



60 ans des traités

Les récits judiciaires de l'Europe

par Antoine BAILLEUX

Professeur à l'université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Le présent article entend poser les premiers jalons d'une recherche collective consacrée aux « récits judiciaires de l'Europe ». Il propose d'analyser la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne comme le creuset de nombreux récits sur la construction européenne, qui influencent la représentation que l'Europe se fait d'elle-même. Après avoir pris soin de poser quelques balises conceptuelles et méthodologiques, cette contribution dresse un inventaire provisoire de ces « récits judiciaires de l'Europe » avant d'esquisser de nouvelles pistes de recherche.

INTRODUCTION

C'est l'objet même des anniversaires que d'interrompre la marche du temps et des affaires humaines. On y célèbre le passé en dressant du chemin parcouru des bilans plus ou moins complaisants. On y dessine aussi l'avenir, esquissant des perspectives et des projets auxquels on se promet de s'atteler une fois refermée l'heureuse parenthèse.

Les pages qui suivent sacrifient aux lois du genre. D'un côté, elles reviennent sur les réalisations de l'« Europe des juges ». Elles scrutent la litanie d'arrêts qui, par la mystérieuse alchimie du temps, s'assemblent et s'agglutinent pour former cette matière insaisissable que l'on appelle jurisprudence ; de l'autre, elles invitent à innover. Portant le regard vers l'avenir, cette contribution ouvre des perspectives de recherche en proposant d'appliquer à son objet un cadre analytique original¹ et – croit-on – fécond.

Ces réflexions s'ancrent dans la conviction que les juristes n'accordent pas suffisamment d'attention à ce que l'on pourrait appeler la dimension narrative de la jurisprudence. C'est que le raisonnement juridique n'opère jamais dans le vide². Il se déploie au sein d'un

(1) Les travaux menés dans le champ des sciences juridiques sur les rapports entre droit et récit comprennent généralement ce second terme dans un sens plus étroit que celui proposé ici (les récits des parties, la narration des faits, etc.). Il existe néanmoins des exceptions : v. par ex. la réflexion très « dworkinienne » proposée par D. Patterson, *Law's Pragmatism : Law as Practice & Narrative*, *Virginia Law Review*, 1990, vol. 76, p. 937 s. Pour un exercice assez similaire à celui que nous proposons, v. F. Ost, Le concept de « démocratie » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Le Journal des Procès*, 1988, n° 124, p. 13 s.

(2) Comme l'écrit F. Michaut : « Les normes demandent à être explicitées dans des narrations. La norme trouve sa source dans la narration qui, à la différence d'une description scientifique, est toujours porteuse de signification normative. La norme sans le support de la narration est vide de sens » (Le processus générateur de normes chez R. Cover et son utilisation par F. I. Michelman : de la description à la fiction, *Raisons politiques*, n° 27, août 2007, 66).

univers de représentations relatives non seulement au droit, mais aussi à son environnement.

Ces représentations demeurent le plus souvent de l'ordre de l'implicite. À titre d'exemple, le laconisme des arrêts de cassation nous en apprend beaucoup sur l'image que les juges suprêmes se font de leur office. La proximité de leurs homologues américains est tout aussi révélatrice. Plus proche de notre sujet, le refus de la Cour de justice de faire primer une langue sur les autres en cas de divergences entre les différentes versions linguistiques d'un texte trahit une certaine conception de la construction européenne et des rapports entre les États membres.

Certaines de ces représentations sont en revanche explicitées. Lorsqu'un juge prend position sur le contenu de l'ordre public, qu'il évalue un comportement à l'aune du standard du bon père de famille ou se fend d'un *obiter dictum* de portée générale, il dévoile des fragments de sa propre vision, de sa propre compréhension, des valeurs et des pratiques qui font l'identité du corps social.

Émerge ainsi la dimension « narrative » de la jurisprudence. Elle se laisse entrevoir dans les lignes des arrêts, dans les interstices des raisonnements, surgissant chaque fois que le juge, au détour d'une phrase ou d'un paragraphe, exprime ou laisse filtrer ses représentations sur des questions d'intérêt général qui dépassent l'objet du litige. La jurisprudence y apparaît alors comme le creuset d'innombrables récits sur la société, sur ses valeurs, et sur la place qu'y occupent le droit et le juge, des récits plus ou moins développés, plus ou moins cohérents, en attente d'explicitation.

Cette dimension narrative confère à la jurisprudence une indéniable fonction instituante. Les représentations véhiculées par les décisions de justice participent à la formation de l'« imaginaire commun » d'une société, c'est-à-dire la façon dont celle-ci se représente, se raconte, se perçoit³. La jurisprudence contribue ainsi, tant par ce qu'elle exprime que par ce qu'elle présuppose, à forger des représentations dans l'esprit de ses lecteurs et, plus largement, de la communauté dont elle prétend dire le droit.

Les actes juridictionnels ne sont certes pas les seuls actes de langage à déployer de tels effets. Leur « puissance instituante » semble toutefois d'autant plus forte que, d'une part, les décisions de justice sont lestées d'une autorité particulière et que, d'autre part, elles sont généralement conçues à la façon d'un « roman à la chaîne », chaque jugement venant s'adosser à quelque précédent, s'efforçant de poursuivre et de renforcer les trames narratives amorcées avant lui⁴. En ce sens, la jurisprudence n'a pas seulement un effet normatif direct. En informant l'imaginaire commun, elle contribue indirectement à faire naître des attentes, à orienter des comportements, à créer des affiliations, qui peuvent avoir des conséquences jusqu'au sein de l'ordre juridique lui-même.

Nous faisons l'hypothèse que cette approche narratologique est susceptible d'éclairer d'un jour nouveau la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁵. Elle invite à voir

cette jurisprudence comme le support de nombreux récits sur la construction européenne, qui influencent la représentation que l'Europe⁶ se fait d'elle-même. Parallèlement, elle éclaire d'un jour nouveau les missions du droit et de ses magistrats.

Une telle hypothèse ne peut être mise à l'épreuve sans des repères conceptuels et méthodologiques robustes. C'est l'objet de la première partie de cette contribution que de fournir les premiers jalons de cette analyse narrative de la jurisprudence européenne. La seconde partie se risquera à esquisser un inventaire de quelques « récits judiciaires de l'Europe », sans autre prétention que d'ouvrir des perspectives et d'aiguiser l'appétit du lecteur.

I. – PREMIERS JALONS : UNE APPROCHE NARRATIVE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

Cette partie liminaire expose les raisons pour lesquelles la jurisprudence de la Cour de justice se prête particulièrement bien à une analyse narratologique (A) avant de procéder à une série de mises au point conceptuelles et méthodologiques (B).

A – Le terrain

La jurisprudence de la Cour de justice constitue un terrain singulièrement favorable à la mise en œuvre d'une approche par les récits. Linéaire (i), bavarde (ii) et morcelée (iii), elle revêt une dimension narrative particulièrement appuyée, qu'explique au moins partiellement la configuration de l'ordre juridique et politique au sein duquel elle opère.

(3) Cette thématique de la construction narrative de l'identité est la source d'une très riche production théorique, qui semble avoir pris son envol à la faveur du « tournant linguistique », réunissant des travaux aussi divers que ceux de P. Ricoeur (v. en particulier son maître ouvrage *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990), d'A. MacIntyre (*After Virtue. A study in moral theory*, Duckworth, 1981) et de B. Anderson (*Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, 1983).

(4) On ne soulignera jamais assez l'inestimable contribution que le philosophe du droit américain Ronald Dworkin a apportée à la compréhension du travail judiciaire en comparant les juges à des « romanciers à la chaîne » et en faisant d'eux les dépositaires de l'histoire morale de leur communauté politique, leur recommandant « d'identifier droits et devoirs juridiques, autant que possible, en admettant qu'ils sont tous l'œuvre d'un créateur unique, la collectivité en personne, et qu'ils sont l'expression d'une conception cohérente de la justice et de l'équité » (R. Dworkin, *L'empire du droit*, 1986, PUF, 1994, 247).

(5) Dans notre propos nous utiliserons indifféremment les termes « Cour de justice de l'Union européenne » et « Cour de justice » pour désigner l'ensemble des juridictions faisant partie de la CJUE (Cour de justice, Tribunal de justice, Tribunal de la fonction publique).

(6) Par commodité d'écriture, nous utiliserons ici le terme « Europe » pour désigner l'Union européenne (et non le Conseil de l'Europe ou l'Europe au sens géographique du terme).

(i) Si la jurisprudence de la Cour est linéaire, c'est parce qu'elle se développe largement sur un mode itératif. Les juridictions de l'Union se réfèrent abondamment à leurs arrêts antérieurs, traçant ainsi de profonds sillons jurisprudentiels au départ et au carrefour desquels se trouvent quelques arrêts dits « de principe »⁷. Propice au développement de trames narratives, cette pratique de l'auto-référencement est plus massive que dans la jurisprudence des cours suprêmes de la plupart des États membres. On peut hasarder plusieurs explications à cet état de fait, depuis l'influence de la tradition anglo-saxonne jusqu'à la mise à disposition des juges d'un logiciel de référencement sophistiqué. Mais cette pratique semble avant tout liée à la préoccupation de la Cour de « faire jurisprudence », c'est-à-dire de bâtir un corpus normatif solide et cohérent, vecteur de sécurité juridique non seulement pour les justiciables mais aussi pour les « juges de « droit commun » de l'ordre juridique de l'Union »⁸ que sont les cours et tribunaux des États membres.

(ii) Observons ensuite que les arrêts des juridictions de l'Union sont, dans l'ensemble, bavards. Les arguments des parties sont présentés et discutés, les précédents soupesés, les *obiter dicta* soigneusement distillés. La construction européenne est transformée en « communauté de droit »⁹ issue « d'une source autonome »¹⁰ dotée d'une « charte constitutionnelle »¹¹. La citoyenneté européenne devient « le statut fondamental des ressortissants des États membres »¹² tandis que la protection de l'environnement est hissée au rang d'objectif « transversal et fondamental » de la Communauté européenne¹³. À n'en pas douter, on est là très loin de l'austère brièveté des décisions de cassation. S'il fallait trouver une comparaison, elle se situerait davantage du côté des juridictions constitutionnelles nationales, en l'occurrence des plus puissantes d'entre elles. Cette prolixité peut du reste être interprétée comme un signe d'assurance et un attribut du pouvoir. En assortissant ses décisions de motivations généreuses, la Cour reconnaît et assume l'importance de sa mission, non seulement dans le développement du droit européen, mais plus encore dans la création des « narratifs » à même de nourrir l'imaginaire collectif et les représentations de la construction européenne. Il n'est sans doute pas exagéré de voir dans des arrêts tels que *Costa*, *Van Gend & Loos*¹⁴ ou *Cassis de Dijon*¹⁵ les traces de « récits fondateurs », dont le rayonnement dépasse de loin la communauté des juristes.

(iii) Enfin, il convient de souligner le caractère morcelé de cette production juridictionnelle, qui se développe sous la forme d'une myriade de chaînes argumentatives distinctes tissées dans l'ignorance les unes des autres. Ces chaînes sont arrimées à quelque valeur ou idée-force (la liberté, la non-discrimination, la solidarité, la justice, la transparence, l'économie de marché, l'unité, la confiance mutuelle, etc.) bien souvent traduite sur le plan du droit positif par un droit fondamental ou un principe général du droit (le principe de libre concurrence, les libertés de circulation, le principe d'égalité et de non-discrimination, le principe de précaution, le principe de l'État de droit, les principes de primauté, d'équivalence et d'effectivité, le principe de respect de l'identité constitutionnelle des États membres,

etc.). Il en résulte une jurisprudence « archipelagique », constituée d'îlots narratifs dotés d'une forte cohérence interne mais dont l'intégration dans un plan d'ensemble (un « méta-récit ») demeure souvent hasardeuse et insuffisamment explicitée. Cette archipelisation est sans doute le reflet des compétences limitées de l'Union, qui n'ont offert à la Cour de justice qu'une gamme disparate de règles et de concepts à partir desquels construire son œuvre jurisprudentielle. La situation de la Cour semble par ailleurs différente de celle des autres juridictions internationales, dont le champ de compétences est généralement restreint à un domaine ou une branche du droit, favorisant le développement d'une jurisprudence « insulaire » davantage qu'« archipelagique ».

B – Concepts et perspectives

Après avoir justifié le choix du terrain jurisprudentiel pour le déploiement d'une approche narrative, il reste à dresser l'inventaire des outils conceptuels nécessaires à une telle analyse (1), et, l'appliquant à l'objet que l'on s'est donné, à dévoiler les perspectives de recherche qui en découlent (2).

1. Représentations, pratiques et récits

Les termes de « représentations » et de « récits » ont jusqu'ici été utilisés de façon indifférenciée. Il convient à présent d'introduire une distinction afin de les rendre plus opératoires et d'éviter toute équivoque.

Pour le propos de cette contribution, nous proposons de désigner par récit (ou narratif) toute entreprise de mise en mots et d'assemblage des représentations à des fins de généralisation. Autrement dit, nous suggérons d'inscrire entre ces deux

(7) Selon M. Jacob, les arrêts de grande chambre de la Cour de justice rendus en 2010 comptent en moyenne des renvois à pas moins de 19 décisions antérieures (*Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, CUP, 2014, 92).

(8) CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, pt 80 ; D. 2011. 2434, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2012. 520, obs. J. Raynard ; RTD eur. 2011. 805, obs. L. Couton.

(9) Cette véritable antenne jurisprudentielle trouve son origine dans le célèbre arrêt *Les Verts* (CJCE, 23 avr. 1986, aff. C-294/83, *Parti écologiste « Les Verts »*, ECLI:EU:C:1986:166, pt 23).

(10) CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

(11) Aff. préc. C-294/83, *Parti écologiste « Les Verts »*, pt 23.

(12) CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, pt 31 ; D. 2001. 2943 ; Dr. soc. 2001. 1103, note J.-P. Lhernould ; RDSS 2002. 396, obs. I. Daugareilh ; RTD eur. 2003. 553, note F. David.

(13) CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil*, ECLI:EU:C:2005:542, pt 42 ; AJDA 2005. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2005. 3064, obs. J. Daleau, note P.-Y. Monjal ; *ibid.* 2697, tribune R. de Bellescize ; *ibid.* 2006. 1259, obs. C. Nourissat ; AJ pénal 2005. 414, obs. L. Riunty ; RSC 2005. 940, obs. S. Manacorda ; *ibid.* 2006. 155, obs. L. Idot ; RTD eur. 2006. 369, note C. Haguenau-Moizard.

(14) CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

(15) CJCE, 20 févr. 1979, aff. C-120/78, *Rewe-Zentral AG*, ECLI:EU:C:1979:42.

termes une quadruple différence. Premièrement, alors que les représentations renvoient à un processus mental relevant du non-verbal, le récit s'ancre dans l'ordre du verbal, de l'explicite. Ensuite, là où les premières relèvent d'un processus largement intuitif et désordonné, le second implique un effort de rationalisation, de mise en ordre et de construction¹⁶. Troisièmement, tandis que les représentations se forment à l'échelle de l'individu, du particulier, le récit procède d'une entreprise de généralisation : il prétend relier les représentations individuelles pour les inscrire dans le collectif. Enfin, et c'est sans doute la différence la plus fondamentale, alors que la représentation s'attache à un concept (la mer, la patrie, l'Europe), le récit a pour objet les représentations relatives à ce mot (les représentations de la mer, de la patrie, de l'Europe) : il est le fait d'un observateur qui prétend déceler, dans les représentations des acteurs, un imaginaire commun. Il implique une « rupture épistémologique » propre à la démarche scientifique.

Les représentations constituent donc l'objet interprétatif du récit. Or, rappelons que ces représentations sont des productions de l'esprit, logées dans le for intérieur de chacun. Par conséquent, elles ne se présentent pas brutes à l'interprète, mais enveloppées dans du « matériau » tangible, c'est-à-dire des pratiques, qu'il revient à ce dernier de déchiffrer. Ces pratiques seront tantôt verbales (une allocution, un pamphlet, une interview), tantôt non verbales (un vote, un boycott, un choix de consommation, etc.). Elles seront identifiées comme pertinentes par l'interprète (le « narrateur ») lorsqu'elles lui sembleront trahir (à l'insu de l'acteur, ou à son corps défendant) ou exprimer (consciemment) des représentations. Si ces représentations sont récurrentes ou partagées, elles pourront alors servir à l'assemblage d'un récit qui, répétons-le, consiste en un effort de reconstruction d'un univers de représentations propres à une « communauté narrative ».

Bien entendu, il y a fort à parier qu'une fois confectionné, ce récit déploiera lui-même un effet performatif, c'est-à-dire qu'il sera à son tour susceptible de conforter et d'orienter les représentations des membres de la communauté narrative qu'il s'efforce de mettre en mots. Il nous semble toutefois crucial de maintenir une distinction entre de telles entreprises de narratologie, qui font le quotidien des historiens, sociologues et anthropologues, et ce que l'on pourrait appeler les pratiques narratives des acteurs eux-mêmes.

Ainsi, lorsque dans son discours sur l'état de l'Union, Jean-Claude Juncker affirme que « l'Europe est synonyme de paix » et qu'« une partie intégrante de notre mode de vie européen est constituée [des] valeurs de liberté, de démocratie, [de] l'état de droit, [...] valeurs défendues des siècles durant sur les champs de bataille et sur des tribunes improvisées »¹⁷, le président de la Commission n'entend pas faire œuvre scientifique en essayant, au prix d'une rupture épistémologique, de rendre compte des récits de l'Europe qui imprègnent l'imaginaire collectif. En réalité, il ne fait rien d'autre que dévoiler ses propres représentations de l'Europe, dans l'espoir que ces prises de position nourrissent et informent quelque chose comme l'imaginaire commun de l'Europe. En ce sens, même si elle est dotée

d'une forme – et d'une force – narrative incontestable, une telle intervention à propos de l'« Europe des valeurs » se situe au même niveau – sur le plan épistémologique – que des discours portés par d'autres acteurs sur l'« Europe forteresse », l'« Europe technocrate » ou l'« Europe du grand capital »¹⁸.

2. Représentations, pratiques et récits judiciaires de l'Europe

Il convient à présent de mettre notre appareillage conceptuel à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice en s'efforçant d'y distinguer les pratiques, les pratiques narratives, et les récits sur l'Europe.

Commençons par observer que l'activité juridictionnelle est tout entière composée de pratiques. La tenue d'audiences, le port de la robe par les juges, la création d'un compte Twitter, constituent autant d'exemples de pratiques que l'on pourrait qualifier de non verbales. Les productions juridictionnelles de la Cour (conclusions, ordonnances, avis, arrêts) relèvent quant à elles de pratiques verbales.

Certaines de ces pratiques peuvent être identifiées comme exprimant ou trahissant des représentations que la Cour se fait de la construction européenne. Pour prendre un exemple évoqué plus haut, on peut faire l'hypothèse que la publication des arrêts de la Cour dans toutes les langues officielles de l'Union, la gestion de son site internet en autant d'idiomes et sa jurisprudence refusant d'accorder la prééminence à une version linguistique dans l'interprétation des textes normatifs constituent autant de pratiques verbales et non verbales témoignant d'une représentation de l'Europe comme entité politique non seulement multilingue, mais plus radicalement fondée sur l'égalité entre les langues des États membres. De la même manière, la lecture très extensive que la Cour a faite des dispositions relatives aux quatre libertés économiques de circulation peut être interprétée comme une pratique verbale reflétant, dans le chef des juges, une représentation « marchande » de l'Europe.

(16) En ce sens, v. B. Van Roermund, *Law, Narrative and Reality*, Kluwer, 1997, 30.

(17) Discours sur l'état de l'Union 2016 : Vers une Europe meilleure – Une Europe qui protège, donne les moyens d'agir et défend, 14 sept. 2016.

(18) Curieusement, la distinction entre de telles pratiques narratives et les récits qu'un analyste prétend en tirer semble souvent escamotée dans les recherches en sciences sociales (v. par ex. C. Radaelli, Logiques de pouvoir et récits dans les politiques publiques de l'Union européenne, RF sc. pol. 2000, 255 s. ; Récits, in L. Boussaguet, S. Jacquot et P. Ravinet (dir.), Dictionnaire des politiques publiques, Presses de Sciences Po, 2010, 548-554), à la notable exception de J. Michel, qui prend soin de distinguer les « narrations ordinaires » des « narratologies savantes » (Narrativité, narration, narratologie : du concept ricœurrien d'identité narrative aux sciences sociales, Revue européenne des sciences sociales 2003, 125 s.). Il nous semble en toute hypothèse que, lorsqu'elle porte sur un matériau qui ne « revendique » aucune dimension narrative (tel que la jurisprudence), l'approche narratologique exige de l'analyste qu'il assume le caractère (re)construit du récit (et ce qualificatif lui-même) afin de ne pas faire dire aux acteurs davantage que ce qu'ils affirment.

Mais la jurisprudence de la Cour est également riche de pratiques narratives sur l'Europe¹⁹, qui la voient expliciter sa vision de la construction européenne.

Nous avons déjà évoqué l'assimilation de la construction européenne à une « communauté de droit » issue « d'une source autonome », l'élévation de la citoyenneté européenne au « statut fondamental des ressortissants des États membres » et la qualification de la protection de l'environnement d'objectif « transversal et fondamental » de la Communauté européenne. Mais on peut également trouver d'éloquentes illustrations de telles pratiques narratives dans les conclusions d'avocats généraux. Ainsi de l'affirmation selon laquelle « un ressortissant communautaire [...] a droit [...] à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer "*civis europeus sum*" et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux »²⁰. Dans la même perspective, on épinglera l'interpellation de l'avocat général Sharpston qui, marquant son indignation face aux discriminations à rebours issues du désintérêt du droit de l'Union pour les situations purement internes, s'exclamait : « Quelle est donc cette Union européenne qui garantit la libre circulation entre Dunkerque (France) et De Panne (Belgique), mais pas entre Jodoigne et Hoe gaarden ? »²¹. En déclarant dans l'affaire *Brüstle* que « l'Union n'est pas qu'un marché à réguler, mais [...] qu'elle a aussi des valeurs à exprimer »²², l'avocat général Bot nous fournit encore un autre exemple de pratiques narratives relatives à l'Europe.

Nous n'avons jusqu'ici évoqué que la façon dont les pratiques de la Cour de justice étaient susceptibles de dévoiler certaines représentations de l'Europe. Il convient à présent de s'interroger sur la façon dont elles peuvent s'intégrer à de véritables récits sur l'Europe. On ne saurait ici trop insister sur la spécificité de la pratique juridictionnelle par rapport à toute autre pratique. Cette particularité tient au fait que, lorsque la Cour exerce sa mission juridictionnelle, elle n'est pas censée mettre en œuvre ses propres représentations, mais simplement se faire le porte-voix, l'interprète neutre et indépendant, des représentations de la collectivité elle-même. Pour le dire autrement, lorsque la Cour déclare que la Communauté européenne est une « communauté de droit », que la citoyenneté est le « statut fondamental » des ressortissants des États membres, ou que les libertés de circulation s'opposent aux mesures nationales simplement susceptibles d'en décourager l'exercice, la *doxa* veut qu'elle ne dévoile pas sa propre conception de la construction européenne mais qu'elle se contente de remplir son rôle de « gardien des promesses »²³ de la collectivité qui l'a instituée.

On connaît bien sûr les critiques que s'est attirées – à juste titre – une telle conception de la fonction de juger. S'agissant de la Cour de justice, nombreux sont du reste les auteurs à avoir souligné la dimension politique de sa jurisprudence, estimant que celle-ci reposait sur « une certaine idée de l'Europe »²⁴. Pour autant, force est d'observer que la « fiction » continue d'opérer : la Cour « dit le droit », ses décisions sont assorties de raisonnements présentés comme exclusivement juridiques, et elles sont

revêtues de l'autorité de chose jugée. Du reste, aucun juriste ne prétendrait exclure la jurisprudence de son analyse du droit positif au motif qu'elle procéderait d'un dessein politique.

L'approche narrative de la jurisprudence a pour mérite de dépasser cette controverse stérile. D'un côté, elle reconnaît la réalité du discours officiel. En abordant la jurisprudence comme le creuset de récits en attente d'explicitation plutôt que comme le révélateur d'un quelconque agenda politique, cette approche prend non seulement au sérieux la prétention de la Cour à la neutralité, mais elle reconnaît en outre la fonction instituante de cette jurisprudence, qui contribue à former les représentations collectives tout autant qu'elle prétend en rendre compte. Par ailleurs, en confiant à l'observateur la responsabilité de la formulation de récits, cette approche ne fait pas dire aux arrêts de la Cour davantage que ce qui s'y trouve : elle souligne le caractère nécessairement construit – et en partie subjectif – des « récits » que l'analyste s'efforce d'assembler à partir d'indices épars dans la pratique de la Cour. L'approche narrative permet ainsi de nourrir le travail doctrinal qui fait l'ordinaire des juristes en enrichissant leur arsenal conceptuel.

D'un autre côté toutefois, cette approche ouvre la voie à des analyses plus critiques, ou en tout cas plus « externes », du travail de la Cour.

Elle permet d'une part de s'interroger sur l'existence d'un écart entre les pratiques narratives de la Cour et les récits qui se dégagent de l'ensemble de ses pratiques. Ainsi pourrait-on se demander si le « récit » de la citoyenneté qui émerge de la totalité de la jurisprudence de la Cour se trouve correctement reflété dans son affirmation selon laquelle cette citoyenneté serait le statut fondamental des ressortissants des États membres. Mais l'écart pourrait également être mesuré entre les récits « judiciaires » de l'Europe et ceux qui se dégagent des pratiques d'autres institutions de l'Union, telles que la Commission ou

(19) Il va sans dire que les juges de Luxembourg n'ont pas l'apanage de telles pratiques narratives. Pour un éloge de la narrativité des décisions de la Cour suprême des États-Unis : M. C. Nussbaum, *L'art d'être juste. L'imagination littéraire et la vie publique*, 1995, Climats, 2015.

(20) Concl. du 9 déc. 1992, aff. C-168/91, *Konstantinidis*, ECLI:EU:C:1992:504, pt 46.

(21) Concl. du 1^{er} avr. 2008, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française*, ECLI:EU:C:2007:398, pt 116 ; D. 2008. 1655, note P. Icard ; *ibid.* 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt.

(22) Concl. du 10 mars 2011, aff. C-34/10, *Brüstle*, ECLI:EU:C:2011:138, pt 46 ; RTD civ. 2011. 506, obs. J. Hauser.

(23) On aura reconnu la belle expression proposée par A. Garapon (*Le gardien des promesses*, Odile Jacob, 1996).

(24) Expression empruntée à P. Pescatore (*The Doctrine of Direct Effect : An Infant Disease of Community Law*, ELR 1983. 157). Pour quelques références illustres : A.-M. Burley et W. Mattli, *Europe Before the Court : A Political Theory of Legal Integration*, IO, 1993. 41 s. ; *Law and Politics in the European Union : A Reply to Garrett*, IO, 1995. 183 s. ; *Revisiting the European Court of Justice*, IO, 1998. 177 s. ; A. Stone Sweet et M. McCown, *Discretion and Precedent in European Law*, in O. Wiklund (dir.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer-Aspen, 2003. 84 s. ; P. Magnette, *L'Europe, l'État et la démocratie*, Complexe, 2000. 77 s. ; H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhof, 1986.

le Parlement européen. L'exercice pourrait encore être effectué avec des récits « populaires » (syndicaux, militants, etc.) de l'Europe. Enfin, il y aurait quelque intérêt à traquer les discordances entre les récits judiciaires « officiels » de l'Europe – ceux de la Cour de justice –, et ceux qui prospèrent à l'ombre des prétoires nationaux.

L'approche par les récits jette d'autre part une nouvelle lumière sur les finalités du droit²⁵ et sur la mission confiée à ses magistrats. Au bénéfice d'une analyse narratologique, la jurisprudence apparaît en effet comme le réceptacle d'une multitude de narratifs fragmentaires, tantôt enchâssés les uns dans les autres, tantôt concurrents, qui se croisent au détour des affaires sans plan d'ensemble prédéterminé. Ces récits sont portés par les parties et relayés dans les motifs des arrêts avant que le dispositif ne vienne consacrer le triomphe – toujours ponctuel, toujours provisoire – de l'un d'entre eux. Dans cette perspective, le droit se donne à voir comme porteur d'un méta-récit capable non seulement de traduire dans sa grammaire les narratifs contradictoires qui animent le corps social²⁶, mais aussi de départager les revendications qui y prennent naissance. L'approche par les récits met ainsi en évidence le rôle « politique » du droit et de ses juges. Ce faisant, elle invite à regarder par-delà la sophistication des constructions jurisprudentielles pour analyser celles-ci au regard de la double finalité évoquée ci-dessus en se demandant quels narratifs elles traduisent et nourrissent (I) et quels outils elles empruntent pour en arbitrer les prétentions (II).

II. – PREMIERS ESSAIS: LES RÉCITS JUDICIAIRES DE L'EUROPE

Il convient d'entrer à présent dans le vif du sujet et, après avoir proposé quelques variables susceptibles de fonder une typologie des récits judiciaires de l'Europe (A), d'explorer la jurisprudence afin d'en extirper quelques échantillons narratifs (B).

A – Typologie

Les récits judiciaires de l'Europe ont divers traits en commun. Ils font d'abord l'objet d'une jurisprudence abondante, articulée autour de quelques arrêts de principe et souvent nourrie de pratiques narratives. Ensuite, ces récits agrègent plusieurs courants jurisprudentiels pour les élever à un niveau de généralité à même de nous dire quelque chose de l'Europe. Ils associent à l'Europe une qualité, un objectif, un fondement susceptible de la caractériser, de la définir. Enfin, ces récits trouvent généralement un ancrage dans le droit primaire ainsi que des relais dans le droit dérivé.

Mais ces récits se distinguent aussi les uns des autres sur une multitude de plans. Par leur place au sein de la jurisprudence, d'abord. Alors que certains y occupent une place centrale,

d'autres narratifs n'apparaissent qu'aux marges des arrêts. Par leur origine ensuite. Tandis que certains de ces récits sont principalement judiciaires, créés de toutes pièces par la Cour, d'autres ne le sont qu'accessoirement, les juges de l'Union se contentant de relayer ou d'amplifier des représentations exprimées par d'autres acteurs. Par leur temporalité encore. Tandis que certains récits apparaissent comme fondateurs de la construction européenne, d'autres, plus jeunes, sont encore en attente de confirmation. Par leurs rapports les uns aux autres enfin. Alors que certains apparaissent comme des narratifs majeurs, d'autres se voient réduits à jouer un rôle mineur, tempérant seulement à la marge l'hégémonie des premiers.

B – Récits

Les lignes qui suivent proposent un aperçu de quelques récits judiciaires de l'Europe et entreprennent de les classer en fonction des différentes caractéristiques exposées ci-dessus. On sollicite d'emblée l'indulgence du lecteur pour le caractère inchoatif et approximatif de cet inventaire, développé au départ d'un échantillon limité de pratiques du reste exclusivement verbales.

1. L'Europe marchande

S'il est un récit judiciaire de l'Europe particulièrement puissant, c'est bien celui qui présente l'Union européenne comme un vaste marché ouvert à une concurrence libre et non faussée. Il s'agit là d'un narratif fondateur qui plonge ses racines dans les origines mêmes du projet européen, dont on sait à quel point il fut influencé par l'ordolibéralisme allemand. Le récit de l'« Europe marchande » traverse les traités européens, depuis leurs préambules « historiques »²⁷ jusqu'aux objectifs qu'ils fixent à l'Union²⁸, en passant par les protocoles qui y sont annexés²⁹ et, bien entendu, par les dispositions relatives au marché intérieur (titres I à IV du TFUE) et à la concurrence (titre VII du TFUE).

Ce récit occupe par ailleurs une place centrale dans la jurisprudence de la Cour de justice. Il unit de nombreuses « chaînes jurisprudentielles » constituées autour de quelques arrêts de

(25) V., F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016. 329 s.

(26) Sur cette approche des rapports entre droit et récits, v. l'analyse (empreinte des thèses des *critical legal studies*) proposée par R. M. Cover, *The Supreme Court 1982 Term. Foreword : Nomos and Narrative*, *Harvard Law Review*, 1983, vol. 97, p. 4 s ; v. aussi G. Martinez, *Philosophical Considerations and the Use of Narrative in Law*, *Rutgers Law Journal*, 1998-1999, vol. 30, p. 683 s. L'idée selon laquelle la première mission du droit serait d'opérer une médiation entre différentes « cités », « sous-systèmes », « sphères » ou « narratifs » qui traversent la société, est magistralement exposée par F. Ost dans son ouvrage préc. (À quoi sert le droit ?).

(27) « Reconnaissant que l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence [...] » (préambule du Traité CEE).

(28) V. art. 3 § 3 TUE : « L'Union établit un marché intérieur. [...] ».

(29) V. protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence.

principe dotés d'un très grand rayonnement³⁰. Aussi n'est-il guère surprenant de compter, parmi les 57 arrêts formant le cœur de ce que la Cour appelle sa « jurisprudence historique » antérieure à 2000 – et nécessitant pour cette raison une traduction prioritaire dans les langues des « nouveaux » États membres – un grand nombre de décisions relatives au marché intérieur, en ce compris les célèbres *Dassonville*³¹, *Cassis de Dijon*³², *Keck & Mithouard*³³, *Alpine Investments*³⁴ et *Bosman*³⁵.

L'omniprésence de ce récit tient bien sûr au fait que, dès l'origine, les États membres avaient placé le marché commun au centre des missions et des compétences des Communautés. Mais s'il a pris une telle amplitude, c'est aussi parce que la Cour de justice n'a cessé, par le biais d'interprétations audacieuses, d'en étendre les contours. En faisant de l'exercice du droit de grève une entrave à la liberté d'établissement³⁶, en ramenant la prostitution à la prestation d'un service³⁷, en faisant du touriste le bénéficiaire d'un service³⁸, en qualifiant d'entreprise un office public pour l'emploi³⁹, en décelant une aide d'État derrière le financement du dépistage obligatoire de maladies chez les bovins⁴⁰, en identifiant des entraves à la libre circulation jusque dans les règles de droit dérivé⁴¹, les juges de l'Union ont nourri et développé le récit marchand de l'Europe bien au-delà de ce à quoi les y obligeaient les traités.

La Cour ne s'est du reste pas contentée d'étendre la « surface » de ce récit. Elle lui a aussi donné de l'épaisseur. Sur un plan normatif d'abord, en développant des régimes juridiques (les conditions de l'arrêt *Altmark*⁴²), des obligations (l'impératif de reconnaissance mutuelle proclamé dans *Cassis de Dijon*⁴³), des interdictions (le refus des justifications purement économique aux restrictions à la libre circulation⁴⁴), mais aussi des droits subjectifs (l'effet direct reconnu aux libertés de circulation dès *Van Gend & Loos*⁴⁵) nulle part inscrits dans les traités. Sur un plan plus politique ensuite, en se fendant de considérations générales sur les bienfaits de la concurrence libre et non faussée⁴⁶, sur le caractère central des libertés de circulation pour l'Union européenne⁴⁷, et sur la nature même du marché intérieur⁴⁸.

On le voit, la contribution de la Cour de justice au récit de l'« Europe marchande » est à ce point décisive que ce récit nous paraît devoir être qualifié de principalement judiciaire.

Pour finir, on notera qu'il s'agit là d'un récit majeur de l'Europe. Nombreux sont les arrêts qui mettent en scène un conflit entre les impératifs du marché intérieur et des valeurs non marchandes, telles que la sauvegarde de l'environnement, la protection des consommateurs, ou la préservation des systèmes sociaux. Des logiques antagonistes s'y affrontent, des visions du monde concurrentes s'y opposent : la liberté de manifestation des uns est l'entrave des autres, et une mesure saluée d'un côté comme luttant contre le *dumping* social est condamnée de l'autre comme l'expression d'un protectionnisme obsolète. Dans ces conflits entre récits, celui du marché intérieur l'emporte presque systématiquement. On veut dire par là qu'indépendamment de la conclusion à laquelle aboutit la Cour (l'acte, la pratique, la mesure est jugée ou non compatible avec le droit

(30) L'unité des principes de libre circulation et du droit de la concurrence est parfois explicitée par la Cour. Ainsi, « toutes ces dispositions [relatives aux aides d'État et à la libre circulation des marchandises] poursuivent un objectif commun, qui est d'assurer la libre circulation des marchandises entre États membres dans des conditions normales de concurrence » (CJCE, 7 mai 1985, aff. C-18/84, *Commission c/ France*, ECLI:EU:C:1985:175, pt 13 – CJCE, 5 juin 1986, aff. C-103/84, *Commission c/ Italie*, pt 19 – CJCE, 20 mars 1990, aff. C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, pts 20-21 ; AJDA 1991. 267, chron. T. Debard et C. Alibert ; D. 1991. 102, obs. P. Terneyre ; RDI 1990. 205, obs. P. Terneyre ; Dr. soc. 1991. 453, chron. J. Boulouis).

(31) CJCE, 11 juill. 1974, aff. C-8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

(32) Aff. préc. 120/78.

(33) CJCE, 24 nov. 1993, aff. jtes C-267 et C-268/91, *Keck & Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905 ; AJDA 1994. 57, note P. Le Mire ; D. 1994. 185, note D. Voinot ; RTD com. 1995. 693, étude P. Pigassou ; RTD eur. 2014. 870-1, étude A. Bouveresse ; *ibid.* 870-13, étude Imola Strehö ; *ibid.* 870-21, étude P. Oliver ; *ibid.* 878-1, étude C. Barnard ; *ibid.* 878-9, étude A. Iliopoulou-Penot ; *ibid.* 849, étude E. Dubout, A. Iliopoulou-Penot et Imola Strehö ; *ibid.* 851, étude E. Dubout ; *ibid.* 859, étude R. Kovar ; *ibid.* 871, étude Fabio Spitaleri.

(34) CJCE, 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments*, ECLI:EU:C:1995:126 ; AJDA 1995. 703, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet ; D. 1995. 317, obs. J.-P. Pizzio ; RTD eur. 1995. 827, chron. J.-G. Huglo.

(35) CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463 ; AJDA 1996. 273, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues ; D. 1996. 11 ; Dr. soc. 1997. 397, chron. S. Van Raepenbusch ; *ibid.* 510, chron. S. Van Raepenbusch ; RTD eur. 1996. 101, étude G. Auneau.

(36) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *ITWF e.a. c/ Viking*, ECLI:EU:C:2007:772 ; AJDA 2008. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2008. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *ibid.* 2009. 1547, chron. B. Edelman ; Dr. soc. 2008. 210, note P. Chaumette ; RDT 2008. 80, étude S. Robin-Olivier et E. Pataut ; Rev. crit. DIP 2008. 356, note H. Muir Watt ; *ibid.* 781, étude M. Failon ; RTD com. 2008. 445, obs. G. Jazottes ; RTD eur. 2008. 47, note P. Rodière ; *ibid.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defosse ; *ibid.* 2015. 258, obs. A. Defosse ; Rev. UE 2016. 151, étude S. de La Rosa.

(37) CJCE, 18 mai 1982, aff. C-115 et C-116/81, *Adoui et Cornuaille*, ECLI:EU:C:1982:183 – CJCE, 20 nov. 2001, aff. C-268/99, *Jany*, ECLI:EU:C:2001:616 ; Dr. soc. 2003. 859, chron. S. Van Raepenbusch ; RTD eur. 2003. 489, chron. C. Prieto.

(38) CJCE, 2 févr. 1989, aff. C-186/87, *Cowan*, ECLI:EU:C:1989:47 ; AJDA 1990. 281, chron. T. Debard et C. Alibert ; Rev. crit. DIP 1990. 83, note M. Simon-Depitre ; RTD eur. 1991. 59, chron. H. Calveth et F. Dintilhac.

(39) CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser*, ECLI:EU:C:1991:161 ; AJDA 1992. 253, chron. J.-D. Combexelle, E. Honorat et C. Soulard ; D. 1991. 155 ; RDSS 1991. 515, obs. X. Prétot ; RTD com. 1991. 512, obs. C. Bolze ; *ibid.* 524, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1993. 81, chron. E. Traversa ; *ibid.* 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot ; Rev. UE 2015. 362, étude J.-P. Kovar.

(40) CJUE, 30 juin 2016, aff. C-270/15 P, *Belgique c/ Commission*, ECLI:EU:C:2016:489.

(41) V. CJCE, 17 mai 1984, aff. C-15/83, *Denkavit Nederland*, ECLI:EU:C:1984:183, pt 15.

(42) CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark*, ECLI:EU:C:2003:415 ; AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues ; *ibid.* 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2003. 2814, note J.-L. Clergerie ; RTD eur. 2004. 33, étude S. Bracq ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard ; *ibid.* 425, étude C. Blumann.

(43) Aff. préc. C-120/78.

(44) Jurisprudence qui, à notre connaissance, démarre réellement avec l'arrêt CJCE, 28 avr. 1998, aff. C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167, pt 39 ; AJDA 1998. 801, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1998. 145 ; Dr. soc. 1996. 1086, étude P. Mavridis ; *ibid.* 1999. 172, étude P. Mavridis ; *ibid.* 2003. 859, chron. S. Van Raepenbusch ; RDSS 1998. 615, note J.-P. Lhernould ; RTD com. 1998. 978, obs. G. Jazottes ; *ibid.* 979, obs. G. Jazottes ; RTD eur. 1998. 573, chron. J.-G. Huglo.

(45) Aff. préc. C-26/62.

(46)(47)(48) V. notes page suivante.

de l'Union), c'est le récit de l'« Europe marchande » qui impose sa grammaire, ses codes, sa symbolique ; c'est lui qui fournit l'entrée et le cadre du raisonnement de la Cour. Sans doute sa confrontation à d'autres types de revendications aura-t-elle pour effet d'affiner et de nuancer considérablement le contenu du récit marchand de l'Europe (pensons à la jurisprudence sur les raisons impérieuses d'intérêt général, sur les modalités de vente ou sur les services d'intérêt économique général), mais elle contribuera en même temps à en asseoir la centralité, laissant très peu d'espace au développement de récits concurrents, lesquels soit demeureront à l'état larvaire, soit, profitant de quelques interstices, parviendront à se constituer sur un mode mineur, dans l'ombre du narratif dominant.

2. L'Europe des valeurs

La Cour de justice n'a pas peu contribué au développement du récit de l'« Europe des valeurs ». Celui-ci présente l'Union européenne comme le fruit d'une alliance entre ses États membres autour d'un certain nombre de principes éthiques fondamentaux hérités de leur histoire commune. À dire vrai, ce récit est bien plus vieux que le traité de Rome lui-même et, de la crise des migrants au Brexit, il se trouve en permanence au cœur du débat politique sur l'Europe. Il fait par ailleurs l'objet d'un travail philosophique abondant⁴⁹.

Par conséquent, s'il s'agit incontestablement d'un récit fondateur de l'Europe, il n'est « judiciaire » que de manière accessoire. La Cour de justice contribue certes à faire vivre ce récit, mais elle n'en est pas l'auteur principal. En revanche, on ne manquera pas d'observer que c'est principalement aux juges de l'Union que l'on doit la transposition de ce récit dans le champ du droit.

Sans surprise, c'est dans le giron du narratif de l'Europe marchande que l'on en trouve les premiers indices, sous la forme du principe de reconnaissance mutuelle. En demandant aux États membres de se fier aux standards réglementaires appliqués chez leurs voisins en acceptant sur leur territoire des produits fabriqués et commercialisés dans le respect de normes étrangères, la Cour présuppose qu'il existe entre eux une étroite communauté de vues et d'approches dans la protection des intérêts publics susceptibles d'entraver la libre circulation.

Mais le récit de l'Europe des valeurs ne tardera pas à s'autonomiser, avec le formidable développement de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux. La Cour est ici aussi aux avant-postes. À travers une série d'arrêts célèbres⁵⁰, elle élève les droits fondamentaux au rang de « principes généraux » du droit communautaire, déduisant ces principes des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » et des traités internationaux de protection des droits de l'homme conclus par ces derniers. Les avocats généraux ne sont pas en reste, qui pointent l'existence d'un « substratum philosophique commun »⁵¹ aux États membres et proclament le droit de chaque citoyen européen « à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales »⁵². La Cour prendra quant à elle au sérieux ce travail de construction du « commun des

droits de l'homme » en Europe, refusant parfois de l'étendre à des principes insuffisamment partagés⁵³.

Ce n'est que dans un second temps que les « maîtres des traités » s'engageront dans la voie ouverte par la Cour de justice, en consolidant sa jurisprudence et en dressant l'inventaire des valeurs de l'Union dans le traité de Maastricht avant d'adopter la Charte des droits fondamentaux quelques années plus tard. Quant au législateur de l'Union, les compétences qu'il reçoit à Amsterdam (en matière de non-discrimination, mais aussi grâce à la communautarisation partielle du troisième pilier) lui permettront d'intervenir à son tour dans la construction de ce récit de l'Europe des valeurs.

(46) Ainsi, par ex., « le comportement indépendant et non uniforme des entreprises dans le marché commun favorise la poursuite d'un des buts essentiels du traité, c'est-à-dire l'interpénétration des marchés nationaux et, par-là, l'accès direct des consommateurs aux sources de production de toute la Communauté » (CJCE, 14 juill. 1972, aff. C-56/69, *Hoechst c/ Commission*, ECLI:EU:C:1972:77).

(47) Qualifiées, non seulement de « libertés fondamentales », mais aussi de « principes fondamentaux de la Communauté » (v. arrêt *ITWF*, préc. [établissement] – CJCE, 23 févr. 1988, aff. C-216/84, *Commission c/ France* [marchandises] – CJCE, 28 oct. 1975, aff. C-36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137 [travailleurs] – CJCE, 7 juill. 2005, aff. C-147/03, *Commission c/ Autriche*, ECLI:EU:C:2005:427 ; RTD com. 2006, 240, obs. M. Luby).

(48) Relevons par ex. la condamnation par l'avocat général Tesauro d'une interprétation trop libérale des libertés de circulation qui « reviendrait [...] à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien : non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général » (5 oct. 2004, aff. C-442/02, *Caixa Bank France*, ECLI:EU:C:2004:187 ; AJDA 2004, 1848 ; *ibid.* 2261, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2005, 370, et les obs., note A. Boujeka ; *ibid.* 2004, 2770, chron. S. Piedelèvre ; *ibid.* 2005, 608, obs. C. Nourissat ; *ibid.* 2006, 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; RTD civ. 2004, 726, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2004, 792, obs. D. Legeais ; RTD eur. 2005, 867, chron. C. Prieto). Notons aussi les considérations très politiques de l'avocat général Poiares Maduro selon lequel, « bien que le traité institue le marché commun, il ne ferme pas les yeux sur les travailleurs qui sont lésés par ses aspects négatifs. Au contraire, l'ordre économique européen est solidement ancré dans un contrat social : les travailleurs de toute l'Europe doivent accepter les conséquences négatives récurrentes qui sont inhérentes à la création par le marché commun d'une prospérité croissante, en échange de laquelle la société doit s'engager à améliorer de manière générale leurs conditions de vie et de travail et à offrir un soutien économique à ces travailleurs qui, à cause des forces du marché, rencontrent des difficultés. Ainsi que son préambule le démontre, ce contrat est intégré dans le traité » (23 mai 2007, aff. *ITWF*, préc.).

(49) Pour une belle introduction à ces travaux : J. Lacroix, *L'Europe en procès. Quel patriotisme au-delà des nationalismes ?*, Cerf, 2004.

(50) V. CJCE, 12 nov. 1969, aff. C-29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57 – CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold*, ECLI:EU:C:1974:51 – CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114.

(51) Concl. du 2 déc. 1970 de l'avocat général Dutheil de Lamoignon dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11-70.

(52) Concl. du 9 déc. 1992, aff. C-168/91, *Konstantinidis*, ECLI:EU:C:1992:504, pts 45-46.

(53) V. par ex. CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07 P, *Akzo Nobel c/ Commission*, ECLI:EU:C:2010:512 ; AJDA 2010, 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010, 2149, et les obs. ; *ibid.* 2011, 552, obs. B. Blanchard ; RSC 2012, 315, chron. L. Idot ; RTD civ. 2010, 814, obs. P. Théry ; RTD eur. 2011, 173, chron. L. Coulton ; *ibid.* 412, obs. L. Idot.

Marginal à ses débuts, ce narratif a gagné en centralité ces dernières années dans la jurisprudence. Comme pour le marché, la raison se trouve sans doute en partie⁵⁴ dans l'interprétation généreuse que la Cour de justice a faite de son champ d'application. On connaît la jurisprudence *ERT*⁵⁵, qui la vit étendre son contrôle du respect des droits fondamentaux à toute mesure nationale relevant du « champ d'application du droit de l'Union ». Plus illustres encore sont les arrêts *Mangold*⁵⁶ et *Kücükdeveci*⁵⁷ qui ont ouvert la voie à l'opposabilité horizontale de certains droits fondamentaux.

Avec le temps, ce narratif a également gagné en épaisseur. Au principe de reconnaissance mutuelle prôné dans le marché intérieur est venu s'ajouter le mantra de la « confiance mutuelle » dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, soulignant la spécificité du récit de l'Europe des valeurs⁵⁸. Ce récit ne consiste pas simplement à voir dans l'Union le fer de lance de la protection des droits de l'homme – qui ne la distinguerait finalement pas du Conseil de l'Europe –, mais bien plutôt l'incarnation d'une communauté de valeurs. La différence se laisse bien apercevoir dans l'avis 2/13 déclarant incompatible avec le droit de l'Union le projet d'adhésion de celle-ci à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour y affirme que la construction juridique que représente l'Union « repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »⁵⁹. Comme on le sait, cette confiance mutuelle implique la reconnaissance, par chaque État membre au bénéfice de ses pairs, d'une présomption – réfragable – de respect des droits fondamentaux, présomption peu conforme à l'esprit de la Cour européenne des droits de l'homme, qui met à charge de chaque État partie une obligation absolue d'assurer le respect des droits de l'homme dans toute situation sur laquelle il exerce un contrôle effectif⁶⁰.

Pour terminer, observons encore qu'il s'agit là d'un narratif majeur de la construction européenne. Que ce soit dans le marché intérieur ou dans l'espace de liberté et de sécurité et de justice, la « communauté des valeurs » est présentée comme le principe, comme la prémisse de départ, l'expression de la singularité n'y étant reconnue que par exception. C'est en effet sur l'État membre qui souhaite renverser cette « présomption du commun » que repose la charge de la preuve – preuve que l'imposition de ses propres standards est à la fois légitime et proportionnée (*Cassis de Dijon*) ; preuve qu'a été rompue la confiance dans le respect des droits fondamentaux par un autre État membre (*NS, Aranyosi*⁶¹) ; preuve que l'application d'une conception plus généreuse des droits fondamentaux ne porte pas atteinte à l'unité, à l'effectivité et à la primauté du droit de l'Union (*Melloni*⁶²). Le narratif – mineur, nous y reviendrons – de l'« Europe plurielle » est ici englouti dans le récit majeur de l'« Europe des valeurs ».

3. L'Europe citoyenne

S'il remonte loin dans le ciel des idées, le récit de l'Europe citoyenne n'a réellement pris corps qu'à Maastricht au début des années 1990. Narratif relativement jeune, il semble aussi principalement juridique, et même judiciaire. Décrétée plus que constatée par le traité, la citoyenneté européenne a progressivement gagné en consistance grâce à une jurisprudence résolument activiste de la Cour de justice.

Affirmant que la citoyenneté européenne « a vocation à être le statut fondamental » des ressortissants de l'Union, la Cour n'hésitera pas à considérer qu'elle implique « une certaine solidarité financière »⁶³ entre les ressortissants des différents États membres, et qu'elle est source tant de droits que de devoirs⁶⁴. Ainsi apparaît l'idée que, même s'il s'ancre dans le même ter-

(54) Même s'il a aussi beaucoup à voir avec le développement législatif dans des domaines plus sensibles pour les droits fondamentaux, notamment dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et avec sa nouvelle compétence en matière de gel d'avoirs financiers.

(55) CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254 ; AJDA 1992. 253, chron. J.-D. Combexelle, E. Honorat et C. Soulard ; *ibid.* 253, chron. J.-D. Combexelle, E. Honorat et C. Soulard ; RTD com. 1993. 436, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

(56) CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709 ; AJDA 2006. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2006. 557, note O. Leclerc ; *ibid.* 2007. 465, obs. F. Meyer ; RDT 2006. 31, obs. M. Schmitt ; *ibid.* 133, obs. S. Robin-Olivier.

(57) CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21 ; AJDA 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RDT 2010. 237, obs. M. Schmitt ; RTD eur. 2010. 113, chron. L. Coutron ; *ibid.* 599, chron. L. Coutron ; *ibid.* 673, chron. S. Robin-Olivier ; *ibid.* 2011. 41, étude E. Bribosia et T. Bombois ; Rev. UE 2013. 313, chron. E. Sabatakakis.

(58) V. CJUE, 21 déc. 2011, aff. Jtes C-411/10 et C-493/10, *NS*, ECLI:EU:C:2011:865 ; AJDA 2011. 2505 ; *ibid.* 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2012. 151 ; *ibid.* 390, obs. O. Boskovic, S. Cornet, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2012. 377, chron. L. Clément-Witz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2012. 401, obs. F. Benoît-Rohmer – CJUE, 5 avr. 2016, aff. Jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi*, ECLI:EU:C:2016:198 ; AJDA 2016. 1059, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2016. 786 ; AJ pénal 2016. 395, obs. M.-E. Boursier ; RTD eur. 2016. 793, obs. M. Benlolo-Carabot ; *ibid.* 2017. 360, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 363, obs. F. Benoît-Rohmer.

(59) CJUE, 18 déc. 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt 168 ; AJDA 2015. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2015. 75, obs. O. Tambou ; RTD civ. 2015. 335, obs. L. Usunier ; RTD eur. 2014. 823, édito. J. P. Jacqué.

(60) Sur cette tension entre les jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg, v. A. Baillieux, Article 52, in F. Picod et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Commentaire article par article de la Charte des droits fondamentaux, Bruylant, 2017 (à paraître).

(61) Respectivement aff. Jtes préc. C-411/10, C-493/10, C-404/15 et C-659/15.

(62) CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107 ; AJDA 2013. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2013. 711 ; AJ pénal 2013. 350, obs. J. Lelieur ; Constitutions 2013. 184, obs. A. Levade ; RTD eur. 2013. 267, note D. Ritteng ; *ibid.* 812, chron. P. Beauvais ; *ibid.* 2015. 166, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Voza ; Rev. UE 2015. 277, étude D. Ritteng ; *ibid.* 562, étude S. Van Raepenbusch.

(63) Arrêt *Grzelczyk* préc.

(64) V. note page suivante.

reau de la libre circulation, le récit de l'Europe citoyenne ne peut se dissoudre dans celui de l'Europe marchande. Comme le note l'avocat général Cosmas, les dispositions relatives aux libertés économiques de circulation « ont instauré en faveur des ressortissants des États membres une possibilité de caractère fonctionnel, qui leur est accordée pour qu'ils l'exercent en vue de la création d'un marché commun [...] ». L'article [21], au contraire, instaure en faveur des ressortissants des États membres [...], une possibilité revêtant un caractère substantiel, à savoir un droit [...] qui existe en vue de l'exercice autonome d'un but, au bénéfice de son titulaire même et non au bénéfice de la Communauté et de la réussite de ses objectifs. Il s'ensuit que [...] l'article [21] consacre [...] un droit de nature différente, un droit propre de circuler, découlant de la qualité de citoyen de l'Union, qui ne revêt pas une forme subsidiaire par rapport à l'unification européenne, économique ou non »⁶⁵.

Joignant le geste à la parole, la Cour s'efforcera de concrétiser le récit d'une Europe qui se soucie de « ses citoyens ». Elle n'hésitera pas à conférer un effet direct à l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et à imposer une lecture très généreuse du droit dérivé, faisant – jusqu'à il y a peu en tout cas⁶⁶ – primer l'esprit sur la lettre de ces dispositions relative à la libre circulation des citoyens européens. Plus encore, une lecture particulièrement audacieuse de l'article 20 du TFUE, qui instaure la citoyenneté européenne, conduira la Cour à s'immiscer dans des « situations purement internes », estimant qu'un État ne peut priver ses propres nationaux « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »⁶⁷. Si elle en représente la face la plus connue, cette ingérence dans les relations entre un État et ses ressortissants ne se limitera pas à la sauvegarde du droit de séjour des citoyens européens – et des personnes dont ils dépendent. Volontariste, la Cour s'estimera ainsi compétente pour connaître du bien-fondé de mesures typiquement régaliennes telles que des décisions de déchéance de nationalité⁶⁸ ou d'interdiction du droit de vote⁶⁹.

On l'aura compris, le récit de l'« Europe des citoyens » a gagné en centralité au cours des dernières années. Et si la jurisprudence récente semble montrer des signes d'essoufflement, voire de régression, il est fort probable que ce narratif poursuivra sa colonisation de la production juridictionnelle du Kirchberg. L'émergence de certains contentieux devrait du reste l'y aider. Songeons ainsi aux premiers arrêts rendus par le Tribunal relatifs à l'initiative citoyenne européenne, qui témoignent là encore du souci de prendre au sérieux la « vocation citoyenne » de l'Europe, quitte à se départir d'une interprétation trop étriquée des instruments de mise en œuvre de ce droit inscrit à l'article 11 du Traité sur l'Union européenne (TUE)⁷⁰.

Enfin, comme les deux premiers, le narratif de l'Europe citoyenne nous semble devoir être considéré comme un récit judiciaire majeur. Une première analyse de la jurisprudence fait en effet ressortir que lorsqu'il se confronte à d'autres intérêts, singulièrement à ceux des États membres, c'est le récit de l'Europe citoyenne qui impose sa dynamique, son esprit, voire son cadre d'analyse. Sans doute cet ascendant argumentatif n'est-il pas le gage d'une victoire en bout de course. Nombreux sont les arrêts où la citoyen-

neté européenne vient échouer sur les digues de la souveraineté nationale, que celle-ci s'exprime sous la forme du principe d'attribution des compétences⁷¹, de dérogations à la libre circulation⁷², ou de conditions restrictives coulées dans le droit dérivé⁷³. Mais il se dégage des arrêts de la Cour l'impression qu'aussi solides – et justifiés – soient-ils, ces éléments ne sont rien d'autre que des obstacles, des remparts face à une tendance de fond. Des éléments « défensifs », pour le dire autrement, intégrés dans le récit de l'Europe citoyenne, mais qui n'apparaissent pas dans la jurisprudence de la Cour comme les jalons d'un récit concurrent de l'Europe, celui d'une Europe des nations, d'une Europe intergouvernementale aux mains des « maîtres des traités »⁷⁴.

(64) CJCE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann*, ECLI:EU:C:2010:104, pt 44 et jurisprudence citée ; AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; Rev. crit. DIP 2010. 540, note P. Lagarde ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron ; *ibid.* 617, chron. E. Pataut ; Rev. UE 2013. 45, chron. E. Sabatakakis.

(65) CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-378/97, *Wijzenbeeck*, ECLI:EU:C:1999:439, pts 84-85 ; AJDA 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1999. 241 ; RSC 2000. 248, obs. L. Idot.

(66) CJUE, 11 nov. 2014, aff. C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358 ; AJDA 2015. 821, note E. Aubin ; *ibid.* 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2014. 2300, et les obs. ; *ibid.* 2015. 450, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; AJ fam. 2014. 655, obs. P. Berthet ; RDSS 2014. 1155, obs. C. Boutayeb ; RTD eur. 2015. 640, obs. E. Pataut – CJUE, 15 sept. 2016, aff. C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597 ; D. 2015. 1841 ; *ibid.* 2016. 336, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; RDSS 2015. 1017, note C. Boutayeb ; RTD eur. 2016. 640, obs. E. Pataut – CJUE, 25 févr. 2016, aff. C-299/14, *Garcia-Nieto*, ECLI:EU:C:2016:114 ; D. 2016. 545 ; *ibid.* 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2016. 640, obs. E. Pataut.

(67) CJUE, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, ECLI:EU:C:2011:124, pt 42 ; AJDA 2011. 479 ; *ibid.* 1082 ; *ibid.* 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, note M. Houser ; D. 2011. 1325, note S. Corneloup ; *ibid.* 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seske, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *ibid.* 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RDSS 2011. 449, note C. Boutayeb et A. Raccach ; Rev. crit. DIP 2012. 352, note J. Heymann ; RTD eur. 2011. 564, obs. E. Pataut ; *ibid.* 2012. 23, étude S. Platon ; *ibid.* 398, obs. F. Benoît-Rohmer ; Rev. UE 2013. 45, chron. E. Sabatakakis ; *ibid.* 2014. 596, étude H. Pongérard-Payet.

(68) V. arrêt *Rottmann*, préc.

(69) CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-650/13, *Delvigne*, ECLI:EU:C:2015:648 ; AJDA 2015. 2257, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2015. 2414, note E. Carpano ; AJ pénal 2016. 80, obs. A. Allamélou ; RTD eur. 2017. 360, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 361, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 375, obs. F. Benoît-Rohmer.

(70) V. par ex. Trib. UE, 30 sept. 2015, aff. T-450/12, *Anagnostakis*, ECLI:EU:T:2015:739 – Trib. UE, 19 avr. 2016, aff. T-44/14, *Costantini e.a.*, ECLI:EU:T:2016:223 – Trib. UE, 3 févr. 2017, aff. T-646/13, *Minority SafePack*, ECLI:EU:T:2017:59 – Trib. UE, 10 mai 2017, aff. T-754/14, *Effer*, ECLI:EU:T:2017:323 ; RTD eur. 2017. 597, obs. C. Delcourt – Trib. UE, 20 juin 2017, aff. T-529/13, *Izsák et Dabis*, ECLI:EU:T:2017:42.

(71) V. par ex. arrêt *Costantini*, préc., pt 16.

(72) V. par ex. CJUE, 17 nov. 2011, aff. C-434/10, *Aladzhov*, ECLI:EU:C:2011:750 ; AJDA 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.

(73) V. par ex. les arrêts préc. *Dano*, *Alimanovic* et *Garcia-Nieto*.

(74) Inutile de préciser que les jurisprudences de certaines cours constitutionnelles nationales sont aujourd'hui bien plus propices au développement d'un tel narratif.

4. L'Europe plurielle

C'est peu dire que le narratif de l'« Europe plurielle » accompagne la construction européenne depuis ses origines. L'image d'une Europe composite, respectueuse de la diversité des entités qu'elle fédère, est déjà celle dépeinte par Victor Hugo qui proclame dans son discours d'ouverture du Congrès de la paix : « Un jour viendra où vous France, vous Russie, vous Italie, vous Angleterre, vous Allemagne, vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne »⁷⁵.

Si ce narratif de l'Europe plurielle se fait plutôt discret dans les traités fondateurs⁷⁶, il prendra progressivement de l'ampleur dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Sur le plan du droit primaire, épinglons par exemple l'apparition du principe de subsidiarité à Maastricht et la consécration, à Amsterdam, d'une obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale de ses États membres. Le traité de Lisbonne sera l'occasion de développer quelque peu ce second impératif, l'article 4 § 2 du TUE précisant désormais que l'identité nationale des États membres est « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».

Mais, comme souvent, les avancées enregistrées dans les traités paraissent en retard sur le développement du droit prétorien. Sur un plan transversal, la Cour consacre très vite le principe d'autonomie procédurale et institutionnelle des États membres, laissant à chaque État le soin de déterminer, en fonction des particularités de son organisation politique et juridique, la meilleure façon d'assurer la mise en œuvre et l'effectivité du droit de l'Union⁷⁷. Mais l'Europe plurielle s'invite aussi dans le marché intérieur. La Cour reconnaît le droit pour les États membres de conserver – sous réserve de proportionnalité et en l'absence d'harmonisation – leurs propres standards de protection d'intérêts non marchands ainsi qu'une certaine autonomie dans le choix des moyens les plus appropriés pour assurer cette protection. Dans des domaines particulièrement sensibles relevant de la moralité publique ou de l'ordre public, les juges de Luxembourg n'hésitent pas à accorder aux États membres une marge d'appréciation substantielle, consentant à n'opérer qu'un contrôle marginal des mesures soumises à leur sagacité⁷⁸. L'irruption récente du thème de l'« identité constitutionnelle » dans le droit de l'Union ne fait que confirmer cette tendance. La Cour a fait droit à plusieurs reprises aux revendications brandies sous ce vocable⁷⁹, un avocat général allant jusqu'à considérer que le devoir de l'Union de respecter « l'identité constitutionnelle des États membres [...] s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États »⁸⁰.

Pour reprendre notre typologie, il semble ainsi que l'Europe plurielle soit un récit fondateur quoique accessoirement judiciaire, qui a gagné en centralité à mesure que s'approfondissait l'intégration européenne. Il nous paraît toutefois qu'en dépit de cette montée en puissance, ce narratif continue de se décli-

ner en mode mineur dans la jurisprudence. L'expression de la diversité est, dans la plupart des cas, présentée sous le mode de l'exception : la restriction qu'elle impose à la libre circulation doit être strictement proportionnée (*Cassis de Dijon*) ; la générosité particulière qu'elle commande dans le domaine des droits de l'homme est cadencée par la triple exigence de respect de la primauté, de l'effectivité et de l'uniformité du droit de l'Union (*Melloni*⁸¹) ; l'autonomie procédurale et institutionnelle qu'elle sous-tend est encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité (*Palmisani*⁸²).

5. L'Europe sociale

C'est principalement en dehors des prétoires – et même des textes légaux – que s'est construit le récit de l'Europe sociale. Porté par des organisations syndicales et des partis politiques, timidement relayé par les institutions de l'Union, ce narratif a eu quelques difficultés à s'ancrer et se développer dans l'ordre juridique de l'Union européenne. L'absence de compétences fortes et le tropisme originel « marchand » de la construction européenne expliquent très largement cet état de fait.

Si l'Europe sociale n'apparaît donc pas comme un récit judiciaire fondateur de l'Europe, elle semble néanmoins constituer

(75) Reproduit in P. Rolland (coord.), *L'unité politique de l'Europe. Histoire d'une idée*, Bruylant, 2006. 227 (nous soulignons).

(76) Épinglons néanmoins certains des motifs de dérogation aux libertés de circulation inscrits dans le Traité CEE qui, telle la sauvegarde de l'ordre public, de la moralité publique et des trésors nationaux, offrent aux États un – maigre – viatique pour préserver leur spécificité culturelle au sens le plus large du terme.

(77) V. déjà CJCE, 15 déc. 1971, aff. jtes C-51 à 54/71, *International Fruit Company*, ECLI:EU:C:1971:128.

(78) Sur cette jurisprudence, v. A. Baillieux, La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ?, in D. Kaminski (dir.), *La flexibilité des sanctions – XXI^e journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013. 519 s.

(79) CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806 ; AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2011. 571, obs. E. Pataut – CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *M. Runevic-Vardyn*, ECLI:EU:C:2011:291, pt 86 ; AJ fam. 2011. 332, obs. V. Avena-Robardet ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD civ. 2011. 507, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2011. 571, obs. E. Pataut ; *ibid.* 2012. 405, obs. F. Benoit-Rohmer ; Rev. UE 2013. 313, chron. E. Sabatakakis – CJUE, 12 juin 2014, aff. C-156/13, *Digibet*, ECLI:EU:C:2014:1756, pt 34 ; RTD eur. 2015. 251, obs. A.-L. Sibony – CJUE, 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff*, ECLI:EU:C:2016:401 ; AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; Rev. crit. DIP 2017. 278, note Lukas Rass-Masson ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut – CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-51/15, *Remondis*, ECLI:EU:C:2016:401 ; AJDA 2016. 2463 ; *ibid.* 2017. 1106, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänser et P. Bonneville ; AJCT 2017. 159, obs. J.-D. Dreyfus ; AJ Contrat 2017. 182, obs. O. Villemagne ; RTD eur. 2017. 299, obs. A. L. Durvieux ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues.

(80) CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-213/07, *Michaniki*, ECLI:EU:C:2008:731, pt 31 ; AJDA 2009. 245, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RDI 2009. 244, obs. R. Noguellou.

(81) Aff. préc. C-399/11.

(82) CJCE, 10 juill. 1997, aff. C-261/95, *Palmisani*, ECLI:EU:C:1997:351 ; AJDA 1998. 310, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1997. 193.

un narratif en croissance. On peut en effet soutenir l'hypothèse qu'un tel narratif émerge au carrefour de divers fils jurisprudentiels, unis par l'affirmation selon laquelle l'Europe n'est pas qu'un marché et que, loin de refléter une idéologie ultralibérale, elle est au contraire soucieuse, pour reprendre les termes de l'article 2 du TUE, « de promouvoir le progrès [...] social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé ».

Ce narratif semble en effet avoir pour particularité de s'être largement construit en réaction au récit de l'Europe marchande.

L'atteste notamment la jurisprudence relative au principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, qui voit la Cour rappeler d'abord que la construction européenne « ne se limit[e] pas à une union économique, mais d[oi]t assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens », avant de conclure que « la finalité économique poursuivie par l'article 119 [aujourd'hui 157 TFUE] du traité et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine »⁸³.

La jurisprudence « marché intérieur » contient des messages du même ordre. Dans les célèbres arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour rappelle ainsi qu'« aux termes de l'article 3, paragraphe 1, sous c) et j), CE, l'action de la Communauté comporte non seulement un « marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux », mais également « une politique dans le domaine social ». L'article 2 CE énonce, en effet, que la Communauté a pour mission, notamment, de promouvoir « un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques » et « un niveau d'emploi et de protection sociale élevé ». La Communauté [a] dès lors non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale [...] »⁸⁴.

Enfin, la construction de l'Europe sociale comme contre-récit face au narratif du marché se reflète aussi dans la jurisprudence relative au droit de la concurrence. Dans son arrêt *Albany*, la Cour rappelle la finalité non seulement économique, mais aussi sociale, de la construction européenne, en déduisant que « les objectifs de politique sociale poursuivis par [des conventions collectives de travail] seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85 [aujourd'hui 101], paragraphe 1, du traité dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail »⁸⁵.

Pour autant, le récit judiciaire de l'Europe sociale ne s'est pas construit exclusivement dans l'ombre du marché. Sur le plan institutionnel par exemple, le Tribunal n'a pas hésité à considérer qu'en l'absence du Parlement européen, l'intervention des partenaires sociaux dans le processus d'élaboration normative en matière sociale était une exigence inhérente au principe de la démocratie sur lequel l'Union est fondée⁸⁶. La Charte des droits fondamentaux a par ailleurs été l'occasion d'affirmer l'« importance particulière » de certains « principes du droit social de l'Union » tels que le droit à un congé annuel⁸⁷.

On se gardera toutefois de surestimer l'importance de ce récit judiciaire. Récemment, le narratif de l'Europe sociale reste encore marginal dans la jurisprudence de la Cour, laquelle ne semble y contribuer que de manière accessoire, le plus souvent dans le sillage d'une intervention législative ou pour tempérer, au moins dans les mots, l'omnipotence du récit de l'« Europe marchande ».

Du reste, l'Europe sociale demeure un narratif judiciaire mineur. Il se présente le plus souvent comme un commode palliatif aux excès du récit marchand, et est prié de se soumettre à la « grammaire » de ce dernier. La lutte contre le *dumping* social et l'exercice du droit de grève et de mener des actions collectives y sont considérés comme de simples dérogations au régime de libre circulation, faisant peser la charge de la preuve sur celui qui les invoque. La protection de l'industrie nationale demeure bannie des raisons susceptibles de justifier une entrave⁸⁸, quand bien même le pays serait en proie à une profonde crise économique⁸⁹. Les prérogatives rassemblées sous le titre « Solidarité » de la Charte semblent pour la plupart relever de la catégorie subalterne des « principes » consacrée à l'article 52 § 3, de la Charte, et ne jouir dès lors que d'une justiciabilité escamotée⁹⁰. L'arrêt *Association de médiation sociale*⁹¹ conforte cette impression, qui dénie au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise l'effet direct horizontal reconnu par ailleurs au principe de non-discrimination fondé sur l'âge⁹².

(83) CJCE, 10 févr. 2000, aff. C-50/96, *Lili Schröder*, ECLI:EU:C:2000:72, pts 54-55 ; D. 2000. 81.

(84) CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, pts 104-105 ; AJDA 2008. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *ibid.* 2009. 1547, chron. B. Edelman ; Dr. soc. 2008. 210, note P. Chaumette ; RDT 2008. 80, étude S. Robin-Olivier et E. Pataut ; Rev. crit. DIP 2008. 356, note H. Muir Watt ; *ibid.* 781, étude M. Fallon ; RTD com. 2008. 445, obs. G. Jazottes ; RTD eur. 2008. 47, note P. Rodière ; *ibid.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *ibid.* 2015. 258, obs. A. Defossez ; Rev. UE 2016. 151, étude S. de La Rosa – arrêt ITWF préc., pts 78-79.

(85) CJCE, 21 sept. 1999, C-67/96, *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430 ; AJDA 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *ibid.* 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; Dr. soc. 2000. 106, note X. Prétot ; *ibid.* 2003. 751, chron. S. Van Raepenbusch ; RDSS 2000. 212, étude F. Muller ; RTD eur. 2000. 335, chron. J.-B. Blaise.

(86) TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96, *UEAPME*, ECLI:EU:T:1998:128 ; Dr. soc. 1999. 53, note M.-A. Moreau.

(87) V. dernièrement CJUE, 30 juin 2016, aff. C-178/15, *Alicja Sobczyszyn*, ECLI:EU:C:2016:502, pts 19-20 et jurisprudence citée ; RTD eur. 2017. 374, obs. F. Benoît-Rohmer.

(88) V. Aff. préc. C-26/62.

(89) CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-201/15, *AGET Iraklis*, ECLI:EU:C:2016:972, pts 105-108 ; RDT 2017. 127, obs. A. Fabre.

(90) Sur cette question, v. A. Bailleux, Article 52, préc.

(91) CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*, ECLI:EU:C:2014:2 ; AJDA 2014. 336, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Casagnabère ; D. 2014. 705, note S. de La Rosa ; *ibid.* 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2014. 408, étude J. Icard ; RDT 2014. 312, étude E. Carpano et E. Mazuyer ; RTD civ. 2014. 843, obs. L. Usunier ; RTD eur. 2014. 409, étude E. Dubout ; *ibid.* 523, obs. S. Robin-Olivier ; *ibid.* 904, obs. L. Coutron ; *ibid.* 2015. 160, obs. F. Benoît-Rohmer ; Rev. UE 2015. 33, étude S. Platon.

(92) V. les arrêts préc. *Mangold* et *Kücükdeveci*.

CONCLUSION

La présente contribution s'est efforcée de poser les jalons d'une approche narrative de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les zones d'ombre restent nombreuses, les hypothèses doivent être affinées, mais on espère avoir au moins convaincu le lecteur de la pertinence et de la fécondité d'une telle démarche, qui jette une lumière nouvelle sur un matériau labouré par la doctrine depuis plus d'un demi-siècle.

Pour conclure, qu'il nous soit permis d'évoquer trois axes de recherche le long desquels l'analyse par les récits gagnerait – pensons-nous – à se déployer.

Le premier consisterait à approfondir l'inventaire très rudimentaire des récits judiciaires de l'Europe esquissé ci-dessus. Chacun des récits identifiés dans ce premier panorama demande à être mis à l'épreuve d'une analyse minutieuse de la jurisprudence pour être ensuite critiqué, étoffé, amendé, voire rejeté. Par ailleurs, la liste ici dressée n'a aucune prétention à l'exhaustivité, de sorte qu'elle appelle sans doute à être complétée par d'autres récits, issus d'un examen plus large et plus détaillé de la production juridictionnelle – et des pratiques non verbales – de la Cour.

Un deuxième axe de recherche consisterait à élargir la focale en confrontant les récits issus de la jurisprudence de la Cour

à d'autres récits juridiques de l'Europe. Ceux, d'une part, des juridictions des États membres, dont certaines défendent une vision de la construction européenne aux antipodes de celle des juges du Kirchberg. Ceux, d'autre part, qui se reflètent dans l'activité normative du triangle institutionnel de l'Union, depuis les préambules les plus enflammés jusqu'aux dispositions les plus techniques des textes normatifs.

Un troisième axe de recherche mènerait l'analyse à un niveau plus théorique. D'un côté, il viserait à approfondir le cadre conceptuel de l'approche narratologique de la jurisprudence européenne. On songe notamment à la palette des variables qui composent la taxinomie des récits judiciaires de l'Europe, qui mériterait d'être précisée et enrichie. De l'autre, il explorerait la vision du droit et de ses juges qui surgit de l'approche narratologique. Comme expliqué précédemment, le droit y prend la forme d'une sorte de « méta-récit » capable de traduire dans un langage unique les différents narratifs portés par le corps social, tandis que le juge se voit attribuer la mission d'arbitrer les conflits entre ces récits. En nous interrogeant sur l'aptitude du droit à rencontrer de telles attentes, l'approche narrative soulève des préoccupations centrales pour le devenir de nos sociétés démocratiques en général, et de la construction européenne en particulier.

On l'aura compris, un vaste programme de recherche s'ouvre à qui souhaite s'en emparer, et il n'est pas certain que les soixante prochaines années de l'intégration européenne suffiront à le réaliser. 4