

# Le dialogue des juges et la qualité de la norme : jeu et enjeu du dialogue dans l'espace normatif européen

François VIVIEN-GUIOT

Docteur en droit public de l'Université de Bordeaux

S'interroger sur le « dialogue des juges » et la « qualité de la norme » dans le champ du droit de l'Union européenne impose au préalable d'essayer de déterminer ce que l'on entend par ces deux expressions<sup>1</sup>. En première analyse, et du point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne, la qualité de la norme c'est d'abord (et presque à l'excès) sa capacité à être appliquée de manière uniforme dans l'ensemble des États membres – cette exigence étant présentée comme une condition *sine qua non* du processus d'intégration communautaire<sup>2</sup>. Pour assurer l'unité du droit dans son application, la jurisprudence européenne a donc conféré aux normes communautaires un certain nombre de caractéristiques qui ont été qualifiées d'existentielles<sup>3</sup>, en consacrant leur

---

1. Pour une réflexion sur le concept de « dialogue entre les juges », voir : L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2004, p. 19-58. L'auteur conçoit celui-ci comme « l'échange qui unit nécessairement, pour la mise en œuvre du droit européen, les juridictions nationales aux juridictions européennes, dans l'exercice de leur mission de dire et d'appliquer le droit » (p. 22-23).

2. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, Aff. 6/64, Rec. 1141, pt. 3. Voir sur l'exigence d'unité, P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, Tome 2, p. 351-360.

3. Voir à propos des « bases existentielles » de l'autonomie communautaire et de leur fonction dans l'« immédiatisation » de son droit, D. SIMON, « Les fondements

immédiateté ainsi que leur primauté. Au-delà de ces qualités intrinsèques qui leur sont reconnues, des qualités attribuées à l'ordre juridique de l'Union participent également à la satisfaction de l'objectif d'unité et donc de qualité des normes européennes. On peut, par exemple, rappeler les principes d'effectivité<sup>4</sup> ou d'effet utile<sup>5</sup>, ou encore le principe d'autonomie<sup>6</sup>, qui constituent des directives d'interprétation fondamentales dans la jurisprudence communautaire. Il en va encore de même avec la dimension téléologique du droit primaire, qui sert de fondement à une jurisprudence dynamique développant l'intégration et l'acquis communautaire<sup>7</sup>.

Quant aux lieux et aux modalités de réalisation du dialogue des juges, ils sont particulièrement diversifiés au sein de ce que l'on peut désigner comme un « espace normatif européen ». La Cour de justice se trouve en effet à une place privilégiée dans ce « *carrefour des droits* »<sup>8</sup> que constitue désormais le continent européen. Elle est au cœur d'interactions juridiques multilatérales mettant en relation aussi bien les juges nationaux et les juges européens, que les juges nationaux ou les juges européens entre eux. Du point de vue du droit de l'Union, le point focal de la problématique du dialogue juridictionnel réside toutefois dans l'existence d'une procédure formalisée, qui a favorisé les échanges entre des ordres de juridictions distincts<sup>9</sup>. Plus exactement, ce n'est pas sa seule existence, mais sa

---

de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 1999, spé. p. 235 et s.

4. CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité*, Aff. 8/55, *Rec.* 304.

5. Pour des exemples relatifs à l'effet utile des directives : CJCE, 1<sup>er</sup> février 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, Aff. 51/76, *Rec.* 113, pt. 22-24 ; et CJCE, 19 septembre 2000, *Grand-duché de Luxembourg c. Berthe Linster*, Aff. C-287/98, *Rec.* I-6917, pt. 32. Voir, plus largement, sur les conséquences du principe de l'effet utile, J. L. da CRUZ VILACA, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : Analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, La Hague, Berlin, Asser Press, Springer, 2013, p. 279-306.

6. Pour une illustration récente, voir : CJUE, 8 mars 2011, *Projet d'accord sur la juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, Avis 1/09, *Rec.* I-1137 ; et CJUE, 18 décembre 2014, *Adbésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13

7. C'est ainsi, par exemple, que la jurisprudence a dès l'origine suppléé à l'inaction des institutions communautaires en affirmant l'effet direct des dispositions sur lesquelles repose l'instauration du marché intérieur (voir en matière de droit de douane : CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, Aff. 26/62, *Rec.* 3 ; CJCE, 17 décembre 1970, *SACE*, Aff. 33/70, *Rec.* 1213, pt. 10).

8. *Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, 901 p.

9. C'est d'ailleurs dans le cadre d'une réflexion sur le renvoi préjudiciel que Bruno GENEVOIS avait évoqué la notion de « dialogue des juges » (Conclusions sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, n° 11604, *Rec.* 524 ; *D.* 1979, J., p. 155, spé. p. 161 : « À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni

fécondité qui a donné au renvoi préjudiciel sa singularité dans la construction d'un échange juridictionnel. Présenté comme un mécanisme de garantie des droits et obligations issus de l'ordre juridique européen<sup>10</sup>, il a constitué le moyen principal pour développer les potentialités du droit communautaire, et ainsi assurer du point de vue de la Cour de justice la qualité de la norme communautaire. Or, s'il a joué un si grand rôle dans la poursuite de cet objectif, c'est parce qu'il permet d'institutionnaliser dans un processus d'intégration une relation entre le juge interne et le juge européen. En ce sens, dans son fonctionnement, la procédure préjudicielle s'inscrit contre l'idée instinctive d'un dialogue compris comme un échange ouvert, simplement subordonné aux manifestations de bonne volonté<sup>11</sup>.

Au-delà de ces quelques évidences brièvement rappelées, il demeure difficile de déterminer de manière univoque et définitive « qualité de la norme » et « dialogue des juges ». Ce qui prévaut en la matière, c'est un sentiment d'incertitude, comme si la flexibilité du procédé se répercutait sur tout effort d'identification de ses manifestations comme de ses finalités. En ce sens, il semble qu'il existe autour de ces notions un jeu, voire que ces notions font l'objet d'un jeu : à travers l'invocation par les différents acteurs juridiques de ces « concepts flous » se construit un discours positif sur ce dialogue des juges qui est supposé servir la qualité de la norme. Toutefois, il est possible de s'interroger sur l'existence derrière ce discours relativement consensuel d'une autre réalité dans l'usage de la coopération juridictionnelle. Il faut ainsi s'arrêter sur les finalités réellement poursuivies par les acteurs juridictionnels dans ce dialogue, non seulement du point de vue normatif (I), mais aussi d'un point de vue institutionnel (II).

## **I. L'ambiguïté du dialogue des juges : la qualité de la norme comme enjeu ?**

Dialoguer, du grec *dialogos*, signifie échanger des arguments, discuter. S'agissant des finalités normatives du dialogue, cela impliquerait de se demander *pourquoi* l'on discute, et *de quoi* il faut discuter. Est-ce pour assurer la qualité

---

*gouvernement des juges ni guerre des juges ; il doit y avoir place pour le dialogue des juges* »). Voir sur la place de cette procédure dans le dialogue des juges, Y. GAUTIER, « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace du dialogue ? », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 203.

10. En ce sens, voir : arrêt *Van Gend en Loos* préc., spé. p. 25 ; et CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.* 629, pt. 16 et s.

11. Voir pour une approche supposant une conception volontaire, selon laquelle « le dialogue s'impose non comme une obligation juridique mais comme une nécessité pratique » : D. QUINTY, « Le dialogue des juges : le procès équitable devant les juridictions nationales et européennes », in J. ROSSETTO et A. BERRAMDANE (dir.), *Regard sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Tours, Presses Universitaires François-Rabelais, 2007, p. 213-242.

de la norme ? Mais encore faudrait-il se demander ce qu'est la *norme* en question, et s'interroger plus précisément sur ce que la *qualité* de cette norme peut vouloir dire. Vaste perspective ouverte à la réflexion, et qu'il conviendra de laisser pour une grande part inexplorée eu égard à la dimension restreinte des observations qui suivront. Un certain nombre d'observations peuvent cependant être formulées, en espérant qu'elles aident à prendre quelque recul sur une approche intuitive du dialogue juridictionnel.

*A priori*, le renvoi préjudiciel a pour vocation première d'éviter que « *la multiplicité des juges* » chargés d'assurer l'application du droit de l'Union ne conduise « *à des interprétations multiples et divergentes* »<sup>12</sup>, qui mettraient à mal le principe affirmé par l'article 19 TUE selon lequel la Cour de justice « *assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* ». Il s'agit de ce que l'on pourrait désigner comme la finalité objective du dialogue juridictionnel<sup>13</sup>. Comme le rappelait justement Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt *ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, l'« *effet direct permet à la Cour d'exercer un contrôle sur la mise en œuvre du Traité [...] à l'initiative des justiciables des pays membres et des juridictions nationales dans le cadre de la procédure de renvoi à titre préjudiciel* »<sup>14</sup>.

Il faut ajouter que le renvoi préjudiciel tend d'autant plus à satisfaire cette exigence qualitative attachée à la règle commune, que son usage est obligatoire pour les juridictions nationales statuant en dernier ressort en cas de doute sur son interprétation<sup>15</sup>, et obligatoire pour toute juridiction nationale en cas de doute quant à sa validité<sup>16</sup>. En tout cas, tels sont les principes posés par la jurisprudence de la Cour de justice, même si leur effectivité reste difficile à évaluer. Les réponses données par la Cour de justice se voient également reconnaître

---

12. P. MANIN, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, p. 60.

13. Dès 1976, Robert Lecourt avait toutefois souligné l'imbrication entre la dimension objective du renvoi préjudiciel et la fonction subjective qu'elle remplit pour le justiciable : « *lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté* » (*L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 260). Il est possible de penser à cet égard que le dialogue permet également d'améliorer la qualité de la norme d'un point de vue substantiel, c'est-à-dire par rapport à un idéal de justice ou de légitimité des règles de droit. Participant au respect du principe de légalité, aussi bien dans l'ordre juridique communautaire avec le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, que dans les ordres nationaux avec le renvoi préjudiciel en interprétation, la coopération participerait donc du paradigme de l'État ou de l'Union de droit.

14. B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 157.

15. En ce sens, voir : CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT*, Aff. 283/81, *Rec.* 3415.

16. Selon une jurisprudence constante, n'échappent à cette obligation ni les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, *Rec.* 4199), ni celles qui pourraient se prévaloir d'une décision préjudicielle de la Cour ayant « *déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un [acte] comparable* » (CJCE, 6 juillet 2005, *Gaston Schul*, Aff. C-461/03, *Rec.* I-10513).

une autorité qui est de nature à assurer l'efficacité de la coopération juridictionnelle. Selon une jurisprudence constante, le constat par la voie préjudicielle de l'invalidité du droit de l'Union revêt en effet une autorité absolue de chose jugée<sup>17</sup> ; tandis que les arrêts rendus à la suite d'un renvoi préjudiciel en interprétation possèdent une « *autorité absolue et relative de chose interprétée* »<sup>18</sup> qui s'impose de manière rétroactive<sup>19</sup> à toutes les juridictions nationales (et non pas seulement au juge *a quo*), tout en leur laissant la possibilité de solliciter à nouveau la juridiction communautaire afin qu'elle précise ou amende sa position<sup>20</sup>.

Le dialogue des juges, formalisé dans le renvoi préjudiciel, est donc à l'évidence pour la Cour de justice un vecteur, voire une condition de la satisfaction de l'objectif d'unité. Mais l'on peut se demander s'il n'y a pas dans la jurisprudence européenne d'autres motifs décisifs dans la volonté d'établir cette coopération juridictionnelle. Plus précisément, le maintien ou l'établissement des conditions d'une bonne coopération paraît parfois devenir non plus la condition, mais l'objet même du dialogue juridictionnel. Quitte à remettre en cause l'objectif premier d'unité du droit de l'Union... Ainsi en va-t-il lorsqu'est en jeu le respect de l'autorité de chose jugée d'une décision nationale, autorité que la primauté ne saurait remettre en cause de manière systématique<sup>21</sup>. De même, l'interdiction de la *reformatio in pejus* a pu justifier, en raison de sa nature fondamentale pour les règles nationales de procédure, que le juge interne n'applique pas d'office un moyen d'illégalité tiré de la contrariété de l'acte juridique soumis à son contrôle avec le droit de l'Union<sup>22</sup>.

17. CJCE, 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation*, Aff. 66/80, Rec. 1191.

18. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 656 ; et du même auteur, « Les arrêts des juridictions européennes : quelles forces ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, Lextenso Éditions, p. 175.

19. CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, Aff. 43/75, Rec. 455.

20. Le principe est posé depuis l'arrêt *Da Costa* : CJCE, 27 mars 1962, *Da Costa*, Aff. jointes 28-30/62, Rec. 61. Après avoir minimisé l'autorité des décisions préjudicielles (CE, 26 juillet 1985, *ONIC*, Rec. 233), le Conseil d'État a témoigné de sa volonté de coopérer en reconnaissant le caractère obligatoire d'une décision préjudicielle de la Cour de justice qui dépassait pourtant le cadre de la question préjudicielle posée (CE, Ass., 11 décembre 2006, *De Groot en Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, Rec. 512).

21. En ce sens, il faut noter le souci affiché par la Cour de justice de préserver l'autorité de chose jugée dans le régime de responsabilité de l'État du fait des décisions de justice (voir en particulier, CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, Aff. C-224/01, Rec. I-10239, pt. 48), ou encore la reconnaissance du fait que l'autorité de chose jugée peut, dans certains cas, s'opposer au redressement d'une situation juridique nationale contraire au droit de l'Union (voir pour une illustration récente, CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. Spa*, Aff. C-213/13, à paraître, pt. 58 et s.).

22. CJCE, 25 novembre 2008, *Heemskerk BV et Firma Schaap*, Aff. C-455/06, Rec. I-8763, pt. 46.

Plus encore, au regard des circonstances juridiques de la coopération préjudicielle qui imposent de gérer la contradiction entre l'exigence de primauté du droit de l'Union et le dogme de la suprématie des constitutions nationales, le « progrès du droit » semble se manifester sur le plan des valeurs. Le dialogue, la concurrence des organes juridictionnels serait de nature à favoriser une politique du « mieux-disant » entre les juges, et il aurait permis à la Communauté puis à l'Union « d'acquérir le "supplément d'âme" qui leur faisait défaut » en mettant fin à « la non-soumission de leurs institutions au respect des droits fondamentaux »<sup>23</sup>. La reconnaissance progressive des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union fut, en effet, le résultat d'un échange entre les juridictions constitutionnelles et la Cour de justice<sup>24</sup>. Est-ce à dire que la promotion des libertés individuelles constitue désormais un objectif du dialogue juridictionnel institué par la Cour de justice ?

Il est difficile de faire des pronostics sur la psychologie des juges, mais il est possible de poser l'hypothèse selon laquelle la « fondamentalisation » du droit est un facteur de légitimité de la jurisprudence<sup>25</sup>, et qu'à ce titre, la Cour de justice cherchant à accroître son autorité et à assurer sa place dans l'Europe des juges a tout intérêt à participer à ce mouvement vertueux<sup>26</sup>. En tout cas jusqu'à un certain point<sup>27</sup>...

Pour conclure sur les finalités normatives poursuivies par la Cour dans le dialogue des juges, il faut toutefois avouer, en absence d'une logique qualitative clairement identifiable, qu'elles paraissent secondaires par rapport à la volonté de se présenter comme une juridiction suprême. En effet, d'un côté la promotion des droits fondamentaux dans son ordre juridique a poussé les acteurs juridictionnels à reconnaître au profit de son droit une primauté d'application au sein

---

23. D. SZYMCZAK, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme. "Serpent de mer" ou "Hydre de Lerne" », *Politeia*, 2008, n° 13, p. 407.

24. Voir notamment : CJCE, 4 févr. 1959, *Storck*, Aff. 1/58, *Rec.* 43 ; CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, Aff. 29/69, *Rec.* 419 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff. 11/70, *Rec.* 1125 ; Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, *Frontini Pozzani*, n° 183 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Aff. 4/73, *Rec.* 491 ; et Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, *BVerfGE* 37, 271.

25. P. MANIN, *op. cit.*, p. 54 : De fait, avant d'avoir été entérinée par les traités constitutifs, « la place croissante donnée aux principes généraux et, plus particulièrement, aux droits fondamentaux, ainsi que leurs liens avec la Convention européenne, est une conséquence de la jurisprudence » de la Cour de justice.

26. Marta CARTABIA n'hésite pas, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, à qualifier cette dernière de « *jurisdiction des droits* » : « "Taking Dialogue Seriously". The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union », *Jean Monnet Working Paper*, 2007, n° 12, p. 2-43 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071201.pdf>).

27. Voir *infra*.



des ordres juridiques internes. Aboutissant à écarter l'application des dispositions constitutionnelles<sup>28</sup> ou des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>29</sup>, au nom d'une équivalence de protection communautaire, le dialogue des juges conduit à reconnaître aux décisions de la Cour de justice un caractère en principe incontestable tant que la présomption d'équivalence n'est pas renversée. La garantie des droits individuels apparaît alors comme un moyen destiné à assurer l'application prioritaire du droit de l'Union. Or, d'un autre côté, il ne faut pas voir dans la protection des libertés individuelles un principe absolu produit par le dialogue des juges et poursuivi systématiquement au fond dans les arrêts de la juridiction communautaire. Dans de nombreux cas, la jurisprudence européenne n'hésite pas à les écarter au profit d'autres valeurs libérales, de nature économique celles-ci<sup>30</sup>, ou au profit de principes qui sous-tendent l'unité d'application du droit de l'Union<sup>31</sup>.

Ainsi, ni l'unité du droit de l'Union, ni la promotion des droits fondamentaux ne sont poursuivies sans ambiguïté. Finalité objective et finalité subjective sont donc loin d'apparaître comme les causes déterminantes d'une coopération

---

28. Initié par le juge constitutionnel allemand (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339), ce mécanisme d'équivalence s'est répandu dans les autres États membres (voir par exemple : Cour constitutionnelle italienne, 13-21 avril 1989, *SpA Fragn c. Amministrazione delle Finanze*, n° 232/89, FI, 1990, I, p. 1 855 ; et Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, DTC n° 1/2004, FJ n° 2) comme en France (CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC ; CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC ; CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, req. n° 287110, Rec. 55).

29. Equivalence reconnue non seulement par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, Req. n° 45036/98), mais aussi par le juge administratif français (CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, AJDA, 2008, p. 730).

30. En effet, si la Cour de justice a parfois accepté d'écarter les règles du marché au profit des droits fondamentaux invoqués par les États et par les juges à l'origine d'un renvoi préjudiciel (CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge*, Aff. C-112/00, Rec. I-5659 ; et CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, Aff. C-36/02, Rec. I-9609), il y a en sens contraire des manifestations d'une prévalence persistante de la dimension économique (CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, Aff. C-438/05, Rec. I-10779 ; et CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, Aff. C-341/05, Rec. I-11767), comme de l'impératif d'uniformité dans l'application du droit de l'Union (CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, Aff. C-399/11, à paraître).

31. On pense, par exemple, au principe de confiance mutuelle notamment invoqué en matière d'asile (H. LABAYLE, « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *CDE*, 2014, n° 3, p. 501-534), ou pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen (voir l'arrêt *Melloni* préc., pt. 63).

juridictionnelle qui serait destinée à promouvoir la qualité de la norme européenne. Elles sont peut-être avant tout des motifs susceptibles d'être invoqués au soutien d'une politique jurisprudentielle ou d'une décision particulière. On peut penser à cet égard que l'ambivalence du dialogue juridictionnel observé dans sa dimension normative se prolonge et s'éclaire dans une dimension institutionnelle dialectique : les enjeux invoqués semblent, en réalité, également déterminés par un jeu de pouvoir structurant la coopération autour d'oppositions et de leur dépassement.

## **II. La dialectique du dialogue des juges : la concurrence juridictionnelle comme jeu de pouvoir ?**

Les quelques observations précédentes ont laissé en suspens la question des finalités poursuivies par le juge national dans le dialogue. Là encore, la qualité « objective » de la norme, que l'on pourrait définir comme la conventionnalité du droit interne, n'est peut-être pas un motif déterminant à l'origine d'un usage spontané du renvoi préjudiciel. L'utilisation des mécanismes de coopération par les juridictions internes semble plus largement subordonnée à la volonté, subjective, des individus de voir leurs droits reconnus et garantis juridictionnellement. Mais cette réflexion sur les finalités du dialogue invite à dépasser le champ des normes établies pour s'intéresser aux conditions de leur élaboration. En adoptant cet angle de vue, la volonté du juge interne de protéger sa sphère de compétence, voire de l'accroître, et la possibilité de faire valoir ses arguments devant la Cour de justice paraissent être des motifs plus directs de sa participation à la coopération juridictionnelle. Dans cette perspective, il est possible de présenter le dialogue des juges comme un jeu de pouvoir, dont la finalité serait moins la qualité de la norme que celle de son auteur. Deux idées viennent étayer cette proposition. Dans l'espace normatif européen, et en particulier dans le renvoi préjudiciel qui en constitue le noyau dur, la participation au dialogue suppose, après une phase de tension, la reconnaissance d'un certain rapport de force<sup>32</sup>. Cependant, cette acceptation paraît paradoxalement être l'occasion d'asseoir le pouvoir juridictionnel de ceux qui y prennent part. La preuve de ce mouvement dialectique est apportée par l'observation d'une situation limite : la remise en cause, sans contrepartie, du pouvoir juridictionnel apparaît comme un motif de rupture de la coopération.

S'agissant du premier point, il convient de revenir sur une idée répandue : il n'est pas certain que les manifestations du dialogue des juges se limitent aux rapports non hiérarchiques et exogènes induits par l'indépendance

---

32. Rapport de force qui résulte du fait que l'autorité des acteurs vis-à-vis des règles juridiques concernées n'est pas identique.



des juridictions<sup>33</sup>. On peut penser tout d'abord qu'il y a une place pour la discussion au sein même des ordres juridictionnels<sup>34</sup>. Mais surtout, alors même qu'il est à l'origine de la notion, on ne saurait intégrer sans aucun doute le renvoi préjudiciel dans la réflexion si l'on prend l'hétérarchie comme fondement de l'approche définitionnelle<sup>35</sup>. Celui-ci semble à cet égard symptomatique du jeu de pouvoir au cœur de toute coopération juridictionnelle.

La situation des juridictions qui collaborent dans le mécanisme préjudiciel est effectivement ambivalente. Comme cela a été rappelé précédemment, par sa jurisprudence la Cour entend d'une part déterminer les conditions dans lesquelles un renvoi préjudiciel s'impose, et d'autre part définir les modalités de réception de sa décision préjudicielle par les juridictions nationales. Toutefois, si dans l'interprétation des dispositions de l'article 267 TFUE la Cour de justice cherche à établir un « *impératif de discipline juridictionnelle* »<sup>36</sup>, il faut admettre comme l'observait Bernard Pacteau que « *le système communautaire est décidément moins fort pratiquement que perfectionné juridiquement* »<sup>37</sup>. En clair, en absence de pouvoir hiérarchique à l'égard des décisions de justice rendues dans les ordres

---

33. L. BURGOGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 98-99. Alors que l'auteur opte donc pour une approche « *référentielle* » du dialogue, il nous semble que paradoxalement la majeure partie de cet échange jurisprudentielle est silencieux, presque aussi secret que les délibérés dans lesquels il joue certainement à plein.

34. Ce n'est pas le caractère ordonné ou « *intégré* » du dialogue (L. BURGOGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 101 et s.) qui doit être compris comme un obstacle à la discussion. En pratique, il peut et doit nécessairement y avoir des errements même au sein de tout système juridictionnel. Ainsi, il devient possible de voir des formes du dialogue des juges dans les relations qu'entretiennent des instances hiérarchisées au sein d'un ordre juridictionnel (voir en ce sens, D. CHABANOL, « Le dialogue des juges administratifs entre eux. Discipline contentieuse et indépendance », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, op. cit.*, p. 173).

35. Comme le Commissaire du gouvernement François SENERS l'avait observé dans l'affaire *Société De Groot en Slot Alium BV* préc., « *les relations entre la Cour de justice et les juridictions nationales sont en effet d'une nature différente de celles qui se sont établies entre des juridictions indépendantes* » (RFDA, 2007, p. 372). Si fait défaut « *le pouvoir d'annuler ou de déclarer invalide une disposition incompatible avec les traités, le pouvoir de censurer une décision d'une juridiction hiérarchiquement inférieure considérée comme juridiquement incorrecte au regard de ces mêmes traités* », Philippe MANIN observe en ce sens que « *l'obligation qu'ont les États parties [...] aux traités communautaires d'assumer toutes les obligations qui découlent de ceux-ci [...] s'applique aux juridictions nationales tout comme au pouvoir législatif et au pouvoir réglementaire* » (*op. cit.*, p. 56).

36. B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 161.

37. B. PACTEAU, Note sous sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, n° 11604, Rec. 524 ; D. 1979, J., p. 165.

juridiques nationaux<sup>38</sup>, la réalisation de l'objectif d'unité suppose la coopération du juge national qui doit agir comme « juge de droit commun du droit communautaire ». Pour ce faire, il lui faut assimiler, malgré l'autonomie procédurale dont il bénéficie, les exigences posées par la jurisprudence de la Cour de justice au nom des principes d'équivalence et d'effectivité<sup>39</sup>. Il lui faut, autrement dit, reconnaître que dans le champ du droit de l'Union la juridiction européenne est compétente pour définir l'office du juge national. Ce n'est qu'en se soumettant aux impératifs de la garantie juridictionnelle du droit de l'Union, qu'il peut acquérir des capacités nouvelles.

En effet, « *la jurisprudence de la Cour de justice [...] aboutit à placer le juge national dans une position difficile. Il lui est demandé, de sa propre autorité, de remédier aux effets d'une situation qui a pour origine la carence des États* »<sup>40</sup>, ce qui suppose l'exercice de pouvoirs qu'il ne tire pas de ses propres règles de procédure<sup>41</sup>. L'intégration juridictionnelle offre ainsi aux juridictions nationales un titre de compétence spécifique, à même de fonder le pouvoir d'écarter la loi nationale, de suspendre l'application des actes juridiques en attendant une décision au fond, ou encore d'engager la responsabilité de l'État quel que soit l'organe responsable de la violation du droit de l'Union<sup>42</sup>. La prise de conscience de cette réalité pourrait expliquer l'évolution notable de la politique du Conseil d'État en matière de dialogue avec la juridiction européenne. Ce surplus de pouvoir juridictionnel peut d'ailleurs pousser les juges à instrumentaliser le dialogue avec la Cour de justice pour s'affirmer au sein de leur ordre juridique national. Ainsi en va-t-il dans une affaire qui oppose depuis 2003 la Cour constitutionnelle tchèque et la juridiction administrative nationale dans l'interprétation de dispositions constitutionnelles : l'utilisation du renvoi préjudiciel par cette dernière avait vocation à contester, sur le fondement du principe communautaire de non-discrimination, la solution adoptée par la première et à imposer un revirement de jurisprudence<sup>43</sup>. Au-delà des gains de pouvoirs contentieux, l'adhésion à la coopération

---

38. Si elle ne possède pas le pouvoir d'annuler les décisions rendues par les juridictions nationales, il paraît cependant difficile d'admettre en bloc l'affirmation selon laquelle la Cour de justice « *ne tient pas à imposer un quelconque ordre procédural juridictionnel supérieur, ni à s'ériger en juridiction supérieure* » (S. GERVASONI, « La Cour de justice et le dialogue des juges », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 144).

39. CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV*, Aff. 45/76, *Rec.* 2043 ; et CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz eG et Rewe Zentral AG*, Aff. 33/76, *Rec.* 1989

40. B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 159.

41. Pour une analyse en termes de délimitation des compétences juridictionnelles, voir : L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, p. 34 et s.

42. Pour un rappel des jurisprudences correspondantes, voir : S. GERVASONI, *op. cit.*, p. 146-147.

43. Les dispositions en cause sont relatives au régime de règlement des pensions de retraite introduit à la suite de la scission de la Tchécoslovaquie. La juridiction constitutionnelle

juridictionnelle peut même être le moyen pour le juge interne de prendre part à la définition de la signification normative des règles européennes<sup>44</sup>. En ce sens, l'utilisation récente du renvoi préjudiciel par les juridictions constitutionnelles semble traduire une volonté de peser sur l'exercice du pouvoir d'interprétation de la Cour de justice<sup>45</sup>.

La mise en œuvre du dialogue est donc une question d'autorité<sup>46</sup>. Et cette observation n'est pas propre à l'institutionnalisation de la coopération juridictionnelle à l'œuvre dans l'Union. Comme le souligne Mireille Delmas-Marty, « *l'intégration du droit international entraîne des effets d'émancipation, voire d'émulation, qui placent le juge national en première ligne* »<sup>47</sup>. Ce dialogue, qui favorise en principe l'expression diversifiée de l'autorité juridictionnelle, connaît cependant une limite lorsqu'il est susceptible de mettre en cause le principe même de cette autorité, c'est-à-dire lorsqu'est contestée l'autonomie du droit dont le juge est le gardien et dont il tire sa légitimité. Deux illustrations peuvent en être données pour conclure ces brèves observations sur la finalité institutionnelle du dialogue des juges.

Tout d'abord, la persistance de l'opposition relative à la confrontation des normes fondamentales apparaît dans cette perspective comme une garantie. Garantie ultime d'un pouvoir juridictionnel constitutionnellement fondé, susceptible d'exister en dehors de toute habilitation communautaire. L'invocation des réserves constitutionnelles est de nature à permettre aux juridictions internes de s'opposer à une jurisprudence de la Cour de justice qui contesterait, selon elles, le fondement même de leur autorité. Les effets pratiques prévisibles

---

(Ústavní soud, Ass. pl., 31 janvier 2012, 5/12) a toutefois refusé d'appliquer l'interprétation du principe de non-discrimination donnée par la Cour de justice (CJUE, 22 juin 2011, *Marie Landtová*, Aff. C-399/09, *Rec.* I-5573), pourtant reprise en droit interne par un amendement législatif, en considérant qu'elle avait statué *ultra vires* et en méconnaissance de l'identité nationale de la République Tchèque.

44. Voir en ce sens : L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, p. 52 et s.

45. Voir pour le cas français, l'affaire *Jérémy F* relative au droit de recours contre la décision de l'autorité statuant sur une demande de remise à l'encontre d'une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen : CC, 4 avril 2013, *Jeremy F*, n° 2013-314 QPC ; et CC, 14 juin 2013, *Jeremy F*, n° 2013-314 QPC. Voir pour le cas allemand, la saisine préjudicielle dirigée contre le programme de rachat de dettes souveraines : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 14 janvier 2014, *Peter Gauweiler et autres*, n° 2 BvR 2728/13.

46. Si une approche réaliste pousse à centrer la réflexion sur l'autorité du juge, une analyse normativiste est susceptible d'aboutir à la même conclusion si l'on considère que la « *réception* » de la jurisprudence de la Cour de justice « *met directement en cause l'autorité du droit européen* ». Dans cette perspective, il faut en effet reconnaître qu'« *il ne saurait s'agir d'une réception délibérée mais imposée par cette autorité* » (L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, p. 37).

47. M. DELMAS-MARTY, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, *op. cit.*, p. 305-316, spé. p. 312. Voir dans le même sens, J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Paris, Ed. du Seuil, 2005, p. 84.

de ce « choc de fundamentalité » devraient *a priori* être faibles<sup>48</sup> (si l'on excepte les anticipations possibles par la juridiction européenne des exigences nationales), mais c'est une question de principe : c'est l'autonomie du titre à juger qui est en cause, et qui est susceptible d'être mise à mal par la méconnaissance des principes inhérents à l'identité constitutionnelle ou des structures fondamentales de l'État, ou face au développement de l'intégration européenne au-delà de l'engagement consenti lors de la ratification des traités<sup>49</sup>.

Le second exemple s'éloigne du mécanisme préjudiciel prévu par l'article 267 TFUE, mais s'inscrit lui aussi dans une perspective institutionnelle. Il s'agit du problème de l'adhésion au système de la Convention européenne des droits de l'Homme prévu par l'article 6,§2 TUE et de l'avis négatif émis par la Cour de justice à l'encontre du projet d'accord<sup>50</sup>. L'analyse de la motivation retenue appellerait de longs développements<sup>51</sup>, mais à l'évidence l'avis « traduit la volonté de ne pas voir les modalités prévues pour l'adhésion dénaturer la spécificité et l'autonomie du droit de l'Union »<sup>52</sup>. En cas d'adhésion dans les conditions prévues par le projet, les principes de primauté et de confiance mutuelle sont susceptibles d'être écartés au nom de la défense des droits consacrés par la Convention. Il en résulte pour le juge de l'Union que ce sont les fondements de son monopole de juridiction qui risquent d'être contestés. En effet, derrière « le caractère propre d'un droit institué par les traités » et l'autonomie d'un ordre juridique spécifique fondé sur les transferts de compétence, n'est-ce pas l'autonomie de son pouvoir juridictionnel qui est aussi en cause ?

Le dialogue des juges, qui favorise dans un premier temps l'expression du pouvoir des juges, induit donc un phénomène de concurrence. Le jeu de la coopération suppose d'en accepter les règles afin que chacun des acteurs y exerce son rôle. Malgré les gains induits en termes de qualité de la norme, l'équilibre est en réalité fragile ; et de ce point de vue, la figure horizontale d'une relation sans hiérarchie n'est certainement pas la plus réaliste. Ainsi, pour Patrick Wachsmann, tout se passe depuis 1979 « comme si la fiction d'une égalité entre juge national

---

48. Mais pas simplement théoriques, comme le montre la décision du juge constitutionnel tchèque.

49. Pour un rappel jurisprudentiel des limites opposables à la primauté du droit de l'Union sur le fondement des réserves constitutionnelles, voir : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, BVerfGE 123, 267

50. CJUE, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, à paraître.

51. Voir parmi de nombreuses références : H. LABAYLE et F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, n° 1, p. 3 ; et D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, février 2015, Étude n° 2.

52. H. LABAYLE et F. SUDRE, *op. cit.*, §10.

*suprême et juge communautaire s'était effondrée, laissant place à la prise de conscience de la réalité du rapport de forces dans un système qui confie à la Cour de justice le soin d'assurer "le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité" »<sup>53</sup>. Mais dans cet espace normatif européen, le rapport n'est plus « simplement » bilatéral. À cet égard, l'avis 2/13 marque certainement l'avènement d'un nouvel épisode de cette « guerre de trois », où normes et pouvoirs semblent indissociables dans la mise en œuvre du dialogue juridictionnel.*

---

53. P. WACHSMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », in *Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, *op. cit.*, p. 1132.