

La Cour de justice de l'Union européenne et la crise de la zone Euro: «*La Trahison des images*» *

Constantin Yannakopoulos

Professeur associé de la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes

Professeur invité à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Ancien référendaire à la Cour de justice des communautés européennes

PLAN

Introduction

I. La redéfinition flexible du droit de l'Union

A. L'attribution furtive de pouvoirs nouveaux

B. L'encadrement souple des nouveaux pouvoirs

II. La communication inflexible du droit de l'Union

A. Le manque d'empathie institutionnelle à l'égard des juges nationaux

B. La prise de distance à l'égard des citoyens de l'Europe

Conclusions

Introduction

La Cour de justice de l'Union européenne, qui a vocation à assurer « *le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* »¹, a toujours joué un rôle clef dans la création et l'évolution de l'édifice européen. En suivant une méthode téléologique exploitant parfois à l'extrême la théorie de l'« effet utile » et en mettant en place un dialogue continu avec les juges nationaux, les juges de Luxembourg ont

* Version rédigée d'une conférence de spécialité prononcée par l'auteur et organisée par l'Ecole Doctoral de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3, le mardi 28 mars 2017, à l'Amphithéâtre Huvelin (Palais de l'université – 15 quai Claude Bernard – Lyon 7e).

¹ Voir l'art. 19, par. 1, TUE.

établi une superstructure juridique allant souvent bien au-delà de tous consensus économique, politique ou social. Ils ont ainsi consacré la communauté économique européenne comme un ordre juridique autonome, régi par les principes « de primauté » et d'« effet direct » et imprégné de l'idéal d'un État de droit. Cet idéal a été expressément proclamé dans l'arrêt *Les Verts*, dans lequel la Cour de justice a jugé « que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité. »².

Le pouvoir créateur de la Cour de justice ne lui a pas valu que des amis. On a pu, par exemple, mettre en exergue qu'elle exerce un pouvoir presque constituant lui permettant de faire naître une communauté politique nouvelle par la puissance du droit et en dépit de l'adhésion des peuples. On lui a même reproché d'être mis au service d'une intégration européenne furtive et d'un ordre concurrentiel, dans le cadre duquel les droits sociaux et syndicaux seraient subordonnés aux libertés économiques³.

Depuis 2010, la crise dans la zone Euro a déstabilisé l'ensemble de l'édifice européen⁴, d'autant plus qu'elle a succédé à l'échec de la constitutionnalisation formelle de l'Union, laquelle, avant le traité de Lisbonne, n'avait pas réussi à acquérir une Constitution proprement dite. Pour juguler cette crise, l'union européenne imparfaite au déficit démocratique incontestable n'a pas su défendre même la méthode communautaire. Il y a eu une réduction de la vision de la *constitutionnalisation* de l'Europe à une architecture intergouvernementale d'assistance et de supervision des États membres⁵. Bien que cette architecture se situe en dehors du champ d'application des traités, elle implique le partenariat des organes de l'Union qui débouche sur des actes hybrides dont la nature juridique n'est pas du tout claire. Ce manque de clarté a aggravé le sentiment de dépossession des citoyens

² Voir l'arrêt du 23 avril 1986, C-294/83, pt 23.

³ Voir F. Farah, « La Cour de justice de l'Union européenne : agent d'un 'fédéralisme furtif' et alliée de l'austérité », lundi 11 avril 2016, <http://l-arene-nue.blogspot.gr/2016/04/la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne.html>.

⁴ Voir C. Yannakopoulos, « Un Etat devant la faillite : entre droit et non-droit », www.constitutionalism.gr, 10.12.2013.

⁵ Voir P. Graig, « Economic Governance and the Euro Crisis : Constitutional Architecture and Constitutional Implications », in M. Adams, F. Fabbrini and P. Larouche (Eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, Hart, 2014, p. 19 s..

de l'Europe, notamment des ressortissants des États membres débiteurs, tandis que les institutions européennes sont progressivement devenues «*un parangon d'autocratie post-démocratique*»⁶. Ainsi, ces dernières années, la vie quotidienne des grecs et d'autres citoyens de l'Europe a fondamentalement changé du fait des déclarations de l'Eurogroupe, que les textes juridiques qualifient pourtant de simple forum de discussion dont les actes ne sont pas destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers⁷. Pour paraphraser la fameuse citation de W. Shakespeare en son célèbre *Hamlet*⁸, il y a sans doute quelque chose de pourri dans la communauté de droit à laquelle aspire l'Union européenne.

A cet égard, on a de nouveau critiqué le rôle de la Cour de justice comme organe de politique économique, en lui reprochant d'être devenu «*un véritable instrument de validation tous azimuts des politiques économiques retenues dans l'Union: politique monétaire, réformes structurelles, austérité*»⁹. Certes, on pourrait rétorquer que la Cour de justice a sincèrement cherché à concilier les conceptions divergentes de la solidarité au sein de l'Union¹⁰. Or, plus intéressant que l'analyse de son rôle politico-économique est le fait que la Cour de justice semble avoir eu du mal à défendre certains de pierres angulaires de la superstructure juridique qu'elle a, elle-même, créée¹¹. Tout d'abord, il paraît qu'elle n'a pu ni éviter ni efficacement encadrer la dérive intergouvernementale de l'Union ayant remis en cause tant la *méthode communautaire* que l'équilibre des pouvoirs au sein de l'Union. Ensuite, en évitant d'intervenir en temps utile et en faisant comme si aucun événement exceptionnel ne menaçait l'*acquis communautaire*, elle a semblé avoir sous-estimé l'importance de sauvegarder la sûreté de droit et laissé cet *acquis* à la merci des compromis intergouvernementaux. Enfin, elle n'a pas su gérer le dialogue avec les juges

⁶ Voir J. Habermas, *La constitution de l'Europe*, Paris, Gallimard, 2012, p. 14.

⁷ Voir l'arrêt de la Cour de justice, du 20 septembre 2016, C-105 à C-109/15 P, Mallis et Malli / Commission et BCE.

⁸ «*Something is rotten in the state of Denmark*», traduit par «*Il y a quelque chose de pourri dans l'empire du Danemark*» (Œuvres complètes de Shakespeare, Pagnerre, 1865. Traduction de François-Victor Hugo).

⁹ Voir F. Farah, *op.cit.*

¹⁰ Voir sur le rôle de la Cour de justice dans la défense des valeurs européennes face aux changements sociétaux, qui a été détaillé par son vice-président à l'époque et actuel président, le professeur Koen Lenaerts, lors du Bridge Forum Dialogue, 16.1.2014, <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2014/01/cjue-bridge-forum/index.html>.

¹¹ Voir, à titre indicatif, F. Costamagna, «*The Court of Justice and the Demise of the Rule of Law in the EU Economic Governance: The Case of Social Rights*», Carlo Alberto Notebooks n° 487, December 2016, <http://www.carloalberto.org/assets/working-papers/no.487.pdf>.

nationaux pour mieux assurer l'application uniforme du droit de l'Union dans le contexte du pluralisme constitutionnel existant et empêcher la transformation de l'Union en un édifice à plusieurs vitesses, qui distingue notamment entre les États débiteurs et les États créanciers.

L'objet de ma conférence est de montrer que la jurisprudence de la Cour de justice qui porte, de près ou de loin, sur la crise de la zone Euro ne constitue pas un exemple typique d'autolimitation du juge à l'égard de la priorité des choix que le pouvoir politique adopte pour faire face à une crise grave. Elle évoque plutôt la difficulté de la Cour de justice de jouer le rôle d'une véritable cour constitutionnelle qui, tout en cédant au pouvoir politique l'initiative de gérer la crise et en admettant l'adaptation temporaire de l'Union aux exigences de la conjoncture, saurait encadrer les choix politiques et ne pas les laisser atomiser la confiance des citoyens à la survie des caractéristiques fondamentales de la communauté de droit à laquelle aspire l'Union. Cette difficulté constitue un symptôme de plus –sans doute le plus grave– du phénomène de la *déconstitutionnalisation* de l'Union, qui paraît –du moins ces dernières années– institutionnellement affaiblie et dépassée¹².

Je vais développer mon propos en deux parties, qui correspondent aux deux principales fonctions de la jurisprudence de la Cour de justice durant la période de la crise de la zone Euro : d'une part, je vais analyser la redéfinition flexible du droit de l'Union, à laquelle la Cour de justice a procédé, en optant pour un encadrement souple des nouveaux pouvoirs qu'elle a furtivement reconnus aux États membres et aux organes de l'Union (I) ; d'autre part, je vais aborder la communication inflexible du droit de l'Union à ses destinataires, pour laquelle la Cour de justice a opté en ne montrant pas l'empathie institutionnelle requise à l'égard des juges nationaux et en gardant à distance les citoyens européens (II).

I. La redéfinition flexible du droit de l'Union

En faisant semblant de ne pas toucher à la lettre ou à l'esprit des traités, la Cour de justice a légitimé les nouveaux pouvoirs dont les États membres et les

¹² Voir C. Yannakopoulos, « Le droit public face à la crise de dette souveraine dans la zone Euro », in *Mélanges en l'honneur de G. Marcou* (à paraître).

organes de l'Union se sont dotés pour faire face à la crise de la zone Euro (A). Par ailleurs, en évitant un encadrement rigide de ces pouvoirs (B), les juges de Luxembourg ont en réalité procédé à une redéfinition flexible du droit de l'Union, qui en ressortirait capable d'absorber tout nouveau rapport de force.

A. L'attribution furtive de pouvoirs nouveaux

Au lieu d'utiliser les traités pour encadrer les choix des États membres et des organes de l'Union, la Cour de justice a opté pour l'interprétation des traités conformément aux compromis politiques auxquels les différents faiseurs du système sont parvenus. Ainsi, sans déployer si ce n'est que discrètement un quelconque droit d'urgence, elle a considéré comme relevant de la normalité que les États membres et les organes de l'Union se soient dotés de nouveaux pouvoirs excédant l'*acquis communautaire*¹³.

Le fameux arrêt *Pringle* en est paradigmatique, car il a juridiquement légitimé *ex post* la politique d'assistance financière à un membre de la zone Euro, en admettant sa compatibilité fort douteuse avec la clause de non-renflouement établit par l'article 125 TFUE¹⁴. Sur ce plan, en jugeant que « *la modification de l'article 136 TFUE (...) ne crée aucune base juridique en vue de permettre à l'Union d'engager une action qui n'était pas possible avant l'entrée en vigueur de la modification du traité FUE* »¹⁵, la Cour de justice a en effet approuvé qu'en l'occurrence le recours des États membres aux instruments du droit international pouvait l'empiéter sur la méthode communautaire. De même, derrière sa considération que la stricte conditionnalité à laquelle est soumise l'assistance financière fournie à un État membre du Mécanisme Européen de Stabilité (MES) ne vise qu'à assurer la compatibilité des activités de ce Mécanisme avec l'article 125 TFUE et les mesures de coordination prises par l'Union, se cache l'acceptation implicite de ce que la Cour de justice a, elle-même, explicitement réfuté, à savoir que la dérive intergouvernementale que constitue le

¹³ Cf. Pablo Martin Rodriguez, « A missing piece of European emergency law: legal certainty and individuals' expectations in the EU response to the crisis », *European Constitutional Law Review* 2016, <https://doi.org/10.1017/S1574019616000158>, Published online: 18 August 2016.

¹⁴ Voir l'arrêt de la Cour, du 27 novembre 2012, C-370/12, not. pts 129-147.

¹⁵ Voir le pt 73 de l'arrêt.

MES était, en réalité, le seul instrument capable d'assurer la coordination des politiques économiques des États membres en cas d'urgence¹⁶.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Royaume-Uni / Parlement et Conseil*, qui porte sur la validité de l'article 28 du Règlement n° 236/2012 visant à harmoniser la vente à découvert dans le contexte de la crise financière, bien que l'Avocat Général N. Jaaskinen ait signalé que seul l'article 352 TFUE aurait fourni une base juridique appropriée pour cet article 28, la Cour de justice a approuvé l'usage d'une base juridique ordinaire telle l'article 114 TFUE pour investir l'Autorité européenne des marchés financiers de la possibilité de prendre des mesures qui relèvent en principe des autorités nationales¹⁷.

En outre, dans l'arrêt *Banco Privado Português et Massa Insolvente do Banco Privado Português*, s'agissant de l'appréciation, à l'aune de l'article 107, par. 3, sous b), TFUE, de garanties de l'État octroyées aux établissements financiers dans le contexte de la crise financière mondiale, la Cour de justice a approuvé la possibilité pour la Commission européenne de circonscrire elle-même l'exercice de son propre pouvoir d'appréciation en adoptant la Communication bancaire qui pose la conditionnalité de l'octroi d'une garantie de l'État en cas d'urgence¹⁸. Autrement dit, la Cour de justice a validé la création par la Commission européenne de son propre droit d'urgence qui pourrait même faire écran à l'application du droit primaire de l'Union en la matière¹⁹.

Qui plus est, dans l'arrêt *Dowling e.a.*²⁰, la Cour de justice a jugé que la « deuxième directive » (77/91/CEE) ne s'oppose pas à une mesure adoptée dans une situation de perturbation grave de l'économie et du système financier d'un État membre qui menace la stabilité financière de l'Union et ayant pour effet d'augmenter le capital d'une société anonyme, sans l'accord de l'assemblée générale de celle-ci. Il

¹⁶ Voir not. le pt 111 de l'arrêt.

¹⁷ Voir l'arrêt du 21 janvier 2014, C-270/12.

¹⁸ Voir l'arrêt du 5 mars 2015, C-667/13.

¹⁹ Pour une différente approche restituant l'applicabilité directe du droit primaire de l'Union, voir les conclusions de l'Avocat Général N. Wahl, du 18 février 2016, dans l'affaire C-526/14, *Kotnik e.a.*, et l'arrêt de la Cour de justice, du 19 juillet 2016, dans la même affaire. Voir aussi l'arrêt de la Cour de justice, du 8 mars 2016, C-431/14 P, Grèce / Commission, pts 70 s..

²⁰ Voir l'arrêt du 8 novembre 2016, C-41/15.

s'agissait de la recapitalisation des banques nationales par voie d'une ordonnance d'injonction judiciaire dans le cadre de l'assistance financière fournie par l'Union à l'Irlande conformément au Règlement n° 407/2010 établissant le Mécanisme Européen de Stabilisation Financière.

Enfin, par son arrêt *Gauweiler*²¹, la Cour de justice a de nouveau légitimé *ex post* le volontarisme schmittien des organes de l'Union, cette fois celui de la Banque Centrale Européenne (BCE), laquelle, pour faire face à la spéculation qui se développa au printemps 2012 contre l'Espagne et l'Italie, a remis en question l'interdiction du financement des budgets des États établie par l'article 123 TFUE, en annonçant la mise en œuvre de sa politique sur les opérations monétaires sur titres. Plus précisément, la Cour de justice a jugé que les articles 119 TFUE, 123, par. 1, TFUE et 127, par. 1 et 2, TFUE, ainsi que les articles 17 à 24 du protocole (n° 4) sur les statuts du Système Européen de Banques Centrales (SEBC) et de la BCE, autorisent le SEBC à adopter un programme d'achat d'obligations souveraines sur les marchés secondaires tel que celui avait été annoncé dans le communiqué de presse de la réunion du conseil des gouverneurs de la BCE des 5 et 6 septembre 2012.

Une fois la nature exceptionnelle des nouveaux pouvoirs des États membres et des organes de l'Union ayant été dissimulé dans une interprétation triviale des traités, il n'est pas surprenant que la Cour de justice ait opté pour un souple encadrement de ces pouvoirs.

B. L'encadrement souple des nouveaux pouvoirs

En approuvant leur recours aux instruments du droit international, la Cour de justice a laissé les États membres échapper à l'application stricte du droit de l'Union. En même temps, l'activité des organes de l'Union a été encadrée par un droit parfois mou, dans le cadre duquel au lieu des compétences proprement dites ces organes sont souvent tributaires de simples « tâches » qui ne sont pas moins importantes, ce qui n'est pas strictement conforme au principe d'attribution.

²¹ Voir l'arrêt du 16 juin 2015, C-62/14.

Ainsi, dans l'arrêt *Pringle* précité, toute assistance financière assurée par un mécanisme tel que le MES a beau être conditionnée par une stricte conditionnalité, la Cour de justice a approuvé l'inapplicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union lorsque les États optent pour un tel mécanisme²².

Par ailleurs, la Cour de justice²³ a confirmé le jugement du Tribunal²⁴ selon lequel les fonctions confiées à la Commission européenne et à la BCE au moyen du traité MES ne comportent aucun pouvoir décisionnel propre.

Certes, par son arrêt *Ledra Advertising / Commission et BCE*, la Cour de justice a fait un pas important en admettant non seulement la possibilité²⁵ mais l'obligation de la Commission européenne de veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord conclus par le MES²⁶. Or, en faisant prévaloir l'intérêt général d'assurer la stabilité du système bancaire de la zone Euro dans son ensemble et le risque imminent de pertes financières, la Cour de justice a évité, dans cet arrêt, de soumettre à un contrôle exhaustif de proportionnalité les restrictions apportées à l'usage du droit de propriété, d'autant plus qu'un tel contrôle n'était pas compatible avec l'application de sa jurisprudence constante sur les conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union²⁷.

Enfin, dans son arrêt *Mallis et Malli / Commission et BCE*²⁸, la Cour de justice a confirmé le jugement du Tribunal²⁹ que l'Eurogroupe est un forum de discussion et non un organe décisionnel, une déclaration de ce forum ne pouvant pas être considérée comme un acte destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers.

²² Voir le pt 180 de l'arrêt.

²³ Voir l'arrêt du 20 septembre 2016, C-8 à C-10/15 P, pts 50-55.

²⁴ Voir l'ordonnance du Tribunal, du 10 novembre 2014, T-289/13, *Ledra Advertising / Commission et BCE*. Voir aussi les ordonnances du Tribunal rendues également le 10 novembre 2014 dans les affaires T-290-294/13.

²⁵ Il avait déjà été jugé que « les tâches attribuées à la Commission par le traité MES lui permettent... de veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord conclus par le MES ». Voir le pt 164 de l'arrêt *Pringle* précité.

²⁶ Voir l'arrêt du 20 septembre 2016, C-8 à C-10/15 P, pts 58, 59 et 67.

²⁷ Voir les pts 64-76 de l'arrêt.

²⁸ Voir l'arrêt du 20 septembre 2016, C-105 à C-109/15 P.

²⁹ Voir l'ordonnance du Tribunal, du 16 octobre 2014, T-332/13, *Christodoulou et Stavrinou / Commission et BCE*. Voir aussi les ordonnances du Tribunal rendues également le 16 octobre 2014 dans les affaires T-327-331/13.

Comme l'a signalé D. Simon, « *Les arrêts de la Cour, comme l'étaient les ordonnances du Tribunal faisant l'objet des pourvois, sont évidemment incontestables d'un point de vue juridique. On regrettera néanmoins que les dispositions relatives au MES et à l'Eurogroupe garantissent aux mécanismes de régulation du secteur bancaire, qui peuvent avoir des incidences considérables sur la situation financière des déposants, une forme d'immunité juridictionnelle, tant sur le terrain du contrôle de légalité que sur celui de la responsabilité* »³⁰.

On devrait pourtant également regretter que la Cour de justice semble avoir abandonné, en l'occurrence, la méthode téléologique et ses raisonnements finalistes. En effet, quant à l'applicabilité de la Charte, il avait pourtant été admis que cette dernière peut être applicable même « *dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union* »³¹. Quant aux déclarations de l'Eurogroupe, il convient de rappeler que, dans l'arrêt *Les Verts* précité, les juges de Luxembourg avaient signalé quand même, certes à propos des actes émanant du Parlement, que « *le système du traité est d'ouvrir un recours direct contre toutes dispositions prises par les institutions et visant à produire un effet juridique* »³². D'ailleurs, dans ses conclusions dans l'affaire *Gauweiler* précité, présentées le 14 janvier 2015, l'Avocat Général P. Cruz Villalón avait souligné, à propos du communiqué de presse de la BCE en cause, que « *la politique de communication publique des banques centrales est devenue l'un des axes essentiels de la politique monétaire contemporaine.* »³³, qu' « *il est indubitable que la BCE a intégré la communication parmi ses instruments centraux de politique monétaire* »³⁴ et que, « *si une mesure ne nécessite pas d'être publiée officiellement sous sa forme habituelle pour exercer ses effets, dès lors qu'il suffit de la diffuser lors d'une conférence de presse ou par la voie d'un communiqué de presse pour qu'elle produise toute son incidence à l'extérieur, le système d'actes et de contrôle juridictionnel prévu dans les traités serait gravement compromis s'il n'était pas possible de contrôler la légalité de cette mesure.* »³⁵. Il y a donc lieu de regretter que des considérations analogues n'aient pas conduit à la conclusion qu'une déclaration de

³⁰ Voir D. Simon, « Mécanisme européen de stabilité », Europe n° 11, Novembre 2016, comm. 431.

³¹ Voir l'arrêt du 26.2.2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, pt 29.

³² Pt 24.

³³ Pt 87.

³⁴ Pt 88.

³⁵ P 89.

l'Eurogroupe constitue également un acte destiné à produire des effets juridiques à l'égard des tiers.

Il s'ensuit qu'il n'est guère garanti que les mécanismes financiers développés, ces dernières années, à la marge de l'architecture de l'Union, soient encadrés par l'*acquis communautaire*. Ainsi, si certaines règles protectrices ont été affichées dans le *two-pack* comportant les Règlements n° 472/2013 et 473/2013³⁶, les institutions européennes ne paraissent pas toujours s'être suffisamment préoccupées –ni effectivement contrôlées à ce propos– de la sauvegarde procédurale et substantielle des droits fondamentaux. Or, ces institutions ne sont pas censées pouvoir échapper de quiconque manière au respect du droit primaire de l'Union et, notamment, de la Charte³⁷.

A cet égard, la Cour de justice aurait dû assurer un encadrement juridique effectif des nouveaux pouvoirs reconnus aux États membres et aux organes de l'Union, ainsi que des mesures d'austérité adoptées pour juguler la crise. En tous cas, elle aurait dû ne pas consentir à l'amollissement normatif des traités, mais adopter un point de vue plus constitutionnel et mettre en exergue le caractère exceptionnel de ces pouvoirs et mesures, ainsi que la nécessité que leurs répercussions sur les droits fondamentaux des citoyens européens soient temporaires. Toutefois, la Cour de justice a fait preuve d'une autolimitation inconditionnée à l'égard des choix intergouvernementaux, de sorte qu'on doute de sa capacité d'agir en tant qu'une cour constitutionnelle chargée de la tâche de préserver la survivance de la communauté de droit que sa propre jurisprudence avait souhaitée. Il s'agit sans doute d'une attitude institutionnelle perplexe dont l'autre côté est la rigueur du comportement de la Cour de justice à l'égard des juges nationaux et des citoyens européens.

II. La communication inflexible du droit de l'Union

³⁶ Voir les références à l'art. 28 de la Charte, dans les Règlements n° 472/2013 et 473/2013 du *two-pack*, datant du 21 mai 2013.

³⁷ Voir F. Fines, « L'atteinte aux droits fondamentaux était-elle le prix du sauvetage de la zone Euro ? », in R. Tinière et Cl. Vial (sld.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 195 s., not. pp. 208-211.

Dans le cadre du pluralisme constitutionnel qui domine actuellement l'édifice européen, une gestion jurisprudentielle de la crise de la zone Euro à tendance sincèrement constitutionnelle devrait assurer avant tout le bon fonctionnement du dialogue des juges. Par ailleurs, une telle approche suggérerait d'offrir aux sujets de droit une protection juridictionnelle substantielle et d'éviter le rejet systématique des voies de droit comme irrecevables. Toutefois, d'une part, la Cour de justice n'a pas fait preuve d'empathie envers les juges nationaux (A). D'autre part, elle a pris une certaine distance à l'égard des citoyens européens (B).

A. Le manque d'empathie institutionnelle à l'égard des juges nationaux

Dans le cadre du renvoi préjudiciel prévu par l'art. 267 TFUE, la Cour de justice n'a pas cherché à s'exprimer en temps utile sur la compatibilité des mesures adoptées pour juguler la crise, du moins lorsque les questions préjudicielles en cause provenaient des États membres débiteurs et concernaient les mécanismes intergouvernementaux. Ainsi, elle ne s'est montrée aucunement disposée à passer outre l'irrecevabilité d'une série de questions préjudicielles provenant du *Tribunal do Trabalho do Porto*³⁸ et du *Juzgado de lo Social n° 23 de Madrid*³⁹ pour solliciter le contrôle de la compatibilité des mesures d'austérité avec les exigences du droit de l'Union et, notamment, de la Charte⁴⁰.

Certes, d'un point de vue formaliste, ces arrêts de la Cour de justice ne sauraient être contestés, étant donné qu'il n'était guère établi que les affaires au principal entrent vraiment dans le champ d'application du droit de l'Union. Or, si l'on étudie la jurisprudence de la Cour de justice, on peut constater que l'opportunité d'éclairer l'interprétation demandée des règles et principes du droit de l'Union l'a, à plusieurs reprises, empiété sur l'approche formaliste centrée sur la recevabilité des questions préjudicielles. D'ailleurs, dans l'affaire *Gauweiler* précitée, la Cour a consciemment passé outre les questions d'irrecevabilité soulevées à l'égard du renvoi préjudiciel provenant de la Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne. D'un côté,

³⁸ Voir les ordonnances de la Cour, du 7 mars 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*, et du 26 juin 2014, C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*.

³⁹ Voir l'arrêt de la Cour de justice, du 5 février 2015, C-117/14, *Nisttahuz Poclava*.

⁴⁰ Cf. l'ordonnance de la Cour de justice, du 15 novembre 2012, C-369/12, *Corpul Național al Polițiștilor*.

elle a jugé que ce renvoi était recevable, bien que la question préjudicielle n'ait pas visé à provoquer un contrôle d'unionité proprement dit dans le cadre de l'article 267 TFUE, mais se soit inscrit dans le cadre d'une jurisprudence nationale (dite *Honeywell*) dont la conformité avec le droit de l'Union n'est guère évidente, car elle préconise le contrôle de constitutionnalité de l'action des organes de l'Union ayant transgressé les traités européens (*ultra vires*)⁴¹. Dans le cadre de cette jurisprudence, au lieu de s'incliner devant l'autorité de la chose interprétée de l'arrêt de la Cour de justice, le juge national, avant de se prononcer sur la constitutionnalité de l'action d'un organe de l'Union, offre simplement à la Cour de justice la possibilité de s'exprimer sur cette action. De l'autre côté, dans l'affaire *Gauweiler* précitée, le renvoi préjudiciel concernait un communiqué de presse de la BCE, cette dernière n'ayant pas adopté, jusqu'à ce moment là, la moindre mesure susceptible d'influencer directement les droits conférés par le droit de l'Union aux requérants au principal.

Par ailleurs, le récent arrêt *Gutiérrez Naranjo*⁴² a montré la persistance du manque d'empathie institutionnelle de la Cour de justice à l'égard des juridictions des États membres débiteurs. Dans cette affaire, qui portait sur la compatibilité avec le droit de l'Union de la jurisprudence du *Tribunal Supremo* (Cour suprême) d'Espagne, la Cour de justice a jugé que l'article 6, par. 1, de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une jurisprudence nationale qui limite dans le temps les effets restitutoires, liés à la déclaration judiciaire du caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, aux seules sommes indûment versées en application d'une telle clause postérieurement au prononcé de la décision ayant judiciairement constaté ce caractère abusif. Or, la cour suprême nationale avait, en l'occurrence, fondé la limitation dans le temps des effets de son arrêt sur les enjeux macroéconomiques pour le système bancaire d'Espagne déjà fragilisé.

⁴¹ Voir, à cet égard, les conclusions, du 14 janvier 2015, de l'Avocat Général P. Cruz Villalón, pts 30 s.

⁴² Voir l'arrêt du 21 décembre 2016, C-154/15.

Cette attitude de la Cour de justice à l'égard des juges nationaux a rendu moins attrayant le recours au dialogue des juges⁴³, du moins pour les juges provenant des États membres débiteurs. Ainsi, en Grèce, le Conseil d'État n'a pas voulu renvoyer devant la Cour de justice la question de la validité de la décision n° 2010/320/UE du Conseil européen dictant les mesures du *MoU I*⁴⁴. Dans ce cas, la préoccupation majeure de la haute juridiction administrative de ne mettre aucunement en question la validité du mécanisme d'aide financier au pays l'a emporté sur ses obligations découlant du droit de l'Union. En effet, le Conseil d'État de Grèce, sans poser une question préjudicielle auprès de la Cour de justice, a procédé, par voie d'exception, au contrôle de constitutionnalité des mesures adoptées par la loi n° 3485/2010, bien que celles-ci aient déjà été prévues dans la décision n° 2010/320/UE du Conseil, postérieure à la mise en vigueur de la loi susmentionnée mais bien antérieure aux actes de son application attaqués sur recours pour excès de pouvoir. Ceci étant, le juge national a passé outre les exigences de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle, avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une disposition nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'un acte de droit dérivé de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de cet acte, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité dudit acte et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel⁴⁵. Or, plus récemment, dans le cadre de l'affaire de la restructuration de la dette privée grecque en 2012, le Conseil d'État grec a également évité de renvoyer devant la Cour de justice la question de savoir si la conversion « obligatoirement volontaire » des obligations par lesquelles l'État grec avait payé certains de ses fournisseurs était compatible avec la directive 2000/35/CE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions

⁴³ Sur les vicissitudes que présente ce dialogue depuis quelque temps, voir C. Yannakopoulos, « Un 'dialogue vivant' des juges hante le droit européen ! », (Symvoulio tis Epikrateias [Conseil d'État de Grèce], 19 octobre 2016, n° 1992/2016 et n° 1993/2016 [2^{ème} section du contentieux], www.ste.gr), in E. Saulnier-Cassia (sld.), Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne, RTDEur 1/2017 (à paraître).

⁴⁴ Voir C. Yannakopoulos, « Le juge national, le droit de l'Union européenne et la crise financière » (Symvoulio tis Epikrateias [Conseil d'État de Grèce], 4 novembre 2011, n° 3470/2011[Ass.] et 20 février 2012, n° 668/2012 [Ass.]), in E. Saulnier-Cassia (sld.), Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne, RTDEur 1/2013, p. 147 s..

⁴⁵ Voir l'arrêt du 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, Melki et Abdeli, pt 56.

commerciales⁴⁶. A l’instar du Conseil d’État grec, le Tribunal constitutionnel du Portugal⁴⁷ et d’autres juges nationaux ont aussi préféré se borner au seul contrôle de la constitutionnalité des mesures adoptées pour juguler la crise, bien que ce contrôle ne puisse pas être efficacement invoqué à l’égard de la troïka, instance qui impose, en réalité, ces mesures aux parlements et aux pouvoirs exécutifs nationaux. En effet, le découragement du juge national à assumer pleinement et en temps utile son rôle de juge de droit commun du droit de l’Union a contribué à ce que cette crise de la zone Euro, une crise essentiellement européenne, ait été, paradoxalement, encadrée *a minima* par le droit de l’Union.

Cette conclusion n’est pas remise en question du fait que, dans le cadre de l’affaire pendante C-258/14, *Florescu*, l’Avocat Général Y. Bot a considéré, dans ses conclusions du 21 décembre 2016, que sont recevables les nombreuses questions préjudicielles portant sur la conformité avec le droit de l’Union et notamment avec la Charte des mesures adoptées en 2009 pour la Roumanie au titre de l’article 143 TFUE. Cette affaire, sur laquelle la Cour de justice ne s’est pas encore prononcée, ne concerne pas la zone Euro, car l’article 143 TFUE s’applique en cas de difficultés ou de menace grave de difficultés dans la balance des paiements d’un État membre faisant l’objet d’une dérogation. Qui plus est, l’arrêt de la Cour de justice interviendra dans une époque où tant sa propre jurisprudence que les jurisprudences nationales garantissent que les mécanismes formés pour faire face à la crise ne peuvent plus être remis en cause.

B. La prise de distance à l’égard des citoyens de l’Europe

Aux temps de crise de la zone Euro, l’accès efficace des citoyens européens à la Cour de justice est devenu très difficile. Tout d’abord, le dysfonctionnement du dialogue des juges a limité la perspective d’un renvoi préjudiciel par le juge national, d’autant plus qu’en égard à la redéfinition flexible du droit de l’Union toute argumentation fondée sur le droit de l’Union a progressivement perdu son prestige

⁴⁶ Voir C. Yannakopoulos, « Éviter le dialogue des juges ou le prix à payer pour le sauvetage de l’euro » (Symvoulío tis Epikrateias [Conseil d’État de Grèce], 28 janv. 2015, n° 238/2015 [Assemblée], www.ste.gr), in E. Saulnier-Cassia (sld.), *Jurisprudences nationales intéressant le droit de l’Union européenne*, RTDEur 1/2016, p. 146 s..

⁴⁷ Voir les arrêts n° 353/2012, 187/2013 et 413/2014 dudit Tribunal.

auprès des juridictions nationales. En même temps, le dépôt d'une plainte auprès de la Commission européenne n'est pas non plus efficace, du moment où la participation de cette dernière à la troïka l'a familiarisée plutôt au contournement qu'au respect du droit de l'Union et, en tout état de cause, a minimisé les probabilités que la Commission européenne considère finalement incompatibles avec le droit de l'Union les différents programmes d'assistance financière que la Commission européenne, elle-même, prépare. Enfin, les citoyens de l'Europe n'ont qu'à envisager de former un recours direct auprès du Tribunal de l'Union européenne, mais cette voie n'est pas non plus sans obstacles.

Le Tribunal, saisi par des requérants non privilégiés, a jugé irrecevables les deux recours en annulation à l'encontre des décisions 2010/320/UE et 2011/57/UE du Conseil adressées à la Grèce en vue de remédier à une situation de déficit excessif⁴⁸, un recours en annulation du règlement n° 407/2010 du Conseil établissant le Mécanisme Européen de Stabilisation Financière⁴⁹, ainsi qu'un recours en annulation à l'encontre de la décision 2012/153/UE de la BCE relative à l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou totalement garantis par la Grèce dans le cadre de l'offre d'échange d'obligations par cet État⁵⁰. Dans tous ces cas, le Tribunal a jugé avant tout que les requérants ne satisfaisaient pas à l'une des conditions de recevabilité posées par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, à savoir celle relative à l'affectation directe. Pour appréhender à quel point cette condition a été strictement appliquée, il est à noter que le Tribunal a considéré comme élément crucial que l'article 2, par. 1, sous f), de la décision 2010/320/UE, qui imposait pourtant à la République hellénique l'obligation d'atteindre un objectif budgétaire, à savoir économiser 1.500 millions d'euros par année (1.100 millions d'euros en 2010) par le biais de réduction des primes versées aux fonctionnaires, ne déterminait ni les modalités de cette réduction ni les catégories de fonctionnaires concernées, précisions qui étaient laissées à l'appréciation de la République hellénique⁵¹.

⁴⁸ Voir les ordonnances, du 27 novembre 2012, T-215/11, ADEDY e.a. / Conseil, et du 27 novembre 2012, T-541/10, ADEDY e.a. / Conseil.

⁴⁹ Voir l'ordonnance du Tribunal, du 15 juin 2011, T-259/10, Ax / Conseil.

⁵⁰ Voir l'ordonnance du 25 juin 2014, T-224/12, Accorinti e.a. / BCE.

⁵¹ Voir l'arrêt du 27 novembre 2012, T-541/10, ADEDY e.a. / Conseil, pts 69-72.

Par ailleurs, tant le Tribunal, notamment dans les affaires *Accorinti e.a. / BCE* et *Nausicaa Anadyomène et Banque d'escompte / BCE*⁵², que la Cour de justice, dans l'affaire *Ledra Advertising / Commission et BCE*⁵³, ont rejeté des recours en indemnisation formés à l'encontre des organes de l'Union, tels la BCE ou la Commission européenne, au motif que ces recours ne satisfaisaient pas aux conditions du bien-fondé de la responsabilité non contractuelle de l'Union, au sens de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, pour comportement illicite de ses institutions ou de ses organes. Plus particulièrement, lesdits recours ne satisfaisaient pas à la condition relative à l'existence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. A cet égard, il est à rappeler que la Cour de justice a jugé que, compte tenu de l'objectif consistant à assurer la stabilité du système bancaire dans la zone euro, et eu égard au risque imminent de pertes financières auquel les déposants auprès des deux banques concernées auraient été exposés en cas de faillite de ces dernières, les mesures litigieuses ne constituaient pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants. Elles ne sauraient, par conséquent, être considérées comme des restrictions injustifiées de ce droit⁵⁴. Qui plus est, le Tribunal a admis que les requérants ne pouvaient pas non plus prétendre avoir subi un préjudice anormal et spécial susceptible de justifier une responsabilité sans faute dans l'hypothèse où une telle responsabilité devrait néanmoins être reconnue⁵⁵. Ceci étant, il n'y a pas lieu d'attendre le succès des requérants grecs dans l'affaire pendante T-531/14, *Sotiropoulou e.a. / Conseil*, qui comporte une demande d'indemnisation, fondée sur l'article 268 TFUE, du préjudice causé du fait de la forte réduction de leurs pensions principales en application des mesures et interventions dans le système grec de retraites prévues par les dispositions d'une série de décisions du Conseil de l'Union européenne, à commencer par la décision 2010/320/UE jusqu'à la décision 2013/6/UE⁵⁶.

⁵² Voir l'arrêt du Tribunal, du 7 octobre 2015, T-79/13, *Accorinti e.a. / BCE*. Voir aussi l'ordonnance du Tribunal, du 5 octobre 2015, T-413/14, *Grigoriadis e.a. / Parlement e.a.*, et l'arrêt du Tribunal, du 24 janvier 2017, T-749/15, *Nausicaa Anadyomène et Banque d'escompte / BCE*.

⁵³ Voir l'arrêt du 20 septembre 2016, C-8 à C-10/15 P, *Ledra Advertising / Commission et BCE*.

⁵⁴ Voir l'arrêt du 20 septembre 2016, C-8 à C-10/15 P, *Ledra Advertising / Commission et BCE*, pts 64-76, not. pt 74.

⁵⁵ Voir l'arrêt du Tribunal, du 7 octobre 2015, T-79/13, *Accorinti*, pt 120.

⁵⁶ Voir les décisions 2010/320/UE du 8 juin 2010, 2010/486/UE du 7 septembre 2010, 2011/57/UE du 20 décembre 2010, 2011/257/UE du 7 mars 2011, 2011/734/UE du 12 juillet 2011, 2011/791/UE du 8 novembre 2011, 2012/211/UE du 13 mars 2012 et 2013/6/UE du 4 décembre 2012.

D'ailleurs, il convient de rappeler que les citoyens des États membres débiteurs n'ont pas à attendre un traitement différent de la part de la Cour de justice la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a reconnu une ample latitude aux États pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique notamment dans les temps de crise⁵⁷. Qui plus est, dans l'arrêt *Koufaki et Adedy c. Grèce*, les juges de Strasbourg sont allés même jusqu'à développer un raisonnement qui, à travers l'invocation du critère imprécis de l'exposition à des difficultés de subsistance incompatibles avec l'article 1 du Protocole no 1, rend l'examen du caractère nécessaire des mesures litigieuses superflu et ainsi anéantit, en réalité, le contrôle de proportionnalité⁵⁸.

Il s'ensuit que l'autolimitation des deux cours européennes à l'égard de la gestion politique de la crise dans la zone Euro ne facilite pas la protection juridictionnelle des citoyens de l'Europe touchés par cette crise. Qui plus est, cette autolimitation –qui parfois fonctionne comme un activisme à rebours– semble avoir contribué à la démythification progressive de l'eupéanisation du droit interne, eupéanisation qui avait été à l'origine considérée comme un facteur d'approfondissement de l'État de droit dans les différents ordres juridiques nationaux.

Conclusions

En répondant à la question de savoir si la Cour de justice est une institution d'avant-garde, son actuel Président, le professeur Koen Lenaerts, avait noté en 2014 que « *La Cour ne fuit pas ses responsabilités pour prendre des décisions qui ont un impact sociétal crucial dans des conditions d'évolution des sociétés. Mais elle ne le fera uniquement à condition de trouver un soutien suffisant dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres, les sources fondamentales du droit de l'Union et les considérations législatives. Ce qu'elle ne fera pas, c'est, seule et de sa propre initiative, en l'absence d'un consensus apparent au niveau de l'UE, de*

⁵⁷ Voir notamment les arrêts du 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, du 8 octobre 2013, *Da Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal*, du 1^{er} septembre 2015, *da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, et du 21 juillet 2016, *Mamatras et autres c. Grèce*.

⁵⁸ Voir les par. 46-49 de l'arrêt.

"sortir du bois" pour dire qu'il faudrait se diriger dans telle ou telle direction »⁵⁹. Ces propos précisent bien l'autolimitation requise de la Cour de justice. Cette dernière, en tant que tribunal international, comme, d'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, ne peut dire le droit que sur la base d'un consensus existant entre les États membres de l'organisation internationale en cause. Or, les mêmes propos ne disent rien de la charge qui pèse sur la Cour de justice de jouer le rôle de juge constitutionnel de l'Union. Ce rôle présuppose que la jurisprudence de la Cour, tout en faisant preuve d'une autolimitation nécessaire aux temps de crise, fasse sentir à tous les autres faiseurs du système, du moins à travers certains *obiter dicta*, que les juges de Luxembourg sont, à tout moment, prêts à défendre le « bois », si les États membres ou les organes de l'Union décident d'en sortir et d'y mettre le feu. Et ce « bois » n'est rien d'autre que la communauté de droit autonome qu'aspire devenir l'Union.

Le manque de puissance ou de volonté de la Cour de justice de jouer son rôle de juge constitutionnel de l'Union durant la crise de la zone Euro reproduit le sentiment d'une *déréglementation constitutionnelle* qui résulte de la combinaison du caractère indolore du contrôle de constitutionnalité des mesures adoptées afin de juguler la crise avec l'absence de contrôle systématique de la compatibilité desdites mesures avec le droit primaire de l'Union qui apparaît, à travers la jurisprudence de la Cour de justice, susceptible à intégrer quasiment tout compromis politique. Dans la mesure même où cet amollissement normatif des règles fondamentales n'est pas conçu comme exceptionnel et temporaire, le phénomène de *déréglementation constitutionnelle* dépasse la crise de la zone Euro, touche l'évolution et la perspective de l'unification européenne dans son ensemble et nourrit toute sorte d'euroscpticisme.

Certes, il a été déjà signalé, par son arrêt *Ledra Advertising / Commission et BCE*, la Cour de justice a fait un pas important, bien que tardif, en admettant l'obligation de la Commission européenne de veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord conclus par le MES. Or, on est loin d'être optimiste, car à propos d'une autre crise grave, la crise migratoire, par trois arrêts récents du 28

⁵⁹ Voir Koen Lenaerts, lors du Bridge Forum Dialogue, 16.1.2014, op.cit.

février 2017 qui concernent la « Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016 »⁶⁰, le Tribunal, en invoquant une jurisprudence formée à l'occasion de l'octroi d'une aide spéciale au Bangladesh en 1991⁶¹, a jugé que « *nonobstant les termes regrettamment ambigus de la déclaration UE-Turquie telle que diffusée au moyen du communiqué de presse n° 144/16, c'est en leur qualité de chefs d'État ou de gouvernement desdits États membres que les représentants de ces États membres ont rencontré le Premier ministre turc le 18 mars 2016 dans l'enceinte des locaux partagés par le Conseil européen et le Conseil, à savoir dans le bâtiment Justus Lipsius. À cet égard, la circonstance que le président du Conseil européen et celui de la Commission, non formellement conviés, aient été également présents lors de cette rencontre ne saurait permettre de considérer que, en raison de la présence de tous ces membres du Conseil européen, la réunion du 18 mars 2016 aurait eu lieu entre le Conseil européen et le Premier ministre turc.* »⁶². Ainsi, pour une fois encore, en considérant que ceci n'est pas l'Union, les juges de Luxembourg ont évité à s'immiscer –du moins en temps utile– à l'évolution d'une autre crise existentielle de l'Union. Ils l'ont fait de nouveau dans un arrêt encore plus récent de la Cour de justice, l'arrêt *X et X c. Belgique*⁶³, dans lequel ils ont refusé l'applicabilité du droit de l'Union, bien que l'Avocat Général P. Mengozzi ait signalé qu'en l'occurrence la consécration de la voie légale d'accès à la protection internationale qui résulte de l'article 25, par. 1, sous a), du code des visas n'était dictée par l'émotion mais elle était commandée par le droit de l'Union lui-même⁶⁴. C'est sans doute... « *La Trahison des images* » ou, pour paraphraser René Magritte, « *Ceci n'est pas une Cour de justice.* »⁶⁵.

⁶⁰ Voir les arrêts dans les affaires T-192/16, NF / Conseil européen, T-193/16, NG / Conseil européen, et T-257/16, NM / Conseil européen.

⁶¹ Voir l'arrêt de la Cour de justice, du 30 juin 1993, C-181/91 et C-248/91, Parlement/Conseil et Commission.

⁶² Voir les pts 66-67 de l'arrêt dans l'affaire T-192/16, NF / Conseil européen, précité.

⁶³ Voir l'arrêt du 7 mars 2017, C-638/16 PPU.

⁶⁴ Voir les conclusions du 7 février 2017, pt 175.

⁶⁵ En 1929, René Magritte a peint le tableau « *La Trahison des images* » (1928–29, huile sur toile, 59 × 65 cm ; Los Angeles County Museum of Art) qui représente une pipe, accompagnée de la légende suivante : « *Ceci n'est pas une pipe.* ».