

## **PRINCIPE DE TRANSPARENCE ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE ET LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

*Charlotte Denizeau*

Traiter du principe de transparence au sein deux Cours européennes que sont la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, lors d'une journée d'études du Centre de droit public comparé consacrée à la justice constitutionnelle et la transparence n'allait pas de soi ; le faire semble partir du postulat selon lequel ces deux Cours seraient des Cours constitutionnelles. Or cette question, débattue de longue date par la doctrine, reste polémique ((H. Gaudin, 2000 : 209 c/ L. Favoreu, 2002 : 35; J.-F. Flauss, 1999 : 711). Il n'est pas question ici de trancher le débat. Cela étant, il convient de rappeler quelques éléments concernant leur activité juridictionnelle respective, pour justifier le champ de l'étude et en présenter l'intérêt. Car tout autant que les Cours constitutionnelles étatiques (voir les contributions jointes d'A. Duffy-Meunier, E. Zoller et Th. Hochmann), les Cours européennes sont grevées par une exigence de transparence.

Tout d'abord, s'agissant de leur activité juridictionnelle, il convient de rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme est une Cour pluri-fonctionnelle. Mal connue des citoyens européens, dotée d'un statut complexe, original et irréductible à toute transposition des catégories habituellement utilisées pour définir les instances juridictionnelles (étatiques ou internationales), la Cour de Luxembourg est une juridiction atypique. Les traités successifs ont prévu une organisation de voies de droit diversifiées (on ne dénombre pas moins de 11 cas de saisine) qui conduit la Cour à assumer une pluralité de fonctions. On peut dire ainsi qu'elle est une juridiction constitutionnelle lorsqu'elle juge de la conformité au traité des actes dérivés et du respect de l'équilibre institutionnel ; elle se mue en juridiction administrative lorsqu'elle se prononce sur la légalité des actes individuels (contentieux de l'excès de pouvoir) ou lorsqu'elle apprécie les sanctions pécuniaires infligées aux entreprises qui contreviennent à leurs obligations (contentieux de pleine juridiction). Elle devient une juridiction internationale, lorsqu'il s'agit d'apprécier le comportement des États membres vis-à-vis de leurs obligations, et plus précisément, de condamner leurs manquements, ou lorsqu'elle juge les litiges survenus entre États membres. Enfin, elle exerce une fonction régulatrice par le biais des questions préjudicielles, étant ainsi étroitement imbriquée au processus judiciaire national.

A cette polyvalence fonctionnelle s'ajoute le fait que la mission de la Cour de justice consiste à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité (Article 19 TUE). Elle est simultanément une juridiction et une institution dont la mission consiste, au même titre que le Conseil, la Commission ou le Parlement, à veiller à la réalisation des tâches confiées à l'Union.

La Cour européenne des droits de l'homme se présente plus simplement, puisqu'il n'existe – pour l'heure - qu'un type de recours : celui qui consiste pour un requérant à demander à la Cour de constater une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le requérant peut être un État, ce qui est rare, ou un requérant individuel,

victime d'une violation. Elle n'a donc qu'une mission : assurer la promotion et la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il en résulte que l'exigence de transparence n'a pas exactement le même fondement pour ces deux juridictions. Pour la Cour de justice, cela tient tout autant à son appartenance à l'ensemble institutionnel de l'Union européenne, qu'à sa nature juridictionnelle ; pour la Cour européenne des droits de l'homme, cela tient à la nature de sa mission, attachée à garantir la protection et l'universalité des droits de l'homme.

### **La transparence, valeur de l'Union européenne**

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, être une institution transparente (puisqu'elle est une des sept institutions de l'Union) s'inscrit dans le processus global de développement de la transparence qui touche l'ensemble de l'activité de l'Union. La transparence est devenue une valeur et un principe du droit de l'Union européenne, adoptée pour faire face aux critiques récurrentes dénonçant son déficit démocratique et son opacité technocratique.

Les critiques sur l'opacité et la complexité du droit communautaire ont conduit les États membres et les institutions à se préoccuper de la nécessaire évolution vers « *une Communauté plus proche des citoyens* » (Déclaration de Birmingham, adoptée par le Conseil européen extraordinaire du 16 octobre 1992 ; Bull. CE, 10/92, pt. I. 8 ; Conclusions du Conseil européen d'Edimbourg du 11-12 décembre 1992 ; Bull. CE, 12/92, pt. I. 25), en consacrant un principe de transparence qui englobe un principe d'accessibilité et de lisibilité du droit communautaire (J. Rideau, 1999 : p. 9 ; T. Blanchet, 1997 : 916 ; J. Biancarelli et N. Robert, 2002 : 493-515).

Le principe d'accessibilité aux documents des institutions a été concrétisé, sur la base de la déclaration n°17, annexée au traité de Maastricht, sous la forme d'une déclaration inter-institutionnelle du Parlement, du Conseil et de la Commission sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité et d'un « code de conduite » arrêté conjointement par le Conseil et la Commission. Ce dispositif a fait l'objet de nombreuses applications par le Tribunal de première instance et la Cour de justice, avant que le traité d'Amsterdam ne vise explicitement le « *principe d'ouverture* » (article 1 TUE) applicable aux décisions de l'Union et qu'il érige en droit du citoyen, le droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Les articles 41 §2 et 42 de la Charte des droits fondamentaux disposent que le droit d'accès aux documents est un droit subjectif, faisant partie intégrante du principe de bonne administration. Le Tribunal a établi lien entre le principe démocratique et la transparence (*TPICE*, 7 févr. 2002, *aff. T-211/00, Kuiser c/ Cons.*, pt 52 : *Rec. CJCE 2002, II, p. 485*).

Sur le Site *Europa*, il est mentionné que depuis le Traité de Lisbonne, l'Union est « *plus démocratique et plus transparente* », ceci reposant sur trois principes de gouvernance démocratique : l'égalité démocratique: tous les citoyens reçoivent la même attention de la part des institutions ; la démocratie représentative: rôle accru du Parlement européen et des parlements nationaux ; la démocratie participative: nouvelles formes d'interaction entre les citoyens et les institutions, comme l'initiative citoyenne. Il est net qu'au sein de l'Union européenne, la transparence sous-tend l'interaction entre les notions de démocratie et de citoyenneté ; elle va dans le sens du processus de constitutionnalisation de l'Union européenne (M. Dony, S. Rossi, 2008 : 10).

Pour autant, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si la volonté affichée de garantir la transparence de l'action de l'Union vaut également pour l'action de la Cour de justice. Les développements ci-dessous apporteront une réponse plutôt décevante à cette question ; d'autant plus décevante que, par contraste, la Cour européenne accepte bien plus largement de se laisser connaître.

### **Le principe de transparence inhérent et structurel à la mission de la Cour européenne**

S'agissant de la Cour européenne, être une juridiction transparence repose sur une nécessité immanente : celle de s'assurer que les individus ont une juste compréhension de ce que sont les

droits de l'homme et de la façon dont elle les garantit. « *Les droits de l'homme sont rétifs aux secrets et aux non-dits* » notait P. Muzny (2011 : 981). Une culture des droits de l'homme repose sur cette exigence de transparence et de pédagogie vis-à-vis des destinataires de ces droits ; le juge doit rendre son activité lisible, accessible et compréhensible ; il doit être impartial, indépendant et transparent.

L'énoncé normatif d'un droit est finalement moins important que la façon dont il va être protégé concrètement par le juge. Il en va de sa légitimité, c'est-à-dire de la confiance des citoyens vis-à-vis d'un système dont ils se sentent souvent éloignés de par sa technicité et sa spécificité. Autant dire que les degrés de transparence et de compréhension de la procédure et de l'arrêt constituent des étapes essentielles à l'avènement d'une culture des droits de l'homme et à l'adhésion des individus au système juridique du Conseil de l'Europe. La Cour européenne s'est engagée dans cette recherche de la transparence et les résultats sont là. Le développement exponentiel des saisines individuelles atteste de la solide confiance des requérants en cette juridiction. En 2012, 65150 requêtes ont été attribuées à l'une des formations de la Cour ; et son site internet a reçu plus de 300 millions de visites en 2012, soit une augmentation de 13% par rapport à 2011 (Source : *Rapport annuel 2012* de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 70).

Ainsi, ce bref regard permet de soutenir les deux Cours européennes sont attachées au principe de transparence ; reste à savoir à quel degré elles placent cette exigence, si ce dessein est bien réalisé ou si parfois l'opacité ne prédomine pas.

Une telle recherche est un sujet inexploré par la doctrine. Si l'on trouve des études sur la transparence dans l'Union européenne - certaines anciennes maintenant (précitées) - , aucune ne concerne spécifiquement la Cour de justice de l'Union européenne. De même, l'activité de la Cour européenne n'est pas étudiée sous cet angle, quelques études portent sur la motivation des arrêts de la Cour (v. La thèse de A. Schahmaneche, 2012).

Pour apporter des éléments de réponse comparatistes, il a fallu adopter une démarche méthodique. Trois aspects méritent un examen particulier : il convient de s'intéresser tout d'abord à la composition des Cours, aux membres qui les composent, aux modalités de nomination, c'est-à-dire la transparence organique ; pour examiner ensuite la présentation de la procédure, l'accès aux documents : la transparence procédurale ; enfin il s'agira d'étudier la transparence dans la phase de jugement : la publicité des audiences, leur retransmission, le délibéré, la motivation des arrêts, et la présence d'opinions séparées à la Cour européenne et de l'Avocat général à la Cour de justice, c'est-à-dire la transparence juridictionnelle.

La comparaison est peu flatteuse pour la Cour de justice. Sous chaque aspect, elle affiche un net retard par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme.

## **I. LA TRANSPARENCE ORGANIQUE DES COURS EUROPEENNES**

Si, sur leur site respectif, les Cours expliquent parfaitement comment sont nommés/élus les juges et qui sont ils, en revanche la confrontation des modes de nomination révèle une réelle distance entre leurs pratiques. La Cour de justice s'est inspirée du modèle strasbourgeois en organisant le contrôle des modalités de désignation des juges, mais ceux-ci restent *in fine* nommés par les Gouvernements, alors que les juges du Palais des droits de l'homme sont élus par une Assemblée parlementaire.

### **A. Le contrôle de la désignation des juges**

Chacune des Cours compte un juge par État membre ; c'est-à-dire 28 actuellement pour la Cour de justice de l'Union européenne et 47 pour la Cour européenne.

Concernant les juges du Kirchberg, le Traité de Lisbonne (article 255 TFUE) a perfectionné les modalités de nomination des juges et des avocats généraux pour renforcer la transparence de cette procédure. Jusqu'alors, les membres de la Cour et du Tribunal étaient nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres, sous la seule réserve des compétences requises des personnalités choisies en vertu des anciens articles 223 alinéa 1 et 224 alinéa 2 CE. Les États étaient seuls acteurs et responsables de la procédure de nomination et du choix des membres de la Cour et du tribunal. Inévitablement, ce mode de désignation n'échappait pas à la critique, notamment en raison du fait qu'étaient entérinées en pratique les désignations opérées au niveau national et que « *les critères étaient peu transparents, parfois discutés, éventuellement politiques* » (D. Simon, 2010, rep 4).

Pour mettre un terme aux critiques, l'article 255 TFUE a institué une phase préalable d'examen des candidatures par un comité « *composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen* ». Le comité est présidé par le vice-président du Conseil d'État. Cet organe indépendant a pour mission d'évaluer « *l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal* ».

Saluée par le président de la Cour V. Skouris (RDP, 2011 : 3), elle est considérée comme une « *nette amélioration* » de la procédure de recrutement, un progrès en matière de transparence organique. Il est indéniable qu'on ne peut que louer la mise en place d'un tel contrôle qui existe dans la quasi-totalité des Cours constitutionnelles des grandes démocraties, à l'exception notable du Conseil constitutionnel français (D. Simon, 2010 : rep. 4). En outre, avec l'élargissement, il était devenu indispensable d'avoir l'avis d'un Comité indépendant pour assurer une représentation équilibrée des grands systèmes juridiques européens. Bien que récent, ce comité a déjà montré son utilité et son bon fonctionnement. Il a émis plusieurs avis concernant les nominations. Le président Skouris (ibid) s'est félicité de ce que les avis rendus en toute indépendance, vont dans le sens « *d'un renforcement de la transparence de la justice et de l'indépendance des juges* ». Ils garantissent la présence à la Cour de personnalités parfaitement compétentes et qualifiées.

Toutefois le fonctionnement de ce comité présente deux défauts qui pourraient altérer l'objectif de transparence.

Se pose, d'une part, la question de la nomination des membres du Comité qui doivent, eux-aussi, être indépendants et impartiaux. Conformément au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les membres du comité sont choisis parmi trois groupes de personnalités : des juges des Cours suprêmes nationales, d'anciens membres de la Cour et du Tribunal, des juristes renommés. Un membre parmi les sept est proposé par le Parlement européen, les autres par le Président de la Cour de justice. La crainte du Président Skouris (précité), ayant nommé six membres sur sept, a été d'entretenir un certain corporatisme dans la composition du comité, en ayant sélectionné un trop grand nombre d'anciens juges et moins de « juristes renommés ». Ceci s'en ressent dans la décision de nomination du Comité par le conseil de l'Union européenne (*Déc. n° 2010/125/UE, 25 févr. 2010 : JOUE n° L 50, 27 févr. 2010, p. 20*). La décision du Conseil a retenu une composition, destinée à assurer une base géographique équitable et une représentation équilibrée des systèmes juridiques : M. Peter Jann, ancien juge à la Cour de justice de l'Union européenne, Lord Mance, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, M. Torben Melchior, président de la Cour suprême du Danemark, M. Péter Pacsolay, président de la Cour constitutionnelle de Hongrie, Mme Ana Palacio Vallelersundi, avocate, ancien membre du Parlement européen, ancien ministre du gouvernement espagnol, Mme Virpi Tiili, ancien juge au Tribunal de première instance. Ne vaudrait-il pas mieux que les membres du Comité soient choisis ou élus par le Parlement européen ?

D'autre part, le comité a estimé que les règlements (CE) n° 1049/2001 et (CE) n° 45/2001, tels qu'interprétés par la Cour de justice (V. CJUE, 29 juin 2010, aff. C-28/08 P, *The Bavarian Lager*), lui

interdisaient de rendre publiques les appréciations positives ou négatives formulées (D. Simon, 2011 : repère 4). Autrement dit, le Comité accorde une certaine importance au bon déroulement des procédures nationales de sélection. Il a notamment estimé « *que l'existence d'une procédure nationale de sélection fondée sur le mérite et ses modalités d'organisation (transparence et objectivité de la procédure, intervention d'un comité national de sélection, composition de ce comité...), ou l'existence de toute autre procédure de sélection offrant des garanties au moins équivalentes, peuvent étayer l'appréciation qu'il porte sur l'adéquation de la candidature aux fonctions proposées* » (Intervention du Président du comité devant la commission juridique du Parlement européen, citée par D. Simon – 2011 : rep 4-, avec l'aimable autorisation de J.-M. Sauvé). Les critères pris en compte pour l'évaluation sont multiples : capacités juridiques, expérience professionnelle, aptitude à exercer des fonctions de juge, garanties d'indépendance et d'impartialité, connaissances linguistiques et aptitude à travailler en équipe dans un environnement marqué par la coexistence de traditions juridiques différentes. On regrettera cependant que les observations du Comité ne puissent être rendues publiques, qu'elles soient positives ou négatives.

Il en résulte que désormais l'appréciation de la qualité des candidats à la fonction de juge de l'Union européenne est en apparence comparable à la procédure d'évaluation préalable à la désignation des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais ce n'est pas la garantie absolue de la bonne conduite des États : cette procédure à la Cour européenne a connu des vicissitudes.

Ainsi le Comité des Ministres a mis en place un panel consultatif d'experts pour l'élection des juges à la Cour (Résolution CM/Res(2010)26 *sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme*). Leur fonction est de formuler des avis auprès des États Parties à la Convention, avant que ces derniers ne transmettent les listes de candidats à l'Assemblée, sur la question de savoir si les candidats à l'élection remplissent les critères prévus par l'Article 21, paragraphe 1 de la Convention (Cet article stipule que : « *Les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire* »).

Avant même la mise en place de ce panel consultatif, il était prévu que le choix de la procédure de sélection des candidats était laissé à l'appréciation des États, dans le respect des obligations fixées à l'article 21§1. Pour garantir le respect des critères – et maintenir l'efficacité et l'autorité de la Cour –, l'Assemblée parlementaire avait indiqué clairement que les procédures nationales de sélection devaient satisfaire à certaines normes : c'est-à-dire être « équitables, transparentes et aussi homogènes que possible entre les différents pays ».

Or la pratique a en effet montré que certains États, notamment la France, ont tenté de se dérober aux observations de l'organe de présélection, pratiques dénoncées dans un rapport de l'Assemblée parlementaire (*Rapport C. Chope, Doc 11767, 1er déc. 2008*). La France a persisté à vouloir présenter à la Cour un candidat rejeté par l'instance de présélection, en raison de ses capacités insuffisantes pour assumer de telles fonctions. La sous-commission spéciale chargée au nom de l'Assemblée de mener des entretiens personnels avec de les trois candidats a tout simplement refusé d'auditionner ledit candidat ( F. Johannès, 2011 : 18). Il en résulte que l'Assemblée peut rejeter des listes n'ayant pas fait l'objet « d'une procédure nationale de sélection équitable, transparente et cohérente. »

Il faut donc souhaiter que la procédure établie par l'article 255 TFUE renforce efficacement les garanties qui entourent le processus de nomination des membres de la Cour de justice et que les États se montrent respectueux de ces avis préalables.

Si le contrôle organisé auprès des deux cours pour vérifier en amont la compétence des candidats est convergent, en revanche les modalités de désignation des juges diffèrent radicalement.

## **B. La nomination/l'élection des juges**

Là s'arrête en effet le rapprochement dans la mesure où les juges de Strasbourg sont ensuite élus – pour 9 ans depuis le protocole 14 - par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (A. Drzemczewski, 2010, p. 7), alors que les juges de la Cour de justice restent nommés conjointement par les Gouvernements. L'article 22 de la Convention européenne dispose que « *les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante* ». Sur la base des candidatures transmises, l'Assemblée procède à l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme lors de ses parties de session. Le candidat ayant obtenu la majorité absolue des suffrages exprimés est proclamé juge à la Cour. Si aucun des candidats n'a obtenu la majorité absolue, l'Assemblée procède à un second tour, à la suite duquel le candidat ayant obtenu la majorité relative des suffrages exprimés est proclamé élu. Les résultats des élections sont annoncés publiquement par le Président de l'Assemblée durant la partie de session.

La procédure est parfaitement transparente. La participation de l'Assemblée parlementaire donne une onction démocratique à la sélection des juges. Une telle onction manque aux juges de la Cour de justice, dont la nomination reste dominée par la méthode intergouvernementale. Le modèle de la Cour européenne pourrait être transposé à la Cour de justice. Ne pourrait-on imaginer que les juges de Luxembourg soient élus par le Parlement européen (à l'instar des juges de la Cour constitutionnelle allemande), parmi trois candidats, préalablement auditionnés et dont la candidature aurait été validée par le Comité ? Cette démarche, fondée sur le tryptique « transparence, démocratie et citoyenneté » renforcerait la légitimité des juges de l'Union européenne. A tout le moins, ne pourrait-on envisager que les membres du comité de contrôle soient désignés par le Parlement européen sur proposition du Président de la Cour de justice ? Une telle démarche irait dans le sens d'une plus grande transparence s'agissant de la nomination des juges qui ont pour mission d'assurer le respect du droit de l'Union dans l'interprétation et l'application du traité.

Mais le Traité de Lisbonne n'a pas fait avancer les choses sur ce point, ce que déplore l'Avocat général Colomer : le Traité de Lisbonne a ainsi gardé silence sur des sujets ayant pourtant été débattus auparavant, « *comme les modalités de nomination des membres de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, la possibilité de faire comparaître les candidats devant une commission parlementaire, la durée des mandats...* » (D. R. Colomer, 2008 : 26).

Le retard de la Cour de justice au regard de la Cour européenne se manifeste quand on examine la problématique de transparence en matière procédurale.

## **II. LA TRANSPARENCE PROCEDURALE DES COURS EUROPEENNES**

Si la présentation de la procédure est équivalente sur les deux sites des Cours, à savoir lisible et aisément accessible, la Cour européenne est bien plus transparente que la Cour de justice sur l'étendue de l'accès autorisé aux documents de procédure et aux audiences.

### **A. La présentation de la procédure**

Les deux Cours donnent à voir leur règlement de procédure sans aucune réticence. Il suffit, pour ce faire, de consulter leur site respectif. Tout est clairement présenté, accessible, répertorié sous des onglets visibles et clairs. Chaque Cour permet donc au lecteur d'avoir aisément accès à son règlement de procédure et de comprendre ainsi toute l'organisation de la procédure juridictionnelle.

Ce qui frappe toutefois à confronter les deux sites, c'est le foisonnement des informations disponibles sur le site de la Cour européenne, qui contient une multitude de documents

didactiques, pédagogiques, informatifs ; des présentations de la jurisprudence, par année, par États, par mois. Le site se targue de proposer de nombreuses informations sur tous les aspects de la Cour et de ses activités. Les internautes peuvent y trouver des informations sur la composition et l'organisation de la Cour ainsi que sur la procédure, mais aussi les principaux documents sur la Convention, des statistiques, des rapports et des informations générales, ainsi que des vidéos sur la Cour et la Convention et même des fiches de travaux dirigés à destination des étudiants avec des cas pratiques et un quizz.

Dans son rapport annuel 2012 (p. 69), la Cour se félicite de ces progrès. Elle souligne avoir continué à procéder à plusieurs changements afin d'améliorer l'accès à sa jurisprudence. Parmi ces changements, le plus important a été le remplacement de l'ancienne base de données HUDOC, qui était en service depuis plus de dix ans, par un nouveau système entièrement repensé. La Cour a poursuivi sa politique consistant à proposer autant de documents que possible dans d'autres langues que ses deux langues officielles (l'anglais et le français). Cette politique reflète la volonté de la Cour d'assurer une diffusion large et effective de sa jurisprudence et d'aider, autant que faire se peut, les pouvoirs publics et les professionnels du droit à mieux appliquer les garanties de la Convention au niveau national, conformément aux déclarations d'Interlaken, d'Izmir et de Brighton.

Le site de la Cour de justice est beaucoup plus austère et nettement moins fourni. On y trouve certes le rapport annuel de l'activité de la Cour de justice, le règlement de procédure, le statut de la Cour, la jurisprudence, quelques présentations très synthétiques des divers recours, mais l'on n'y retrouve pas le même attachement à faire connaître, comprendre, voire vulgariser son travail ; alors même que son activité est plus complexe, en raison de son pluri-fonctionnalisme et mériterait une plus grande pédagogie. Cela s'explique sans doute par le fait que le requérant individuel n'est pas le requérant principal à la Cour de justice. Il s'efface devant les requérants institutionnels qui ont le premier rôle. Comme si la Cour de justice opérait une disjonction entre le justiciable-requérant et le citoyen, qui ne sont pourtant qu'une seule et même personne.

## **B. L'accès aux documents de procédure : le retard de la Cour de justice**

L'article 15 du TFUE (ex article 255 TCE, issu du Traité d'Amsterdam) suscite le trouble. Il énonce que « *chaque institution, organe ou organisme assure la transparence de ses travaux et élabore dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents, en conformité avec les règlements visés au deuxième alinéa* ».

Toutefois au second paragraphe, il est précisé que « *La Cour de justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement ne sont soumises au présent paragraphe que lorsqu'elles exercent des fonctions administratives* ». Cette restriction interpelle. Ainsi par un mécanisme de dédoublement fonctionnel, la Cour est tenue à la transparence lorsqu'elle exerce des fonctions administratives, mais non lorsqu'elle exerce une fonction juridictionnelle, alors même que cela constitue l'essentiel de sa mission. Selon l'avocat général Colomer, la justice a été « *ainsi la grande oubliée du Traité de Lisbonne, tout comme elle l'avait déjà été de la Convention* ». Les auteurs du texte, note-t-il, l'esprit sans doute occupé par des contraintes politiques autrement plus pressantes, en sont tout simplement restés au Traité de Nice, sans s'efforcer d'appliquer à la juridiction communautaire les promesses d'augmenter l'efficacité, la transparence et la proximité des institutions (R. Colomer, 2008 : 23). Cette restriction paraît problématique, surtout mise en perspective avec la grande transparence de la Cour européenne.

En application de l'article 40 § 2 de la Convention, « *les documents déposés au greffe sont accessibles au public à moins que le président de la Cour n'en décide autrement* ».

L'article 331 du règlement de la Cour européenne a détaillé les modalités d'application de cet article. Il prévoit que tous les documents déposés au greffe par les parties ou par des tiers intervenants en rapport avec une requête, à l'exception de ceux soumis dans le cadre de

négociations menées en vue de parvenir à un règlement amiable, sont accessibles au public, selon les modalités pratiques édictées par le greffier, à moins que le président de la chambre n'en décide autrement, pour les raisons indiquées au paragraphe 2 de l'article 331, soit d'office, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée.

Ainsi, au terme du paragraphe 2, l'accès du public à un document peut être restreint dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties ou de toute personne concernée l'exigent, ou, dans la mesure jugée strictement nécessaire par le président de la chambre, lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. Toute demande de confidentialité doit être motivée et préciser si elle vise tous les documents ou seulement une partie d'entre eux.

Les modalités pratiques de communication des documents sont présentées sur le site de la Cour. Les demandes peuvent être faite via un formulaire en ligne. Elles doivent comporter les références précises des affaires (numéro de requête, date etc.). Si la demande est acceptée, les documents sont consultables à la Cour sur rendez-vous, fixé dans un délai minimum de 15 jours ouvrables.

Cette communicabilité et cette accessibilité des documents déposés au greffe par les parties ou les tiers intervenants est un gage de grande transparence. Par contraste, la position fermée de la Cour de justice, inscrite dans le Traité, ne paraît pas justifiée. Certes, une application informatique a été prévue (E-curia) qui permet le dépôt et la signification des actes de procédures par voie électronique et la consultation de ces actes, mais elle ne concerne que les parties à l'instance (Il est d'ailleurs demandé aux utilisateurs de souscrire certains engagements, dont le non-respect peut entraîner la désactivation du compte d'accès ; ceux-ci doivent fermement s'engager à ne pas communiquer à des tiers leurs identifiant et mot de passe, toute opération effectuée à l'aide de cet identifiant et de ce mot de passe étant réputée être effectuée par eux-mêmes). Pourquoi la Cour de justice peut-elle communiquer les documents exercés dans le cadre de sa fonction administrative, mais non ceux concernant son activité juridictionnelle ? On cherche en vain une explication.

Pourtant dans l'Union européenne, la transparence est une valeur attachée à la citoyenneté. Le citoyen est le destinataire de l'article 15 TFUE qui organise l'accès aux documents de l'Union. En avoir exclu l'activité juridictionnelle de la Cour est regrettable et dommageable. Cela laisse à penser qu'il y a encore des voiles d'ombres et d'opacité sur le travail de la Cour.

Cette conclusion est encore renforcée lorsque l'on examine la problématique de la transparence juridictionnelle. Ici encore la Cour de justice est bien moins transparente que la Cour européenne des droits de l'homme.

### **III. LA TRANSPARENCE DES JUGEMENTS DES COURS EUROPEENNES**

Existe-t-il des points de convergence entre les deux Cours en matière de transparence s'agissant du procès lui-même ? La réponse est positive, il y en a deux. D'une part, les audiences sont publiques, mais seule la Cour européenne organise une réelle publicité : ses audiences sont filmées et diffusées. Ensuite, les arrêts sont particulièrement motivés, même si le délibéré est couvert, à Luxembourg comme à Strasbourg, par le secret. En revanche, la Cour européenne va plus loin que la Cour de justice puisqu'elle accepte les opinions séparées ou dissidentes ; mais cette avancée, fondamentale pour la transparence, est contrebalancée par la présence à la Cour de justice de l'Avocat général, dont les conclusions, suivies ou non, éclairent les arrêts.

## A. L'audience publique

L'audience des deux Cours est publique, selon les mêmes modalités. L'article 31 du statut de la Cour de justice prévoit que « *l'audience est publique, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par la Cour de justice, d'office ou sur demande des parties, pour des motifs graves* ». De même, le règlement 63 de la Cour européenne indique que « *l'audience est publique, à moins que, en vertu du paragraphe 2 du présent article, la chambre n'en décide autrement en raison de circonstances exceptionnelles, soit d'office, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée* ».

En revanche, seules les audiences de Strasbourg font l'objet d'une retransmission en webvidéo. Les audiences du matin sont retransmises le jour même sur le site de la Cour, à partir de 14h30.

Un tel procédé, quasi-immédiat, adopté par la Cour européenne est un gage de transparence qui fait défaut à la Cour de justice. Pour des raisons évidentes d'éloignement géographique, il est peu probable que les citoyens de l'Union européenne puissent assister aux audiences de la Cour de Luxembourg, même intéressés à l'affaire. Dès lors, seule la retransmission vidéo permet de pallier cette difficulté matérielle née de l'éloignement physique entre la Cour et le citoyen. Seul l'accès par internet aux audiences permet de lever le voile sur l'activité concrète de la Cour de justice et le déroulement de l'audience.

Certes sur le site de la Cour de justice, le déroulement de l'audience est présenté. On peut lire qu'avant le début de la séance, la Cour invite les conseils à un bref entretien destiné à organiser l'audience. Éventuellement, à ce moment, le juge rapporteur et/ou l'avocat général indique(nt) d'autres points qu'il(s) souhaite(nt) voir développés au cours des plaidoiries. L'audience commence en principe par les plaidoiries des conseils des parties. Celles-ci sont suivies par les questions posées par les membres de la Cour. L'audience se termine, si nécessaire, par de brèves répliques des conseils qui le souhaitent. Il est fréquent que les membres de la Cour interrompent les conseils dans leurs plaidoiries, en vue d'éclaircir certains points qui leur semblent particulièrement pertinents. Ces informations sont intéressantes, mais il serait tellement plus enrichissant et instructif de pouvoir accéder à ces débats *in visu*. Ou par défaut, ils pourraient au moins faire l'objet d'une retranscription audio ou écrite, à l'instar de ce qui est fait pour les audiences à la Cour suprême des Etats-Unis (Cf, É. Zoller).

## B. La motivation des arrêts et les opinions séparées v/ les conclusions de l'Avocat général

Les deux Cours sont soumises la même obligation : motiver leurs arrêts, tout en préservant le secret du délibéré. L'article 45 §1 de la Convention énonce que « *les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés* ». L'article 36 du Statut de la Cour de justice énonce que « *Les arrêts sont motivés. Ils mentionnent les noms des juges qui ont délibéré* ».

Pour un juriste publiciste français - ayant été formé par l'exercice du commentaire des arrêts laconiques du Conseil d'État et des décisions elliptiques du Conseil constitutionnel - la longueur, le détail et la précision de la motivation des arrêts des Cours européennes peuvent surprendre (alors qu'elle est tout à fait banale pour un Allemand). Ces décisions et arrêts français imposent « *un exercice périlleux et aléatoire de lecture en filigrane ne rendent service à personne et surtout pas à l'avènement d'une culture des droits de l'homme* » (P. Muzny, précité). Par comparaison, les arrêts des Cours européennes sont particulièrement bien explicités. On y trouve toujours l'exposé des motifs de fait et de droit qui fondent le dispositif et la présentation méthodes de raisonnement, d'interprétation et d'argumentation. Si les arrêts de la Cour européenne tranchent un litige, ils servent aussi à clarifier et développer les droits de l'homme (v. La thèse de A. Schahmaneche, 2012, précitée). Dès lors, la motivation exerce donc une fonction de légitimation de l'activité juridictionnelle et une fonction pédagogique, les deux étant étroitement liées. Il s'agit d'un objectif poursuivi par les deux Cours. Le président de la Cour de justice V. Skouris (précité) notait même que pour l'institution elle-même, « *il est nécessaire d'être plus explicite dans la motivation des*

*décisions que nous rendons, étant donné qu'elles doivent être comprises et appliquées dans les 27 États membres de l'Union. Nous pensons qu'il faut peut-être leur donner un peu plus d'explications ».*

Cette motivation ne fait pas obstacle au secret du délibéré, qui reste protégé aussi bien à la Cour de Luxembourg qu'à celle de Strasbourg. L'article 3 du règlement de la Cour européenne (du 1<sup>er</sup> juillet 2013) prévoit qu' « *avant d'entrer en fonctions, tout juge élu doit, à la première séance de la Cour plénière à laquelle il assiste ou, en cas de besoin, devant le président de la Cour, prêter le serment ou faire la déclaration solennelle que voici : « Je jure » – ou « Je déclare solennellement » – « que j'exercerai mes fonctions de juge avec honneur, indépendance et impartialité, et que j'observerai le secret des délibérations.* ». Puis l'article 22 indique que « *la Cour délibère en chambre du conseil. Ses délibérations restent secrètes. Seuls les juges prennent part aux délibérations* ».

De la même manière, l'article 2 du Statut de la Cour de justice énonce que « *tout juge doit, avant d'entrer en fonctions, devant la Cour de justice siégeant en séance publique, prêter serment d'exercer ses fonctions en pleine impartialité et en toute conscience et de ne rien divulguer du secret des délibérations* ». L'article 35 stipule que « *les délibérations de la Cour de justice sont et restent secrètes* ».

Ainsi sur ce point les deux Cours perpétuent la tradition du secret, qui est pourtant éloignée d'une véritable culture des droits de l'homme pour la Cour européenne et de la transparence au service du citoyen européen pour la Cour de Luxembourg.

Le secret du délibéré, s'il est protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, est toutefois quelque peu brisé par la pratique des opinions séparées ou dissidentes, pratique fondamentale pour la transparence de la juridiction (Cf les explications d'É. Zoller dans sa contribution jointe). L'article 45 § 2 de la Convention prévoit que « *si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* », ce qui est exclu pour le juge de Luxembourg. L'article 74-2 du règlement de la Cour européenne précise que « *tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordance ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment* ». Peuvent donc être jointes des opinions dissidentes ou concordantes. Comme le notait l'ancien président de la Cour européenne : « *Lorsque les juges peuvent faire connaître leur opinion séparée, il y entorse au principe du secret du délibéré, et chaque juge peut être critiqué soit pour avoir implicitement approuvé la solution de la majorité, soit pour avoir explicitement divergé par rapport à celle-ci* » (J.-P. Costa, 2012)

Les membres de la Cour de justice ne bénéficient pas de ce droit à la dissidence (Mastor, 2005, p. 153). L'article 36 prévoit seulement que les arrêts motivés « *mentionnent les noms des juges qui ont délibéré* », mais ils n'est jamais indiqué qui a voté pour ou contre, ni si l'arrêt a été adopté à l'unanimité ou à une courte majorité.

Si l'on cherche une explication à cette exclusion, on ne peut invoquer les traditions des États membres car certains pratiquent les opinions séparées (cf la contribution jointe de T. Hochmann sur la Cour constitutionnelle allemande). Il faut plutôt y voir le désir des membres fondateurs de consolider l'autorité de la Cour et de renforcer le prestige de cette juridiction, parlant d'une seule voix forte, sans hésitation, ni tergiversation dans le cadre de sa mission d'interprétation et d'application des règles nées du traité. Il est une seconde explication : elle repose sur le fait que le Conseil d'État français a servi de modèle pour la création de la Cour de justice. Il en résulte que la Cour dispose d'un élément qui fait défaut à la Cour européenne et qui contrebalance l'absence d'opinions séparées : il s'agit de la présence à la Cour de 8 avocats généraux, dont la fonction s'apparente à celle l'ancien Commissaire du Gouvernement, devenu le rapporteur public. L'article 222 TFUE prévoit en effet que « *la Cour de justice est assistée de huit avocats généraux (...). L'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui, conformément au statut de la Cour de justice de l'Union européenne, requièrent son intervention* ». L'Avocat général est un juriste indépendant, dont l'avis éclaire les juges, sans les contraindre.

Il est intéressant de rappeler que pour pallier l'absence d'opinions séparées au Conseil constitutionnel, certains auteurs avaient proposé d'instituer l'équivalence du commissaire du Gouvernement : à savoir un « *représentant du droit qui donnerait sur chaque affaire des conclusions* » (G. Braibant, 2000 : 201 et W. Mastor, 2005 188).

Ramenés à l'exigence de transparence, les deux systèmes présentent des avantages et des inconvénients.

Lorsque les juges font connaître leur opinion séparée, au sujet d'un arrêt rendu à une faible majorité, l'autorité de la Cour est quelque peu affaiblie, d'un point de vue symbolique. Il s'agit de la principale critique faite par les détracteurs des opinions séparées (W. Mastor, 2005, 184). A l'inverse, l'absence d'opinions séparées à la Cour de justice protège les juges des critiques personnalisées. Elle assoit l'autorité des arrêts. Mais la possibilité de confronter différents points de vue juridiques sur les litiges soumis n'existe pas et cela ne soutient pas l'exigence d'argumentation et l'émulation qui en résultent. Les opinions séparées ont un effet vertueux en ce qu'elles obligent les juges à mieux étayer leur argumentation. A la Cour de justice de l'Union européenne, c'est la lecture des conclusions de l'Avocat général (suivies ou non par la Cour) qui permet d'en éclairer la compréhension, par une mise en perspective.

Pour J.-P. Costa (précité), cette observation montre que « *les deux grands systèmes européens sont en quelque sorte symétriques* ». L'exposé des différentes solutions juridiques possibles est assuré, en toute transparence, à Strasbourg par l'existence des opinions dissidentes ou concordantes, et à Luxembourg par l'existence des conclusions de l'avocat général. Sous cette réserve toutefois que si les conclusions sont suivies, aucune voix discordante ne pourra être entendue. On peut dès lors en conclure que, là encore, la Cour européenne est plus transparente que la Cour de justice. Les opinions séparées concordantes et les opinions dissidentes permettent aux destinataires des droits de l'homme, de comprendre sans aucune zone d'ombre la position choisie par la Cour européenne.

## **Conclusion**

Pour conclure, on peut se demander si la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (autorisée par le Protocole 14 et le Traité de Lisbonne et organisée dans le projet de traité du 5 avril 2013 portant adhésion de l'Union à la Convention), ne doit pas s'accompagner d'un renforcement de la transparence à la Cour de justice dont les lacunes en la matière ont été mises à jour.

Depuis plusieurs décennies, la Cour de justice fait référence à la Convention et la jurisprudence de la Cour constitue pour elle une source d'inspiration première. Les relations entre les juges de chaque Cour sont étroites et leurs rencontres fréquentes. Dans un avenir proche, il faudra saisir la Cour de justice avant de pouvoir saisir la Cour européenne pour que celle-ci assure un contrôle externe des actes de l'Union européenne. De cette symbiose, il paraît nécessaire que le modèle de transparence de la Cour européenne se diffuse vers la Cour de justice : il en va du renforcement de la confiance des citoyens européens à l'égard du juge de l'Union européenne et de l'homogénéité juridictionnelle européenne.

## BIBLIOGRAPHIE

- Biancarelli J. et N. ROBERT, « Le principe de transparence en droit communautaire », *Mélanges en l'honneur de L. DUBOIS, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 493-515.
- Blanchet T., « Transparence et qualité de la législation », *R.T.D.E.*, 1997, p. 916
- Boulouis J. , « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », Actes du colloque du 14 novembre 1995, Institut de France, Académie des sciences morales et politiques, Palais de l'institut, 1997 reproduit dans Recueil d'études, Droit communautaire et droit français, 1999, La Mémoire du droit, 380 p., pp.139-143, spéc. p. 141
- Braibant G. , *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, journées d'études des 27 et 28 octobre 1998, LGDJ, 2000, 220 p., p. 201 J.-P.
- Burgorgue-Larsen L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne ou le rôle stratégique des amici curia », *Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa, La conscience des droits*, Dalloz, 2011, 710 p., pp. 67-81.
- Colomer D. R. , « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Gazette du Palais*, 19 juin 2008 n° 171, p. 23
- Costa J.-P., « En quoi consistent les opinions séparées, dissidentes ou concordantes ? Quels en sont leurs mérites ? », *Site justice-on-line*, 13 janvier 2012
- Dony M., Rossi S., *Démocratie, cohérence et transparence : vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Coll. Études européennes, Bruxelles, 2008, 367 p.
- Drzemczewski A., « Élection des juges à la Cour européenne de Strasbourg : un aperçu », *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique*, n° 33, 2010, Université de Strasbourg, pages 6-10
- Favoreu L., « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles », *Mélanges en l'honneur de L. Dubouis, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 35-45.
- Favoreu L., « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », J.-F. FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen, Quel droit constitutionnel européen ?*, R.U.D.H., 1995, vol. 7, pp. 357-360, spéc. p. 360
- Flauss J.-F., « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *R.F.D.C.*, 1999, n°36, pp. 711-728.
- Gaudin H. , « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle », *R.A.E.*, 2000, p. 209.
- Johannès F. , « *Camouflet pour la France après le rejet de ses candidats à la Cour européenne* », *Le Monde*, 15 mars 2011, p. 18.
- Mastor W., *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, PUAM, 2005, 361 p.
- Mertens de Wilmars J. , « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *C.D.E.*, 1976, n°12, p. 135-148, p. 136
- Muzny P., « Une culture de la transparence », *JCP édition générale*, n°38, 19 Septembre 2011, 981
- Rideau J. (Dir.), *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique*, L.G.D.J., 1999 ;
- Schahmanèche A. , « Pluralisme et motivation des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », , Michel Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles: Bruylant, 2010, 380 p., pp. 87-106
- Schahmanèche A., *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Prix R. Cassin, 2012 pour la version dactyl., à paraître aux éditions Pedone 2014.
- Simon D. , « Vérification de l'aptitude aux fonctions juridictionnelles : bonnes et mauvaises pratiques », *Europe*, n°4, avril 2011, repère 4.
- SimonD. , « La procédure de sélection des membres de la Cour et du Tribunal », *Europe*, 2010, repère 4.
- Skouris V., « Entretien », *RDP*, janvier 2011 n° 1, p. 3.