

Positions idéologiques et réseaux politiques des membres de la Cour de Justice

La troisième partie de cet ouvrage est consacrée aux positions idéologiques des membres de la Cour concernant leur travail à Luxembourg et l'intégration européenne de manière générale. Avec quelles convictions abordent-ils leur tâche ? Peut-on établir une corrélation entre la composition de la juridiction et ses arrêts ? Apporter des réponses à cette question est très difficile en raison du secret du délibéré des juges. Espérer pouvoir étudier des arrêts précis en prenant pour appui les résultats de nos recherches biographiques est donc utopique. En nous appuyant sur les écrits et les parcours professionnels des hommes étudiés, nous montrerons tout de même que les dynamiques à l'intérieur de l'institution sont différentes en fonction des trois générations présentées dans la première partie.

Ensuite, nous nous intéresserons au réseau politique de l'organe judiciaire européen. Réunir en une partie l'analyse des positions idéologiques des juges et celle de leur réseau politique peut surprendre. Cela s'explique pourtant. Sur un point précis semble en effet dans l'ensemble de la vaste littérature consacrée à la Cour de Justice régner un large accord : la juridiction européenne est un acteur stratégique, sensible aux réactions des gouvernements à l'égard de son activité et soucieux de faire avancer la doctrine sans jamais aller *trop* loin, sans jamais aller jusqu'à risquer de soulever une contestation pouvant lui devenir dangereuse. Elle est donc habile dans la poursuite de sa ligne jurisprudentielle et dans celle de ses intérêts institutionnels. Le réseau des juges constitue dans cette démarche un atout considérable. Dans la partie précédente, nous avons mis en avant à quel point bénéficier d'un réseau politique est primordial pour arriver à Luxembourg pendant les premières décennies de l'existence de la juridiction européenne. Comment ces liens évoluent-ils ensuite ? Sont-ils nécessairement rompus, en raison du principe de l'indépendance ? Nous mettrons ici en exergue que la Cour de Justice n'est en ses débuts pas aussi isolée à Luxembourg que nous le croyions jusqu'à présent. Enfin, nous montrerons à l'aide d'un exemple concret, celui des négociations du protocole de Luxembourg, comment la Cour de Justice s'appuie à la fin des années 1960 sur son réseau politique dans le but de défendre à la fois sa vision idéologique de l'intégration européenne et ses intérêts institutionnels.

1. Ces juges et leurs arrêts

1.1 L'activité jurisprudentielle de la première génération de juges

La Cour de Justice de la CECA ne se fait pas remarquer par des arrêts faisant grand bruit. Elle se cantonne pour l'essentiel à une interprétation littérale du traité de Paris. Il faut dire que la première Cour est très peu sollicitée. Elle ne rend son premier jugement qu'en décembre 1954, c'est-à-dire deux ans après son inauguration. Pendant ses cinq ans d'existence comme organe judiciaire de la CECA, elle ne se prononce pas plus de vingt-sept fois. La plupart des affaires qui lui sont introduites consistent en des recours en annulation contre des décisions de la Haute Autorité.¹ Peu spectaculaires, ses arrêts ne retiennent guère l'attention. L'activité quelque peu timide de la pionnière est-elle due aux profils professionnels et aux positions idéologiques des premiers juges ?

Selon deux auteurs, la composition de la Cour de Justice de la CECA reflète parfaitement ses arrêts peu entreprenants. Pour le juriste Hjalte Rasmussen, la présence à la Cour de deux juges de carrière (Pilotti et Hammes) et d'un haut fonctionnaire (Van Kleffens du Ministère néerlandais des Affaires économiques) – c'est-à-dire de personnalités aux profils professionnels qu'il considère comme peu enclins à prendre d'importantes initiatives ou des risques (contrairement à des hommes politiques par exemple), est en corrélation avec la jurisprudence plutôt prudente de l'organe judiciaire.² S'ajoute à cela que le juge Otto Riese serait quant à lui, toujours selon Rasmussen, un adepte d'une interprétation littérale du traité, comme en témoignerait une de ses publications datant de 1966.³

Le politiste Antoine Vauchez met plutôt en avant les profils socioprofessionnels des juges non-juristes ou juristes-économistes de la Cour de Justice de la CECA pour argumenter que celle-ci n'est pas armée pour prononcer de grands principes juridiques. Il souligne qu'elle fait « la part belle aux économistes, aux syndicalistes et aux hauts fonctionnaires spécialisés en droit économique ». Puis il avance « qu'à l'exception du président de la Cour et des deux avocats généraux,

1 PENNERA Christian, « The Beginnings of the Court of Justice and its Role as a driving Force in European Integration », *op. cit.*, p. 122.

2 RASMUSSEN Hjalte, *On law and policy in the European Court of Justice*, *op. cit.*, pp. 219–220.

3 RIESE Otto, « Über den Rechtsschutz von Privatpersonen und Unternehmen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft », in VON CAEMMERER ERNST *et al.* (dir.) *Probleme des Europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1966, pp. 414–430. L'interprétation que donne Hjalte Rasmussen à ce texte n'est à notre avis pas évidente. On peut notamment relever qu'Otto Riese y salue (p. 419) le fait que la Cour de Justice ait en 1964 affirmé le principe de primauté du droit européen.

censés incarner la *ratio juris*, les six autres membres de la Cour ont au contraire été choisis – comme c’est le cas ordinairement dans les cours d’arbitrage – sur la base de leur compétence technique dans le domaine d’activité du traité (ici, l’économie) ». ⁴ C’est pour cette raison que la juridiction se cantonne pour l’essentiel « au rôle de cour économique spécialisée, chargée de juger les litiges d’un traité de commerce ». ⁵

L’hétérogénéité des parcours professionnels des membres de la première Cour peut donc donner lieu à des visions fort divergentes de l’institution. Alors que le premier auteur met dans son analyse au second rang le fait que la juridiction est en majorité composée de personnalités qui n’ont pas un profil « classique » de magistrat, le second réduit la part des « purs » juristes à son président et aux deux avocats généraux. Les deux portraits sont réducteurs. Nous rejoignons tout de même Antoine Vauchez sur l’idée du manque général de prestige de la Cour de Justice de la CECA qu’il semble souligner en la qualifiant d’« impossible Cour de Justice ». ⁶ Cette juridiction dont deux sur sept juges ne disposent pas de diplôme en droit et qui de surcroît commence son activité dans un contexte politique tout sauf favorable au supranationalisme (l’échec de la CED et de la CPE), peut-elle dans les années 1950 réellement prononcer des arrêts tonitruants ? Ne risque-t-elle pas de provoquer des critiques sur son manque de légitimité en s’engageant dans la voie d’ambitieux arrêts ?

Revenons aux positions idéologiques des juges. Que pensent-ils, au-delà de la question de savoir ce que le contexte politique, les intentions des négociateurs du traité de Paris et leur légitimité leur permettent de réaliser à Luxembourg, du rôle que la Cour doit idéalement jouer dans la première Communauté ? Leur interprétation littérale du traité est-elle voulue ou traduit-elle une certaine retenue ? L’argument de Hjalte Rasmussen est à nos yeux peu pertinent. On ne voit en effet pas pourquoi des magistrats des plus hautes cours des Etats membres ne seraient quasi-naturellement pas portés à voir en cette première Cour de Justice un organe d’un type nouveau, un organe de type supranational inédit, qui appelle à des méthodes d’interprétation dynamiques. Un argument antagoniste à celui de Rasmussen est d’ailleurs avancé par Antonin Cohen, qui affirme que la juridiction se serait engagée dans le processus de constitutionnalisation des traités européens bien avant les fameux arrêts de 1963 et 1964. Si ce processus n’est pas nécessairement visible sur le plan des arrêts de la Cour, il l’est toutefois dans l’« intense travail de catégorisation » dans lequel certains membres de la juridiction se lancent dès

4 VAUCHEZ Antoine, *L’Union par le droit*, op. cit., p. 76.

5 *Ibid.*, p. 76.

6 *Ibid.*, p. 76.

le début des années 1950 pour qualifier la première Communauté européenne de « fédération », le traité de « constitution » et sa Cour de Justice de « cour constitutionnelle ». ⁷ Pour mettre en relief ce travail de catégorisation, A. Cohen s'appuie sur des communications de conférences et des écrits de membres de la juridiction de la CECA. Il avance ensuite que si ceux-ci voient d'entrée dans la CECA une communauté « gouvernée par une règle de droit 'interne', et non 'internationale' », cela tient au fait que la plupart de ses membres sont surtout spécialisés en droit interne de leur pays respectif et non pas en droit international. ⁸ Pour Antonin Cohen, les hauts magistrats de la Cour de Justice de la CECA sont les premiers à justement ne pas voir en leur juridiction une cour dont l'audace jurisprudentielle doit être limitée, semblable à celle des cours internationales classiques.

Que pense alors la première génération de juges ? En réalité, nous n'en savons pas grand-chose. La plupart des premiers membres de la Cour ne s'expriment pas publiquement sur la question. Les exemples sur lesquels se repose Antonin Cohen sont essentiellement tirés d'écrits de Maurice Lagrange. L'avocat général défend effectivement très tôt une vision d'une Cour au rôle large, surtout dans ses publications, mais également dans certaines de ses conclusions en tant qu'avocat général. ⁹ En 1954, il interroge dans un article s'il n'est « pas clair que, dans la mesure où la Communauté européenne du charbon et de l'acier est un embryon d'une organisation fédérale, la Cour de justice apparaît elle-même comme l'embryon d'une véritable Cour fédérale ? ». ¹⁰ Cependant, la vision de Lagrange n'est pas nécessairement partagée par les autres membres de la juridiction et notamment par ceux qui y prennent les décisions, c'est-à-dire les juges. À part Adrianus Van Kleffens, qui explique dans un article de 1953 qu'il conçoit la CECA comme une fédération fonctionnelle dont le traité est la constitution, les premiers membres de la Cour n'expriment pas leur vision de l'institution. ¹¹ Nos recherches n'ont permis d'identifier aucune publication de

7 COHEN Antonin, « Dix personnages majestueux en longue robe amarante », *op. cit.*

8 *Ibid.*, p. 245.

9 RASMUSSEN Morten, « Establishing a Constitutional Practice of European Law. The history of the Legal Service of the European Executive, 1952-65 », *op. cit.*, pp. 379–380.

10 LAGRANGE Maurice, « La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 80, n° 2, 1954, pp. 434–435, cité in COHEN Antonin, « Dix personnages majestueux en longue robe amarante », *op. cit.*, p. 242.

11 Voir VAN KLEFFENS Adrianus « La fédération fonctionnelle et l'expansion de sa juridiction », *Bulletin trimestriel de la société belge d'étude et d'expansion*, 157, 1953, p. 789 cité in COHEN Antonin, « Dix personnages majestueux en longue robe amarante », *op. cit.*, p. 243.

Massimo Pilotti, d'Otto Riese, de Jacques Rueff, de Petrus Serrarens ou de Charles-Léon Hammes permettant de connaître leur perception du rôle que la Cour de Justice doit jouer au sein de la première Communauté. Quant à ce dernier, il rejette en 1966, donc même après les arrêts « révolutionnaires », l'idée de considérer la Cour de Justice comme une juridiction fédérale ou constitutionnelle. Nous reviendrons sur ce point. Le juge Jacques Rueff ne semble lui non plus pas partager la vision constitutionnelle de la première juridiction européenne. Selon Christopher Chivvis, l'auteur d'une biographie du Français, Rueff est persuadé de l'importance de la construction européenne de laquelle découlent d'évidents intérêts économiques, mais il n'est pas un adepte d'une Europe se substituant aux Etats.¹²

Louis Delvaux affirme dans un ouvrage de 1956 que l'on peut « considérer [la Cour de Justice] comme l'embryon d'une Cour fédérale ».¹³ On pourrait voir dans cette affirmation une indication du fait que le juge belge est prêt à proposer une lecture audacieuse du traité. Cependant, même si cela est le cas, sa vision a peu de chances d'être déterminante dans les arrêts de la juridiction. Selon une note établie à son sujet par l'administration allemande, Delvaux est en effet particulièrement aimable et n'arrive pas à s'imposer à la juridiction.¹⁴

Le juge Serrarens est quant à lui selon nos recherches biographiques un véritable champion du fédéralisme. Pour lui aussi se pose toutefois la question de sa capacité d'influencer les aspects strictement juridiques des arrêts de la Cour, étant donné qu'il n'est pas juriste. Selon une source allemande rapportant des informations communiquées par le juge Otto Riese, Serrarens se rallie en raison de son manque de compétences en droit souvent à la position de son compatriote Van Kleffens. L'Allemand ne manque d'ailleurs pas de voir en cela un certain danger.¹⁵ Si la Cour de Justice de la CECA compte donc effectivement des fédéralistes disposés à faire jouer à leur institution un rôle de cour suprême naissante, ceux-ci sont en minorité et ne jouissent pas de l'autorité

12 CHIVVIS Christopher S., *The monetary conservative. Jacques Rueff and twentieth-century free market thought*, op. cit., pp. 142–143.

13 DELVAUX Louis, *La Cour de Justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Exposé sommaire des principes, organisation, compétence, procédure, le droit en vigueur dans la communauté*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, p. 11. Cette citation est également relevée dans BOERGER Anne, RASMUSSEN Morten, « Transforming European Law : The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993 », *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n° 2, 2014, p. 207. Selon ces deux auteurs, Louis Delvaux est ouvertement en faveur d'une interprétation fédérale de la nature de la CECA.

14 PAAA, B20-200, Bd. 420, Notice biographique de Louis Delvaux.

15 PAAA, B20-200, Bd. 28, Aufzeichnung, Betr.: Neuwahl der Richter und des Präsidenten des Gerichtshofes, 18 mars 1957.

nécessaire pour amener le collège de juges à une lecture dynamique du traité de Paris. Comme l'a montré l'historien Morten Rasmussen, la Cour refuse d'ailleurs de prendre la voie d'une interprétation téléologique du traité de Paris malgré le fait que le service juridique de la Haute Autorité l'incite dès la première moitié des années 1950 à aller au-delà d'une interprétation littérale de l'accord.¹⁶

1.2 La composition de la Cour de Justice à son heure « révolutionnaire »

Qu'en est-il de la génération qui décide de rompre la ligne jurisprudentielle ? L'adoption de la pratique constitutionnelle du traité de Rome est-elle liée à des changements intervenus dans la composition de la Cour de Justice entre 1958 et 1963 ? Grâce aux recherches de l'historien Morten Rasmussen et du politiste Antoine Vauchez, nous disposons aujourd'hui d'un témoignage oral concernant les dispositions selon lesquelles le premier arrêt « révolutionnaire » est décidé à la Cour. L'ancien référendaire du juge italien Alberto Trabucchi leur a en effet révélé que le vote a été décidé à quatre contre trois. Tandis que les juges Otto Riese, Charles-Léon Hammes et Andreas Donner se sont exprimés contre l'idée d'attribuer à l'article 12 du traité de Rome un effet direct, les juges Alberto Trabucchi, Robert Lecourt, Louis Delvaux et Rino Rossi se sont exprimés en faveur de l'effet direct.¹⁷

Dans son « histoire de l'arrêt *Van Gend en Loos* », Morten Rasmussen retrace la naissance de ce jugement, dans lequel le juge Charles-Léon Hammes figure comme rapporteur.¹⁸ Dans le projet d'arrêt qu'il soumet à ses homologues, il conclut que la Cour doit répondre par la négative à la question préjudicielle qui lui est soumise. Les juges Robert Lecourt et Alberto Trabucchi ne sont pas d'accord avec cette solution et proposent chacun un mémorandum argumentant en faveur de l'effet direct. C'est finalement l'avis de ces deux derniers qui l'emporte et fait aller les juges à l'encontre de l'avocat général Karl Roemer, qui rejette lui aussi l'idée de l'effet direct de l'article 12 du traité. Lecourt réussit à convaincre le Belge Louis Delvaux, tandis que Trabucchi réussit à rallier son compatriote Rino Rossi.

16 RASMUSSEN Morten, « Establishing a Constitutional Practice of European Law. The history of the Legal Service of the European Executive, 1952-65 », *op. cit.* ; *id.*, « The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice », *op. cit.*

17 *Ibid.* et VAUCHEZ Antoine, « The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity », *op. cit.*

18 RASMUSSEN Morten, « Revolutionizing European Law », *op. cit.*

La Cour de Justice est donc en 1963 divisée à l'idée de s'engager sur la voie de la pratique constitutionnelle des traités et il semble que les deux derniers juges arrivés à Luxembourg (en 1962), c'est-à-dire Robert Lecourt et Alberto Trabucchi, jouent un rôle déterminant dans ce que M. Rasmussen appelle le basculement de la « balance constitutionnelle » à l'intérieur de la juridiction. En ce qui concerne Lecourt, on peut penser que son long parcours en faveur de l'intégration européenne y est pour quelque chose. Pour le second, il semblerait que sa spécialisation en droit privé l'ait amené à voter en faveur de l'effet direct. Comme le souligne Rasmussen, son mémorandum insiste en effet sur le besoin d'assurer la sécurité juridique des citoyens des Etats membres de manière uniforme.¹⁹

Un an et demi après *Van Gend en Loos* tombe *Costa contre ENEL*, l'arrêt dans lequel les juges affirment que le droit européen doit primer sur les droits nationaux. Ici, comme pour tous les autres jugements de la Cour de Justice, aucune information sur le vote des juges n'est publiquement connue. Sans courir un grand risque, nous pouvons suggérer que le juge rapporteur Robert Lecourt, qui a alors déjà à de multiples reprises souligné le besoin d'unification des législations des pays européens,²⁰ approuve cette décision. Il va en 1965 jusqu'à affirmer que « l'avenir de l'Europe pouvait dépendre » de la solution donnée par la Cour de Justice en ce qui concerne la question de l'autorité de la loi commune sur la loi nationale. Refuser la priorité du texte communautaire, c'est admettre la possibilité pour les tribunaux nationaux de préférer la loi nationale et donc permettre à un simple règlement national de vider les traités de leur substance.²¹

Le juge Alberto Trabucchi recommande pendant l'affaire *Van Gend en Loos*, au cours de laquelle la question de la primauté du droit européen se pose déjà à l'intérieur de l'institution, à la Cour de ne pas s'aventurer aussi loin dans cette affaire.²² L'année 1964 est-elle à ses yeux la bonne pour franchir ce pas ? Ainsi que le met en relief Antoine Vauchez, Trabucchi souligne en tout cas au lendemain du premier arrêt « cardinal » dans son article « *Un nuovo diritto* » le

19 *Ibid.*, p. 148 et p. 154.

20 Voir notamment LECOURT Robert, CHEVALLIER Roger-Michel, « Chances et malchances de l'harmonisation des législations européennes », *Recueil Dalloz*, n° 43, Chronique XLII, 1963, pp. 273–281 et LECOURT Robert, « L'unification du droit européen est aussi un moyen de construire l'Europe », *France-Forum*, avril 1963. Nous remercions l'historien Morten Rasmussen de nous avoir fourni une copie de cet article.

21 LECOURT Robert, « La dynamique judiciaire dans l'édification de l'Europe », *France-Forum*, n° 64, mai 1965, p. 22.

22 RASMUSSEN Morten, « Revolutionizing European Law », *op. cit.*, p. 154.

« sérieux problème de la coexistence du droit national et du droit communautaire ». ²³

En ce qui concerne les autres juges, leur position est plus difficile à évaluer. Aucun écrit de l'Italien Rino Rossi au sujet du droit européen n'a pu être identifié dans le cadre de nos recherches. Le juge Walter Strauss, qui rejoint la juridiction immédiatement après l'arrêt *Van Gend en Loos*, s'exprime en 1959 de manière positive envers l'harmonisation des législations des six pays fondateurs des Communautés européennes. Il souligne également qu'un rôle de premier plan incomberait à cet égard à la Cour de Justice des Communautés et qu'il faudrait éventuellement songer à élargir ses compétences. ²⁴ Dans aucun de ses écrits des années 1950 ou 1960, il n'adresse cependant la question de la primauté du droit européen.

Le juge Andreas Donner aborde le sujet par le biais de publications, et la différence de ton et d'approche avec les affirmations de Robert Lecourt est frappante. Sans surprise, il souligne lui aussi que la question du conflit du droit européen et des droits nationaux est centrale dans le processus d'intégration. Cependant, il n'identifie point en l'établissement de la primauté un élément aussi « vital » pour la survie du projet de construction européenne que Lecourt. Donner met par exemple en 1966 en avant sa compréhension envers le drame de conscience que la question de la primauté du droit peut causer auprès du juge national, qui naturellement souhaite « demeurer maître de son propre ordre juridique, [...] fruit d'une évolution séculaire ». ²⁵ Il écrit ainsi ne « reprocher à personne de redouter de voir la reconnaissance de la primauté des règles internationales ou supranationales aboutir à une démission de la maîtrise de son propre sort ». ²⁶ Il ne cache d'ailleurs pas que lui-même, en 1951, s'est dans le cadre des débats néerlandais concernant la primauté du droit international exprimé *contre* l'idée d'introduire dans la constitution le principe de primauté du droit international. ²⁷ Donner, qui est professeur de droit public et adminis-

23 TRABUCCHI Alberto, « Un nuovo diritto », *Rivista di diritto civile*, vol. 9, 1963 cité in VAUCHEZ Antoine, « The transnational politics of judicialization », *op. cit.*, p. 16.

24 STRAUSS Walter, « Fragen der Rechtsangleichung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften », *Schriften des Instituts für Ausländisches Internationales Wirtschaftsrecht*, tome 9, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1959, p. 19.

25 DONNER Andreas *et al.*, *Le juge national et le droit communautaire*, Bruxelles, F. Larcier, 1966, p. 12.

26 *Ibid.*, p. 12.

27 *Ibid.*, p. 12. L'opposition de Donner à l'introduction d'un article accordant la primauté au droit international dans la constitution néerlandaise a récemment été mise en lumière par l'historienne VAN LEEUWEN Karin, « On Democratic Concerns and Legal Traditions. The Dutch 1953 and 1956 Constitutional Reforms 'Towards' Europe », *Contemporary European History*, vol. 21, n° 3, 2012, pp. 368–369.

tratif avant d'arriver à la Cour de Justice, semble donc pendant les années 1960 beaucoup plus prudent en ce qui concerne la question de savoir si le droit européen, nouveau et ne s'inscrivant pas dans une tradition, culture et évolution juridique séculaires, peut en toute légitimité prétendre se superposer aux droits nationaux.

On constate chez Donner également une approche plus pragmatique du rôle de la Cour de Justice et de l'ordre juridique des Communautés que celle du juge Robert Lecourt. Alors que ce dernier commence l'article dont est tirée la citation proposée ci-dessus en soulignant le « rôle unificateur » que les rédacteurs des traités ont eu en tête pour la Cour de Justice dans le but de créer une « union sans cesse plus étroite entre les peuples européens », ²⁸ Donner commence le cours qu'il dispense en 1965 à l'Académie de droit international de La Haye de la manière suivante : « La structure juridique et constitutionnelle des Communautés doit être appréciée en fonction des responsabilités et missions que les traités leur ont conférées. J'envisage moins ici les visées lointaines des traités européens que l'objet concret défini par leurs textes mêmes. Or, cet objet, c'est essentiellement la création d'un marché commun ». ²⁹

On observe cette même vision plus pragmatique chez le juge Charles-Léon Hammes. Dans un article publié en 1966 et consacré aux « caractères essentiels de la Cour de Justice », celui qui préside alors la juridiction européenne s'intéresse à la question de savoir si la Cour peut être considérée comme une cour constitutionnelle ou fédérale. ³⁰ Etant donné qu'il n'adhère pas à l'idée de voir dans les objectifs des traités et leur philosophie des traits constitutionnels, il répond par la négative. Il écrit ainsi qu'au sens strict et formel, « les dispositions des traités ne répondent pas entièrement aux critères de stabilité et d'élaboration particulière que l'on applique à des règles légales prééminentes considérées comme "Constitution" » (*sic*). Par conséquent, « faute d'un caractère constitutionnel des règles qu'elle applique, la Cour n'est pas à considérer comme une juridiction constitutionnelle ». ³¹ Hammes répond également par la négative à la question de savoir si la Cour peut être considérée comme une juridiction fédérale, entre autres parce que : « en reconnaissant un caractère fédéral au sens

28 Préambule du traité de Rome.

29 DONNER Andreas, « Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes et les tribunaux internes », in Académie de droit international de La Haye, *Recueil des cours*, 1965-II, 115, Leyde, Sijthoff, 1965, p. 5.

30 HAMMES Charles-Léon, « Les caractères essentiels de la nature de la Cour de Justice des Communautés européennes », in *Bulletin du Cercle François Laurent*, vol. 3, n° 1, 1966, pp. 3-14.

31 *Ibid.*, pp. 11-12.

généralement accepté de ce terme, on donnerait à la juridiction communautaire une prééminence assortie d'une priorité sur toutes les juridictions nationales. Or, tel n'est pas le cas, et à défaut d'attribution de compétences expresses, la Cour de Justice cède le pas aux juges nationaux, même dans des questions d'application des traités et même dans certaines questions d'interprétation ». ³²

Tout cela ne nous indique évidemment pas qui a pu soutenir ou non l'idée de poser le principe de primauté du droit européen en 1964. Mais cela corrobore ce que M. Rasmussen et A. Vauchez mettent en avant dans leurs travaux sur l'arrêt *Van Gend en Loos*. La génération des arrêts fondateurs n'est pas aussi unanimement acquise à l'idée de la « constitutionnalisation » que nous le croyions. Des divisions sur le rôle de la Cour de Justice dans le processus d'intégration européenne et en particulier la question de savoir s'il faut s'en tenir à ce que disent les traités ou s'il faut également prendre en compte son esprit et son but à long terme règnent à Luxembourg dans la première moitié des années 1960. L'approche téléologique et constitutionnelle fait l'objet de débats et c'est peut-être pour cette raison que la Cour de Justice reste, l'arrêt *Lütticke* de 1966 mis à part (effet direct de l'article 95 du traité), plus discrète sur le plan des grands principes juridiques pendant les années qui suivent ses deux jugements fondateurs.

En n'occultant pas que des divisions en ce qui concerne l'interprétation téléologique persistent éventuellement par la suite, les historiens Morten Rasmussen et Bill Davies affirment que la véritable rupture dans la ligne idéologique de la Cour de Justice n'intervient qu'en 1967, sous celle que nous avons identifiée comme la « troisième génération » de membres de la juridiction, qui voit entrer dans la Cour deux pro-européens de longue date et qui propulse Robert Lecourt à la présidence. ³³ L'approche biographique confirme cette analyse.

1.3 La Cour d'après 1967 : la véritable « révolutionnaire » ?

1.3.1 Le changement à la présidence

À partir de 1967, la Cour de Justice a à sa tête un homme qui est convaincu qu'il revient aux juges européens de jouer un rôle actif dans la création de l'« union sans cesse plus étroite des peuples européens », l'objectif à atteindre selon le préambule du traité de Rome. Pour permettre à l'institution d'occuper une place de poids dans le projet de construction européenne, une chose est évidente : elle doit réussir à rallier à sa cause les juridictions nationales. Sans leur soutien,

³² *Ibid.*, p. 12.

³³ DAVIES Bill, RASMUSSEN Morten, « From International Law to a European Rechtsgemeinschaft », *op. cit.*

notamment leur acceptation du principe de primauté du droit européen et leur volonté de se tourner, via le mécanisme des renvois préjudiciels, vers la Cour de Luxembourg lorsqu'il s'agit d'interpréter le traité, les ambitions de cette dernière ne peuvent se réaliser. Rapidement après son élection, le président Lecourt développe donc une stratégie de communication, une véritable « opération séduction » pour convaincre les juges nationaux à la mise en œuvre du droit communautaire en utilisant la procédure des renvois préjudiciels.

En 1968, Lecourt obtient du Conseil des Ministres l'allocation d'un budget permanent afin de permettre à la Cour d'organiser dans ses locaux l'accueil régulier de magistrats nationaux des pays membres des Communautés.³⁴ Sous sa présidence, qui dure jusqu'en 1976, d'innombrables juges des six puis neuf Etats membres sont ainsi invités à visiter la Cour de Justice à Luxembourg afin de mieux connaître l'institution vers laquelle ils peuvent se tourner pour l'interprétation des traités. L'effort réalisé vis-à-vis des magistrats nationaux pour, comme le dit le juge Trabucchi lors d'une de ces visites, se « comprendre et ainsi dépasser les divergences qui rendent moins facile la marche sur le chemin de l'unité à laquelle tend forcément la vie communautaire », est considérable.³⁵ En 1968, la Cour rassemble à son siège cent-onze magistrats des Etats membres, parmi lesquels trente-cinq appartenant aux juridictions suprêmes. Dix-neuf magistrats accomplissent quant à eux des stages d'une semaine à Luxembourg.³⁶

Si l'on croit le chiffre que Robert Lecourt avance lui-même en 1976, près de 2.500 magistrats participent sous sa présidence à de telles rencontres.³⁷ Les mêmes activités sont proposées aux avocats, ainsi qu'aux directeurs de revues de droit. Les juges européens eux-mêmes se rendent d'ailleurs auprès des juridictions des Etats membres. Ainsi Lecourt visite-t-il le 9 février 1970 le Palais de Justice de Paris et y tient un discours sur le droit communautaire, son effet direct et sa prééminence.³⁸ Pour les juges européens, l'enjeu de ces rencontres est de taille. Chaque magistrat national peut à un moment ou un autre être saisi d'une question d'interprétation du traité. Mieux il connaît celle qui doit assurer cette

34 LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 274–275. Ce genre de visite existe cependant déjà avant son accès à la présidence. En juin 1967, Lecourt mentionne dans le cadre d'une de ces réunions qu'une rencontre avec les Conseils d'Etat et les Cours de cassation a eu lieu deux ans plus tôt.

35 AN/F, 19950411, 206, Visite de la Cour de Justice des Communautés européennes de magistrats des 6 pays de la Communauté, 1er et 2 juin 1967, Allocution de Monsieur le Président de Chambre Trabucchi.

36 AN/F, 19950411, 206, Aperçu des travaux de la Cour de Justice des Communautés européennes en 1968.

37 LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, *op. cit.*, p. 275.

38 AN/F, 19950411, 206, Remerciements invitation de la Cour à la Magistrature française.

interprétation, plus facilement il peut être amené à lui confier une question préjudicielle (article 177 CEE).

Le président crée à la Cour de Justice également un service de documentation afin de rassembler les jugements prononcés par les tribunaux nationaux en matière de droit communautaire et de travailler sur la diffusion des arrêts de la Cour de Justice des Communautés.³⁹ Les juges eux-mêmes, ainsi que les avocats généraux, sont par ailleurs fortement encouragés à promouvoir leur institution et le développement du droit communautaire par le biais de publications et de communications dans le cadre de conférences.⁴⁰ Puis, les membres de la Cour continuent leurs visites auprès des gouvernements des Etats membres. Selon un référendaire du juge Mertens de Wilmars, ces rencontres sont extrêmement bien préparées, notamment par le greffier Albert Van Houtte, qui excelle dans ce domaine. La Cour est exigeante. Ses membres sont reçus « comme des empereurs ».⁴¹ Sans aucun doute, cela aussi fait partie de la stratégie de communication, de visibilité et de légitimation de la Cour.

1.3.2 Le départ des « anciens » et l'arrivée de juges engagés pour la construction européenne

En même temps que Lecourt s'installe dans le fauteuil du président prennent leurs marques dans les bureaux de la juridiction deux hommes qui, comme Lecourt, sont depuis longtemps engagés pour la construction européenne : Josse Mertens de Wilmars et Pierre Pescatore. Mertens de Wilmars est un Européen convaincu mais modéré du point de vue des idées fédéralistes. Plutôt que d'une Europe à tout prix supranationale, il rêve selon son ancien référendaire avant tout d'une Europe sociale. En 1953, il déclare au sein d'une rencontre des Nouvelles équipes internationales que l'Europe devrait mettre en commun ce que les Etats n'arrivent pas à réaliser en commun eux-mêmes, mais que cela ne nécessite pas la présence d'un « Super Etat européen ».⁴²

Avec l'arrivée de Pierre Pescatore, Robert Lecourt trouve à la Cour de Justice un homme au moins autant convaincu que lui de l'importance du droit et de la juridiction des Communautés dans le processus d'intégration européenne. Pescatore est « la troupe d'assaut » de la Cour de Justice en matière de convictions supranationales, pour reprendre ici l'expression utilisée par le référen-

39 *Ibid.*

40 PESCATORE Pierre, « Robert Lecourt (1908–2004) », *op. cit.*, p. 592.

41 Entretien avec Ivan Verougstraete, référendaire de Josse Mertens de Wilmars entre 1969 et 1972, réalisé le 7 mars 2013 à Rhode-Saint-Genèse en Belgique.

42 Centre belge des Nouvelles équipes internationales, *Courrier des NEI*, Bruxelles, n°1, 1953.

daire du juge Josse Mertens de Wilmars.⁴³ Ses nombreux écrits sur le droit communautaire permettent de se rendre compte facilement de la force de ses idées fédéralistes.⁴⁴ Le Luxembourgeois a participé à la rédaction des traités de Rome et aurait fait partie de ceux qui auraient œuvré pour une structure réellement supranationale des Communautés européennes.⁴⁵ Les archives de ces négociations ne révèlent toutefois que peu d'informations sur les idées qu'il défend effectivement dans le groupe.⁴⁶ Les positions fédéralistes du haut fonctionnaire du Ministère des Affaires étrangères du Grand-Duché concernant l'intégration européenne avant son arrivée à la Cour de Justice se mesurent cependant à l'aide d'archives provenant d'autres négociations européennes, celles « du plan Fouchet » pour la coopération politique et culturelle entre les six. Le rôle, largement méconnu, que Pescatore joue dans ces discussions interétatiques est en effet très révélateur de sa vision d'une structure institutionnelle forte des Communautés. Contrairement aux dirigeants et à l'administration belges et néerlandais, qui voient d'emblée d'un œil très critique la proposition de coopération politique étrangère lancée par le président français de Gaulle, Pescatore, qui préside la délégation luxembourgeoise pendant les négociations du plan Fouchet, voit en celle-ci une extraordinaire opportunité pour faire avancer le processus d'intégration.⁴⁷ Lorsque les négociations s'ouvrent en 1961 à Paris, il présente aux représentants des autres Etats membres des propositions très concrètes en ce qui concerne la forme que doit prendre cette coopération politique : il faut lui donner un caractère juridique obligatoire, sous forme de traité, irrévocable et sans limitation de durée. Ce traité doit énoncer comme objectif une idée fédérative, fixer des exigences politiques que les Etats signataires doivent accepter et exprimer la volonté de sauvegarder les droits et les libertés fondamentales des citoyens. Sur le plan institutionnel,

43 Entretien avec Ivan Verougstraete.

44 Voir notamment PESCATORE Pierre, *Etudes de droit communautaire européen 1962–2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

45 Voir sur son rôle dans les négociations BOERGER-DE SMEDT Anne, « Negotiating the foundations of European Law, 1950–1957 », *op. cit.*

46 *Ibid.*

47 L'idée d'instaurer davantage de coopération politique séduit les gouvernements italien et allemand. La Belgique et les Pays-Bas sont en revanche sceptiques à l'égard de la proposition française. Ils craignent en effet que de Gaulle puisse utiliser ce moyen pour imposer son *leadership* en matière de questions politiques au sein de la Communauté. Ils redoutent également que la France souhaite lancer une forme de coopération intergouvernementale qui pourrait se substituer aux structures de la Communauté déjà en place. Pescatore trouve qu'il doit au moins être laissé au projet français la chance d'être étudié. AN/L, AE-AA-CEE 719, Note de Pierre Pescatore, Plan français d'un organisme de consultation politique des VI, 22 juillet 1959.

il doit prévoir un organe au sein duquel les responsables d'Etats peuvent se réunir, tout en proposant également un organe politique administratif *indépendant* des gouvernements et garant de l'intérêt commun. Les compétences de l'Assemblée parlementaire européenne doivent être étendues aux questions politiques et un rôle de contrôle doit être attribué à la Cour de Justice des Communautés.⁴⁸

Pescatore défend donc des idées bien plus ambitieuses que celles qu'a en tête de Gaulle en lançant l'idée de la coopération politique. Au cours des négociations, il adopte une position commune avec les délégations italienne et allemande, qui souhaitent elles aussi pousser le projet plus loin que la France.⁴⁹ Pescatore propose d'ailleurs d'instaurer une coopération politique entre les six non seulement sur le plan de la politique étrangère, mais également sur celui des intérêts communs qu'ils peuvent avoir en matière de politique intérieure.⁵⁰ Au fur et à mesure que les négociations avancent, ses idées se heurtent à celles des autres délégations. En février 1962, il constate qu'il est impossible de faire accepter par les autres délégations « des formules montrant clairement la voie supranationale », celles-ci faisant preuve d'une « extrême prudence du moment qu'il s'agit de rédiger le texte ». ⁵¹ Faute d'accord entre les six, les négociations se traduisent quelques mois plus tard par un échec.

Ce qui ressort clairement ici, c'est qu'aux yeux de Pierre Pescatore, non seulement l'intégration européenne peut se faire par le droit et des institutions supranationales, elle ne peut se faire *que* par cette voie. S'engager dans une simple coopération intergouvernementale est à ses yeux de la peine perdue. Il faut protéger l'intérêt commun des aléas politiques et de la poursuite des intérêts nationaux, inscrire cette coopération dans un traité, la rendre obligatoire, y associer les institutions européennes existantes. Pescatore met cette idée de devoir « protéger » le processus d'intégration européenne par le droit et les

48 AN/L, AE-AA-CEE 719, Note de la délégation luxembourgeoise à la Commission politique permanente, 15 septembre 1961. Pescatore dispose pendant ces négociations d'une importante marge de manœuvre en ce qui concerne les positions luxembourgeoises, mais ses idées sont partagées par le gouvernement luxembourgeois.

49 Voir au sujet de ces négociations BLOES Robert, *Le « Plan Fouchet » et le problème de l'Europe politique*, Bruges, Collège d'Europe, 1970.

50 AN/L, AE-AA-CEE 719, Compte rendu de la réunion du 19 octobre 1961 de la Commission politique européenne et compte-rendu de la réunion du 10 novembre 1961 de la Commission politique européenne, voir au sujet de la réaction des cinq délégations au projet français également, BLOES Robert, *Le « Plan Fouchet » et le problème de l'Europe politique*, op. cit., pp. 192-195.

51 AN/L, AE-AP-249, Compte-rendu de la réunion des 19/20 février 1962 de la Commission politique européenne.

institutions supranationales également en avant lors d'un colloque organisé en 1963, donc quatre ans avant sa nomination, au sujet des dix ans de la jurisprudence de la Cour de Justice. Tout en soulignant le caractère fédéral et constitutionnel de celle-ci (il est parmi les premiers à défendre cette vision), Pescatore y exprime son désir de la voir évoluer en une institution « courageuse et forte », garante des « intérêts légitimes » des Etats membres, mais sachant également « imposer l'autorité communautaire à des Etats restés souverains et trop facilement portés [...] à reprendre de la main gauche ce qu'ils ont concédé de la main droite en signant les traités ». ⁵²

L'année 1967 change donc considérablement la donne à l'intérieur de la Cour de Justice. À Lecourt, désormais président, et Trabucchi, qui ont joué un rôle clef en 1963, ainsi qu'à Walter Strauss, qui est également persuadé que la Cour de Justice a un rôle important à jouer dans le processus d'intégration, se joignent désormais deux autres juges particulièrement « pro-intégration européenne », dont un véritable militant de l'intégration par le droit et par les arrêts. Ce dernier écrit d'ailleurs en 1972 que l'interprétation téléologique des traités appliquée par la Cour de Justice dans sa jurisprudence n'est pour lui « pas une méthode d'interprétation parmi d'autres ; bien loin de là, il s'agit d'une méthode particulièrement appropriée aux caractéristiques propres des traités instituant les Communautés », puisque les traités sont « entièrement pétris de téléologie », et que « derrière [leur] objectif concret d'ordre économique, financier et technique se profile une finalité plus lointaine, celle de l'unité politique ». ⁵³

Au sein de cette troisième génération de membres de la Cour siège également Riccardo Monaco, nommé juge quelques mois seulement après l'arrêt *Costa contre ENEL*. Monaco est lui aussi un adepte d'une interprétation allant au-delà d'une lecture littérale des traités, même s'il pense que la liberté du juge européen a dans ce domaine des limites. En 1963, il écrit qu'il est certain que le juge doit en interprétant les traités européens entrer dans leur esprit pour saisir leurs normes dans leur intégralité. Mais cela ne signifie pas que le juge peut s'éloigner du texte et de l'esprit de ces normes pour en construire lui-même la portée. ⁵⁴

52 PESCATORE Pierre, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Kölner Kongress vom 24.–26. April 1963, Kölner Schriften zum Europarecht, Cologne, Heymann, 1965, pp. 544–545.

53 PESCATORE Pierre, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice », *op. cit.*, pp. 327–328.

54 « Certo è che il giudice, nell'interpretare i Trattati europei, deve entrare nel loro spirito e compiere una delicata opera di avvicinamento sistematico, per coglierne le norme nel loro valore complesso e nella loro piena concatenazione. Ma ciò non significa che il giudice, spinto dall'evolutiveità del dinamismo, si possa

S'ajoute en 1970 à ces juges dans l'ensemble bien plus favorables à une interprétation dynamique du traité que leurs prédécesseurs Hans Kutscher, qui remplace son compatriote Walter Strauss. Le juge allemand prononce en 1976 un discours assez emblématique, dans lequel il rejette implicitement les accusations d'activisme dirigées à l'encontre de la Cour. Un passage concernant des « observations sur l'interprétation téléologique » des traités, déjà relevé par Hjalte Rasmussen dans son ouvrage de 1986, mérite notamment notre attention ici :⁵⁵

« The special nature of the Community, which must be regarded, not as an association of States subject to international law, but as a community sui generis is oriented to the future [...], rules out a static and requires a dynamic and evolutionary interpretation of Community law. The Community judge must never forget that the Treaties establishing the European Communities have laid the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe and that the High Contracting Parties were anxious to strengthen the unity of their economies and to ensure their harmonious development. The principle of progressive integration of the Member States in order to attain the objectives of the Treaty does not only comprise a political requirement ; it amounts rather to a Community legal principle, which the Court of Justice has to bear in mind when interpreting Community law [...]. How else should the Court of Justice carry out this function which it has been assigned except by an interpretation of Community law geared to the aims of the treaty, that is to say, one which is dynamic and teleological. »⁵⁶

Selon Hans Kutscher, la Cour ne peut donc pas faire autrement que d'adopter une interprétation allant au-delà du texte même des traités. Il est de son devoir de faire ainsi puisque le projet d'intégration européenne (on retrouve ici la référence aux intentions des auteurs des traités) ne peut se réaliser par une interprétation statique. Cette affirmation est au moins autant un plaidoyer pour une interprétation audacieuse du traité que l'on peut en trouver dans les écrits de Robert Lecourt.

C'est donc une équipe bien moins hésitante sur la question de savoir s'il faut s'en tenir à ce que dit *stricto sensu* le traité qui se trouve au travail à Luxembourg à la fin des années 1960 et au début des années 1970.⁵⁷ Insister sur ce point est

allontanare dal testo e dallo spirito delle norme, sino a costruirne egli stesso la portata », MONACO Riccardo, « I principi di interpretazione seguiti dalla corte di giustizia delle comunità europee », *Rivista di diritto europeo*, 1963, vol. III, n° 1, pp. 3-13.

55 RASMUSSEN Hjalte, *On law and policy in the European Court of Justice*, op. cit., p. 180.

56 KUTSCHER Hans, « Methods of interpretation as seen by a judge at the Court of Justice », Court of Justice of the European Communities, Judicial and Academic conference, 27-28 septembre 1976.

57 Uniquement le juge Donner, si l'on part du principe que sa vision des choses

important pour comprendre comment et surtout pourquoi l'organe juridictionnel introduit cette « révolution » dans l'ordre juridique européen. Les écrits de nombreux auteurs avançant l'idée d'une constitutionnalisation des traités par la Cour de Justice donnent en effet l'impression qu'une sorte de *big bang* a lieu en 1963 et 1964. De celui-ci découle l'ensemble des arrêts contribuant à la constitutionnalisation. Pour donner véritablement des droits aux ressortissants des Etats, il faut étendre le principe de l'effet direct. Puis, il faut introduire la doctrine de primauté du droit européen, sans laquelle l'effet direct n'a qu'un impact très limité. Pour imposer la primauté, il est nécessaire de réitérer ce principe, encore et encore. Pour le faire accepter par les juridictions nationales, il faut introduire dans le droit communautaire la protection des droits fondamentaux. Enfin, les doctrines de l'effet direct et de primauté ont pour but de maximiser les possibilités de la Communauté d'exercer les tâches qui lui reviennent selon les traités. Une réalisation efficace de ces tâches sur le plan intérieur nécessite pour la Communauté de pouvoir conclure des accords avec des pays tiers sur le plan extérieur (théorie des pouvoirs implicites affirmée dans l'arrêt *AETR* en 1971).⁵⁸ Bref, que serait devenue l'Europe sans *Van Gend en Loos* et *Costa contre ENEL* ? Comme le souligne Antoine Vauchez, les deux jugements bénéficient aujourd'hui à tel point d'un statut mythique qu'on pourrait effectivement se poser cette question.⁵⁹ Mais que seraient devenus ces deux arrêts sans ceux qui ont réitéré, développé et complété les deux doctrines posées en 1963 en 1964 ? La question est caricaturale. Personne n'ignore qu'il a fallu plus que ces deux arrêts pour radicalement changer l'ordre juridique communautaire. Cependant, il n'a pas été relevé le fait que la jurisprudence suivant ces deux arrêts n'en a pas découlé de manière aussi automatique qu'en apparence, puisque la Cour des années 1970, celle qui finit par faire face à des accusations de gouvernement des juges, n'est plus celle du début de la décennie 1960. Plus de la moitié des hommes de 1963–1964 ne siègent plus à Luxembourg en 1970.

Sans aucun doute, une juridiction, quelle qu'elle soit, n'a pas d'intérêt à revenir sur sa jurisprudence et cherche, pour des raisons de cohérence et de légitimité, plutôt à rester dans la même ligne jurisprudentielle. Mais cela, seul, n'explique pas le fait que des arrêts considérés comme militants tombent à intervalles courts entre la fin des années 1960 et la seconde moitié des années 1970. Ce que les critiques de la Cour qualifient dans les années 1970

n'évolue pas foncièrement par la suite, est donc plus sceptique à l'égard d'une interprétation téléologique ou constitutionnelle des traités.

58 WEILER Joseph H. H., « The Transformation of Europe », *The Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, 1991, pp. 2403–2483.

59 VAUCHEZ Antoine, « The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity », *op. cit.*, pp. 1–2.

d'« activisme » n'est pas une simple suite logique de 1963 et 1964. Si l'organe judiciaire des Communautés développe à partir de la fin des années 1960 considérablement sa « pratique constitutionnelle », cela est dû au fait qu'elle se compose à partir de ce moment-là d'une génération de juges bien davantage prête à mener ses interprétations au-delà de ce qui est formellement inscrit dans le traité, afin de contribuer activement au processus d'intégration européenne.

Notons d'ailleurs que le fameux arrêt *AETR*, par exemple, apparaît lorsqu'on s'intéresse aux juges bien moins comme le fruit d'une suite logique des arrêts fondateurs qu'une véritable occasion en or pour un des membres de la Cour de contribuer à la construction européenne dans un domaine qui lui tient particulièrement à cœur. Celui qui est désigné juge rapporteur dans cette affaire, Pierre Pescatore, s'intéresse en effet depuis de nombreuses années aux relations extérieures et à la personnalité juridique internationale des Communautés. Il s'agit là d'un de ses sujets de prédilection.⁶⁰ En 1967, il participe à l'organisation d'un colloque consacré aux relations extérieures de la Communauté, pendant lequel il déplore les lacunes des traités existants « en ce qui concerne la manière dont la Communauté doit être représentée vers l'extérieur » et affirme le besoin de « dégager plus clairement la personnalité internationale de la Communauté ».⁶¹ Il va lors de cette rencontre même jusqu'à proposer une série d'articles ayant pour but de renforcer la capacité de la Communauté de conclure des accords avec des Etats tiers, des articles qui pourraient être introduits dans le droit communautaire en cas de conclusion d'un traité unique remplaçant les trois traités en vigueur. Ce traité unique devrait notamment reprendre l'article 101 Euratom qui, contrairement au traité CEE, confère des pouvoirs larges à la Commission en matière de conclusion d'accords avec des Etats tiers. En même temps, Pescatore déplore le refus probable des gouvernements d'accepter des propositions de ce type.⁶²

Trois ans plus tard surgit le conflit entre la Commission et le Conseil sur la conclusion de l'accord européen des transports routiers avec des pays tiers. La Cour de Justice est amenée à le trancher et Pierre Pescatore, désormais membre de celle-ci, est nommé juge rapporteur. Le choix du président Lecourt n'est

60 En 1961, il donne cinq leçons à ce sujet à l'Académie de droit international de La Haye. Voir PESCATORE Pierre, « Les relations extérieures des Communautés européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales », *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 103, 1961.

61 PESCATORE Pierre, « La personnalité internationale de la Communauté », in *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, Actes du troisième colloque de Liège, 1969, pp. 77-117.

62 *Ibid.*

certainement pas tombé sur lui par hasard. Chargé de rédiger le projet d'arrêt, Pescatore se retrouve en *pole position* pour peser sur la décision de la Cour de Justice. Celle-ci va dans son arrêt à l'encontre de la conclusion proposée par l'avocat général Alain Dutheil de Lamothe et tranche par un jugement dans lequel la Commission obtient satisfaction au-delà de ses espérances. Déterminer dans quelle mesure le jugement final est de la plume de Pierre Pescatore est impossible. Cependant, on constate ici que l'affirmation des compétences externes de la Commission par la Cour de Justice ne découle pas simplement des arrêts du début des années 1960. Si les juges consacrent, comme écrit Robert Kovar dans un commentaire de l'arrêt, « une solution et des raisonnements qu[e la Commission] n'a [...] pas elle-même pleinement soutenu » (*sic*),⁶³ on peut supposer que les idées personnelles du juge rapporteur dans le domaine des compétences dont devrait jouir la Commission sur le plan international y sont pour beaucoup.

Il s'agit là de la seule affaire dans laquelle nous réussissons à établir un lien direct entre un arrêt prononcé par la Cour et les convictions du juge rapporteur. Nous pouvons toutefois signaler que Pierre Pescatore joue probablement aussi un rôle important dans le revirement de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de droits fondamentaux. En 1968, il publie un article qui peut être perçu comme une véritable annonce de la jurisprudence de la Cour sur le plan des droits fondamentaux : alors que, quelques années plus tôt, pendant les négociations du plan Fouchet, le Luxembourgeois a lui-même suggéré d'introduire dans le traité de coopération politique des clauses faisant référence aux droits fondamentaux des citoyens,⁶⁴ il affirme dans l'article en question que l'absence de catalogue de protection des droits fondamentaux dans les traités, considéré comme problématique notamment en Allemagne, est une sorte de « faux problème ».⁶⁵ La Communauté dispose des moyens d'assurer une telle protection : « si un jour une contestation devait être soulevée devant la Cour de Justice en ce qui concerne la compatibilité d'un acte communautaire, règlement, directive ou décision, avec le respect dû aux droits fondamentaux des destina-

63 KOVAR Robert, « L'affaire A.E.T.R. devant la Cour de Justice des Communautés européennes et la compétence internationale de la C.E.E. », *Annuaire français de droit international*, vol. 17, 1971, p. 387.

64 Voir le passage sur les négociations du plan Fouchet.

65 PESCATORE Pierre, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 629–673. Pour une analyse du rôle de Pierre Pescatore dans ce même arrêt voir également DAVIES Bill, « *Internationale Handelsgesellschaft* and the miscalculation at the inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence », in NICOLA Fernanda, DAVIES Bill (éd.), *EU Law stories : Contextual and critical histories of European Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 157–177.

taires de cet acte, la Cour aurait toute latitude de chercher, non seulement dans le cadre du traité même, mais au-delà, *dans le fonds commun des traditions libérales et démocratiques* des peuples d'Europe occidentale, les principes qui éventuellement lui permettraient de censurer l'action des institutions communes ». ⁶⁶ L'année suivante, la Cour de Justice affirme dans son arrêt *Stauder* qu'elle assure le respect des droits fondamentaux de la personne, alors qu'elle a jusqu'alors refusé de se prononcer sur ce point. Ce n'est pas Pierre Pescatore, mais le juge Josse Mertens de Wilmars, qui est rapporteur dans cette affaire. Cependant, le juge Pescatore est en charge de l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, qui mène la Cour à prononcer l'arrêt le plus résonnant en matière de droits fondamentaux. Tout en proclamant une nouvelle fois le principe de primauté, les juges affirment dans celui-ci qu'ils assurent le respect des droits fondamentaux « en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ». ⁶⁷ On ne manque pas de remarquer la ressemblance avec « le fonds commun des traditions libérales et démocratiques des peuples d'Europe occidentale » que Pescatore évoque dans son article de 1968. Notons d'ailleurs que Pescatore est, au-delà des arrêts *AETR* et *Internationale Handelsgesellschaft*, rapporteur dans grand nombre d'autres arrêts perçus comme particulièrement représentatifs de l'audace de la Cour de Justice pendant les années 1970, dont notamment les affaires *Nold* et *Rutili* (droits fondamentaux), *Defrenne II* (égalité des rémunérations entre hommes et femmes), *Simmenthal* (primauté du droit européen, même sur les lois nationales postérieures) et *Cassis de Dijon* (reconnaissance mutuelle des réglementations en matière de commercialisation de produits).

Le rôle de poids du Luxembourgeois dans l'« activisme » de la Cour de Justice n'est donc pas un mythe. Il ne faut toutefois pas tomber dans le piège de voir en lui, ou dans le binôme quelque peu légendaire qu'il forme avec Robert Lecourt, le(s) seul(s) artisan(s) – héros ou coupables selon le point de vue que l'on adopte – de la jurisprudence presque « agressive » ⁶⁸ dont la Cour de Justice fait preuve pendant les années 1970. Il faut une majorité de juges en faveur d'une décision audacieuse pour que celle-ci aboutisse et l'organe judiciaire compte pendant cette décennie bien plus qu'un ou deux juges prêts à voter en faveur de jugements résolument pro-intégrationnistes. Pierre Pescatore présente d'ailleurs la particularité d'avoir non seulement énormément publié, mais d'avoir égale-

66 *Ibid.*, p. 642. Italique ajouté.

67 Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Affaire 11/70, EU:C:1970:114.

68 Nous reprenons ici le terme employé par les historiens Bill Davies et Morten Rasmussen in « From International Law to a European Rechtsgemeinschaft », *op. cit.*

ment exprimé haut et fort ses propres convictions.⁶⁹ Cela rend donc beaucoup plus facile de mettre en relief la trace qu'il laisse lors de son passage à la Cour, ce qui n'est pas le cas de grand nombre d'autres juges, qui pourtant participent tout autant à cette jurisprudence. À la Cour travaille un *collège* de juges dans lequel des individus peuvent certes jouer des rôles influents, mais qui ne peuvent pas être seuls à l'origine d'arrêts « révolutionnaires ». Si l'institution entre à partir de la fin des années 1960 dans une phase réellement militante, cela est donc dû au fait que – assez paradoxalement si l'on part du principe qu'ils sont révoltés par la voie d'interprétation adoptée en 1963 – les gouvernements mettent *et* laissent à l'œuvre un *groupe* de juges qui dans son ensemble est plus persuadé que jamais auparavant de l'idée qu'il faut aller au-delà de ce qui est formellement inscrit dans les traités et qu'il faut pousser le processus d'intégration vers l'avant par le biais d'arrêts.

Nous verrons plus loin que les gouvernements procèdent d'ailleurs, alors que rien ne les y oblige formellement, en 1971 à la signature, puis dans les années qui suivent à la ratification du protocole de Luxembourg, qui élargit les compétences de la Cour au-delà des traités. Avant d'aborder les négociations de ce protocole, concentrons-nous sur un autre point qui, à côté de ses convictions idéologiques, fait la force de la Cour pendant les premières décennies de son existence, c'est-à-dire son réseau politique.

2. Cette Cour de Justice et son réseau

2.1 La Cour, un acteur stratégique

Alors que la littérature scientifique est très divisée au sujet de la question de l'autonomie de la Cour de Justice et celle des raisons pour lesquelles elle réussit sa révolution juridique, il existe un large consensus sur un point : elle n'est pas insensible aux réactions des gouvernements et elle est un acteur stratégique, dans ses arrêts et au-delà de ceux-ci. Antoine Vauchez montre par exemple de manière convaincante comment la Cour écrit à partir des années 1970–1980 sa propre histoire et se met en scène dans le but de consolider sa légitimité plutôt fragile. Il met notamment en exergue comment les membres de la Cour tournent leur

69 Ce n'est par exemple pas le cas de Riccardo Monaco, qui est lui aussi un auteur prolifique, mais dont les écrits sont beaucoup plus neutres. Dans un « avertissement » introductif fourni dans un ouvrage de 1972, Pescatore écrit : « Au fil de ces pages, je m'en ouvre avec une franchise totale, au risque de me situer à contre-courant et, chemin faisant, d'ébranler quelques idées reçues. » PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leyde, Sijthoff, 1972, p. 7.

proximité avec les gouvernements, pourtant *a priori* en contradiction avec leur indépendance, à leur avantage : dans des éloges adressés aux uns et aux autres, ils soulignent de manière systématique qu'ils ont avant d'arriver à Luxembourg circulé dans les administrations nationales des Etats membres, comme s'il s'agissait là d'un « atout » essentiel et non pas d'un obstacle pour être un « bon » juge européen.⁷⁰ Puis, il montre comment les membres de la Cour jouent eux-mêmes une part active dans la création du « mythe fondateur » autour des arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa contre ENEL*.⁷¹

Mais la Cour est tout autant stratégique dans son activité jurisprudentielle. Karen Alter met en avant qu'en particulier en ses débuts, elle joue avec la focalisation des dirigeants politiques sur les effets matériels de ses arrêts, en prononçant de lourds principes doctrinaux dans des affaires qui ont des conséquences financières et politiques minimales.⁷² Le juriste Trevor Hartley met en exergue qu'une tactique régulièrement employée par les juges est celle d'introduire la doctrine graduellement.⁷³ Le principe de l'effet direct de directives en est un bon exemple. La Cour affirme pour la première fois en 1970, dans son arrêt *Franz Grad*, que l'effet direct ne se limite pas forcément au traité et aux règlements communautaires. Quatre ans plus tard tombe l'arrêt *Van Duyn*, dans lequel les juges accordent pour la première fois un effet direct à des dispositions d'une directive non transposée dans le droit national.

Hartley souligne également que la Cour a pour habitude d'introduire d'importants principes dans le droit communautaire tout en trouvant une bonne raison pour ne pas les appliquer de suite.⁷⁴ L'arrêt *AETR* est représentatif de cette tactique. La Cour y rejette la requête de la Commission mais la rend tout de même largement gagnante à long terme sur le plan de ses compétences de conclure des accords internationaux au nom de la Communauté. Le même auteur montre ensuite comment, lorsqu'elle est amenée à prononcer un principe qui risque de produire d'importantes conséquences financières, la Cour limite elle-même ces conséquences, comme par exemple dans l'arrêt *Defrenne II* de 1976.⁷⁵ Les membres de la juridiction estiment dans cette affaire que l'article 119 CEE (égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins) peut

70 VAUCHEZ Antoine, « À quoi 'tient' la Cour de Justice des Communautés européennes ? Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational », *op. cit.*

71 *Id.*, « The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity », *op. cit.*

72 ALTER Karen, *The European Court's political power. Selected essays*, *op. cit.*, p. 120.

73 HARTLEY Trevor, *The foundations of European Union law : an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 8e éd., 2014, p. 75.

74 *Ibid.*, p. 75.

75 *Ibid.*, pp. 75-76.

être invoqué par les justiciables devant les tribunaux nationaux. En même temps, elle rappelle que les Etats auraient eux-mêmes déjà dû prendre des mesures législatives nationales pour assurer l'application de ce principe.⁷⁶ Le traité de 1957 prévoit en effet la transposition de cette règle dans les droits nationaux avant la fin de la première période transitoire, c'est-à-dire le 31 décembre 1961. Cela n'ayant pas été réalisé dans l'ensemble des Etats, attribuer un effet direct à l'article 119 risque de provoquer l'introduction massive de recours en justice de plaignantes demandant, en s'appuyant sur cet article, l'obtention de paiements non perçus pour des raisons discriminatoires depuis le 1^{er} janvier 1962. Pour éviter ce scénario et ainsi « sucrer la pilule » qu'elle donne à avaler aux Etats, la Cour statue que seuls les travailleurs ayant introduit un recours en justice *avant* son arrêt peuvent s'appuyer sur l'effet direct pour formuler des revendications de rémunérations non perçues en amont.⁷⁷

La Cour de Justice est donc pendant la période étudiée ici un acteur stratégique, à la fois audacieux et prudent, qui prend en compte les sensibilités des dirigeants nationaux pour faire avancer sa jurisprudence sans trop les heurter et ainsi s'exposer au risque d'une sanction. Elle dispose d'un atout considérable pour être une telle stratégie : sa proximité avec les dirigeants des Etats membres et les administrations nationales.

2.2 La Cour et ses liens avec les Etats membres

« Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg, and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe ». ⁷⁸ C'est ainsi que commence le grand classique de 1981 dans lequel Eric Stein explique comment la Cour de Justice a érigé le traité de Rome en une forme de constitution. Souvent citée, cette formule a contribué à la construction d'une image faussée de la Cour de Justice, celle d'une institution isolée à Luxembourg (tucked away), coupée des gouvernements des Etats de la Communauté.

L'analyse des profils professionnels des juges et des avocats généraux fait apparaître la juridiction européenne sous un autre visage. Elle met en exergue la

76 Voir au sujet de l'arrêt Defrenne II également le chapitre 4 de STONE SWEET Alec, *The Judicial Construction of Europe*, *op. cit.* (chapitre co-écrit avec Rachel Cichowski).

77 HARTLEY Trevor, *The foundations of European Union law*, *op. cit.*, pp. 75-76. L'expression « sucrer la pilule » est notre traduction de la formule « sweeten the pill » employée par Hartley.

78 STEIN Eric, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *The American Journal of International Law*, vol. 75, n° 1, 1981, p. 1.

proximité des membres de la Cour avec les gouvernements des Etats. Tous ont circulé dans le monde de la politique ou dans les administrations nationales, notamment les Ministères des Affaires étrangères ou les Ministères de la Justice. Cela est important dans la question de savoir comment la Cour de Justice réussit à esquiver une sérieuse réaction des Etats. Grâce à leurs occupations professionnelles antérieures, ses membres disposent en effet de solides connaissances des intérêts, craintes et points sensibles de leur Etat dans le projet de construction européenne. Plusieurs d'entre eux ne mettent d'ailleurs nullement fin à leurs activités d'expertise pour les gouvernements pendant leur mandat, ce qui signifie qu'ils continuent de circuler dans les Ministères une fois à Luxembourg. Puis, leurs trajectoires leur confèrent des contacts, des liens professionnels et personnels pouvant être utiles à la Cour pour évaluer l'ambiance régnant à son égard, peut-être même pour disposer d'éléments de connaissance précis des enjeux politiques que comportent certaines affaires amenées devant elle. Enfin, même dans le cadre de leur fonction de membres de la Cour, ils sont en interaction avec leur Etat d'origine.

Le fait qu'il existe pendant les années 1950 et 1960 (mais nous pouvons supposer que cette pratique ne change pas grandement pendant les années 1970) manifestement des contacts entre les membres de la Cour et leurs Etats d'origine a en quelque sorte déjà été mis en avant dans la partie précédente de cet ouvrage. Notamment certains dossiers allemands sur l'institution sont remplis d'informations provenant de l'intérieur de la juridiction, communiquées par l'avocat général Roemer, mais aussi par le juge Otto Riese. La plupart du temps, ces échanges s'effectuent avec l'ambassade ou la représentation à Luxembourg, qui en transfère ensuite les grandes lignes au Ministère des Affaires étrangères. Les informations rapportées sont souvent anodines, elles portent sur l'ambiance à l'intérieur de la juridiction, des conflits, des spéculations sur la nomination ou la renomination de quelqu'un, les chances des uns et des autres pour devenir président etc. Mais ces échanges d'informations ne vont-ils que dans un sens ? Ne profite-t-on pas de ces rencontres pour attirer l'attention de « son » membre de la Cour sur des intérêts nationaux économiques, stratégiques, politiques en jeu dans des affaires importantes ? Cela est difficilement imaginable.

Evoquons ensuite les activités de jurisconsulte que certains membres de la Cour exercent dans les années 1950 et 1960 parallèlement à leur fonction de juge. L'article 4 du protocole sur le statut de la Cour de Justice annexé au traité de Paris leur interdit d'exercer des fonctions politiques ou administratives. Pour toute activité professionnelle en dehors de la Cour de Justice, ils doivent bénéficier d'une dérogation accordée à titre exceptionnel par le Conseil des Ministres statuant à majorité des deux tiers. Cette mesure est destinée à assurer l'indépendance de l'institution. Le fait que le juge français Jacques Rueff contourne cette disposition à deux reprises pendant son mandat est désormais

connu.⁷⁹ Comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent, les liens de Jacques Rueff avec le monde politique français ne datent pas de la fin des années 1950, puisqu'ils jouent un rôle déterminant dans son arrivée au Grand-Duché. Une note de 1954 trouvée dans les archives néerlandaises mentionne d'ailleurs une inscription de sa part sur une liste bretonne du parti politique d'Antoine Pinay et évoque même son éventuel départ de la juridiction européenne en raison de ce souhait de carrière politique.⁸⁰

L'exemple des multiples activités intimement liées à la vie politique française de Jacques Rueff pendant son mandat de juge européen est extrême et a jusqu'à présent été perçu comme une exception. Pourtant, il n'est pas le seul à se consacrer à des activités pour le gouvernement de son pays d'origine pendant son mandat à la Cour de Justice. Le juge Charles-Léon Hammes, par exemple, continue pendant la totalité des années qu'il passe à la juridiction de présider le comité chargé de la préparation des propositions luxembourgeoises dans le cadre des conférences internationales de droit privé de La Haye. Il préside même la délégation de son pays à la huitième (1956), à la neuvième (1960) et à la dixième (1964) conférence de droit international privé. Au Grand-Duché, cette double fonction ne manque pas de mettre dans l'embarras. Le procureur général d'Etat suggère ainsi en 1960 (les critiques autour de l'affaire Rueff y sont-elles pour quelque chose ?) au Ministre de la Justice de *ne pas* communiquer, sur la liste de la délégation luxembourgeoise, le fait que le président de celle-ci est juge à la Cour de Justice des Communautés européennes.⁸¹

Comme le montrent les archives privées de Walter Strauss datant de la période où il est secrétaire d'Etat au Ministère allemand de la Justice, le juge Otto Riese continue lui aussi d'être sollicité comme jurisconsulte par la RFA quand il est en fonction à Luxembourg. En 1956, lorsque la RFA est autorisée à réintégrer le CITEJA, désormais dénommé *International Civil Aviation Organization* (ICAO, depuis 1944), Riese reprend son activité d'expert allemand au sein de celui-ci. Il reprend à la même occasion également ses fonctions dans le comité interministériel allemand chargé d'étudier les questions de la navigation aérienne.⁸² Il s'occupe pendant son mandat en outre pour le Ministère de la Justice de questions liées au droit international privé et à l'unification inter-

79 COHEN Antonin, « Juge et expert. L'Affaire Rueff ou la codification des règles de la circulation internationale », *op. cit.*

80 AN/PB, 2.05.117, 18631, Frankrijk, Mogelijke ontslaganvraag van de franse rechter te Luxemburg, Jacques Rueff, 1954.

81 AN/L, AE 13646, Note du procureur général d'Etat au Ministre de la Justice, 10 mars 1960.

82 Activité mentionnée dans Institut für Zeitgeschichte, Munich (ci-après IfZ/M), Nachlass Walter Strauss, Bd. 214, Lettre d'Otto Riese au secrétaire d'Etat Walter Strauss, 18 mars 1959.

nationale du droit de vente. Peu de temps après son départ de la Cour de Justice, il figure comme vice-président et membre du comité de rédaction (pour la RFA) à une grande conférence internationale organisée à ce sujet à La Haye.⁸³ Riese semble lui aussi être gêné concernant ses liens avec la RFA pendant son mandat à Luxembourg. En 1959, il mentionne dans une lettre envoyée au secrétaire d'Etat Strauss qu'en raison de l'indépendance requise des juges, on pourrait voir d'un mauvais oeil le fait que la RFA ait depuis son arrivée à la juridiction européenne gardé vacant un poste à la Cour fédérale de Karlsruhe, dans le cas où il souhaiterait y retourner.⁸⁴

Le néerlandais Andreas Donner continue lui aussi de travailler comme expert en droit pour le gouvernement de son pays d'origine pendant ses multiples mandats à la Cour de Justice. Sa nomination à la juridiction des Communautés en 1958 ne met pas fin à son activité au sein de la commission Simons, instituée en juin 1956 pour étudier une révision de la loi néerlandaise des finances. Elle fonctionne jusqu'en septembre 1960.⁸⁵ De 1963 à 1966, Donner est ensuite un des cinq membres d'un groupe de travail informel chargé de conseiller la section *Grondwetszaken* (affaires constitutionnelles) instituée au sein du Ministère néerlandais de l'Intérieur.⁸⁶ Puis de 1968 à 1971, il co-préside avec Jo Cals (Ministre néerlandais de l'éducation de 1952 à 1963, ensuite Premier Ministre de 1965 à 1966) un comité composé d'une trentaine de professeurs de droit, de hauts fonctionnaires et d'anciens parlementaires néerlandais chargés de proposer des solutions au gouvernement néerlandais dans le cadre d'une réforme de la constitution.⁸⁷ Au lendemain de cette activité, on lui propose d'ailleurs de

83 Voir à ce sujet RIESE Otto, « Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964 – Verlauf der Konferenz und Ergebnisse hinsichtlich der materiellen Vereinheitlichung des Kaufrechts », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 29, n° 1, 1965, pp. 1–100.

84 IfZ/M, Nachlass Walter Strauss, Bd. 214, Lettre de Riese à Strauss, 13 octobre 1959.

85 Cette activité est mentionnée dans la notice biographique proposée sur le site internet du Parlement néerlandais http://www.parlement.com/id/vge7dtpsefs/a_m_andre_donner (dernière consultation en septembre 2017).

86 Il s'agit là de la « Werkgroep-Proeve ». Voir à ce sujet le site internet proposant des archives numérisées des différentes commissions d'Etat néerlandaises instituées à partir de 1883 pour préparer des réformes de la constitution : <http://resources.huygens.knaw.nl/grondwetscommissies/onderzoeksgids/gids/commissies> (dernière consultation en septembre 2017).

87 Commission Cals-Donner, voir CALS Jozef Maria, DONNER Andreas Matthias, *Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Publikatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, 1971. Donner demande une autorisation au Conseil des Ministres pour exercer cette fonction. Voir AHUE, CM2/1967, 1181, Demande de participation de M. Donner, juge de la Cour de Justice, aux travaux d'une commission aux Pays-Bas, 1967.

devenir Ministre de la Justice. Donner décline.⁸⁸ Enfin, en 1976, le Premier Ministre néerlandais Joop den Uyl fait appel à lui pour présider le comité des trois sages qui a pour tâche de faire la lumière sur d'éventuels financements occultes obtenus par le prince Bernhard, l'époux de la reine Juliana des Pays-Bas, dans le cadre du système de corruption international mis en place par l'entreprise aérospatiale américaine Lockheed.

Le juge Riccardo Monaco est quant à lui en 1965, c'est-à-dire l'année suivant sa nomination, nommé membre du tribunal arbitral institué dans le cadre d'un différend italo-américain en matière de transports aériens.⁸⁹ En 1966, il est le chef de la délégation italienne à, et le vice-président de, la session extraordinaire de la conférence de droit international privé de La Haye consacrée à l'exécution internationale des jugements.⁹⁰ De 1965 à 1967, il est membre du comité de coopération juridique du Conseil de l'Europe. Puis il est membre de la commission mixte pour les échanges culturels entre l'Italie et les Etats-Unis.⁹¹

Ce que nous constatons ici, c'est que l'activité d'expertise des membres de la Cour pour le compte de leur Etat d'origine ne prend pas forcément fin une fois qu'ils sont nommés à Luxembourg, même s'il faut préciser que cela ne concerne pas tous les membres de l'institution. Mais certains d'entre eux continuent donc, par moments, à circuler dans les Ministères de leur Etat d'origine, d'autant plus que l'ensemble de ces rencontres internationales demandent de la préparation. Ces activités d'expertise sont donc plus étendues que ne laisse croire sur le papier une participation de quelques jours ou de quelques semaines à une conférence.

Rappelons également ici les liens familiaux liant certains membres de la Cour directement ou indirectement à des dirigeants politiques ou anciens dirigeants de leur pays d'origine. Avec son avocat général Karl Roemer, la juridiction européenne dispose en son sein du mari de la nièce du chancelier allemand Adenauer. Le juge Jacques Rueff a comme attaché le fils d'Antoine Pinay, Président du Conseil en 1952, puis Ministre des Affaires étrangères (1955–1956) et Ministre des Finances (1958–1960). Avec Andreas Donner, la Cour a lors de sa

88 Selon la notice biographique d'Andreas Donner proposée par le Parlementair Documentatie Centrum van de Universiteit Leiden, http://www.parlement.com/id/vge7dtpsefs/a_m_andre_donner (dernière consultation en septembre 2017).

89 Activité déjà relevée par VAUCHEZ Antoine, *L'Union par le droit*, *op. cit.*, p. 171. Il est intéressant de noter que ce tribunal est présidé par Otto Riese, juge à la Cour de Justice de 1952 à 1963.

90 Conférence de droit international privé, *Actes et documents de la session extraordinaire, 13 au 26 avril 1966*, pp. 157–158.

91 Selon la notice biographique précédant la publication issue d'un de ses cycles de cours à l'Académie de droit international de La Haye, MONACO Riccardo, « Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales », in Académie de droit international de La Haye, *Recueil de cours*, vol. 156, 1977, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 85.

transformation en organe judiciaire unique pendant plusieurs années à sa tête le fils de celui qui est alors président de la Cour suprême néerlandaise et ancien Ministre de la Justice des Pays-Bas (et membre éminent du parti ARP), Jan Donner. Le juge luxembourgeois Pierre Pescatore est quant à lui, comme nous l'avons déjà soulevé, le beau-frère de Pierre Werner, Premier Ministre du Luxembourg de 1958 à 1974 puis de 1979 jusqu'en 1984, c'est-à-dire pendant la quasi-totalité de la période que Pescatore passe à la Cour.

Ces liens familiaux ne sont toutefois que la partie la plus visible d'un réseau politique allant bien au-delà d'une simple connexion familiale. Ce sont avant tout les activités professionnelles ou politiques antérieures à leur arrivée à la Cour de Justice qui confèrent à ses membres des contacts dans les administrations nationales et dans le monde politique de leur Etat d'origine. N'oublions en effet pas que Pierre Pescatore est avant sa nomination, tout comme Riccardo Monaco en Italie, un des hommes-clefs de la diplomatie, qu'Andreas Donner est lui-même un membre actif du parti politique ARP auquel il doit sa nomination à la Cour et que Karl Roemer est un homme bien connu du Ministère des Affaires étrangères et de la Justice allemands en raison de son activité pour la défense d'Allemands accusés de crimes de guerre.

Ajoutons que Robert Lecourt, juge en 1962 puis président en 1967, siège avant son arrivée à la Cour de Justice pendant près de vingt ans sur les bancs de l'Assemblée parlementaire française, en tant que président du groupe MRP notamment, et qu'il est ministre à plusieurs reprises. Quant aux juges belges Louis Delvaux et Josse Mertens de Wilmars, leurs biographies officielles communiquées par la Cour de Justice sont plutôt succinctes en ce qui concerne leur activité politique. Elles ne mentionnent dans le cas du premier que ses activités de député et de Ministre de l'Agriculture en 1945, et dans le cas du second seulement sa fonction de député. Pourtant l'un et l'autre siègent pendant vingt ans dans le comité directeur du « premier » (en termes de poids électoral et de participation gouvernementale) parti politique de leur pays d'origine. Mertens de Wilmars est même un des co-fondateurs du parti PSC-CVP en 1945. S'ils n'ont pas nécessairement été sur le devant de la scène (en tout cas pour Mertens de Wilmars), ils ont tout de même baigné dans les plus hautes sphères politiques de leur pays. Avec l'avocat général français Alain Dutheil de Lamothe, la Cour dispose à partir de 1970 en son sein d'un collaborateur de longue date de celui qui est alors (jusqu'en 1973) Ministre de la Justice en France, René Pleven. Puis, rappelons que l'Allemand Walter Strauss est lui-même avant sa nomination le numéro un du Ministère allemand de la Justice pendant près de treize ans.

Enfin, soulignons ici que tous les juges ne résident pendant les années 1960 et 1970 pas au Grand-Duché de manière permanente. Il s'agit là certainement de l'exemple le plus extrême, mais les juges italiens Alberto Trabucchi et Riccardo

Monaco ne sont au Grand-Duché que quelques jours par semaine, en raison de leurs activités d'enseignement en Italie.⁹² Ni l'un ni l'autre ne déménagent réellement à Luxembourg. Trabucchi retourne à Padoue et Monaco, l'ancien chef du service juridique des traités du Ministère des Affaires étrangères italien, retourne *toutes les semaines* dans la capitale italienne.⁹³ Son principal lieu de vie n'est pas Luxembourg, mais Rome.

Interrogé sur la question de savoir si le fait d'entretenir des liens avec les administrations nationales et le monde de la politique est à la fin des années 1960 et au début des années 1970 mal perçu à l'intérieur de la Cour de Justice – en raison de l'indépendance requise de la part des juges – un ancien attaché (de 1969 à 1972) du juge Mertens de Wilmars a fourni une réponse très claire : *au contraire*, aller à la rencontre de responsables nationaux est même encouragé. Entretenir son réseau politique fait « partie du jeu de la Cour ». Ces liens politiques sont essentiels, puisqu'on craint toujours de froisser les intérêts fondamentaux des gouvernements. Ils permettent de mieux évaluer « ce qui est acceptable », « ne pas aller trop loin ».⁹⁴

Il semble donc évident que la Cour n'est pendant ses années révolutionnaires pas une institution isolée à Luxembourg. Ses membres sont, par le biais de leurs activités comme experts pour leur Etat d'origine pendant leurs mandats et leurs multiples liens professionnels (anciens mais également en tant que membres de la Cour), personnels et familiaux en interaction (officieuse) plus ou moins régulière avec les instances décisionnaires des Etats membres. S'ajoute à cela que, de toute façon, un juge souhaitant être reconduit dans ses fonctions a tout intérêt à entretenir un certain nombre de relations sur le plan national.⁹⁵ Tout comme le fonctionnement éminemment politique du mécanisme de nomination des juges permet aux gouvernements de garder une certaine forme de contrôle sur la Cour de Justice, la composition de l'institution qui en résulte permet donc aussi à celle-ci d'être armée pour justement échapper à d'éventuelles sanctions de la part des Etats membres.

92 Entretien avec Giuseppe Trabucchi, réalisé à Padoue le 16 avril 2011. Alberto Trabucchi est à Luxembourg le mardi, le mercredi et le jeudi. Nous pouvons imaginer que la présence de Monaco à Luxembourg est similaire.

93 MONACO Riccardo, *Memorie di una vita, op. cit.*, p. 219.

94 Entretien avec Ivan Verougstraete, référendaire de Josse Mertens de Wilmars entre 1969 et 1972, réalisé le 7 mars 2013 à Rhode-Saint-Genèse en Belgique.

95 Ce point-là, qui semble évident lorsque l'on analyse le fonctionnement du mécanisme de nomination des juges, a été mis en avant par Harold Nyssens, le petit-fils de Josse Mertens de Wilmars et lui-même ancien référendaire à la Cour de Justice, dans un entretien réalisé à Bruxelles le 21 novembre 2012.

3. Les négociations du protocole de Luxembourg (1967–1971)

Abordons désormais l'histoire des négociations du protocole de Luxembourg, qui fournit un exemple intrigant à la fois de la sensibilité des membres de la Cour envers les réactions des Etats à l'égard de son activité *et* de son usage de son réseau politique *et* de sa volonté, voire même de sa détermination de jouer un rôle actif dans le processus d'intégration européenne à la fin des années 1960 et au début des années 1970. Le protocole de Luxembourg, signé par les six Etats fondateurs des Communautés européennes dans la capitale du Grand-Duché en 1971, n'est probablement pas un instrument familier pour l'historien, même spécialiste de l'intégration européenne.⁹⁶ Les juristes ont examiné et grandement commenté l'activité jurisprudentielle qui en a résulté, mais ne se sont guère intéressés aux circonstances de son élaboration. Avant d'arriver au cœur de ce que nous entendons mettre en lumière ci-après, c'est-à-dire la position et le rôle des membres de la Cour de Justice pendant ces négociations, il sera donc nécessaire de consacrer quelques pages à la nature de ce protocole, au contexte dans lequel il est signé, de même qu'aux enjeux politiques et juridiques qu'il comporte.

3.1 Contexte et enjeux

Le protocole de Luxembourg constitue un accord intergouvernemental important dans la construction européenne par le droit. Il procède au premier élargissement des pouvoirs de la Cour de Justice après la signature des traités de Rome et lui attribue la prérogative d'interpréter une convention complémentaire aux traités, la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.⁹⁷ Signée par les six

96 Protocole concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signé à Luxembourg le 3 juin 1971.

97 Les publications concernant la convention de Bruxelles sont nombreuses. Voir sur la convention telle qu'elle est signée en 1968 : JENARD Paul, « Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 », *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 59/1, 5 mars 1979 (il s'agit là du rapport officiel des négociations) ; BELLET Pierre, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *Journal du droit international*, vol. 92, n° 4, 1965, pp. 833–870. DROZ Georges, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun. Etude de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Dalloz, 1972 ; REULAND Robert C., « The recognition of judgments in the European Community : The twenty-fifth anniversary of the Brussels convention », *Michigan Journal of International Law*, vol. 14, 1992–1993, pp. 559–607. Des références plus récentes,

Etats fondateurs trois ans plus tôt (1968), cette convention qui est en 2002 transformée en Règlement de Bruxelles constitue encore de nos jours le plus important instrument de droit international *privé* existant au sein de l'Union européenne.⁹⁸ Sa base juridique est le traité de Rome. L'article 220 CEE incite les six gouvernements à engager entre eux des négociations en vue d'assurer, entre autres, « la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». L'intégration économique toujours plus poussée et l'interaction grandissante entre acteurs privés des différents Etats membres des Communautés appellent en effet à l'établissement de règles uniformes concernant le contentieux des relations de droit privé. Les justiciables engagés dans des relations internationales (au sein de la Communauté), notamment économiques, doivent avoir la garantie qu'une décision judiciaire prononcée au sein d'un Etat sera reconnue et exécutée dans les autres pays membres. Les jugements doivent idéalement circuler aussi librement que les personnes, les marchandises, les services et les capitaux.

Dès 1959, un groupe d'experts des six Etats membres est convoqué pour se pencher sur la question.⁹⁹ Conformément à l'article 220 du traité, il établit des règles instaurant un mécanisme de reconnaissance et d'exécution automatique des jugements au sein de la Communauté. Le groupe mène ensuite son travail au-delà de ce qui est demandé par le traité. Il définit aussi des règles précises concernant la compétence des tribunaux des Etats dans le cadre de litiges internationaux de nature civile et commerciale. La nouvelle règle de base est désormais que, peu importe sa nationalité, un particulier doit être traduit en justice dans l'Etat dans lequel il a son domicile. Censées remplacer à la fois des lois nationales et des accords bilatéraux existants entre certains Etats membres, les nouvelles règles établies par la convention ont un caractère obligatoire. Elles doivent en principe être appliquées d'office par les juridictions nationales, sans besoin d'invocation par les plaideurs.¹⁰⁰

Une fois le document arrivé à un stade avancé, il se pose la question de son interprétation uniforme. La convention introduit de profonds changements sur

prenant en compte l'évolution de la convention, sont : GAUDEMET-TALLON Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 5^e éd., 2015 ; MAGNUS Ulrich, MANKOWSKI Peter (dir.), *Brussels Ibis regulation*, Munich, Sellier, 2016.

98 Depuis 2015, elle s'intitule Règlement de Bruxelles I bis.

99 Il s'agit là principalement d'experts des Ministères de la Justice et des Affaires étrangères des six Etats fondateurs.

100 Voir en particulier JENARD Paul, « Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 », *op. cit.*

le plan de la pratique des juridictions des Etats membres en ce qui concerne la détermination de leur compétence et l'exécution de jugements étrangers. Les juges des différents Etats membres risquent de rencontrer des difficultés à interpréter le document et donc de ne pas le lire respectivement l'appliquer de la même manière. Le but même de la convention, qui consiste à assurer une protection légale *uniforme* pour les citoyens des Etats des Communautés, risque par conséquent d'être entravé. Il est donc envisagé de désigner ou de créer une autorité d'interprétation centrale afin de guider les juges nationaux dans leur lecture de la convention.

En toute logique, on songe pour assumer ce rôle à la Cour de Justice des Communautés européennes et au mécanisme des renvois préjudiciels (article 177 du traité CEE), qui autorise les juridictions nationales – et oblige celles statuant en dernier ressort – de se tourner vers les juges de Luxembourg pour des questions d'interprétation du droit européen. Cependant, le traité de Rome ne prévoit pas la responsabilité de la Cour de Justice des Communautés pour interpréter cet accord conclu sous l'égide de l'article 220. Plusieurs questions, dont certaines sensibles d'un point de vue politique et constitutionnel, doivent par conséquent d'abord être tranchées. Premièrement, quelle est la nature de cette convention ? Est-ce une sorte d'extension du traité de Rome ? Ou est-ce un simple accord international classique comme il en existe tant d'autres et pour lesquels aucune juridiction internationale n'est responsable ? *Stricto sensu* la convention n'est aucunement un acte communautaire, mais un simple accord international entre des Etats qui sont également les Etats membres des Communautés européennes. Elle fait d'ailleurs référence à des « Etats contractants » et n'évoque à aucun endroit des « Etats membres » des Communautés.

Il se pose ensuite la question de savoir si la Cour de Justice, qui n'a jusqu'alors interprété que le droit public européen, est compétente pour statuer sur un instrument de droit international privé. Jamais auparavant une juridiction internationale n'a été rendue responsable d'interpréter un instrument de droit international privé.¹⁰¹ Ensuite, va-t-elle pouvoir gérer une augmentation considérable d'affaires ? Il est estimé que la convention s'appliquerait à des milliers de litiges par an devant les tribunaux des Etats membres.¹⁰² Et puis surtout, les gouvernements sont-ils d'accord pour laisser la Cour des Communautés inter-

101 GIARDINA Andrea, « The European Court and the Brussels convention on jurisdiction and judgments », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 27, 1978, p. 265.

102 Selon une source belge, la délégation allemande aux négociations estime qu'elle serait applicable « à plusieurs milliers sinon à plusieurs dizaines de milliers de procès par an ». AMAE/B, 6 641 CEE, Note pour Monsieur le Ministre des affaires étrangères et du commerce extérieur, 29 juillet 1969.

préter un instrument de droit international privé qui en lui-même aura déjà un impact important sur leurs lois nationales – d’autant plus que les juges ont adopté une ligne jurisprudentielle fortement pro-intégrationniste seulement quelques années plus tôt et que c’est notamment le mécanisme des renvois préjudiciels qui a conduit à la plupart de leurs arrêts les plus retentissants ?

Il faut ajouter à ces craintes que la convention renvoie dans nombreux de ses articles aux droits nationaux ou contient des termes et expressions tirés de ceux-ci, des termes qui n’ont pas tout à fait la même portée dans chaque Etat.¹⁰³ Le fait que les experts n’aient pas décidé d’en proposer des définitions uniformes indique qu’ils n’ont pas voulu pousser l’harmonisation trop loin et ont voulu maintenir une certaine marge de liberté pour les juges nationaux dans l’interprétation de la convention.¹⁰⁴ Et si la Cour de Justice, interrogée sur ces expressions, décidait de proposer des définitions uniformes ? Ses jugements pourraient alors pousser l’harmonisation des règles communes au-delà de celle d’ores et déjà réalisée par la convention. Ils risqueraient même d’affecter le droit privé des Etats.

Craignant de mettre en danger la signature de la convention en y incluant des articles conférant à la Cour de Justice l’autorité d’interpréter l’instrument, les membres du groupe de travail décident de laisser la question de l’interprétation uniforme de côté.¹⁰⁵ Le texte final de la convention ne contient aucun article attribuant à l’organe judiciaire des Communautés la compétence de se prononcer sur son interprétation. Les six Etats signataires lui annexent seulement une déclaration commune lors de sa signature, dans laquelle ils se manifestent prêts « à examiner la *possibilité* d’attribuer *certaines* compétences à la Cour de Justice des Communautés européennes, et à négocier, le cas échéant, un accord à cet effet ». ¹⁰⁶

Le groupe d’experts est chargé de proposer des solutions aux gouvernements. Il met trois ans pour élaborer le protocole, de quatre pages, qui est signé en 1971

103 Comme par exemple la notion de « domicile » ou de nombreux éléments d’articles de la section « compétences spéciales » de la convention.

104 Andrea Giardina soulève le fait que la convention ne contient même pas quelques instructions générales pour les juges nationaux afin de les aider à surmonter des problèmes d’interprétation. Il en conclut que l’introduction de telles clauses aurait provoqué la résistance des Etats membres, puisque la convention elle-même interfère déjà fortement dans leurs systèmes nationaux. GIARDINA Andrea, « The European Court and the Brussels convention on jurisdiction and judgments », *op. cit.*, p. 267.

105 Mentionné in AHUE, BAC 94/1985, 102, Convention concernant la compétence judiciaire et l’exécution des jugements en matière civile et commerciale, Communication de Monsieur von der Groeben à la Commission.

106 Italique ajouté. Déclaration commune annexée à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

à Luxembourg lors de la première rencontre des Ministres de la Justice des six Etats dans le cadre du Conseil. L'accord attribuant à la Cour européenne la compétence d'interpréter la convention de Bruxelles contient une procédure semblable à celle de l'article 177 du traité de Rome. Toutefois, les possibilités des juridictions nationales d'avoir recours à la procédure sont limitées. Seulement les juridictions nationales statuant en appel sont autorisées à envoyer des questions d'interprétation à Luxembourg. Les juridictions suprêmes des Etats membres sont quant à elles obligées de se tourner vers la Cour européenne uniquement si elles estiment qu'une décision de celle-ci est nécessaire pour rendre leur jugement.¹⁰⁷ Cette formule est inspirée du traité de Rome, qui prévoit une telle expression dans le cadre du renvoi *optionnel* des juridictions nationales ne statuant pas en dernier ressort.

Si l'on prend en compte le fait que ces négociations ont lieu quelques années seulement après les arrêts dits « révolutionnaires » et à un moment où la procédure des renvois préjudiciels commence à montrer ses premiers signes de succès (en 1967, 23 sur 37 affaires introduites à la Cour sont des demandes d'interprétation du traité),¹⁰⁸ la version restrictive du mécanisme des renvois pour interprétation façonnée par les experts intrigue. Pour Karen Alter, ce protocole est une preuve du fait que déjà à la fin des années 1960, l'article 177 CEE et l'usage que la Cour de Justice en a fait sont controversés.¹⁰⁹ Deux autres auteurs identifient même ici une « attaque » politique des Etats à l'égard de la collaboration de la Cour européenne avec les juridictions nationales. Pour Hjalte Rasmussen, des Etats expriment via ce protocole clairement leur mécontentement envers la façon par laquelle la Cour de Justice pousse vers l'avant l'intégration juridique sous l'égide de l'article 177 CEE.¹¹⁰ Pour le juriste M. R. Mok, certains d'entre eux (on n'apprend pas lesquels) ont même utilisé ces

107 Articles 2 et 3 du protocole de Luxembourg. Les juridictions nationales suprêmes « obligées » (lorsqu'elles estiment qu'une décision de la Cour de Justice est nécessaire) d'envoyer des questions afférant à l'interprétation de la convention sont d'ailleurs dans le protocole expressément énumérées. Le traité de Rome est quant à lui sur ce point bien plus vague, mentionnant l'obligation pour toute « juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ».

108 Il faut toutefois dire qu'entre 1958 et 1966, la Cour n'a connu au total que 26 affaires de ce type. Voir les statistiques dans DAVIES Bill, RASMUSSEN Morten, « From International Law to a European Rechtsgemeinschaft », *op. cit.*

109 ALTER Karen, « Who are the 'Masters of the Treaty' ? European Governments and the European Court of Justice », *International Organization*, vol. 52, n° 1, 1998, p. 128.

110 RASMUSSEN Hjalte, *On law and policy in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 338.

négociations pour préparer le terrain d'une éventuelle révision de la procédure des renvois dans un futur proche.¹¹¹

3.2 Intérêts de la Cour de Justice et positions défendues par les Etats

Pour les membres de la Cour de Justice, ces négociations qui se déroulent à Bruxelles sont importantes pour de multiples raisons. Premièrement, la convention de Bruxelles a un champ d'application particulièrement large et concernera, une fois en vigueur, un très grand nombre d'affaires dans les Etats membres. Elle peut donc donner lieu à un grand nombre de renvois pour interprétation, permettant ainsi à la juridiction européenne d'accroître son autorité au sein des Communautés. Ensuite, il faut souligner que la convention de Bruxelles n'est pas le seul instrument « complémentaire » au traité signé par les six. Au début de l'année 1968 est en effet aussi signée la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales.¹¹² Des groupes d'experts sont d'ailleurs à la fin des années 1960 en train de travailler sur des matières comme la faillite, la fusion de sociétés et l'abolition de la double fiscalité au sein de la Communauté. La solution établie pour l'interprétation uniforme de la convention de Bruxelles a de grandes chances d'être également retenue pour les autres accords. Ces négociations peuvent donc mener à une importante extension des pouvoirs de la Cour, lui conférer un rôle tout à fait nouveau dans les Communautés et constituer une étape-clé dans son développement progressif en une sorte de cour fédérale européenne.

Les négociations de ce qui deviendra lors de sa signature le protocole de Luxembourg représentent cependant pour les juges européens également une occasion de « prendre la température » de l'ambiance générale régnant au sein de la classe politique et des administrations nationales à leur égard après les arrêts de 1963 et 1964. Il est important de relever ici qu'elles se déroulent dans un contexte particulier et complexe : celui de l'hostilité du président français de Gaulle au supranationalisme européen, mis en exergue par la crise de la chaise vide en 1965 ;¹¹³ celui de la fusion des Communautés, amorcée par le traité de

111 Mok M.R., « The interpretation by the European Court of Justice of special conventions concluded between the member States », *Common Market Law Review*, vol. 8, 1971, p. 487.

112 En raison du refus des Pays-Bas de la ratifier, elle n'entre jamais en vigueur. Un protocole attribuant à la Cour de Justice la compétence de l'interpréter est pourtant là aussi signé par les Etats membres le 3 juin 1971 à Luxembourg. Il y a donc en réalité deux protocoles de Luxembourg, mais seulement celui concernant la convention de Bruxelles entre en vigueur.

113 Voir à ce sujet LUDLOW N. Piers, *The European Community and the crises of the 1960s : Negotiating the Gaullist challenge*, Londres, Routledge, 2006 ; LOTH

fusion (1965), mais prévue d'être poussée plus loin ; et celui de l'adhésion éventuelle de nouveaux Etats membres, dont notamment la Grande-Bretagne. Pour toutes ces raisons une révision du traité peut avoir lieu dans un futur proche.¹¹⁴ Les membres de la Cour ont par conséquent tout intérêt à voir les gouvernements simplement « étendre » l'article 177, afin d'éviter un précédent risquant de mettre en danger la procédure sur laquelle ils misent tant. Lorsqu'ils apprennent que certains gouvernements sont clairement réticents à l'idée de la voir « distribuer » des réponses à des questions préjudicielles concernant l'interprétation de la convention de Bruxelles, ils sont par conséquent alarmés.

Analyser en détail les positions défendues par les différents Etats membres pendant ces négociations, pourtant en elles-mêmes hautement intéressantes pour étudier la réception de l'activité de la Cour de Justice dans les Etats membres, n'est pas l'objet de ce travail.¹¹⁵ Nous nous contenterons donc ici de les évoquer brièvement afin de comprendre la réaction des juges à leur égard. Lorsque les discussions s'ouvrent à Bruxelles, les représentants de trois Etats s'expriment en faveur d'une simple extension de l'article 177 : ceux des Pays-Bas, ceux du Luxembourg et ceux de l'Italie.¹¹⁶ Les experts de la RFA sont eux aussi favorables à l'idée de retenir l'article 177 du traité de Rome pour assurer l'interprétation de la convention. Ils insistent cependant sur le fait que, contrairement aux traités européens, le document renvoie dans plusieurs de ses articles aux droits nationaux ou emploie des termes provenant des législations nationales. Il faut donc préciser sur lesquels d'entre eux la Cour peut, ou au contraire, ne peut pas se prononcer.

Les représentants belges et français adoptent quant à eux une position très restrictive. Les experts de la Belgique affirment que les renvois à la juridiction européenne doivent être limités parce que la convention de Bruxelles concerne en premier lieu des particuliers et que les parties pourraient être tentées d'utiliser la procédure comme manœuvre dilatoire ou comme moyen de pression sur leur opposant.¹¹⁷ Les experts français avancent un argument différent. À leurs yeux,

Wilfried (éd.), *Crises and compromises : The European Project 1963–1969*, Baden-Baden, Nomos, 2001.

- 114 Cette éventualité peut sembler surprenante aujourd'hui puisque aucune révision n'a lieu jusqu'en 1986. Elle est toutefois mentionnée dans plusieurs archives consultées au sujet de l'élaboration du protocole de Luxembourg.
- 115 Pour une analyse détaillée voir FRITZ Vera, « The First Member State Rebellion ? The European Court of Justice and the negotiations of the 'Luxembourg protocol' of 1971 », *European Law Journal*, vol. 21, n° 5, 2015, pp. 680–699.
- 116 Voir les comptes-rendus des sessions de travail des experts in AHUE, CM2/1971, dossiers 921 à 926.
- 117 Ces arguments ne sont pas clairement mentionnés dans les rapports du groupe de travail, mais ils le sont dans plusieurs archives belges. Voir le dossier AMAE/B, 6. 641/1 CEE.

le mécanisme des renvois préjudiciels a été créé pour assurer l'interprétation du droit public des traités. Il n'est pas adapté pour l'interprétation d'une convention de droit privé, la lecture uniforme de laquelle doit sur le plan national être assurée par les juridictions suprêmes. Le renvoi devrait par conséquent avoir lieu uniquement au niveau de celles-ci et il devrait être facultatif.¹¹⁸

Des avis fort divergents sont donc exprimés au sein du groupe de travail et un accord rapide n'est pas à l'horizon quand les experts commencent leur étude de la question. Sur un point cependant, toutes les délégations sont plus ou moins d'accord. Autoriser l'ensemble des juridictions nationales à se tourner vers la Cour européenne concernant l'interprétation de la convention de Bruxelles risque, en raison de son large champ d'application, de faire arriver à celle-ci un nombre d'affaires difficilement gérable pour les juges.

3.3 Le lobbying des membres de la Cour pour l'introduction d'une copie de l'article 177 dans le protocole

Informés de manière régulière sur le déroulement des négociations par la Commission, les membres de la Cour suivent de près l'évolution de la discussion des experts. Assez rapidement, ils trouvent celle-ci inquiétante. S'ils s'attendent à une certaine retenue, voire même une sérieuse résistance de la France, ils n'imaginent pas une position aussi restrictive de la part de la Belgique. En automne 1968, c'est-à-dire environ huit mois après le début de l'ouverture des négociations, le greffier de la Cour de Justice, Albert Van Houtte, aborde donc la question de la position de la Belgique avec le sénateur et ancien ministre belge Michel Toussaint.¹¹⁹ Celui-ci envoie ensuite une lettre au Ministre des Affaires étrangères, dans laquelle il remet en question la position belge dans les négociations.¹²⁰

Seulement quelques semaines plus tard, la Cour tente une nouvelle fois d'alerter le gouvernement de la Belgique sur la question de la position de ses experts dans le groupe de travail : le juge Josse Mertens de Wilmars fait alors parvenir un mémorandum au Ministre chargé de la politique et de la programmation scientifique, Théo Lefèvre. Le document avance que l'élaboration d'une version modifiée du mécanisme des recours préjudiciels pourrait consti-

118 AHUE, CM2/1971, 921, Réunion du groupe du 8 mai 1968, R/873/68.

119 AHUE, Papiers Raymond Rifflet, 24, Note à l'attention de Monsieur le Président (de la Commission), 20 novembre 1969. Nous remercions l'historienne Anne Boerger de nous avoir fourni cette source.

120 La lettre elle-même n'a pas pu être retrouvée dans les archives, seulement la réponse fournie par le Ministère, voir AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Lettre à Monsieur Michel Toussaint, 3 décembre 1968.

tuer un précédent dangereux. Lefèvre n'est pas concerné par cette négociation interétatique, mais il est un des membres du parti PSC-CVP dont Mertens de Wilmars est particulièrement proche.¹²¹ C'est en grande partie grâce à lui (Premier Ministre belge de 1961 à 1965) que Mertens de Wilmars et ses frères sont anoblis en 1967. Lefèvre transfère le document à son collègue du gouvernement Harmel, qui est lui aussi un membre éminent du même parti politique. Ce dernier répond toutefois que les experts essaient seulement de trouver des solutions pour éviter un encombrement de la Cour et qu'il n'y a pas de raison de craindre que cette version modifiée du mécanisme des renvois préjudiciels puisse par la suite être utilisée pour remplacer l'original du traité de Rome.¹²²

Fin novembre 1968, les représentants des pays du Benelux tiennent à Luxembourg une réunion officielle pour discuter de la question. Les juges Andreas Donner, Josse Mertens de Wilmars et Pierre Pescatore sont invités à se joindre à eux et profitent de cette occasion pour attirer l'attention sur l'importance de l'article 177, « charnière du droit communautaire »,¹²³ et pour réfuter les arguments évoqués dans le groupe de travail pour limiter l'envoi de questions concernant l'interprétation de la convention de Bruxelles par les juridictions nationales.¹²⁴ En référence à l'appréhension de voir la Cour de Justice submergée d'affaires, ils expliquent que de simples modifications dans leur organisation interne leur permettraient de traiter deux à trois fois plus d'affaires par an. Ils soulignent ensuite que de toute façon, dans de nombreux cas, une référence à Luxembourg ne sera pas nécessaire puisque les juridictions nationales pourront s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans des affaires similaires. Quand ils sont interrogés sur la question de savoir s'il faudrait préciser dans le protocole quelles dispositions de la convention ils pourront et lesquelles ils ne pourront pas interpréter, les juges répondent que procéder à une telle distinction reviendrait à interpréter la convention, ce qui est de la compétence de la Cour elle-même.¹²⁵ Autrement dit, les juridictions nationales doivent, comme dans le cadre du traité de Rome, avoir la possibilité d'envoyer n'importe quelle question à Luxembourg. Il est de la compétence de la Cour de décider si elle peut la recevoir.

Le lendemain de cette rencontre, la délégation belge soumet un document de travail au groupe d'experts. Il prévoit la possibilité de consulter la Cour européenne de Justice uniquement pour des juridictions statuant en appel, et de

121 MERTENS DE WILMARS Josse, *Liber memorialis Mertens de Wilmars*, op. cit., p. 214.

122 AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Harmel à Lefèvre, 10 février 1969.

123 Les juges auraient selon le compte-rendu belge de la rencontre insisté sur ce point. Voir la note de bas de page ci-dessous.

124 AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Compte-rendu de la réunion des 26 et 27 novembre à Luxembourg.

125 *Ibid.*

surcroît de manière entièrement facultative, même dans le cas des plus hautes cours.¹²⁶ Ensuite, plus aucune session de travail n'a lieu jusqu'en avril 1969. Lorsque les discussions reprennent, il devient rapidement clair que la délégation belge n'a pas l'intention de revoir sa position. Au contraire, elle avance désormais que seulement les juges de dernière instance devraient être autorisés à demander l'avis de la Cour européenne, celle-ci risquant de ne pas être « suffisamment informée des problèmes très particuliers qui se posent en la matière ».¹²⁷ Une position plus restrictive est en outre désormais défendue par la délégation allemande qui souligne, comme les experts français ont fait auparavant, que « le respect de l'unité juridique au sein d'un Etat membre relève, dans le domaine d'application de la convention [...] des instances nationales, d'autant plus que le besoin de centralisation de l'application de cette convention n'est pas aussi accentué [...] qu'en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution [*sic*, le traité donc] de la Communauté ».¹²⁸

Du point de vue de la Cour de Justice, les négociations prennent ici un tournant inquiétant, même si les délégations néerlandaise, luxembourgeoise et italienne rejettent l'ensemble des arguments avancés par les trois Etats plus ou moins hostiles à l'usage tel quel de l'article 177 et défendent de manière vigoureuse son extension à la convention de Bruxelles. À la fin du mois d'avril 1969, des perspectives pour un revirement des négociations s'ouvrent : Charles de Gaulle se retire de la vie politique française suite au référendum sur la réforme régionale et du sénat. Les experts français doivent désormais attendre les instructions d'un nouveau gouvernement et un président moins eurosceptique sera éventuellement élu. En attendant, les juges tentent une nouvelle fois d'appeler à la raison le gouvernement dont les experts défendent des solutions similaires à celles des représentants français, c'est-à-dire celui de la Belgique. Le 7 mai 1969, une semaine seulement après la démission du président de Gaulle, Pierre Pescatore adresse une lettre privée au Ministre belge des Affaires étrangères, afin de l'« alerter sur [ce] problème [causant] depuis quelque temps une vive préoccupation autour de » lui.¹²⁹ Les deux hommes se connaissent. Tout comme Pierre Pescatore, Harmel a en effet été professeur de droit à l'université de Liège. La lettre étant assez frappante à la fois du point de vue du ton employé et de celui de son contenu, nous citons ci-après ses passages les plus importants :

126 AHUE, CM2/1971, 922, Réunion du groupe des 28/29 novembre 1968, R/188/69 (JUR 3).

127 AHUE, CM2/1971, 922, Réunion du groupe des 16/17 avril 1969, R/816/69 (JUR 13). Il ne ressort pas clairement du compte-rendu ce que la délégation belge entend ici.

128 *Ibid.* (Corrigendum).

129 AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Lettre de Pierre Pescatore à Pierre Harmel, 7 mai 1969.

« Cette affaire, que l'on pouvait considérer au début comme une question de technique juridique est en train de prendre un tour politique inquiétant à la suite, surtout, de l'attitude prise par la délégation belge. En bref, le problème revient à ceci qu'au lieu d'étendre purement et simplement aux nouvelles conventions qui viennent s'agréger au système communautaire les voies de droit prévues par les traités de Rome, et plus particulièrement le recours préjudiciel en interprétation, on s'ingénie à élaborer de nouvelles formules qui constituent, en réalité, l'abandon de tout ce qui fait l'efficacité du système des traités européens. [...] Pour justifier de telles propositions on allègue le fait que la matière des nouvelles conventions complémentaires [...] serait à tel point différente de l'objet même des Communautés que la recherche de nouvelles formules s'imposerait. Or, le véritable problème est ailleurs : il devient en effet de plus en plus évident, à mesure que progressent les négociations [...] que l'on est en train de préparer des formules de rechange qui pourraient fort bien se substituer aux dispositions des traités européens eux-mêmes à l'occasion d'une prochaine révision, par exemple en connexion avec la fusion des Communautés ou à l'occasion de l'adhésion de tel Etat tiers. C'est dans une telle perspective, à ce qu'il semble, que les propositions belges ont été accueillies avec une faveur particulière du côté français. [...] Toutes les tentatives des délégations luxembourgeoise et néerlandaise, visant à dissuader la délégation belge de son action, sont restées infructueuses : [...] bien au contraire, sans attendre la conclusion de cet effort de concertation à trois, la délégation belge a déposé dans le cadre du Conseil des six une proposition dont les termes sont inacceptables pour les gouvernements de Luxembourg et de La Haye.

J'espère que les explications ci-dessus auront pu vous convaincre de ce que les limites de la technique juridique sont ici largement dépassées : ce qui est en cause, ce sont les mécanismes essentiels destinés à assurer l'unité et l'efficacité du droit communautaire. On ne voit vraiment pas quel intérêt un pays tel que la Belgique pourrait avoir à favoriser un processus dont l'objectif, ou à tout le moins l'effet, est d'ébranler les garanties judiciaires créées par le Traité de Rome. [...] Je suis convaincu que le moment est venu que vous preniez un intérêt personnel à cette question. »¹³⁰

Ayant également été approché par la Commission au sujet de la position des experts belges, Harmel demande d'être informé du point de vue des représentants de son Ministère ainsi que de ceux du Ministère de la Justice dans le groupe. Puis, il donne son accord quant aux solutions défendues par ceux-ci.¹³¹

Le 15 juin 1969, la France élit Georges Pompidou, qui déclare peu de temps après avoir l'intention de convoquer un sommet entre les six pour relancer l'intégration européenne.¹³² Au Ministère des Affaires étrangères succède à l'eurosceptique Michel Debré le pro-européen Maurice Schumann. René Pleven,

130 *Ibid.*

131 AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Note du 25. 6. 1969 ; Note pour Monsieur le Ministre des affaires étrangères et du commerce extérieur, 29 juillet 1969.

132 Sommet qui a lieu à La Haye, voir BRISCH Marie-Thérèse, « Le sommet de La Haye. L'initiative française, ses finalités et ses limites », *Journal of European Integration History*, vol. 9, n° 2, 2003, pp. 83-99.

une autre personnalité en faveur de l'intégration européenne, est nommé Ministre de la Justice. Un vent nouveau souffle donc en France et la Cour de Justice ne manque pas de réagir. S'appuyant sur son long parcours politique commun avec les nouveaux Ministres, le président de la juridiction européenne Robert Lecourt organise des rencontres officieuses avec ceux-ci peu de temps après l'institution du nouveau gouvernement. Le 15 juillet 1969, il rencontre Pleven, dans le but de l'encourager de donner aux experts français l'instruction d'accepter l'extension de l'article 177 CEE. Le président s'appuie sur deux arguments déjà soulevés par les membres de la Cour de Justice à d'autres occasions : non seulement la modification du mécanisme n'est pas nécessaire, elle peut aussi entraver le processus d'intégration européenne. Dans une note envoyée au Ministre deux jours plus tard, Lecourt avance un exemple pour démontrer que la peur de l'éventuel risque d'encombrement de la Cour est injustifiée :

« Quant au risque d'encombrement, un exemple suffit à le mesurer. L'interprétation des articles 95 et 97 du Traité en matière fiscale a, en effet, donné lieu en Allemagne à 200 000 recours administratifs, suivis d'environ 20 000 recours devant les juridictions fiscales allemandes. Or, cet abondant contentieux national n'a pas donné lieu à plus de 10 questions préjudicielles devant la Cour de Justice. Bien au contraire, sitôt données les interprétations de la Cour, elles ont été appliquées par les juridictions allemandes à l'ensemble des cas qui leur étaient soumis : des commentateurs ont même pu avancer que les réponses préjudicielles de la Cour données à temps avaient coupé court à l'inflation de pourvois devant les juridictions d'outre-Rhin. Prendre appui sur un éventuel encombrement de la Cour (qu'on ne saurait redouter plus que ne le pouvaient redouter les auteurs du Traité) pour limiter aux juridictions supérieures le recours à l'article 177, aboutirait à laisser s'opposer, pendant des années, des jurisprudences nationales divergentes et à rendre particulièrement délicat l'arbitrage à exercer entre elles. Ce serait en outre amorcer la désarticulation de l'article 177 lui-même, particulièrement lourde de conséquences à la veille de la fusion des Traités. Il paraît donc opportun d'appliquer, sans l'altérer ou la démembrer, la procédure de l'article 177 du Traité, pour assurer l'uniformité d'interprétation des conventions déjà signées par les Etats membres. » ¹³³

Quelques jours plus tard, Lecourt expose ses arguments à Maurice Schumann.¹³⁴ Suite à ces rencontres, le juge Pescatore informe le Ministre des Affaires étrangères belge Pierre Harmel du fait d'avoir « appris, à titre très confidentiel

133 AN/E, 19950411, 211, Lettre de Robert Lecourt à René Pleven, 17 juillet 1969 et annexée à celle-ci, « note relative à l'extension des compétences de la Cour de Justice des Communautés européennes ».

134 Rencontre mentionnée dans la lettre à René Pleven et confirmée par les agendas de Maurice Schumann : Fondation Charles de Gaulle, Paris, Archives Maurice Schumann, F40/166, agenda mentionnant un rendez-vous avec Robert Lecourt le 19 juillet 1969.

[...] que le gouvernement français accepte maintenant, en tout cas comme principe de solution, l'extension pure et simple de la procédure de l'article 177 aux conventions conclues en marge des traités instituant les Communautés ». ¹³⁵ Deux mois plus tard, les juges reçoivent finalement aussi une réponse positive de la part du gouvernement belge. En octobre 1969, ils profitent en effet d'une visite officielle auprès du gouvernement de la Belgique pour aborder la question une nouvelle fois. Le Ministre Harmel leur promet alors que la position belge serait elle aussi être réexaminée. ¹³⁶ Un an et demi après le début des difficiles négociations, les membres de la Cour de Justice peuvent donc espérer une évolution positive des discussions du groupe de travail.

Le revirement des positions belges et françaises est cependant bien moins important qu'espéré. La France accepte désormais l'idée d'autoriser les juridictions statuant en appel à procéder à des renvois à Luxembourg. ¹³⁷ Cet assouplissement de la position française est une conséquence directe de la rencontre entre Robert Lecourt et le Ministre français de la Justice René Pleven. Immédiatement après leur entrevue, Pleven a demandé d'être informé du point de vue jusqu'alors défendu par les experts français. Peu de temps après, il leur a donné l'ordre d'accepter la solution proposée par un document de travail belgo-allemand qui prévoyait la possibilité de renvoi pour les juges statuant en seconde instance. ¹³⁸ Les arguments de Lecourt ont semble-t-il cependant moins convaincu le Ministre Schumann, qui est en désaccord avec cette directive de Pleven. ¹³⁹ Les deux Ministres français sont d'accord sur un point : les juridictions statuant en première instance ne doivent pas pouvoir faire appel à la Cour européenne dans l'interprétation de la convention de Bruxelles.

Le revirement complet de la position française espéré par la Cour de Justice n'a donc pas lieu. La Belgique n'a quant à elle nullement reconsidéré sa position. L'éventualité qu'un compromis entre une solution très restrictive et la simple extension de l'article 177 l'emporte devient de plus en plus probable. Le greffier de la Cour de Justice Van Houtte, « sans donner à ses démarches un caractère officiel », ¹⁴⁰ approche par conséquent une nouvelle fois les dirigeants belges

135 AMAE/B, 6 641/1 CEE, Lettre de Pierre Pescatore à Pierre Harmel, 29 août 1969.

136 Promesse mentionnée in AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Note pour Monsieur le Ministre des Affaires étrangères, date non indiquée.

137 AN/F, 19950411, 211, TELEX S.G.C.I., 29 octobre 1969.

138 AN/F, 19950411, 211, René Pleven à Maurice Schumann, 7 août 1969 et note sur l'interprétation des conventions par la Cour de Justice, 26 septembre 1969.

139 AN/F, 19950411, 211, S.G.C.I., Note pour M. J.-R. Bernard, 16 septembre 1969 et Ministre des Affaires étrangères Maurice Schumann au Ministre de la Justice René Pleven, 27 octobre 1969.

140 AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Note pour Monsieur le Ministre des Affaires étrangères, sans auteur ni date.

pour demander si le réexamen de la position de leurs experts, promis par le Ministre, a bien eu lieu. Selon les sources belges, il insiste sur le caractère *sui generis* de la Cour de Justice et la nécessité d'une interprétation uniforme du droit communautaire. Il avance également que les délégations allemande et française seraient prêtes à accepter l'extension de l'article 177, accusant ainsi implicitement la Belgique d'être la seule opposante à une solution dans l'intérêt du droit communautaire.¹⁴¹ Toujours selon des archives belges, Van Houtte et le juge Mertens de Wilmars envoient en outre des notes au Ministère belge de la Justice et attirent l'attention du procureur de la Cour de cassation belge, Walter Ganshof van der Meersch, sur la situation.¹⁴² Leurs démarches demeurent cependant infructueuses. Estimant que les membres de la Cour sont en train de dépasser le cadre de leurs compétences, l'administration belge décide d'ignorer leurs manœuvres.¹⁴³

Au cours des mois suivants, les délégations des Etats se mettent progressivement d'accord sur l'idée d'opter pour une solution intermédiaire. Seuls les experts luxembourgeois refusent cette proposition. Selon des sources belges, le Ministère luxembourgeois de la Justice est prêt à accepter une solution de compromis. Cependant, le Ministère des Affaires étrangères s'y oppose. Ce dernier n'étant pas représenté dans le groupe de travail, on identifie ici une nouvelle interférence de la Cour de Justice dans les négociations, puisqu'« il ne peut être perdu de vue que Monsieur Pescatore, [...] juge à la Cour de Justice des Communautés, est l'ancien jurisconsulte de ce Département » (*sic*).¹⁴⁴ Les experts belges sont désormais proches de l'exaspération. Une note adressée au Ministre des Affaires étrangères souligne à quel point les négociations ont été difficiles, entre autres, « en raison de la pression exercée sur les délégations par les juges ». ¹⁴⁵

En juillet 1970, une version provisoire du protocole est soumise, cette fois-ci de manière officielle, à l'avis de la Cour. Non sans surprise, celle-ci exprime une opinion très critique à l'égard du document. Ses membres auraient en effet opté pour l'élaboration d'un protocole-cadre de portée générale, contenant une copie de l'article 177. Celui-ci aurait ensuite pu être utilisé pour l'ensemble des conventions signées entre les six pour compléter les traités. L'élaboration de versions différentes d'un même moyen de recours risque à leurs yeux de créer,

141 *Ibid.* et dans le même dossier, note pour Monsieur le secrétaire général, 23 décembre 1969.

142 AMAE/B, 6. 641/1 CEE, Rétroactes.

143 AMAE/B, 6.641/1 CEE, Rétroactes et note pour Monsieur le secrétaire général, 23 décembre 1969.

144 AMAE/B, 6.641/1 CEE, Note pour Monsieur le Ministre des Affaires étrangères, 27 mai 1970.

145 *Ibid.*

« avec la multiplication des conventions complémentaires, un désordre nuisible à la praticabilité de la juridiction communautaire ». ¹⁴⁶ Le rapport de la Cour affirme ensuite que « la plupart des innovations proposées dans ce texte ne présentent aucun lien perceptible avec l'objet particulier de la convention et que « les motifs déterminants sont tirés d'une considération du mécanisme des recours préjudiciels tel qu'il fonctionne sur la base de l'article 177, beaucoup plus que des exigences propres de la convention en discussion ». ¹⁴⁷ L'avis de la Cour exprime donc en termes plus diplomatiques, quoique également sévères, ce que le juge Pierre Pescatore a déjà exprimé dans sa lettre au Ministre Harmel. Les arguments du groupe de travail pour justifier la version restrictive du mécanisme des renvois préjudiciels ne se valent pas, ils ne cachent qu'une volonté de limiter la coopération de la Cour avec les juridictions nationales et les solutions proposées sont dangereuses pour l'article 177 CEE lui-même. En conclusion, le rapport de la Cour invite le groupe de travail à élaborer un protocole sur des bases nouvelles, comportant une copie de l'article 177, à l'exception éventuelle de la possibilité de renvoi pour les juridictions de première instance. Uniquement sur ce point, la Cour souligne en effet la pertinence des motifs qui ont amené le groupe d'experts à exclure celles-ci de la procédure (l'engorgement de la Cour et les pratiques dilatoires de parties), tout en précisant cependant que l'article 177 n'a jusqu'alors donné lieu à aucun inconvénient de ce genre. ¹⁴⁸

En février 1971, le groupe d'experts se réunit pour étudier les remarques de la Cour. Il décide de ne procéder à aucun changement dans le document. ¹⁴⁹ Quatre mois plus tard, le protocole contenant la version restrictive du mécanisme des renvois préjudiciels décrite en amont est signé. Les juges européens ne disposeront pas de la même autorité d'interprétation dans le cadre de la convention de Bruxelles que dans celui des traités de Rome. Leurs tentatives d'influencer le résultat des négociations ont échoué, même si l'inflexion de la position française obtenue par le président Lecourt a permis de faire avancer les discussions et d'obtenir le compromis en question.

146 AHUE, CM2/1971, 926, Avis de la Cour de Justice relatif au projet de Protocole concernant l'interprétation par la Cour de Justice de la convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales et de la Convention du 27 septembre concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

147 *Ibid.*

148 *Ibid.*

149 AHUE, CM2/1971, 926, Etat des travaux, résultats des travaux de la réunion du 22 février 1971, T/150/71 (JUR).

3.4 Expliquer la réaction de la Cour de Justice

La réaction des membres de la Cour de Justice envers ces négociations est frappante. Que traduit-elle ? Une réelle peur d'une éventuelle révision de l'article 177 ? Ou ne s'agit-il là que d'un prétexte pour argumenter en faveur d'une importante extension des compétences de leur institution ? Selon le témoignage d'un des référendaires du juge belge Josse Mertens de Wilmars, les juges sont réellement très préoccupés, voire même obsédés, par la question d'une éventuelle révision de l'article 177 CEE.¹⁵⁰ Il faut dire que, visiblement bien informés, ils n'ont pas tort d'être inquiétés. Les archives nationales de France montrent que les experts français voient effectivement dans la première phase des discussions, c'est-à-dire sous l'ère de Gaulle et quand l'eurosceptique Michel Debré est aux Affaires étrangères, dans ces négociations une occasion pour préparer le terrain d'une révision de l'article 177. L'élaboration d'une version très restrictive du mécanisme des renvois préjudiciels doit limiter au strict minimum les pouvoirs de la Cour de Justice concernant toute convention signée en marge des traités, notamment des conventions de droit international privé. Le droit privé doit dans la mesure du possible être tenu en dehors de l'orbite du droit communautaire. Ensuite, la même version restrictive doit pouvoir être utilisée comme précédent dans le cas où la France déciderait de « tenter d'obtenir une modification de l'article 177 lors de la fusion des traités ».¹⁵¹ On exprime d'ailleurs du côté français effectivement, comme l'avance le juge Pierre Pescatore, dans ce sens un intérêt pour certaines solutions avancées par la Belgique.¹⁵²

Selon les rapports des sessions de travail du groupe d'experts, de même que nos recherches dans les archives belges et les travaux de l'historien Bill Davies sur la réception du droit européen en Allemagne,¹⁵³ il ne règne cependant aucune intention de réviser l'article 177 du côté des experts belges et allemands. De même que les représentants des Pays-Bas, du Luxembourg et de l'Italie, la délégation de la RFA souligne d'ailleurs pendant les négociations justement « pour éviter un précédent dangereux », que la solution retenue pour la con-

150 Entretien avec Ivan Verougstraete, référendaire de Josse Mertens de Wilmars entre 1969 et 1972, réalisé le 7 mars 2013 à Rhode-Saint-Genèse en Belgique.

151 AN/F, 19950411, 211, Note pour le cabinet du Ministre au sujet de l'interprétation uniforme des conventions d'ordre juridique passées entre Etats membres de la CEE, 10 avril 1969.

152 *Ibid.*

153 Au contraire, le plutôt eurosceptique Ministère de la Justice de la RFA est pendant les années soixante avant tout préoccupé par le *manque* de recours et l'absence de protection des droits fondamentaux dans le système juridique communautaire. Voir à ce sujet DAVIES Bill, *Resisting the European Court of Justice. West Germany's confrontation with European law, 1949–1979*, *op. cit.*

vention de Bruxelles doit être exceptionnelle.¹⁵⁴ Ce n'est en réalité pas tant l'article 177 *per se* qui inquiète les experts belges et allemands à la fin des années 1960, mais plutôt la convention. Leurs positions restrictives sont dues au large champ d'application de l'accord, au fait qu'il couvre des matières qui ont jusqu'alors été exclusivement du ressort de leurs juridictions nationales, et au fait qu'il plonge ses racines dans les droits nationaux des Etats membres. Copier l'article 177 ne risque pas seulement d'affecter l'autonomie de leurs juges nationaux, cela risque à long terme d'avoir un impact sur leurs législations de droit privé, jusque-là entièrement protégées du processus d'intégration. Les représentants de la Belgique et de l'Allemagne partagent donc pendant les négociations dans une certaine mesure les craintes de la France, mais elles n'ont pas pour but de démanteler les garanties judiciaires établies par le traité de Rome. Leurs délégations approuvent d'ailleurs la simple extension de l'article 177 au protocole qui est annexé à la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés. La France, par contre, opte ici aussi pour une position très restrictive en ce qui concerne les compétences des juges européens,¹⁵⁵ alors que cette deuxième convention ne risque aux yeux des experts français pas de provoquer un grand nombre de renvois à Luxembourg.¹⁵⁶ Ce n'est qu'après la rencontre entre Lecourt et Pleven, que la délégation française finit par accepter la simple extension de l'article 177 CEE au protocole attribuant à la Cour de Justice la compétence d'interpréter la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales.

Sans être infondée, la réaction de certains membres de la Cour envers ces négociations est donc exagérée, et elle est à bien des égards représentative de la « troisième génération » de juges que nous avons décrite en amont, ou en tout

154 La RFA a, justement pour éviter un « précédent dangereux », proposé d'introduire dans le préambule du protocole un paragraphe exprimant que l'article 177 a dû être adapté en raison de la nature et du large champ d'application de la convention. Voir AHUE, CM2/1971, 922, Réunion du groupe des 18/19 juin 1969, R/1404/69 (JUR 19). Les Pays-Bas ont déclaré que s'ils acceptaient une version modifiée du recours pour le protocole annexé à la convention de Bruxelles, ils ne le feraient pas pour d'autres conventions (et donc probablement encore moins pour le traité lui-même). Voir AHUE, CM2/1971, 922, Réunion du groupe des 28/29 novembre 1968, R/188/69 (JUR 3). Le Luxembourg a lors de la signature du protocole fait une déclaration officielle indiquant qu'il n'accepterait en aucun cas que cette solution soit considérée comme un précédent. Voir AHUE, CM2/1971, 926, Déclaration du gouvernement luxembourgeois.

155 Voir notamment AHUE, CM2/1971, 922, Réunion du groupe des 13 et 14 mai 1969, R/982/69 (JUR 15).

156 AN/E, 19950411, 211, Note sur l'interprétation uniforme des conventions juridiques entre les Etats membres des Communautés européennes, 28 janvier 1968.

cas de certains de ses membres. Premièrement, elle met en lumière à quel point la juridiction européenne est attachée à, et mise alors sur ce mécanisme des renvois préjudiciels, pour lequel le président Robert Lecourt a mis en place une véritable stratégie de conquête des tribunaux nationaux à la Cour. Sans doute comptent ici les intérêts proprement institutionnels de la juridiction européenne. Cependant, on constate aussi que les principaux acteurs du lobbying de la Cour sont tous des hommes engagés pour la construction européenne depuis longtemps. On ne peut donc réduire la position de la Cour de Justice à une simple aspiration de voir ses prérogatives au sein des Communautés étendues. Derrière son raisonnement se trouve une réelle part de préoccupation pour le processus d'intégration dans son ensemble et l'interprétation uniforme de cette convention, qui risque effectivement de ne pas être appliquée de la même manière dans les six Etats si leurs juridictions sont trop libres dans leur lecture de l'accord.

La réaction de la Cour traduit aussi parfaitement son approche téléologique des traités. Le fait que le traité CEE ne précise pas que l'interprétation de conventions conclues entre les Etats devrait être assurée par la Cour de Justice ne permet pas de remettre en question son autorité légitime sur cet accord. Evidemment que la convention de Bruxelles fait partie intégrante du droit communautaire, évidemment qu'il revient à la Cour européenne de l'interpréter et évidemment qu'il faut, pour la cohésion du système, étendre l'article 177 à cet accord. Sans être avancée de manière explicite (on s'étonne d'ailleurs presque de ne pas avoir trouvé cet argument dans les archives), on retrouve ainsi dans le raisonnement de la Cour l'idée que les négociateurs du traité n'ont pas pu imaginer les choses autrement. La décision des Etats d'engager des négociations spécifiques sur le rôle de la Cour dans le cadre de la convention de Bruxelles constitue ainsi *de facto* une atteinte à son autorité dans les Communautés. Le protocole de Luxembourg, plutôt que de constituer une importante avancée sur le plan de l'intégration européenne – puisque les Etats ont, malgré l'absence de toute obligation formelle, décidé de rendre la Cour compétente pour l'interprétation d'une importante convention de droit international privé – traduit un recul de la part des gouvernements. Ne pas simplement étendre l'article 177 à la convention de Bruxelles revient même, comme Pierre Pescatore l'évoque dans sa lettre à Harmel, à préparer le terrain pour « ébranler les garanties judiciaires créées par le Traité de Rome », à amorcer la *destruction* de ce qui a été acquis. Il est ici intéressant de noter que le juriste Hjalte Rasmussen met dans son ouvrage de 1986 en relief comment le président de la Cour de Justice Robert Lecourt réfute dans sa monographie *L'Europe des juges* habilement toute accusation d'activisme dirigée contre la Cour en utilisant une « puissante rhétorique dialectique » consistant à ne proposer systématiquement qu'une *seule* alternative aux avancées obtenues par la jurisprudence communautaire : l'*échec* de la construction

européenne. On retrouve une tactique similaire ici : la Cour de Justice *doit* devenir la principale autorité d'interprétation de la convention de Bruxelles, autrement on amorce la destruction du système juridique communautaire.

Dans la logique de ce raisonnement, la décision de certains membres de la Cour d'alerter les dirigeants politiques via leurs réseaux personnels sur les conséquences du travail de leurs experts n'est pas une histoire de juges investissant une scène politique sur laquelle ils n'ont en principe rien à faire. Au contraire, en tant que garants du respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités, il est presque de leur *devoir* de le faire. C'est en tout cas l'impression que donne la lettre dans laquelle le juge Pescatore exhorte le Ministre Pierre Harmel à prendre un intérêt personnel à la question. Ce raisonnement rappelle d'ailleurs les affirmations du Luxembourgeois bien avant son arrivée à la juridiction européenne : la Cour doit faire barrage aux tentatives des Etats de « reprendre de la main gauche ce qu'ils ont signé de la main droite ». Cette idée de devoir mettre en garde les dirigeants politiques contre les conséquences néfastes que pourrait avoir le travail réalisé par leurs experts sur le processus d'intégration, on la retrouve également dans la lettre de Robert Lecourt au Ministre français de la Justice René Pleven, même si le président de la Cour de Justice opte pour un ton bien plus diplomatique.

Néanmoins, les juges sont parfaitement conscients du fait qu'ils dépassent le cadre de leurs compétences en interférant dans le déroulement des négociations. Ce n'est pas par hasard que les communications et rencontres mentionnées se font toutes de manière confidentielle. Cette intervention politique dans les coulisses est frappante. Tout en démontrant l'attention et la sensibilité des juges européens envers les réactions des Etats membres à leur égard, elle témoigne aussi de l'audace, voire même du culot des chefs de file de cette troisième génération de membres de l'institution, pour lesquels l'intégration par le droit est un credo, dans lequel la Cour de Justice a un rôle bien plus héroïque à jouer que celui qu'ont en tête les Etats signataires des traités.