

**LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
ET LE « MIEUX LÉGIFÉRER »
RECHERCHE SUR L'IMPACT JURIDICTIONNEL**

Nathalie RUBIO¹

Résumé

Cette étude a pour objet le positionnement de l'organe juridictionnel dans la gouvernance européenne et la visibilité de sa contribution à la mise en œuvre des exigences du « Mieux légiférer ». Il s'agit en effet de déterminer l'impact du juge mais aussi l'impact sur le juge. La recherche est menée tant d'un point de vue matériel au regard de l'analyse de la jurisprudence que d'un point de vue formel au regard des méthodes et outils utilisés par le juge pour appliquer et interpréter le droit de l'Union européenne. Des pistes sont explorées quant aux possibilités de lui reconnaître un rôle plus ambitieux dans la fabrication du droit de l'Union européenne.

Abstract

The object of this study is the position of the judge in the European governance and the visibility of its contribution to the implementation of the Better regulation texts. It is indeed a question of determining the impact of the judge but also the impact on the judge. The search is led so much material point of view with regard to the analysis of the jurisprudence that from a formal point of view with regard to the methods and the tools used by the judge to apply and interpret European law. The principal question is knowing if there are any possibilities of recognizing a more ambitious role for him in the UE decision-making.

¹ Professeure de droit public, Chaire Jean Monnet, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

Comment la Cour de justice de l'Union européenne peut-elle être un « acteur » du « Mieux légiférer »² ? La question peut en effet surprendre car, quand on s'interroge sur la fabrication du droit³, on ne pense pas spontanément au juge. Pourtant, il est omniprésent, même inconsciemment, car il est amené, d'une façon ou d'une autre, à un moment ou un autre, à rappeler au législateur les limites de son action. Le premier réflexe qui consiste à se cacher derrière le principe de séparation des pouvoirs n'est donc pas pertinent et encore moins s'agissant de l'Union européenne⁴.

Aux termes de l'article 19 du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se voit attribuer un rôle classique : on attend qu'elle « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Par ce biais, elle a ainsi largement participé à l'originalité du système juridique de l'Union. Robert Lecourt, Pierre Pescatore, plus récemment Antonio Tizzano et bien d'autres l'ont montré⁵. En outre, de nombreuses études ont été consacrées à la Cour de justice en tant qu'acteur de la gouvernance⁶, d'autres se sont aussi interrogés sur le gouvernement par la jurisprudence comme Loïc Azoulai⁷. Par conséquent, le positionnement de l'organe juridictionnel dans la gouvernance européenne ne constitue plus un sujet novateur pour lequel nos recherches auraient un quelconque intérêt.

Nos propos s'inscrivent plutôt dans une démarche pragmatique et se limiteront à savoir pourquoi et comment la question de la contribution du juge au « Mieux légiférer » est renouvelée par le paquet de 2015⁸. S'inscrivant dans la lignée de ses prédécesseurs⁹, les objectifs de cette nouvelle version sont bien connus : améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats, garantir l'ouverture et la transparence, mettre en place des outils adéquats pour assurer l'efficacité et rafraîchir le corpus

2 Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE, COM (2015) 215 du 19 mai 2015 ; Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer » du 13 avril 2016, JOUE L 123 du 12.05.2016, p. 1 ; Améliorer la réglementation : de meilleurs résultats pour une Union plus forte, COM (2016) 615 du 14 septembre 2016 ; Le droit de l'Union européenne : une meilleure application pour de meilleurs résultats, JOUE C 18 du 19.01.2017, p. 10.

3 Cela dit, deux ouvrages majeurs mettent le juge au centre de leur questionnement sur la fabrication ou la fabrique du droit : B. LATOUR, *La fabrique du droit – Une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte poche, 2004, 320 p. et P. MBONGO et A. VAUCHEZ (éd.), *Dans la fabrique du droit européen – Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, 2009, 258 p.

4 V. notamment, T. GEORGOPOULOS, « Doctrine de séparation des pouvoirs et intégration européenne », in M. BLANQUET (éd.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, p. 3-30.

5 R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 2007, 321 p. ; P. PESCATORE, *Études de droit communautaire 1962-2007*, Bruylant, 2008, 1006 p. ; Dans les mélanges dédiés à Paolo MENGOLZI, l'Avocat général A. TIZZANO montre l'influence de la Cour sur la construction du système juridique, son action au sein des États membres et les fondements et effets de sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruylant, 2013, 635 p.

6 V. notamment les travaux en science politique : S. SAURUGGER et F. TERPAN, « La Cour de justice au cœur de la gouvernance européenne », *Pouvoirs*, 2014, p. 59 ; O. COSTA, « La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne », *Revue française de science politique*, 2001, p. 881 ; A. VAUCHEZ, « La justice comme « institution politique » : retour sur un objet (longtemps) perdu de la science politique, *Droit et société*, 2006, p. 491 ; A. VAUCHEZ, « A quoi « tient » la Cour de justice des Communautés européennes ?, Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational », *Revue française de science politique*, 2010, p. 247.

7 Selon L. AZOULAI, la Cour participe essentiellement au gouvernement de l'Union par l'élaboration de deux sortes d'opérateurs qui agissent sur la manière d'aborder les problèmes politiques et sociaux : les *connecteurs* qui servent à placer le problème de droit posé dans le contexte élargi d'exigences et les *correcteurs* qui encadrent le comportement des autorités politiques, administratives et judiciaires des États membres. In P. MBONGO et A. VAUCHEZ (éd.), *Dans la fabrique du droit européen – Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, op. cit. p. 168.

8 E. CARTIER avait déjà étudié la place de la justice dans la gouvernance du « Mieux légiférer » en mettant en exergue les deux paramètres de l'équation -d'une part, bien juger pour mieux légiférer et d'autre part, bien légiférer et mieux juger- en les envisageant essentiellement sous le prisme de la jurisprudence nationale et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, in F. PÉRALDI-LENEUF et S. DE LA ROSA (éd.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013, p. 225.

9 F. PÉRALDI-LENEUF et S. DE LA ROSA (éd.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Pedone, 2013, 246 p. ; E. VAN DEN ABEELE, « L'agenda Mieux légiférer de l'Union européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2009, p. 5-79 ; D. MOCKLE, « La réglementation intelligente : réglementer mieux ou réglementer moins ? », *RFDA*, 2015, p. 1225 ; A. ALEMANNI, « Dans quelle mesure le « Mieux légiférer » est-il meilleur ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2015, p. 509.

législatif existant. Tous les acteurs se sont engagés à se mobiliser : la Commission bien évidemment, mais également le Parlement européen et le Conseil *via* l'Accord interinstitutionnel du 13 avril 2016 et l'adoption, en vertu de son article 7, d'une déclaration commune, relative à la programmation interinstitutionnelle annuelle signée par les présidents des trois institutions, qui expose les objectifs généraux et les priorités pour l'année ainsi que les dossiers d'importance politique majeure¹⁰.

Le but, affiché d'ailleurs dans la communication du 19 mai 2015, est de travailler de manière plus transparente et plus inclusive pour aboutir à des propositions de meilleure qualité et de faire en sorte que les règles existantes permettent de réaliser de manière plus efficace les grands objectifs sociétaux.

La place du juge est *a priori* très modeste, très peu de développements le concernant directement ou indirectement, ce qui renvoie finalement à une conception classique du rôle du juge mêlée à une méfiance de la procéduralisation.

Ainsi, la Communication du 19 mai 2015 rappelle un certain nombre d'exigences tenant notamment à l'interprétation et l'application du droit de l'UE qui font, du reste, largement écho aux paquets antérieurs et qui ont amené la Cour à développer une jurisprudence significative relative aux impératifs de qualité et d'efficacité de la norme comme l'a montré Rostane Mehdi¹¹. À cet égard, on relèvera trois extraits pertinents dans l'accord interinstitutionnel : « Les trois institutions conviennent que le choix de la base juridique est une appréciation juridique qui doit se fonder sur des motifs objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel » (pt 25 § 4) ; « La Commission continue de jouer pleinement son rôle institutionnel afin de veiller au respect des traités et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne » (pt 25 § 5) ; « Les trois institutions reconnaissent qu'il importe de veiller à ce que chaque institution puisse exercer ses droits et remplir ses obligations dans le cadre de la négociation et de la conclusion d'accords internationaux, tels qu'ils sont consacrés dans les traités et interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne. Les trois institutions s'engagent à se réunir dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur du présent accord pour négocier des modalités pratiques plus efficaces en matière de coopération et d'échange d'informations dans le cadre des traités, tels qu'ils sont interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne » (pt 40).

Par conséquent, le paquet 2015 envisage essentiellement la garantie que le contrôle du juge peut ainsi apporter à l'équilibre des pouvoirs.

En outre, on relève que les risques liés à la procéduralisation n'apparaissent plus aussi clairement que dans la Communication du 11 décembre 2002¹² : « La Commission demeure cependant convaincue qu'une approche juridiquement contraignante de la consultation est à éviter pour deux

10 Déclaration commune sur les priorités législatives de l'Union européenne pour l'année 2017 signée le 13 décembre 2016.

11 R. MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et autres (éd.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 295.

12 *Vers une culture renforcée de la consultation et du dialogue – Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées*, COM (2002) 704.

raisons. Premièrement, la frontière doit être claire entre les consultations engagées à l'initiative de la Commission avant l'adoption d'une proposition et le processus décisionnel formel et obligatoire qui y succède conformément aux traités. Deuxièmement, il faut éviter que les propositions de la Commission puissent être attaquées devant le juge communautaire pour défaut de consultation des parties intéressées. Cette approche trop légaliste serait incompatible avec la nécessité de mener les politiques en temps opportun, ainsi qu'avec les attentes des citoyens qui souhaitent que les institutions européennes concentrent davantage leurs efforts sur le contenu, et non sur les procédures ».

Dès lors, la place de la Cour de justice dans le contexte du « Mieux légiférer » est loin d'être principale dans les textes, mais elle demeure essentielle en pratique. Encore faudrait-il s'atteler à définir d'éventuels critères permettant d'évaluer l'impact juridictionnel des ambitions proclamées depuis 2015, on vise ici l'impact sur la juridiction bien sûr mais aussi l'impact de la juridiction.

Cette étude se veut nécessairement transversale et revendique sa superficialité, tant le sujet est large et fuyant, et tout le défi est d'offrir au lecteur une présentation qui ne soit ni la synthèse des autres brillantes études, ni redondante et encore moins hors sujet... Nous nous interrogerons donc sur la place et le rôle du juge dans cette mécanique et l'influence qu'il peut exercer ou qu'il peut subir. Aussi, nous analyserons ses capacités d'impulsion et d'adaptation dans cette quête de qualité, de rationalisation et au final de légitimité du droit de l'Union¹³. En définitive, il s'agit de réfléchir plus largement à l'office du juge et à son évolution dans le contexte du paquet « Mieux légiférer »¹⁴. Nous inscrirons dès lors cette étude de la contribution de la CJUE aux exigences du « Mieux légiférer » dans une double approche, d'abord matérielle (1) et ensuite formelle voire inter-institutionnelle (2).

1) Approche matérielle de la contribution de la CJUE au « Mieux légiférer »

L'idée ici est de démontrer que, par ses arrêts, la Cour de justice peut donner un écho aux exigences du « Mieux légiférer » et contribuer ainsi à en assurer l'effectivité. La recherche a abouti à deux conclusions principales : la première est que la référence explicite aux instruments du « Mieux légiférer » est très exceptionnelle (1.1), la seconde est que la jurisprudence récente s'inscrit de façon plus claire dans le mouvement de légitimation et de d'effectivité du droit de l'Union (1.2).

1.1 Une référence exceptionnelle aux instruments du « Mieux légiférer »

Le premier réflexe du chercheur est de déterminer les occurrences des termes « Mieux légiférer », « gouvernance », « réglementation affûtée », « refit »... dans la jurisprudence de la Cour. On conviendra

¹³ Voir notamment F. HERVOUET, « Brèves réflexions à propos de la légitimité de l'Union européenne », in B. BERTRAND (éd.), *L'identité du droit de l'Union européenne*, Mélanges en l'honneur de C. BLUMANN, Bruylant, 2015, p. 375-387.

¹⁴ V. pour une étude très générale les actes du colloque organisé par le Sénat les 29-30 septembre 2006, *L'office du juge*, 544 p. V. également les contributions et propositions contenues dans l'Étude annuelle 2016 du Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, La documentation Française, 256 p.

aisément que la démarche est on ne peut plus réductrice voire d'une systématicité déconcertante, mais elle a le mérite de confirmer que la Cour de justice n'envisage pas de front le respect des exigences tenant au « Mieux légiférer ».

Les contentieux en matière fiscale fournissent une première illustration : le principe du « Mieux légiférer » est récurrent, mais la Cour ne fait que rappeler un considérant de la sixième directive, sans d'ailleurs en tenir compte par la suite¹⁵. La référence expresse au « Mieux légiférer » n'est donc ici pas particulièrement exploitable.

Une deuxième série d'exemples de références explicites se trouve dans les conclusions des avocats généraux.

Dans l'affaire du contrôle prudentiel des établissements de crédits¹⁶, l'avocat général Niilo Jääskinen n'a pas été convaincu par les arguments soulevés par le Royaume-Uni tenant au non-respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité allant à l'encontre « des indications » données dans l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer ». Il conclut à cet égard que le législateur de l'Union européenne a dûment respecté toutes les exigences procédurales dans l'évaluation de la conformité de la proposition à ces principes et qu'il possède un large pouvoir d'appréciation en la matière.

Dans l'affaire des tabacs¹⁷, l'avocat général Juliane Kokott évoque avec ironie le décalage entre les ambitions et la pratique. Ainsi, après avoir rappelé la jurisprudence sur la motivation des actes, elle constate que le considérant 60 de la Directive en cause « se borne à constater lapidairement » que « les objectifs de la présente directive, à savoir le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente du tabac et des produits connexes, ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, mais peuvent, en raison de leurs dimensions et effets, l'être mieux au niveau de l'Union », pour en conclure que « celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 [TUE] » (§ 289). Elle remarque alors : « On ne saurait soutenir que cette formulation, cantonnée en définitive à une reproduction modulaire du libellé même des dispositions pertinentes du traité UE, soit vraiment un brillant spécimen de la technique si célébrée du « mieux légiférer », que les institutions de l'Union se sont fixées comme objectif depuis quelque temps » (§ 290). « Certes, la présence d'une telle formule standard dans le préambule d'un acte de l'Union ne devrait pas à elle seule conduire à des conclusions hâtives sur le respect de l'obligation de motivation. Une telle formule invite néanmoins à constater la carence de la motivation de l'acte en cause. Si l'on peut déduire après tout de cette motivation que le législateur était lui-même convaincu de respecter le principe de subsidiarité, elle ne fait cependant pas clairement apparaître les réflexions

15 « Pour assurer que les dispositions sont présentées d'une façon claire et rationnelle, compatible avec le principe de mieux légiférer, il est opportun de procéder à la refonte de la structure et du libellé de la directive bien que cela ne doive, en principe, pas provoquer des changements de fond dans la législation existante. Un petit nombre d'amendements substantiels est néanmoins inhérent à l'exercice de refonte et devrait, en tout état de cause, être apporté. Les cas où ces amendements sont effectués sont repris de manière exhaustive dans les dispositions sur la transposition et l'entrée en vigueur de la directive. »

16 Conclusions rendues le 20 novembre 2014 dans l'affaire *Royaume-Uni c./ Parlement européen et Conseil*, aff. C-507/13.

17 V. notamment les conclusions rendues le 23 décembre 2015, *Philip Morris Brands*, aff. C-547/14.

qu'il a exactement menées à propos de la problématique de la subsidiarité ni la profondeur de son analyse de cette question » (§ 291). Mais ce subtil rappel à l'ordre ne la conduit pas à conclure en faveur d'une déclaration d'invalidité. Elle retient en effet : « Il importe de noter en l'espèce que le législateur de l'Union a pu se fonder à la fois sur la motivation de la proposition de directive présentée par la Commission et sur une analyse exhaustive élaborée par ses services dans le cadre de l'analyse d'impact de la Directive. Les inconvénients résultant de réglementations nationales divergentes ainsi que les avantages d'une action à l'échelon de l'Union font l'objet d'un examen approfondi non seulement dans les développements consacrés spécifiquement au principe de subsidiarité, mais également dans de nombreuses autres sections de ces deux textes (§ 295). Par conséquent, « Il est ainsi établi à suffisance de droit que les institutions législatives de l'Union ont disposé d'une documentation complète à même d'étayer l'appréciation qu'elles ont portée sur le respect du principe de subsidiarité » (§ 296). Bref, aucune violation matérielle ou formelle n'est retenue, mais l'avocat général en profite pour ajouter : « Il convient toutefois de recommander vivement au législateur de l'Union de ne plus recourir à l'avenir à des formules aussi creuses que celle du considérant 60 de la Directive et d'étayer au contraire l'exposé des motifs de ses actes de développements sur le principe de subsidiarité suffisamment circonstanciés et plus étroitement ciblés sur chacune des mesures considérées » (§ 301). Dans ces arrêts¹⁸, la Cour ne sera pas aussi explicite et sévère, elle se contente d'affirmer : « En l'occurrence, il est constant que la proposition de directive présentée par la Commission ainsi que l'analyse d'impact établie par celle-ci comportent suffisamment d'éléments faisant apparaître d'une façon claire et non équivoque les avantages liés à une action entreprise au niveau de l'Union, plutôt qu'au niveau des États membres » (§ 226). « Dans ces conditions, il est établi à suffisance de droit que ces éléments ont permis tant au législateur de l'Union qu'aux parlements nationaux d'apprécier si ladite proposition était conforme au principe de subsidiarité, tout en étant de nature à permettre aux particuliers de prendre connaissance des motifs se rapportant à ce principe et à la Cour d'exercer son contrôle » (§ 227).

Enfin un ultime exemple de mention expresse, tiré d'un arrêt rendu par le Tribunal concernant les dispositifs médicaux¹⁹, nous renseigne sur le principal obstacle : la question de l'invocabilité des instruments juridiques du « Mieux légiférer ». Dans cette affaire, qui a pour objet un recours en indemnité visant à obtenir réparation du préjudice qu'il aurait prétendument subi à la suite de la violation par la Commission des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la directive 93/42/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux, le requérant fait valoir que, en l'espèce, l'obligation, pour la Commission, d'adopter une décision découle du principe de bonne gouvernance, tel que décrit, d'une part, par le livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001, et, d'autre part, par le Guide relatif à la mise en application des directives élaborées sur la base des dispositions de la nouvelle approche et de l'approche globale de la Commission. Le Tribunal répond : « Or, à cet égard, premièrement, il importe de rappeler que le livre blanc n'est qu'un document

18 CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c./ Parlement et Conseil*, aff. 358/14 ; CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38*, aff. C-477/14 ; CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands*, aff. C-547/14.

19 Trib., 21 janvier 2014, *Christoph Klein*, aff. T-309/10.

contenant des propositions d'action de l'Union dans un domaine spécifique. À titre général, un livre blanc s'inscrit souvent dans le prolongement d'un livre vert, dont le but est de lancer un processus de consultation au niveau européen. Il s'agit, dès lors, d'une communication destinée à lancer un débat politique et non à créer des obligations à la charge de la Commission dans un cas comme celui de l'espèce. Deuxièmement, le guide, outre qu'il ne peut pas constituer le fondement juridique d'une obligation à charge de la Commission dans le sens allégué par le requérant, indique que les actions à entreprendre par les autorités nationales et par la Commission, dans le cadre de la gestion d'une violation des dispositions des directives dites « nouvelle approche », comme la directive 93/42, doivent être décidées, au cas par cas, en fonction du type de non-conformité constatée. En particulier, selon le guide, les cas où, comme celui de l'espèce, l'obligation de tenir à la disposition des autorités compétentes les informations requises par la directive, telles que la documentation technique ou les données cliniques, n'est pas entièrement remplie, constituent des illustrations de « non-conformité non substantielle » (§ 84 et 85). Dans ces cas, les autorités nationales sont tenues d'enjoindre au fabricant de mettre un terme à l'infraction, de restreindre ou d'interdire la mise sur le marché du produit concerné et, au besoin, d'assurer que ledit produit est également retiré du marché ». Il conclut qu'« aussi regrettable que fût l'absence de réaction de la Commission à la suite de la notification par les autorités allemandes de la décision d'interdiction du dispositif Inhaler, aucun comportement illégal de cette institution ne peut être déduit du fait qu'elle n'a pas adopté » la décision attendue.

1.2 Une jurisprudence en phase avec les exigences du « Mieux légiférer »

Indépendamment des mentions expresses qui restent donc exceptionnelles, le juge donne écho aux exigences énumérées dans le paquet « Mieux légiférer ». Ces exigences restent malgré tout classiques par rapport aux textes précédents, presque redondantes. On retiendra essentiellement une série de mots-clefs liés à l'adéquation des résultats aux objectifs poursuivis : l'Accord interinstitutionnel en livre une énumération qui nous permet d'établir une grille d'analyse des arrêts rendus depuis 2015 : analyse d'impact, consultation du public, évaluation, instruments législatifs, actes délégués et actes d'exécution, transparence et conditions du processus législatif, mise en œuvre et application de la législation de l'UE, simplification (refonte, harmonisation, reconnaissance mutuelle). Une recherche systématique des occurrences de ces termes aboutit à l'établissement d'une liste d'arrêts, qui pris séparément ne permettent certes pas de dévoiler le sens de la jurisprudence actuelle²⁰, mais, qui, envisagés sous l'angle de « séries », laissent entrevoir une tendance qui nous aide à décrypter la contribution du juge au « Mieux légiférer » et, de façon réciproque, l'influence du « Mieux légiférer » sur le contrôle juridictionnel. Au fond, le juge, sollicité par l'ensemble des acteurs – institutions, États,

²⁰ L'idée de « sens » est intéressante car elle englobe à la fois l'idée de direction et d'évolution, donc une démarche forcément dynamique, et renvoie également à un aspect plus statique tenant à la signification. Aussi serait-il opportun de s'interroger sur l'existence d'une démarche, d'une approche juridictionnelle spécifique. Le sens du paquet Mieux légiférer semble être celui d'une démarche résolument globale et générale embrassant l'amélioration de la législation tant sur la forme que sur le fond (V. sur ce point les contributions de F. PÉRALDI-LENEUF et de S. DE LA ROSA, *infra*).

personnes morales et physiques – contribue à garantir une sorte *d'idéal démocratique* inhérent à la recherche d'une norme de qualité²¹. Il s'agit ici de dépasser, sans l'occulter, la problématique de la clarté et de la prévisibilité de la norme qui a déjà donné lieu à une jurisprudence ancrée au principe de sécurité juridique²². Pourtant, on peut s'interroger sur l'émergence de « blocs de jurisprudence » dans le contexte du « Mieux légiférer »²³ dans deux domaines principaux : celui de l'ouverture et de la transparence d'une part, et celui du respect de la répartition des pouvoirs d'autre part.

La garantie de l'ouverture et de la transparence

Une première série d'arrêts rend compte du souci d'accroître le champ de l'ouverture et de la transparence et d'en conforter également le respect.

D'une part, le contentieux relatif à l'Initiative citoyenne européenne (ICE), conçue comme un « instrument fondamental de la démocratie participative » appelle-t-elle la Commission à un effort particulier de « pédagogie »²⁴. Dans l'affaire *Efler*²⁵, le Tribunal a fait prévaloir une acception large de la notion d'acte juridique au sens de l'article 11 § 4 du TFUE, il n'a pas entendu limiter cette condition aux seuls actes juridiques de l'Union définitifs et produisant des effets juridiques à l'égard des tiers. Il se fonde sur le principe de démocratie, qui figure parmi les valeurs fondamentales sur lesquelles l'Union repose, de même que l'objectif spécifiquement poursuivi par le mécanisme de l'ICE, consistant à améliorer le fonctionnement démocratique de l'Union en conférant à tout citoyen un droit général de participer à la vie démocratique. En effet, il considère que la thèse défendue par la Commission, selon laquelle le Conseil et celle-ci jouiraient d'une légitimité démocratique indirecte suffisante pour adopter les actes juridiques qui ne déploient pas d'effets juridiques à l'égard des tiers, « aurait pour conséquence de limiter considérablement le recours au mécanisme de l'ICE comme instrument de participation des citoyens de l'Union à l'activité normative de celle-ci par le biais de la conclusion d'accords internationaux ». Par ailleurs, le Tribunal écarte l'argument de la Commission selon lequel les actes que la proposition d'ICE l'invite à soumettre au Conseil aboutiraient à une immixtion inadmissible dans le déroulement d'une procédure législative en cours : « En effet, le but poursuivi par l'ICE

21 Il est intéressant de noter en outre l'apport de l'arrêt du 27 octobre 2016, *James Elliott*, aff. C-613/14 dans lequel la Cour rappelle que la nature non contraignante d'un acte de droit de l'Union, comme c'est le cas concernant les normes techniques concernées, ne la prive pas de sa compétence d'interprétation, et que c'est la publication des normes techniques au *Journal officiel de l'Union européenne* qui confère aux produits qui satisfont aux spécifications de la norme une présomption de conformité aux exigences de la directive. Ainsi, la norme en cause fait bien partie du droit de l'Union, alors même que son élaboration est confiée à un organisme de droit privé, ce qui suffit pour conclure à une compétence d'interprétation de la Cour.

22 Pour une confirmation récente s'agissant des fonds structurels, V. Trib., 20 octobre 2016, *République Tchèque c./ Commission*, aff. T-141/15, §72 : « Ce principe exige que le droit de l'Union soit clair et son application prévisible pour ceux qui sont concernés. Cet impératif requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit de l'Union qui doit expressément être indiquée comme base juridique et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu (voir arrêt du 19 juin 2015, *Italie/Commission*, T-358/11, EU:T:2015:394, point 123 et jurisprudence citée) ».

23 V. B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, pp. 741 et s. qui sont présentés comme un « outil conceptuel » transformant une « jurisprudence inexprimée en une jurisprudence intelligible ».

24 V. Conclusions P. MENGOZZI dans l'affaire *Anagnostakis*, 7 mars 2017, C-589/15 (pourvoi) : « Il s'agit d'un instrument fondamental pour la démocratie participative européenne qui peut se révéler délicat à mettre en œuvre. En effet, d'une part, si l'idée est celle de donner aux citoyens un rôle actif dans la construction du droit de l'Union, il faut veiller à ne pas enserrer ce droit d'initiative dans des conditions, de forme ou de fond, trop strictes ou trop complexes – et donc, au final, peu compréhensibles – à satisfaire pour le non-spécialiste du droit de l'Union ; mais, d'autre part, l'on ne saurait ignorer que l'ordre juridique de l'Union est régi par le principe d'attribution des compétences, et la démocratie participative, à laquelle l'article 11, paragraphe 4, TUE tente de donner vie, ne peut donc s'exercer que dans ces limites ».

25 Trib., 10 mai 2017, *Efler*, aff. T-754/14.

est de permettre aux citoyens de l'Union de participer davantage à la vie démocratique de l'Union, notamment, en exposant dans le détail à la Commission les questions soulevées par l'ICE, en invitant cette institution à soumettre une proposition d'acte juridique de l'Union après avoir, le cas échéant, présenté l'ICE lors d'une audition publique organisée au Parlement, conformément à l'article 11 du règlement n° 211/2011, partant, en suscitant un débat démocratique sans avoir à attendre l'adoption de l'acte juridique dont la modification ou l'abandon est en définitive souhaité ». Par conséquent, « loin de représenter une immixtion dans le déroulement d'une procédure législative en cours, la proposition d'ICE constitue une expression de la participation effective des citoyens de l'Union à la vie démocratique de celle-ci, sans remettre en cause l'équilibre institutionnel voulu par les traités ».

L'importance reconnue par le juge à l'Initiative citoyenne européenne implique en outre un contrôle strict de l'obligation de motivation comme l'a rappelé le Tribunal dans les arrêts *Anagnostakis*²⁶ et *One million signatures for diversity in Europe*²⁷.

D'autre part, la jurisprudence actuelle va dans le sens d'une interprétation large du principe d'accès aux documents que ce soit dans le cadre d'affaires en matière de protection de l'environnement²⁸, celles ayant donné lieu à un recours en manquement²⁹ ou dans le cadre de mécanismes pré-contentieux³⁰.

Ce souci d'ouverture et de transparence est également exprimé par les États dans le processus législatif comme en témoigne par exemple le recours introduit par la Pologne le 10 mars 2017 relatif à la directive sur la réduction des émissions nationales de certains polluants atmosphériques. La République de Pologne souligne que n'ont pas été mis à disposition ou publiés les principes fondamentaux sur la base desquels sont définis les engagements nationaux de réduction des émissions pour 2030 et les années suivantes. Il n'y a pas d'informations concernant les hypothèses relatives à la structure technologique de secteurs particuliers sur lesquelles sont fondées les projections relatives aux émissions en 2030. L'absence d'informations a empêché la vérification de la solidité des projections d'émissions telles qu'établies pour l'année 2030. « Deuxièmement, on ne sait pas sur la base de quelle formule a été calculé l'objectif général « santé » concernant la réduction de la mortalité dans l'Union en vue des engagements de réduction des émissions pour l'ensemble de l'Union et les États membres ». Par conséquent, « le raisonnement des institutions qui ont adopté la directive n'a pas été présenté de manière claire et univoque en ce qui concerne les engagements de réduction précités ». Par ailleurs, la République de Pologne souligne que, compte tenu de l'importante incidence attendue des engagements de réduction pour 2030 et les années suivantes sur l'économie et la société dans les États membres, l'évaluation des effets réalisée par la Commission est insuffisante.

26 Trib., 30 septembre 2015, *Anagnostakis c. Commission*, aff. T-450/12 : « L'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement n° 211/2011, selon lequel la Commission informe les organisateurs des motifs du refus d'enregistrement d'une proposition d'ICE, constitue l'expression spécifique de ladite obligation de motivation dans le domaine de l'ICE ».

27 Trib., 3 février 2017, *One million signatures for diversity in Europe*, aff. T-646/13.

28 Concernant des documents détenus par la Commission établissant le respect de la législation par les États : CJUE, 16 juillet 2015, *ClientEarth*, aff. C-612/13 : la présomption générale de confidentialité ne s'applique pas aux documents qui, au moment de la décision refusant l'accès, n'ont pas été versés dans un dossier relatif à une procédure administrative ou juridictionnelle en cours. De façon plus générale, V. la contribution d'E. BROSSET.

29 CJUE, 18 juillet, *Breyer*, aff. C-213/15.

30 CJUE, 11 mai 2017, *Suède c./ Commission*, aff. C-562/14.

Cela nous permet de rappeler l'intérêt des analyses d'impact auxquelles le juge n'hésite pas à se référer notamment pour justifier l'intervention de l'UE. Par exemple, dans l'une des affaires tabacs³¹, la Cour se fonde, pour établir l'existence de divergences entre les réglementations nationales, non seulement sur la directive mais renvoie aussi à l'analyse d'impact pour conclure que suffisamment d'éléments avaient été apportés au législateur faisant dès lors apparaître d'une façon claire et non équivoque les avantages liés à une action entreprise au niveau de l'Union, plutôt qu'au niveau des États membres. L'avocat général concluait d'ailleurs dans cette affaire que « les institutions législatives de l'Union ont disposé d'une documentation complète à même d'étayer l'appréciation qu'elles ont portée sur le respect du principe de subsidiarité ».

La garantie de la répartition des pouvoirs

La jurisprudence recensée montre comment les enjeux politiques sont saisis par le juge dans le cadre du contentieux de la base juridique et des compétences et pouvoirs des institutions. Les arrêts récents sont d'ailleurs révélateurs de la volonté de la Cour de donner au principe d'équilibre institutionnel une véritable substance³². Il faut dire que tant les institutions que les États sont particulièrement insistants à cet égard³³. La présentation de cette seconde série d'arrêts s'opérera en passant en revue les institutions bénéficiaires de chacune des positions adoptées par le juge. Il est d'ailleurs notable que l'équilibre soit finalement assez harmonieux grâce à une interprétation des dispositions du Traité au regard des responsabilités respectives des institutions.

Tout d'abord, et de façon générale, le législateur est conforté dans sa compétence pour l'adoption de mesures impliquant un choix politique. Dans les affaires jointes ayant donné lieu à l'arrêt *Parlement et Commission c./ Conseil* du 1^{er} décembre 2015, la Cour, statuant en grande chambre, a accueilli les recours introduits par le Parlement et la Commission visant à l'annulation du règlement n° 1243/2012, modifiant le règlement n° 1342/2008 établissant un plan à long terme pour les stocks de cabillaud et les pêcheries exploitant ces stocks. La Cour a rappelé sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'adoption de mesures qui impliquent un choix politique, en ce qu'elle suppose une évaluation de leur nécessité pour poursuivre les objectifs afférents aux politiques communes, doit être réservée au législateur de l'Union statuant sur le fondement de l'article 43 § 2 TFUE. En revanche, conformément à l'article 43 § 3 TFUE, l'adoption des mesures relatives à la fixation et à la répartition des possibilités de pêche ne nécessite pas une telle appréciation dès lors que de telles mesures ont un caractère principalement technique et qu'elles sont censées être prises pour l'exécution des dispositions adoptées sur la base de l'article 43 § 2 TFUE. Elle conclut que les modifications apportées par le règlement définissent le cadre juridique dans lequel les possibilités de pêche sont établies et attribuées ;

31 CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c./ Parlement européen et Conseil*, aff. C-358/14.

32 B. BERTRAND note d'ailleurs que les arrêts de 2015 changent la donne : « Pour la première fois, l'équilibre institutionnel semble avoir une normativité accrue et une nature juridique précise : celle d'un principe », in « Le principe d'équilibre institutionnel : une double inconstance, *Europe*, juin 2016.

33 Par exemple, V. le recours introduit par la République slovaque le 2 décembre 2015 (C-643/15) tendant à l'annulation de la décision du Conseil instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce et soulevant pas moins de six moyens dont quatre fondés sur le respect du principe d'équilibre institutionnel et trois sur le principe de démocratie représentative.

elles résultent ainsi d'un choix politique ayant un impact à long terme sur le plan pluriannuel, de sorte qu'elles auraient donc dû être adoptées sur la base de l'article 43 § 2 TFUE.

Ensuite, dans les affaires liées au statut de Mayotte³⁴, la Cour consolide la compétence du Conseil pour adopter des mesures spécifiques en vertu de l'article 349 TFUE relatif aux régions ultrapériphériques, évinçant ainsi une intervention plus étendue en la matière des autres institutions. La Cour, ayant examiné les objectifs et le contenu de chacun des actes attaqués, a considéré que les mesures qui y figurent ont été arrêtées en tenant compte de la situation économique et sociale structurelle de Mayotte, au sens de l'article 349 TFUE et présentent un lien de rattachement avec des caractéristiques et contraintes particulières de cette région. Par conséquent, la Commission et le Parlement ne sont pas fondés à soutenir que les actes attaqués ne pouvaient avoir pour base juridique l'article 349 TFUE, ce qui conforte considérablement la position du Conseil en la matière.

De la même façon, la Cour confirme le Conseil dans sa fonction d'élaboration de l'action extérieure de l'Union dans l'arrêt *Conseil c./ Commission*³⁵ du 28 juillet 2016 en annulant la décision de la Commission prévoyant, d'une part, d'approuver un addendum au mémorandum d'entente entre l'Union et la Confédération suisse concernant la participation financière suisse dans l'Union élargie et, d'autre part, d'autoriser certains membres de la Commission à signer cet addendum au nom de l'Union.

En outre, dans l'arrêt *Parlement c./ Conseil* du 16 avril 2015, la place du Parlement européen est sauvegardée³⁶. En effet, la Cour a annulé les décisions du Conseil mettant sous contrôle dans toute l'Union les nouvelles substances psychoactives. Ces décisions avaient été adoptées sans consultation du Parlement. La Cour a tout d'abord rappelé que, dans la mesure où les règles relatives à la formation de la volonté des institutions de l'Union sont établies par les traités et ne sont à la disposition ni des États membres ni des institutions elles-mêmes, seuls les traités peuvent, dans des cas particuliers, habiliter une institution à modifier une procédure décisionnelle qu'ils établissent. Dès lors, reconnaître à une institution la possibilité d'établir des bases juridiques dérivées, que ce soit dans le sens d'un renforcement ou dans celui d'un allègement des modalités d'adoption d'un acte, reviendrait à lui attribuer un pouvoir législatif qui excède ce qui est prévu par les traités. Ce principe s'applique non seulement à l'adoption d'actes législatifs, mais également aux bases juridiques prévues dans un acte de droit dérivé qui permettent l'adoption de mesures d'exécution de cet acte en renforçant ou en allégeant les modalités d'adoption de telles mesures prévues par les traités.

Dans le même sens, la Cour, dans l'arrêt *Parlement c./ Conseil* du 22 septembre 2016³⁷, a accueilli le recours en annulation introduit par le Parlement contre les décisions d'exécution accordant à quatre États membres l'accès à un système d'échange d'informations concernant des profils ADN, des empreintes digitales et certaines données relatives à l'immatriculation des véhicules.

34 CJUE, 15 décembre 2015, *Parlement et Commission c./ Conseil*, aff. jtes C-132/14 à C-136/14.

35 CJUE, 28 juillet 2016, *Conseil c./ Commission*, aff. C-660/13.

36 CJUE, 16 avril 2015, *Parlement c./ Conseil*, aff. jtes C-317/13 et C-679/13.

37 CJUE, 22 septembre 2016, *Parlement c./ Conseil*, aff. jtes C-14/15 et C-116/15.

Allant même plus loin, la Cour, a annulé, dans l'arrêt *Parlement c./ Conseil* du 14 juin 2016³⁸ la décision concernant la signature et la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la République unie de Tanzanie relatif aux conditions de transfert, de la force navale placée sous la direction de l'Union européenne à la République unie de Tanzanie, des personnes soupçonnées d'actes de piraterie et des biens associés saisis. Ainsi, l'examen de l'accord UE-Tanzanie ayant démontré qu'il relève de manière prépondérante de la PESC, et non de la coopération judiciaire en matière pénale ou de la coopération policière, la Cour a constaté que la décision concernant sa signature et sa conclusion a correctement été adoptée suivant la procédure spécifique aux accords portant sur la PESC. Cela dit, tout en rappelant l'absence de participation du Parlement aux procédures de négociation et de conclusion des accords relevant du domaine de la PESC, la Cour a ensuite jugé que l'exigence d'information du Parlement en vertu de l'article 218 § 10 TFUE s'étend également aux résultats intermédiaires auxquels les négociations aboutissent. Ainsi, le Conseil aurait dû, en l'espèce, communiquer le texte du projet d'accord et celui du projet de décision ; la méconnaissance de cette exigence d'information ayant empêché le Parlement d'exercer son droit de regard en matière de PESC et, le cas échéant, de faire valoir son point de vue en ce qui concerne la base juridique correcte sur laquelle la décision concernant la signature et la conclusion de l'accord devait se fonder, la Cour a donc annulé la décision attaquée pour violation d'une forme substantielle.

Enfin, concernant la Commission, sa position est aussi confortée : positivement, dans la reconnaissance de son droit de retrait de proposition législative et négativement, dans le strict respect de la distinction entre actes délégués et actes d'exécution.

Dans l'arrêt *Conseil c./ Commission* du 14 avril 2015³⁹, la Cour a rejeté le recours en annulation introduit par le Conseil contre la décision de la Commission par laquelle celle-ci avait retiré sa proposition de règlement du Parlement et du Conseil établissant les dispositions générales relatives à l'assistance macrofinancière aux pays tiers. Elle considère qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 17 § 2 TUE ainsi que des articles 289 TFUE et 293 TFUE que le pouvoir de la Commission, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, ne se résume pas à présenter une proposition et, par la suite, à favoriser les contacts et à chercher à rapprocher les positions du Parlement et du Conseil. De même qu'il revient, en principe, à la Commission de décider de présenter, ou non, une proposition législative et, le cas échéant, d'en déterminer l'objet, la finalité et le contenu, elle a, aussi longtemps que le Conseil n'a pas statué, le pouvoir de modifier sa proposition, voire, au besoin, de la retirer. Cette faculté de retirer une proposition ne saurait toutefois investir cette institution d'un droit de veto dans le déroulement du processus législatif, qui serait contraire aux principes d'attribution des compétences et de l'équilibre institutionnel. Dès lors, le pouvoir de retrait de la Commission est indissociable du droit d'initiative et reste tout à fait cohérent dans le contexte du « Mieux légiférer » et du toilettage qu'il induit.

De même, concernant le volet international, la Cour a rejeté le recours en annulation introduit par le Conseil contre la décision de la Commission de présenter un exposé écrit au nom de l'Union

38 CJUE, 14 juin 2016, *Parlement c./ Conseil*, aff. C-263/14.

39 CJUE, 14 avril 2015, *Conseil c./ Commission*, aff. C-409/13, V. également la contribution de S. DE LA ROSA.

au Tribunal international du droit de la mer (TIDM)⁴⁰. Pour écarter l'argument de certains États membres selon lequel l'article 335 TFUE sur la représentation de l'Union par la Commission devant les juridictions nationales ne concernerait pas les procédures devant les juridictions internationales, la Cour a rappelé que cette disposition constitue l'expression d'un principe général en vertu duquel l'Union possède la capacité juridique et est représentée, à cet effet, par la Commission. Ainsi l'article 335 TFUE offre à cette institution un fondement pour représenter l'Union devant le TIDM.

La Cour a en revanche tempéré les velléités de la Commission qui souhaitait accroître ses pouvoirs en matière d'actes non législatifs, ce qui a donné l'occasion au juge d'enrichir sa jurisprudence sur les actes délégués et les actes d'exécution⁴¹.

Par l'arrêt *Commission c./ Parlement et Conseil*⁴² du 16 juillet 2015, la Cour a rejeté le recours introduit par la Commission et visant à l'annulation d'une disposition, qui lui conférait un pouvoir délégué, du règlement modifiant le règlement n° 539/2001 du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation. La Cour apporte des précisions sur la distinction entre l'octroi d'un pouvoir délégué et l'octroi d'un pouvoir d'exécution. Ainsi, la Commission, en exerçant un pouvoir d'exécution, contrairement aux pouvoirs qu'elle détient dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir délégué, ne peut modifier ni compléter l'acte législatif, même dans ses éléments non essentiels. Ensuite, la Cour a souligné que ni l'existence ni l'étendue du pouvoir d'appréciation conféré à la Commission par l'acte législatif ne sont pertinentes aux fins de déterminer si l'acte à adopter relève de l'article 290 TFUE ou de l'article 291 TFUE.

Dans l'arrêt *Parlement c./ Commission* du 17 mars 2016⁴³, la Cour a précisé l'étendue du pouvoir délégué à la Commission de compléter un acte législatif, au sens de l'article 290 § 1 TFUE. S'agissant du régime des délégations prévu à l'article 290 TFUE, la Cour a rappelé qu'un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui « complètent » ou « modifient » certains éléments non essentiels de l'acte législatif et que ces deux catégories de pouvoirs délégués se distinguent nettement. Lorsque la Commission exerce un pouvoir de compléter un acte législatif, son mandat est limité au développement en détail, dans le respect de l'intégralité de l'acte législatif arrêté par le législateur, des éléments non essentiels de la réglementation concernée que le législateur n'a pas définis. En revanche, la délégation d'un pouvoir de modifier un acte législatif vise à autoriser la Commission à amender ou à abroger des éléments non essentiels édictés dans cet acte par le législateur.

Au-delà de ces deux séries d'arrêts que nous avons regroupés sous les thématiques d'ouverture et de respect de la répartition des pouvoirs, il conviendra à l'avenir de porter une attention particulière à l'impact juridictionnel des priorités annoncées par la Commission dans la communication *Une*

40 CJUE, 6 octobre 2015, *Conseil c./ Commission*, aff. C-73/14.

41 V. plus précisément la contribution de L. GUILLOUD-COLLIAT.

42 CJUE, 16 juillet 2015, *Commission c./ Parlement et Conseil*, aff. C-88/14.

43 CJUE, 17 mars 2016, *Parlement c./ Commission*, aff. C-286/14.

meilleure application pour de meilleurs résultats dans laquelle elle laisse entrevoir une évolution des recours en manquements qu'elle initie. Priorité sera donnée aux cas dans lesquels les États membres n'ont pas communiqué leurs mesures de transposition ou dans lesquels ces mesures ont mal transposé les directives, les cas dans lesquels les États membres ne se sont pas conformés à un arrêt de la Cour de justice ou encore les cas dans lesquels ils ont gravement porté atteinte aux intérêts financiers de l'UE ou enfreint les compétences exclusives de l'UE. De plus, la Commission engagera systématiquement une procédure d'infraction si des règles nationales ou des pratiques générales font obstacle au bon fonctionnement du renvoi préjudiciel à la Cour de Justice ou si le droit national empêche les juridictions nationales de donner la primauté au droit de l'UE. Elle engagera également une procédure d'infraction lorsque le droit national ne prévoit pas de procédures de recours efficaces en cas d'infraction au droit de l'UE ou empêche d'une autre manière les systèmes judiciaires nationaux de garantir l'application effective du droit de l'UE conformément aux exigences de l'état de droit et à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'UE.

Hasard des recours ou rendez-vous des volontés, il semble bien que la place du juge ne puisse pas être marginalisée dans la mise en œuvre du « Mieux légiférer ». Pourtant, l'approche scientifique par recherche d'occurrences et la systématisation conceptuelle par blocs de jurisprudence ne permettent pas de livrer toute la richesse de l'impact juridictionnel. Aussi convient-il de s'interroger sur des instruments -plus opérationnels- aptes à faire du juge un acteur à part entière du « Mieux légiférer ».

2) Approche formelle et inter-institutionnelle de la contribution de la CJUE au « Mieux Légiférer »

L'approche plus formelle et inter-institutionnelle renvoie davantage à une étude tournée vers la structure, les procédures, la méthode et les instruments. Elle est évidemment complémentaire de l'approche matérielle qui en est à la fois le corollaire et la résultante.

Cette approche plus procédurale est d'ailleurs au cœur des préoccupations de la Cour de justice. Ainsi, dans un nouveau format réduit de son rapport annuel 2016 intitulé « Panorama de l'année », a été insérée une cinquième partie consacrée aux perspectives (« Regards vers l'avenir ») : la qualité de la justice, « un défi permanent ». Trois principaux axes sont énumérés : la réforme de l'architecture juridictionnelle, la refonte des règles de procédure, la modernisation et l'actualisation des méthodes de travail⁴⁴. En outre, une attention particulière est désormais portée à la « justice en réseau »⁴⁵.

44 K. ANDOVA et E. VON BARDELEBEN, « La refonte du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne : pour une efficacité juridictionnelle renforcée, *Europe*, juillet 2015 ; Entretien de J.-C. BONICHOT « Comment mettre le système juridictionnel de l'Union en ordre de bataille pour les années à venir ? », *Europe*, juin 2015.

V. également concernant les juges nationaux : « Tableau de bord de la justice dans l'Union européenne » élaboré par la Commission (COM (2016) 199 final, 11 avr. 2016) : l'objectif de ce document est de fournir un aperçu comparatif du fonctionnement, mais surtout de la qualité, de l'efficacité et de l'indépendance des systèmes juridictionnels dans les différents États membres. Les principaux indicateurs pris en compte sont constitués par des données quantitatives. De nouveaux indicateurs ont été introduits notamment sur la qualité des normes, de la formation, des études et de l'aide juridictionnelle.

45 V. l'intervention du Vice-Président du Conseil d'État, Jean-Marc SAUVÉ, lors du forum des magistrats organisé à Luxembourg en mars 2017 : « La justice européenne en réseau, élément indispensable d'une justice de qualité » (site du Conseil d'État).

Au fond, la problématique des outils dépasse l'aspect simplement organisationnel pour devenir un véritable enjeu global non seulement de la qualité de la justice, de la qualité de ses décisions, mais aussi de la qualité de la norme passée au crible juridictionnel. Comment les procédures en place contribuent-elles aux exigences du « Mieux légiférer » ? Une première contribution résulte de l'office classique du juge : sa participation à l'application du droit de l'UE (2.1). Une seconde voie reste sans doute à explorer : celle de sa participation plus visible à l'élaboration du droit de l'UE (2.2).

2.1 La contribution par l'application et l'interprétation du droit de l'Union européenne

L'office du juge consiste avant tout à appliquer le droit de l'Union élaboré par le législateur et/ou le pouvoir exécutif. Le paquet « Mieux légiférer » de 2015 donne toute son importance à l'application de la législation, même si ce sont avant tout les États membres qui sont les principaux débiteurs en la matière⁴⁶. La contribution du juge peut être mise en lumière grâce aux méthodes d'interprétation, grâce à la structure du système juridictionnel et enfin grâce aux outils de recherche jurisprudentielle.

Grâce à des méthodes éprouvées depuis déjà longtemps, l'interprétation du juge profite à l'efficacité du droit de l'UE en garantissant l'unité de l'ordre juridique européen et l'uniformité de son application⁴⁷. Le juge de l'Union assume donc le rôle politique induit par le processus d'intégration, mais on attend aussi de lui qu'il participe à la simplification de la règle et à l'amélioration de la qualité du droit, autrement dit on attend de lui qu'il clarifie⁴⁸. De ce point de vue, les réflexions sur le style des arrêts de la Cour sont significatives de l'évolution de la normativité qu'il convient d'y attacher⁴⁹.

Mais cette clarification est une œuvre collective dans le système juridictionnel de l'Union : Tribunal, Cour et juges nationaux⁵⁰. Ces derniers ont un rôle tout à fait moteur à jouer dans la clarification du droit de l'Union notamment dans le cadre du renvoi préjudiciel et il est intéressant de voir que leur participation peut varier en analysant la motivation des questions renvoyées : parfois très neutres voire laconiques, ils peuvent, par une motivation plus fournie et précise, pousser la Cour dans ses derniers retranchements⁵¹. Par conséquent, grâce à la structure du système juridictionnel, l'entreprise de clarification de la règle est démultipliée, – en théorie en tout cas, nonobstant les arrêts parfois pour le moins obscurs de la Cour... Cette logique de réseau existe par la force du renvoi préjudiciel, mais au-delà du seul aspect procédural se pose la question des outils aptes à développer cette relation bilatérale vers des ramifications plus centrifuges, non seulement verticalement mais aussi horizontalement⁵².

46 Partie VII de l'Accord interinstitutionnel du 13 avril 2016 et communication de la Commission publié le 19 janvier 2017.

47 V. R. MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », *op. cit.*

48 V. Étude annuelle 2016 du Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, p. 119 et s : affirmer le rôle du juge dans son office de simplificateur.

49 L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, p. 643 et s. ; C. SCHONBERGER, « Mi attendu, mi-dissertation, le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue droit et société*, 2015, n° 91, p. 505-519 ; J.-C. BONICHOT, « Le style des arrêts de la Cour de justice », *Justice et Cassation*, 2013, p. 253-261.

50 O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (éd.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruylant, 2015, p. 159-182.

51 L. COUTRON, distingue le juge national « simple courroie de transmission », « force de questionnement » et « force de proposition », in « La motivation des questions préjudicielles », in E. NEFRAMI, *op.cit., supra*.

52 V. Intervention de J.-M. SAUVÉ, *op. cit.*

Grâce aux outils d'échange, de communication, de diffusion, de valorisation, la contribution du juge au « Mieux légiférer » serait rendue plus visible. Cela renvoie au partage de l'information dont le citoyen et les entreprises, et bien sûr l'Union européenne, sont finalement les bénéficiaires. La dimension instrumentale est bien présente dans les textes du « Mieux légiférer » et notamment dans la Communication du 19 mai 2015 qui y consacre tout un chapitre « Agir de manière plus efficace : de meilleurs outils pour de meilleurs politiques ». Cela dit, nous nous concentrerons ici sur les outils servant à évaluer la contribution du juge européen à la mise en œuvre du « Mieux légiférer » et notamment ceux mis en place par la Cour *via* le site internet *Curia*. Nous reprendrons ici la présentation qu'en fait la Cour avec nos commentaires sur leur utilité dans la perspective du « Mieux légiférer ».

Le *formulaire* permet une recherche assez complète grâce à l'activation de nombreux critères : numéro, parties, document, dates, mots du textes, matière... La liste de résultats est souvent très longue et le maniement des critères requiert une certaine habileté. De la même façon, *l'accès numérique* à la jurisprudence permet de retrouver une information pour chacune des affaires introduites. Il faut bien évidemment connaître soit le numéro de l'affaire, soit la date, soit le nom des parties.

De façon plus thématique, le *Répertoire de jurisprudence* regroupe, de manière systématique, les sommaires des arrêts et des ordonnances de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique. Le plan de classement, subdivisé initialement en huit parties, pour la période 1954-2009 et en un plan en neuf parties pour la jurisprudence à partir de 2010 : ordre juridique, cadre institutionnel, contentieux, politique intérieure de l'UE, association des pays et territoires d'outre-mer, politique extérieure, dispositions générales et finales, adhésions et fonction publique. Les sommaires reprennent les points de droit essentiels énoncés dans la décision considérée. Sont associées à chaque sommaire : une chaîne de mots-clés qui traduit, le contenu du point étudié, une cote de classement correspondant au domaine concerné et la référence aux points de la décision. La rubrique « Ordre juridique » comporte des sous-thèmes : sources du droit de l'Union, valeurs et objectifs, compétences et obligations respectives de l'UE et des États membres, droits fondamentaux, droit de l'Union et droit national, droit de l'Union et droit international, interprétation du droit de l'Union, principes démocratiques, non-discrimination et citoyenneté, dispositions d'application générale. Ce répertoire à jour doit être exploité en naviguant de rubriques en rubriques et donne les premiers éléments d'une recherche qu'il convient ensuite d'affiner.

De même, *la table alphabétique* des matières pourrait s'avérer extrêmement utile : elle répertorie les questions juridiques abordées dans les décisions de la Cour, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique, ainsi que dans les conclusions des avocats généraux, classées selon un ordre alphabétique. Plus d'une centaine de rubriques sont répertoriées, parfois très larges « Droit communautaire » ou très pointues « Coton ». Mais cette table ne recense les affaires que jusqu'en 2009.

De manière systématique, *le Recueil* est la publication officielle de la jurisprudence des juridictions qui composent la Cour de justice de l'Union européenne. D'abord publié sous forme papier, il l'est désormais exclusivement sous forme numérique depuis 2012. La page d'accès au Recueil

présente les documents groupés par année et par mois, et ensuite par affaire. Reste la question de la politique de publication. Les critères sont les suivants : depuis le 1er mai 2004, font ainsi l'objet d'une publication au Recueil : les arrêts de l'assemblée plénière et de la grande chambre ; les arrêts rendus, dans les affaires préjudicielles, par les chambres à cinq juges et les chambres à trois juges ; les arrêts rendus, dans les affaires autres que préjudicielles, par les chambres à cinq juges et les chambres à trois juges, statuant avec conclusions de l'avocat général ; et les avis rendus au titre de l'article 218 § 11 TFUE. Sauf décision contraire de la formation de jugement concernée, ne sont donc en principe plus publiés au Recueil : les arrêts rendus, dans les affaires autres que préjudicielles, par les chambres à trois ou à cinq juges statuant sans conclusions de l'avocat général, et les ordonnances. Depuis le mois de septembre 2011, les chambres à trois ou à cinq juges peuvent par ailleurs décider, à titre exceptionnel, de ne pas publier au Recueil un arrêt préjudiciel. Le Recueil général comporte également des éléments d'information sur ces décisions⁵³.

De manière synthétique, le *Rapport annuel*, décliné aussi en format plus réduit et plus pédagogique depuis 2016 – « Panorama » – présente l'activité judiciaire aussi bien d'un point de vue statistique que d'un point de vue thématique : droits fondamentaux, citoyenneté, dispositions institutionnelles... Il s'agit essentiellement d'une présentation des résumés des arrêts les plus marquants dans chacun des domaines.

Les *communiqués de presse* permettent de jeter un coup de projecteurs sur certains arrêts ou certaines conclusions, sans pour autant que les critères de leur publication ne soient clairement définis.

Au fond, plus globalement, cela renvoie à la politique de communication de la Cour et la question de l'accès et de la compréhension du sens de ses décisions : autrement dit la question de la pédagogie reste entièrement posée⁵⁴. Il est vrai que d'autres juridictions – internationales ou nationales – ont développé ces dernières années des publications à vocation informative plus accessibles⁵⁵.

Il ressort de l'énumération et de l'utilisation de ces divers outils que la politique jurisprudentielle et/ou le sens des priorités de la Cour ne sont pas très visibles et que dès lors sa contribution au « Mieux légiférer » reste largement à l'appréciation doctrinale⁵⁶.

53 Pour comparaison : le Recueil Lebon placé, sous le haut patronage du Conseil d'État, permet la publication des arrêts les plus importants, la partie Table présente les arrêts de moindre importance et des renvois à la jurisprudence antérieure permettent de connaître l'apport jurisprudentiel de la décision. Les analyses sont rédigées par les responsables du centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État.

54 L. COUTRON (éd.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruylant, 2012, 320 p.

55 V. notamment les efforts déployés par la Cour européenne des droits de l'homme : aperçu des affaires, lettres d'information sur la jurisprudence, guides sur la jurisprudence et rapports de recherche, manuels de droit européen (récemment Manuel de droit européen d'accès à la justice) fiches thématique et fiches par pays... De même, le Conseil d'État publie sur son site : analyses mensuelles de jurisprudence, dossiers thématiques, discours et interventions, études...

56 Les conclusions de l'Avocat Général M. BOBEK dans l'affaire *Breyer* (C-213/15) sont particulièrement intéressantes à cet égard : à l'occasion d'une affaire concernant le droit d'accès aux documents, il développe son argumentaire autour de la justice démocratique et de la qualité de la justice, V. pt 98 et s. des conclusions rendues le 21 décembre 2016 : « Ainsi, c'est notamment par le biais de l'ouverture que les juridictions deviennent plus responsables à l'égard des citoyens. L'ouverture des juridictions favorise leur caractère démocratique en permettant aux citoyens de surveiller l'exercice du pouvoir judiciaire, en garantissant que ces derniers y participeront par le débat public et, en définitive, en améliorant la compréhension des décisions de justice. L'ouverture dont font preuve les juridictions finit ainsi par alimenter leur légitimité *via* les ressources mobilisées ».

2.2 La contribution par la participation plus visible à l'élaboration du droit de l'Union européenne

Il est clair que le juge ne peut plus être cantonné au rôle qui lui est classiquement reconnu, celui de « bouche de la loi ». On peut légitimement attendre de lui, ne serait-ce que pour lui permettre d'assurer sa fonction de clarification avec le plus d'efficacité possible, qu'il signale à l'autorité compétente les difficultés récurrentes et, pourquoi pas, qu'il franchisse un pas supplémentaire en recommandant des solutions qu'il pourrait considérer comme adéquates au vu des contentieux dont il est saisi⁵⁷. Dès lors, l'approche inter-institutionnelle suscite deux réflexions principales. La première prend la forme d'un constat : le juge influence déjà le législateur lors de l'élaboration du droit de l'UE par le biais de la technique de la codification. Mais cette démarche nécessairement *a posteriori* présente un certain nombre de limites. La seconde idée est davantage une piste : le juge pourrait influencer le législateur en lui adressant bien en amont des recommandations, le système français pourrait être source d'inspiration à cet égard.

Une influence directe existe déjà par le procédé de la codification : maintes dispositions trouvent leur origine dans des arrêts que ce soit par exemple en matière de libre circulation ou de citoyenneté. Cette technique présente l'avantage d'inscrire le droit de l'UE dans un cadre global et cohérent en adéquation avec la sécurité juridique et la simplification du droit. Elle permet également de dépasser les clivages politiques entre les États membres et de proposer une solution fondée sur la légitimité du juge. Cela dit, le législateur conserve en la matière la marge de manœuvre inhérente à sa fonction et s'il peut s'aligner purement et simplement sur la position du juge, il peut aussi aller en deçà ou au-delà⁵⁸. Aussi cette reprise en main par le législateur n'est-elle pas, en elle-même, un gage de qualité du droit.

Deux pistes de renforcement de la force de proposition du juge inspirées par le système français peuvent être envisagées.

D'abord, pourrait-on imaginer que le juge européen puisse jouer un rôle de conseiller du pouvoir législatif et exécutif, à l'instar du Conseil d'État ? D'après la Constitution française le Conseil d'État est obligatoirement saisi de tous les projets de loi avant leur adoption par le Conseil des ministres et leur dépôt devant le Parlement. Il doit également être saisi des projets d'ordonnance avant leur adoption en Conseil des ministres. De même, les décrets en Conseil d'État ne peuvent être pris ou modifiés qu'après la saisine du Conseil d'État. Dans les autres cas, la consultation reste facultative y compris en matière de propositions de lois. Notons en outre que le Gouvernement peut soumettre une question qui pose un problème juridique particulier pour qu'il puisse être éclairé. Le Conseil d'État comprend donc cinq sections consultatives qui donnent leur avis chacune dans le champ particulier qui leur est dévolu, et pour les textes les plus importants, c'est l'Assemblée générale qui est compétente. Les avis ne sont rendus publics que si l'autorité qui consulte en décide ainsi. Par

⁵⁷ Dans son Étude de 2016, le Conseil d'État insiste d'ailleurs sur la fonction d'alerte et de suivi que pourrait jouer le juge, *op. cit.*, p. 119 et s.

⁵⁸ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Réflexions sur la codification de la jurisprudence par le législateur européen », in B. BERTRAND (éd.), *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de C. BLUMANN*, *op.cit.*, p. 187-201.

conséquent, aux termes de l'article L112-1 du Code de justice administrative, « Le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances ». Une transposition de ce système en droit de l'UE serait néanmoins compliquée tant d'un point de vue juridique – encore faudrait-il en effet que tous les États membres soient d'accord pour modifier le Traité – qu'en pratique au vu du nombre réduit des juges, de l'afflux toujours plus important des recours et des nécessités de traductions.

Il conviendrait par conséquent d'explorer la piste *a minima* : celle qui consiste à donner la possibilité au juge d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif⁵⁹. Les adaptations seraient alors infimes puisqu'on pourrait aisément imaginer qu'elles soient contenues dans le rapport annuel, sans nécessité de réforme plus profonde.

Tel est le cas du Conseil d'État qui consacre des parties de son rapport public à la contribution des formations contentieuses, d'une part, et consultatives d'autre part, à la simplification du droit⁶⁰. La contribution du juge à l'amélioration de la qualité de la législation est ainsi aisément identifiable y compris par le citoyen.

Tel est également le cas de la Cour de cassation. Aux termes de l'article R431-10 du Code de l'organisation judiciaire : « Le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des Sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées ». Une partie du rapport annuel de la Cour de cassation est dédiée aux « suggestions de modifications législatives ou réglementaires » avec deux sous-parties l'une sur les propositions en matière civile l'autre en matière pénale. Sont ensuite abordés, par ordre thématique, le suivi des suggestions préconisées dans les rapports antérieurs avec un rappel du texte, de la jurisprudence, le contenu de la proposition avec l'objectif recherché sachant que la Cour de cassation pointe finalement les difficultés d'application et/ou les effets qui n'avaient pas été escomptés à l'origine. Un comité de suivi composé des membres du bureau de la Cour de cassation et des membres de la direction des affaires civiles ou pénales selon le cas est institué pour cela.

Le Rapport annuel s'avère par conséquent un instrument utile pour appeler l'attention du législateur et contrôler le suivi des recommandations, ce qui peut d'ailleurs constituer finalement une forme de pression.

59 Il en est ainsi pour le Conseil d'État aux termes de l'article L112-3 du Code de justice administrative : « Le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ».

60 Par exemple, p. 67 du *Rapport public 2016* : « Les contributions de la section du contentieux du Conseil d'État à la simplification du droit revêtent des formes diverses. En opérant une définition claire des requérants susceptibles de se voir reconnaître un intérêt à agir, le Conseil d'État permet aux personnes publiques et à ses cocontractants d'anticiper les risques contentieux. [...] Enfin le Conseil d'État a été amené à accompagner le mouvement de simplification voulu par le législateur et le pouvoir réglementaire en explicitant l'unification des régimes qui avait été opéré en matière de police de l'eau ». Concernant les sections administratives, trois types de contrôles sont exercés permettant de contribuer à la simplification du droit (p. 211) : appréciation juridique (hiérarchie des normes, cohérence et sécurité de la norme juridique), qualité rédactionnelle (respect de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme), bonne administration (efficacité et réalisme du dispositif).

Le rôle du juge dans la fabrication du droit de l'UE est réel par l'interprétation, l'application et la vigilance qu'il peut apporter. L'impact juridictionnel du « Mieux légiférer » peut encore être renforcé par son instrumentalisation qui pourrait assurer une visibilité plus grande à la contribution du juge.

Notre conclusion est nécessairement en demi-teinte, mais la tentative de systématisation n'est pas vaine pour autant. Nous avons certes relevé, autant que possible, les limites de l'approche matérielle et de la démarche formelle ; la combinaison des deux ne donne d'ailleurs pas un aperçu plus net de l'impact juridictionnel du « Mieux légiférer ». Pour autant, il y a bien un mouvement, une sorte de dynamique, qui dépasse la seule juridiction européenne, et qui laisse pressentir qu'un tournant s'amorce concernant la visibilité de la contribution du juge à la fabrication du droit. La mouvance du « Mieux légiférer » invite dès lors à réfléchir à la capacité du juge à garantir deux exigences primordiales, dont la portée est renouvelée dans le contexte actuel : la cohérence du droit dans un espace juridique et juridictionnel aux influences nationales, européennes et internationales démultipliées et la légitimité du droit rejaillissant sur la question de la légitimité de l'Union européenne elle-même et de façon circulaire interrogeant la légitimité du juge européen. Au fond, le juge ne serait-il pas le dernier rempart d'une Europe politique en crise ?