jugement.⁴⁰¹ Malgré les efforts de la Commission, on constate une faible participation des femmes à l'élaboration de cette directive. Le rôle du Conseil prime donc dans

⁴⁰⁰ Hoskyns, C., *op. cit.*, p. 101

⁴⁰¹ Une autre influence sur la Cour peut être l'établissement en mars 1976 à Bruxelles du tribunal international sur les crimes contre les femmes, soutenu par des mouvements féminins du monde entier.

l'élaboration, au vu du résultat obtenu par rapport à la proposition de la Commission.

En ce qui concerne la directive sur la sécurité sociale, elle fait suite à l'engagement inscrit dans la directive sur l'égalité de traitement. Une autre influence peut être relevée dans le jugement de la Cour constitutionnelle allemande du 12 mars 1975, qui estime que la situation des femmes dans le domaine des pensions et retraites est inadéquate et qu'il faut s'attacher à améliorer les droits des femmes dans ce domaine.⁴⁰² Fin 1976 est aussi créé un bureau pour les problèmes sur le travail des femmes au DG V; il s'agit d'un complément du Service d'information des femmes attaché au DG X. Le bureau est dirigé par Nonon, mais son champ d'action est restreint: il doit contrôler l'application de la directive sur l'égalité de traitement, les changements apportés au Fonds social européen et développer de nouvelles politiques.⁴⁰³ La directive de 1975 n'entre pas dans son champ d'action. Lors de l'élaboration de la directive en matière de sécurité sociale, il n'y a pas de création de groupe de représentation des intérêts des femmes. Le problème est celui de la grande diversité des systèmes entre les Etats membres. La Commission va inclure les régimes professionnels dans le champ de la directive, mais les représentants des gouvernements vont aussitôt les exclure pour remettre les négociations dans ce domaine à plus tard. La Commission s'attache aussi à définir plutôt largement la notion de population active, et y inclut les chômeurs. Les Etats membres ne s'y opposeront pas, mais ils vont élargir la liste des dérogations; sans compter qu'ils s'accordent un délai de six ans pour la mise en œuvre. Il s'agit alors du plus long délai jamais adopté. Les Etats n'adoptent pas de mesures non plus contre le *levelling down*.

Pour l'adoption de la directive sur les femmes indépendantes, les paysannes ont servi de locomotive à la mobilisation des intérêts des femmes. A travers la Commission féminine du Comité des organisations professionnelles agricoles de la Communauté, elles se lancent dans le lobbying dès la fin des années 1970. La

⁴⁰² Rapports de la Cour, *BverfGE*, vol. 39, p.169

⁴⁰³ Hoskyns, C., *op. cit.*, p. 115

Commission relaie le dossier au niveau communautaire, mais le projet est bloqué plusieurs années au niveau du Conseil: les réticences de plusieurs gouvernements vont une fois encore conduire à l'édulcoration de la directive en la matière.

La remarque principale que l'on peut tirer de ces exemples est que l'accès au processus d'élaboration des normes est difficile pour les particuliers, pour ne pas dire fermé: même lorsqu'ils parviennent à collaborer avec la Commission, ce qui leur donne la possibilité d'influencer le développement de la proposition, c'est le Conseil qui décide en dernier lieu, et qui a le pouvoir de retarder les développements qui ne l'intéresse guère. Il faut cependant souligner le rôle extrêmement actif de la Commission dans ces développements initiaux des directives, poussant les Etats à accorder plus qu'ils ne le souhaitent.

En ce qui concerne les résultats obtenus par les groupes d'intérêt, ils sont plutôt faibles. La Commission a tout d'abord tenté de regrouper les différentes agences nationales, telles l'EOC ou, en France, le Comité du Travail Féminin, au sein d'un groupe de liaison en 1980. Ce Groupe sera transformé en Comité sur l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en 1981: il s'agit alors d'un comité consultatif, dont le rôle est de conseiller la Commission, de collecter et de transmettre les informations. C'est une sorte de *transmission-belt*. Au niveau privé, le Center for Research on European Women est créé en 1980: il est transnational et a pour rôle de collecter et transmettre les informations. La Commission va l'utiliser comme porte-parole pour les mouvements féministes autonomes, même si ces derniers sont plutôt divisés à ce sujet.⁴⁰⁴ Il faut attendre 1990 pour voir émerger le Lobby européen de femmes (LEF): sa mise en œuvre a nécessité trois années de travaux ! Il réunit les organisations non gouvernementales des Etats membres dans le but de constituer un groupe de pression efficace. Chaque organisation est libre de participer aux campagnes ou non, ce qui permet d'éviter les incessants blocages dus aux

⁴⁰⁴ Un autre groupe a été formé: ENOW (European Network for Women) sensé servir de groupe au niveau communautaire (parasol).

divergences.⁴⁰⁵ Le problème majeur en ce qui concerne les éventuelles actions de lobby dans le domaine de l'égalité de traitement vient de la division des différents mouvements quant à la notion d'égalité de traitement et aux actions nécessaires. Il aura donc fallu attendre plus de 30 ans pour que les femmes s'organisent et créent un groupe opérationnel. Les développements normatifs dans le domaine de l'égalité de traitement ont donc peu été influencés par des actions de lobbying.

Cependant, au vu du résultat du Traité d'Amsterdam en la matière (*mainstreaming* et nouvelles procédures de décisions), on pourrait considérer que ce lobby a pu se frayer un passage dans le processus décisionnel.⁴⁰⁶ Ce qui est sûr néanmoins, c'est que l'action de la Commission, mais surtout du Parlement a été essentielle lors des négociations sur la question. Le rôle du Parlement depuis les années quatre-vingt mérite d'être mentionné brièvement, car il a émergé en tant qu'activiste sur la question depuis qu'il a créé un groupe spécialisé en la matière. Tout d'abord, il faut mentionner que l'élection au suffrage universel a conduit à une augmentation des représentantes de 5 à 16 % (un plus grand pourcentage que dans un grand nombre de parlements nationaux à cette époque). Elles vont dès lors pousser à créer un comité ad hoc sur les droits des femmes, notamment grâce au soutien de la présidente d'alors, Simone Veil. Ce comité soulèvera pour la première fois la question de la position des femmes dans les petites et les moyennes entreprises et l'agriculture, ainsi que le problème de la sécurité sociale. Il s'attachera aussi à protéger les femmes vulnérables (agriculture, migrantes, ...). Ces études vont conduire à un débat au Parlement qui débouche sur une résolution, qui bien qu'avec une faible valeur juridique, n'est pas sans intérêt au niveau politique. Le groupe ad hoc devient comité permanent dès 1984.

Il faut dès lors reconnaître que dans le domaine de l'élaboration des normes, les particuliers ont eu une faible influence, pour ne pas dire qu'ils ont été absents. Les Etats, à travers le Conseil, on gardé

⁴⁰⁵ Vale, A., "Le lobby européen des femmes", *Europe Sociale*, 3/91, p. 107-109

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 149

le pouvoir de décider en la matière. Ils ont même utilisé leur pouvoir afin de contrer l'éventuel développement d'une jurisprudence qui risquait d'être coûteuse pour leurs intérêts: il s'agit du *Protocole Barber*. La décision de la Cour de justice, dans l'affaire *Barber*, n'avait pas été très claire:⁴⁰⁷ l'égalité requise concernait-elle les paiements faits après la date du jugement ou seulement les contributions payées selon les périodes d'emploi achevées après cette date? La Cour n'a pas eu l'occasion de préciser sa décision, les Etats ayant réagi et adopté le Protocole, qui a été annexé au traité de Maastricht: ils ont choisi la seconde solution, la moins favorable, qui peut repousser l'égalité réelle dans ce domaine jusqu'aux environs de l'an 2020. Des motivations économiques semblent une fois de plus avoir pris le pas sur le principe de l'égalité de traitement...

Ainsi les particuliers ne se sont que peu imposés par la voie législative, mais plutôt par la voie jurisprudentielle. A cet effet, ils ont bénéficié de la nouvelle considération qui est accordée au système du précédent dans les systèmes continentaux, ainsi que de la coopération de la Cour de justice et des juridictions nationales. Un autre aspect important concerne le rôle des agences spécialisées, telle l'EOC, qui ont permis de cibler certains développements spécifiques et de catalyser les forces vers un seul but. La voie législative peut cependant se révéler prometteuse à l'avenir, au vu de l'introduction dans certains domaines de la procédure de codécision: le Parlement pourra peut-être enfin jouer pleinement son rôle de représentant des citoyens européens. Cependant, dans les domaines visés à l'article 13 TCE, (les actions en matière de discrimination fondée sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle), la procédure à l'unanimité ne laisse que peu d'espoir de développement important en la matière.

D'après cet exemple sur l'égalité de traitement, on peut considérer qu'il s'agit donc plutôt d'une possibilité d'infiltration des particuliers dans les divers mécanismes communautaires, mais certes pas de la remise en question de la primauté des Etats.

⁴⁰⁷ Aff. *Barber*, précitée

CONCLUSION

Le Préambule du Traité de Rome prenait déjà en considération l'intérêt des particuliers, visant notamment une Union plus étroite entre les peuples et une amélioration constante de leurs conditions de vie et d'emploi. Le traité CE tel que modifié par le Traité d'Amsterdam contient explicitement les intérêts des particuliers dans ses buts et ses moyens (article 2 et 3 TCE): lorsque l'on considère le chemin parcouru, depuis 1957 jusqu'à aujourd'hui, il faut reconnaître que les développements sont impressionnants. Les particuliers non seulement jouissent de droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire, mais ils bénéficient de plus d'une protection juridictionnelle inégalée au niveau international et de la possibilité, bien que limitée, de participer au développement de cet ordre. Cette position, résultat d'une longue évolution sur plus de trente ans, n'était certes pas envisageable à l'origine. Le nombre de droits dont ils sont titulaires a progressivement augmenté, étendant le champ au-delà d'un concept étroit de l'économie pour englober des domaines aussi variés que l'environnement ou la citoyenneté. La protection qui est accordée aux particuliers continue de se développer, tentant de renforcer ainsi leur position au sein de l'ordre communautaire face à celle des autres sujets qui sont les Etats et les institutions. Aussi, depuis la généralisation de la procédure de la codécision, et le développement du rôle du Parlement européen, les citoyens ont un accès indirect au pouvoir législatif. Tous ces développements sont remarquables si on les compare à la position des particuliers dans l'ordre juridique international en général.

Il faut cependant rappeler que l'ordre juridique communautaire souffre de faiblesses qui affectent les particuliers au niveau communautaire: notamment, il faut regretter le manque de place fait au particulier dans le domaine du IIème et du IIIème pilier. Certes, le Traité d'Amsterdam a intégré une partie de ce dernier pilier dans le traité CE, mais en y introduisant aussi des procédures dérogatoires sur la justiciabilité de ces droits: ces dispositions qui sont d'une haute importance pour les particuliers bénéficient de

cette transposition; la structure du traité CE risque cependant d'en être affaiblie. En ce qui concerne le domaine de la politique étrangère et de sécurité, il faut reconnaître que déjà au niveau national il existe une faiblesse à ce niveau. Quant à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, il est regrettable que les particuliers n'aient pas plus de contrôle à ce sujet. L'introduction de la possibilité de la compétence de la Cour de justice, soumise à la condition de l'acceptation expresse par les Etats, semble plus refléter une déclaration vide que la volonté réelle d'accepter un contrôle dans ce domaine: on peut d'ailleurs constater les faiblesses de ce mécanisme au niveau international. La protection des particuliers reste donc à réaliser dans ces domaines.

Les faiblesses du système juridictionnel ont aussi été soulignées: bien que le système communautaire soit une évolution prodigieuse par rapport au droit international classique, il est encore perfectible et ses défauts ne doivent pas être ignorés. Il reste des situations où le particulier n'a pas accès à la justice. D'autre part, ce système souffre d'effets secondaires qu'il faudrait neutraliser. Notamment, en ce qui concerne la procédure préjudicielle: si elle peut permettre un développement matériel du droit communautaire, et un contrôle efficace de la bonne application du droit communautaire par les Etats membres, elle reste cependant une arme redoutable aux mains des groupes économiques puissants, qui peuvent s'offrir une armée d'avocats spécialisés dans la recherche des failles qui peuvent servir leurs intérêts. L'individu se trouve quelque peu exclu du champ de bataille juridique, réservé dès lors aux Etats et aux intérêts financiers. L'idée de permettre l'accès à certains défenseurs de l'intérêt public pourrait remédier en partie à ce déséquilibre. Il faudrait aussi que les particuliers soient mieux informés sur leurs droits et sur les moyens de les faire respecter: il est attristant de constater que les entreprises japonaises en savent plus sur le droit communautaire que les citoyens de l'Union. On a vu le rôle important joué à cet égard par les agences semi-privées, comme l'EOC, dans l'exemple sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes: le développement de telles agences à un niveau plus général pourrait permettre une meilleure transmission de l'information.

Quant à la participation au processus législatif, malgré une amélioration de la position du Parlement suite à l'extension de la procédure de codécision, il existe encore de nombreux domaines affectant les intérêts des particuliers où seul le Conseil décide, et à l'unanimité. De plus, le Parlement ne dispose pas d'un pouvoir d'initiative, qui est réservé au Conseil et à la Commission, mais uniquement de proposition: une évolution dans ce domaine serait aussi souhaitable.

L'ordre juridique communautaire doit faire face à un défi constant: il doit servir efficacement deux maîtres, les Etats et les particuliers. Jusqu'à récemment, les organisations internationales étaient des instruments créés par les Etats pour les Etats: Mathews a constaté qu'elles ont tendance actuellement à développer une certaine autonomie, établissant des contacts directs avec les particuliers.⁴⁰⁸ Cette évolution leur insuffle une nouvelle vie et influence, mais elle crée aussi des tensions. La Communauté, organisation d'intégration, n'échappe pas à ces tensions. Celles-ci se reflètent dans le développement chaotique et sinueux de l'ordre juridique communautaire. Il est constamment tiraillé entre les intérêts étatiques et individuels: actuellement, on constate toujours la primauté des Etats, que ce soit au sein des procédures décisionnelles ou dans l'accès juridictionnel. Mais les particuliers y ont aussi leur place, qui limite l'action des Etats.

L'ordre juridique communautaire a donc bénéficié aux particuliers, en étendant notamment leurs libertés et leur protection. Il ne s'agit cependant pas d'une relation à sens unique: les particuliers sont aussi un élément vital ayant permis une consolidation et la réalisation de cet ordre. En effet, les particuliers sanctionnent à travers leurs comportements l'existence ou l'inexistence d'une règle juridique: en l'utilisant ou la respectant, ils lui donnent vie, alors qu'ils peuvent aussi bien l'ignorer. Par le jeu d'actions répétées, ils peuvent conduire à certains développements jurisprudentiels, bien que limités, mais peuvent aussi inciter le législateur à légiférer. Mettant en lumière les lacunes de l'ordre

⁴⁰⁸ Mathews, J. T., "Power Shift", *Foreign Affairs*, jan-feb. 1997, vol. 76, no 1, p. 52

juridique communautaire, ils forcent celui-ci à se compléter et à se densifier, et par là même, ils influent sur son développement. Finalement, en contrôlant l'action des Etats membres, les particuliers renforcent la réalité de cet ordre: loin d'être un ensemble de normes partiellement respectées au gré des intérêts des Etats membres, ces normes communautaires sont une réalité.

On peut donc conclure que les particuliers sont des acteurs de la construction juridique européenne: même si leur rôle n'est que secondaire, il est essentiel au bon fonctionnement de cet ordre juridique. Ils font partie d'une œuvre plus large, à laquelle ils apportent un sens.

BIBLIOGRAPHIE

Articles

ALTER, K. and VARGAS, J., "Explaining variation in the use of european litigation strategies: European Community Law and British Gender Equality Policy", *Comparative Political Studies*, vol. 33, no 4, May 2000, pp. 452-482

ALTER, K., "Who are the Masters of the Treaty: European Governments and the European Court of Justice", *International Organization*, vol. 52, no 1, Winter 1998, pp. 121-147

ALTER, K. and MEUNIER-AITSAHALIA, S., "Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision", *Comparative Political Studies*, vol. 26, no 4, January 1994, pp. 535-561

ARNULL, A., "Private applicants and the action for annulment under Article 173 of the EC Treaty", *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, pp. 7-49

ARNULL, A., "The use and abuse of Article 177 EEC", *The Modern Law Review*, vol. 52, september 1989, pp.623-639

BANKS, K., "L'égalité de rémunération et de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire", *Europe sociale*, no 3, 1991, pp.62-76

BARNARD, C., "A European Litigation Strategy: the Case of the Equal Opportunities Commission", *New Legal Dynamics of European Union*, ed. by J. Shaw and G. More, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 253-272

BURLEY, A.-M., and MATTLI, W., "Europe before the Court: a political theory of legal integration", *International Organization*, vol. 47, no 1, Winter 1993, pp.41-76

CARENTA, R., "Judicial protection against Member States: a new *jus commune* takes shape", *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, pp. 703-726

CHARPENTIER, L., "L'arrêt Kalanke: expression du discours dualiste de l'égalité", *RTDeur.*, vol 32 (2), avril-juin 1996, pp. 281-303

CLERGERIE, J.-L., "L'accès des particuliers à la justice communautaire", *Le Pouvoir Judiciaire Communautaire*, sous la direction de J.-L. Clergerie, Limoges, Presses Univ. de Limoges (PULIM), 1999, pp.27-44

CRAIG, P., "Legality, Standing and Substantive Review in Community Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, no 4, 1994, pp. 507-537

CURTIN, D., "The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders", *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Essays for the Hon. Mr Justice T.F. O'Higgins, ed. by D. Curtin and D. O'Keeffe, Dublin, Butterworth, 1992

CURTIN, D. and MORTELMANS, K., "Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script", *Institutional Dynamics of European Integration*, Essays in Honour of H.G. Schermers, vol. II, ed. by D. Curtin and T. Heukels, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994

DEHOUSSE, R. and WEILER, J.H.H., "The Legal Dimension", *The Dynamics of European Integration*, ed. by W. Wallace, The Royal Institute of International Affairs, London, Pinter Publishers, 1991, pp. 242-259.

DE WITTE, B., "Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order" in *The evolution of European Union Law*, ed. by P. Craig and G. de Burca, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp.177-212

FENWICK, H. and HERVEY, T., "Sex equality in the single market: new directions for the European Court of Justice", *CML Rev.*, vol 32, 1995, pp. 443-470

GARRETT, G., "The politics of legal integration in the European Union", *International Organization*, vol.49/1, Winter 1995, pp.171-181

GARRETT, G., KELEMEN, R.D., and H. SCHULZ, "The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union", *International Organization*, vol.52, no 1, Winter 1998, pp. 149-76

GOLUB, J., "The Politics of Judicial Discretion: Rethinking the interaction between National Courts and the European Court of Justice", *West European Politics*, vol. 19, no 2, April 1996, pp. 360-385

GREENWOOD, J., "Pharma and Biotech: Virtues and Trends in EU Lobbying" in *Lobbying the European Union*, ed. by R.H. Pedler and M.P.C.M. Van Schendelen, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1994, pp.183-197 (Chapter 9)

HARLOW, C., "Citizen Access to Political Power in the EU", *EUI Working Paper*, RSC no 99/2, San Domenico: EUI, 1999

HARLOW, C., "Towards a Theory of Access for the European Court of Justice", *Yearbook of European Law*, vol. 12, 1992, pp. 213-248

HARLOW, C., "A Community of Interests? Making the Most of European Law", *The Modern Law Review*, vol. 55, May 1992, pp. 331-350

HOSKYNS, C., "Women, European Law and Transnational Politics", *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 14, 1986, pp.299-315

JOERGES, C., "Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration", *European Law Journal*, vol. 2, no 2, July 1996, pp. 105-135

JOLIET, R., "La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques", *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 10, no 4, Juillet-août 1994, pp.647-662

KOOPMANS, T., "La procédure préjudicielle – victime de son succès?" in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. Pescatore, éd. par F. Capotorti, C.D. Ehlermann et al., Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 347-357

KOVAR, R., "Cours général de droit communautaire: La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire", *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. IV, Book 1, 1993, pp. 15-123.

KRATOCHWIL, F., "The Role of Domestic Courts as Agencies of the International Legal Order" in *International Law: a Contemporary Perspective*, ed. by R. Falk and F. Kratochwil, London, Westview Press, 1985, pp.236-263

MARGELLOS, T. et WOFLCARIUS, M., "L'égalité des sexes", *Le droit de la CE et de l'UE: Commentaire Mégret*, vol. 7, 2ème édition, Bruxelles, éd. de l'Université, 1998, pp. 81-189

MANCINI, G. F., and KEELING, D.T., "Democracy and the European Court of Justice", *The Modern Law Review*, vol. 57, no 2, March 1994, pp. 175-190

MATHEWS, J. T., "Power Shift", *Foreign Affairs*, jan-feb. 1997, vol. 76, no 1, pp. 50-66

MATTLI, W. and SLAUGHTER, A.-M., "Law and politics in the European Union: a reply to Garrett", *International Organization*, vol. 49, no 1, Winter 1995, pp.183-190

MATTLI, W. and SLAUGHTER, A.-M., "Constructing the European Community Legal System from the Ground Up: the Role of Individual Litigants and National Courts", *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre, San Domenico, RSC No 96/56, 1996

MATTLI, W., and SLAUGHTER, A.-M., "Revisiting the European Court of Justice", *International Organization*, vol. 52, no 1, Winter 1998, pp.177-209

MAZEY, S., "European Community Action on Behalf of Women: the Limits of Legislation", *Journal of Common Market Studies*, vol. XXVII, no 1, September 1988, pp. 63-84

MAZEY, S., "The European Union and women's rights: from the Europeanization of national agendas to the nationalization of a European agenda?", *Journal of Public Policy*, vol. 5:1, March 1998, pp. 131-152

MAZEY, S., "Introduction: Integrating Gender – intellectual and "real world" mainstreaming", *Journal of European Policy*, vol. 7, no 3, 2000, pp. 333-45

MAZEY, S. and RICHARDSON, J., "Interest groups in the European Community" in *Pressure Groups*, ed. by J.J. Richardson, Oxford, Oxford Univ. Press, 1993, Chapter 13, pp.191-213

MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., "Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du traité CE): nouvelles réflexions sur l'expression *la concernant individuellement*" in *Festschrift für Ulrich Everling*, ed. by O. Due, M. Lutter, J. Schwarze. Vol. I, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 849-74

MORAVCSIK, A., "Preferences and Power in the European Community: a liberal intergovernmentalist approach", *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, no 4, December 1993, pp. 473-524

NEUWAHL, N., "Article 173 Paragraph 4 EC: Past, Present and Possible Future", *European Law Review*, february 1996, pp. 17-31

NONON, J., "L'Europe, un atout pour les femmes?", *Problèmes politiques et sociaux*, no 804, Paris, La Documentation française, 12 juin 1998

O'KEEFFE, D., "General Course in European Community Law: The Individual and European Law", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, book I, 1994, pp. 57-150

OLSEN, F. "Legal Responses to Gender Discrimination in Europe and the United States", *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. II-2, 1991, pp. 199-268

PANEBIANCO, S., "EU Institutions faced with non-economic interests: from market needs to consumer protection" in *Lobbyisme, Pluralisme et Intégration européenne*, P.H. Claeys, C. Gobin, I. Smets, P. Winand (eds), Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes (PIE), 1998, pp.345-368

PETERSMANN, E.-U., "Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration", *Aussenwirtschaft*, Heft III/IV, 1991, pp. 247-280

PETERSMANN, E.-U., "How can the European Union be constitutionalized? The European Parliament's 1994 Proposal for a "Constitution for the European Union"", *Aussenwirtschaft*, Heft I, pp.171-220

PIERSON, P., "The Path to European Integration: an Historical Institutional Analysis", *Comparative Political Studies*, vol. 29, no 2, avril 1996, pp. 123-163

RAWLINGS, R., "The Eurolaw Game: Some Deductions from a Saga", *Journal of Law and Society*, vol. 20, no 3, autumn 1993, pp.309-340

REINALDA, B., "Dea ex Machina or the interplay between national and international policymaking: a critical analysis of women in the European Union" in Gardiner, F. (ed.), *Sex Equality Policy in Western Europe*, London, Routledge, 1997, pp. 197-216

SCHERMERS, H.G. and WATSON, J.S., "Report on the conference" in *Article 177: experiences and problems*, ed. by H.G. Schermers, Amsterdam, North-Holland, 1987, p. 9-33

SHAW, J. "Importing Gender: the challenge of feminism and the analysis of the EU legal order", *Journal of European Policy*, vol.7, no 3, 2000, pp. 406-31

STEIN, E and VINING, G.J., "Citizen Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal Context", *European Law and the Individual*, ed. by F. G. Jacobs, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976, pp.113-143

STONE SWEET, A., "Judicialization and the construction of governance", *Comparative Political Studies*, vol. 23, no 2, April 1999, pp. 147-184

STONE SWEET, A. and CAPORASO, J. A., "La Cour de Justice et l'intégration européenne", *Revue française de Science Politique*, vol 48, no 2, avril 1998, pp.195-244

STREECK, W. and SCHMITTER, P.C., "From National Corporatism to Transnational Pluralism: Organized Interests in the Single European Market", *Politics and Society*, vol. 19, no 2, June 1991, pp. 133-161

TEITGEN, P.H., "La protection des droits fondamentaux dans le jurisprudence de la CJCE" in Ganshof van der Meersch, W.J., *L'adhésion des Communautés européennes à la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p.25.

TONER, H., "Judicial Interpretation of European Citizenship – Transformation or Consolidation?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol.7, no 2, 2000, pp. 158-182

VANDERSANDEN, G., "Actualité de la procédure préjudicielle", *Le Pouvoir Judiciaire Communautaire*, Limoges: PULIM, 1999, pp.67-92

VAN RAEPENBUSCH, S., "Les dispositions sociales du Traité d'Amsterdam", *Le droit de la CE et de l'UE: Commentaire Mégret*, vol. 7, 2ème édition, Bruxelles: éd. de l'Université, 1998, pp. 17-79

VOGEL-POLSKY, E., "Les femmes et la citoyenneté européenne", *Rapport interne Commission européenne*, DG V, V/2337/94-FR, Bruxelles: Commission européenne, 1994

VOLCANSEK, M. L., "The European Court of Justice: Supranational Policy-Making", *Western European Politics*, vol. 15, no 3, July 1992, pp. 109-121

WEILER, J. H. H., "The Transformation of Europe", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 2403-2475

Ouvrages

ALBORS-LLORENS, A., *Private parties in European Community Law: challenging community measures*, Oxford, Clarendon Press, 1996

ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press (Oxford EC Law Library), 1999

ARNULL, A., *The General Principles of EEC Law and the Individual*, New York, St Martin's Press, 1990

BROWNLIE, I., *Principles of International Law*, 5th edition, Oxford, Clarendon Press, 1998

CAPPELLETTI, M. (éd.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, EUI, Bruxelles, Bruylant, 1978

DAILLIER, P. et PELLET, A., (Nguyen Quoc Dinh), *Droit International Public*, 5^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 1994

DEHOUSSE, R., *The European Court of Justice: the politics of judicial integration*, (The European Union Series), New York, St Martin's Press, 1998

ELLIS, E., *EC Sex Equality Law*, 2nd edition, Oxford, Clarendon Press, 1998

GEDDES, A.C., *Protection of Individuals Rights under EC Law*, London, Butterworths, 1995

GREEN, A. W., *Political Integration by Jurisprudence*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1969

HARLOW, C. and RAWLINGS, R., *Pressure through Law*, London, Routledge, 1992

HOSKYNS, C., *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the EU*, London, Verso, 1996

KONSTADINIDIS, S.V., (ed), *A Peoples' Europe: Turning a concept into content*, Ashgate, Aldershot, 1999

- LECOURT, R., *L'Europe des Juges*, Bruxelles: Bruylant, 1976
- MALANCZUK, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London, Routledge, 1997
- MANIN, P., *Les Communautés, l'Union européenne*, Paris, Pédone (coll. Études internationales), 4ème édition, 1998
- NORGAARD, C., *The position of the individual in international law*, Copenhagen, SUB, 1962
- O'NEILL, M., *The Politics of European Integration: A Reader*, London, Routledge, 1996
- RIDEAU, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3ème édition, Paris, L.G.D.J., 1999
- SLAUGHTER, A.-M., STONE SWEET, A., WEILER, J.H.H., (eds), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, Hart Publishing, 1998
- TOTH, A.G., *Legal Protection of individuals in the European Communities*, vol. I - "The Individual and Community Law", vol. II – "Remedies and Procedures", Amsterdam, North-Holland, 1978
- VANDERSANDEN, G. et BARAV, A., *Contentieux Communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977
- VOLCANSEK, M. L., *Judicial Politics in Europe*, American University Studies –Series X, vol. 7, New York, Peter Lang, 1986
- WEATHERILL, S., *Law and Integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995