UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

MEMOIRE DE RECHERCHE

MASTER 2 – DROIT ET CONTENTIEUX DE L'UNION EUROPEENNE

« La contribution du renvoi préjudiciel à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'aune de l'indépendance des juges »

Sous la direction de Monsieur le Professeur Fabrice Picod

Théodore Plat

Master 2 Droit et contentieux de l'Union européenne

Année universitaire 2019/2020

REMERCIMENTS

Je souhaite avant tout exprimer ma gratitude à Monsieur le Professeur Fabrice Picod pour son accompagnement et ses conseils durant la rédaction de ce mémoire, ainsi que pour m'avoir guidé vers un sujet d'étude aussi passionnant.

Mes remerciements vont également à mes parents, Nathalie Crouzet et Pascal Plat, ainsi qu'à mon frère, Louis Plat, pour leur soutien indéfectible. Je tiens à remercier tout particulièrement mon père, relecteur attentif qui, malgré lui, finira spécialiste du droit de l'Union européenne au fil des années.

Mes mots iront aussi à mes amis les plus proches, sans qui rien n'aurait été possible.

Enfin, mes pensées les plus profondes iront à ma grand-mère, Hélène Plat, partie au cours de ce travail. Je te dédie ce mémoire.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européennne
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
MAE	Mandat d'arrêt européen
MCV	Mécanisme de coopération et de vérification
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

UNE CONTRIBUTION PASSIVE – L'ELABORATION D'UN FONDEMENT RENOUVELE DU DROIT A UN TRIBUNAL INDEPENDANT

TITRE I. L'INDEPENDANCE, CONDITION *SINE QUA NON* DU JUGE NATIONAL DANS L'ACCOMPLISSEMENT DE SA FONCTION EUROPEENNE

TITRE II. LES LIMITES DE LA CONTRIBUTION DU RENVOI PREJUDICIEL A L'ARTICLE 47 DE LA CDFUE

DEUXIEME PARTIE

UNE CONTRIBUTION ACTIVE – LA PERSPECTIVE D'UN PUISSANT LEVIER AU SERVICE DU DROIT A UN TRIBUNAL INDEPENDANT

TITRE I. LA NECESSITE D'UN ROLE RENOUVELE DE L'ARTICLE 47 CDFUE

TITRE II. LA NECESSITE D'UN ROLE RENOVE DU RENVOI PREJUDICIEL

INTRODUCTION

« *The European Union is like a chain of Christmas lights. When one light goes off, others don't light up and the chain is dark* »[1]. Dans les remous d'un système supranational, comme transnational, les juges nationaux forment les lanternes de l'espace judiciaire européen. Pour que le courant passe, dans ses liaisons communicatives avec la Cour de justice et ses homologues nationaux, tout juge national doit s'entourer d'un halo d'indépendance. De la pureté de cette auréole, qui entoure la source lumineuse, va dépendre la formation de relations dialogiques. L'éclat du renvoi préjudiciel dépend de la transparence des juges. Un rayon préjudiciel ne peut se réfléchir sur un corps opaque.

La garantie d'indépendance des juges constitue l'axe déterminant où la présence d'une ombre, couvrant la lumière, peut entraîner le passage du clair à l'obscur sur les rapports entre juges européens. Ce processus d'occultation de la dialectique préjudicielle gagne du terrain sur le Vieux continent. L'obscurité résultant des agissements de divers gouvernements met en péril le fonctionnement de l'ensemble de l'Union européenne.

En l'absence d'étincelle politique, l'enjeu est de déceler un outil, de se saisir d'une lueur afin de dissiper la pénombre étouffant nos cieux.

I. Contexte – Une indépendance judiciaire malmenée

Reflet d'une intégration européenne tumultueuse, l'accompagnement constitutionnel des États membres d'Europe de l'Est n'a pas constamment abouti au résultat escompté. Malgré le soutien de l'Union pour tenter de les mettre à niveau de leurs voisins n'ayant pas souffert d'une occupation soviétique, quelques-uns de ces pays exhibent des dérives autoritaires. La dégradation la plus spectaculaire, par son intensité et sa célérité, s'observe autour de la garantie d'indépendance judiciaire. Le mouvement de soumission des juges nationaux à l'exécutif ne faiblit pas. Sous couvert d'arguments fallacieux, comme la nécessité d'effectuer une opération de « décommunisation » du pouvoir judiciaire, nombre d'autorités publiques nationales entreprennent des « réformes » en vue d'influencer les décisions de justice.

[1] V. JOUROVA, Speech at the High level seminar: Finland 100 years – Finnish and European perspectives to the Rule of Law, 2017.

Il n'est pas question de lister l'ensemble des intrusions aux organes judiciaires qui ont pu être observées : ces éléments, relevant d'analyses factuelles, ont largement été mis en évidence[2]. L'idée est plutôt de sonder ces ingérences pour élaborer une systématique, d'examiner les réponses à ces dérives et de dresser les interrogations qu'elles suscitent. Matériellement, il faut d'abord relever l'effet expansionniste de cette dégradation. Le nombre de pays de l'Union où des altérations à la garantie d'indépendance des juges sont relevées s'accroît. Les exemples les plus probants sont inévitablement ceux de la Pologne et de la Hongrie, mais d'autres États membres suivent ces traces, de manière moins turbulente, tels que la Bulgarie, la Roumanie ou encore Malte. Les érosions les plus profondes, notamment celle polonaise, risquent de laisser des stigmates indélébiles sur la définition de l'État de droit si elles ne sont pas rapidement réprimées. La passivité des institutions ouvre la porte à d'autres développements du même ordre dans les divers systèmes judiciaires européens. Comme pour tenter de détecter où se trouve l'extrême limite au chaos de l'indépendance judiciaire, le cas polonais fait figure de test afin de savoir s'il est possible de créer un système de justice de style soviétique dans un État membre de l'Union[3].

Le rejet du modèle de démocratie libérale, qui va de pair avec un certain recul de l'État de droit, sape les valeurs communes inscrites à l'article 2 TUE. Si ces valeurs sont minées, la confiance présumée entre les acteurs de l'Union ne peut subsister, du moins sincèrement. Par un effet ricochet, les interactions entre ordres juridiques nationaux et supranationaux, nécessaires à l'épanouissement du système judiciaire européen, succombent sous le mépris de l'indépendance des juges. Plus qu'une fragilisation du système judiciaire, ce sont les différents pans de l'Union, notamment le marché intérieur, qui se trouvent affaiblis. Dès lors qu'un État membre ne possède pas de lieu où l'action du gouvernement peut être scrutée, débattue et, si besoin, restreinte pour assurer la primauté du droit de l'Union et préserver les droits fondamentaux, alors il fait figure d'État « anti-membre » avec qui toute connivence sera perçue comme une complicité impropre.

Pour comprendre le choix de réaliser l'étude d'espèce, une définition de l'objet de recherche semble indispensable.

---

[2] Sur ce point, voy. not. L. PECH, P. WACHOWIEC, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, VerfBlog, 2020 ; F. ZOLL, L. WORTHAM, *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, Fordham Int'l L.J, Vol. 42, Issue 3, 2019, p. 875 ; P. BARD, D. KOCHENOV, *The Last Soldier Standing? Courts vs Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of The EU*, European Yearbook of Constitutional Law, 2019.

[3] Rapport de Batory-ESI, « Poland's deepening crisis - When the rule of law dies in Europe », 2019.

II. Définition de l'objet de recherche

Dans ce contexte singulier s'invite un examen de la contribution du renvoi préjudiciel (*1*) à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*2*), à l'aune de l'indépendance des juges (*3*).

1. Le support contentieux – le renvoi préjudiciel

La présente étude se focalise sur le support de la procédure préjudicielle, entendue en son sens le plus large. Sous couvert d'une interprétation libérale, qui sera celle retenue dans le cadre de cette recherche, il s'agit des hypothèses de renvoi d'une question de droit par un juge national, en direction d'un juge supranational, indifféremment du caractère imposé ou non de cette question. Les outils de « renvoi préalable »[4] englobent aussi bien la voie de l'article 267 TFUE, que celle offerte par le Protocole additionnel n°16 à la CEDH. Si ces techniques préjudicielles ne sont pas identiques, elles ont pour principal trait commun l'initiateur de leur mise en œuvre : le juge national.

Assurément, le renvoi préjudiciel représente tout autant la raison pour laquelle la Cour de justice protège l'indépendance des juges nationaux, que l'instrument par lequel ces mêmes juges peuvent espérer conserver leur indépendance.

Le support contentieux étant identifié, reste à cerner la base juridique investie pour chercher à contrer les offensives illibérales.

2. La base juridique – l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux

Le choix s'oriente vers la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, plus spécifiquement, son article 47. Insérée dans le « Chapitre VI – Justice », cette disposition est intitulée « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ». Avant tout, il convient de s'arrêter sur la structure globale de cet article. Cette disposition s'avère particulièrement ample, regroupant les divers éléments du procès équitable, le droit à une protection juridictionnelle effective et à des recours. Elle se manie devant les juridictions nationales, comme devant la CJUE. Le troisième paragraphe se concentre lui sur l'assistance judiciaire.

[4] G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016.

Il faut regretter cet agencement quelque peu hasardeux, alors que les divers éléments du droit à recours effectif et à un procès équitable étaient assez aisément dissociables les uns des autres. Une rédaction en six contenants distinguables aurait pu être préférée, au service de la transparence et de la compréhension du citoyen[5].

Toujours est-il que, sous cet ordonnancement, l'article 47 a acquis un statut constitutionnel dans le droit de l'Union, la Charte ayant depuis Lisbonne valeur de droit primaire. À plusieurs reprises, la Cour de justice a pu déclarer que l'article 47 se présente comme « une réaffirmation du principe de protection juridictionnelle effective »[6], ce dernier constituant « un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme »[7]. L'article 47 de la Charte reflète donc à la fois les principes d'équivalence et d'efficacité, ainsi que la jurisprudence *Johnston* inspirée des 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme[8]. Une multiplicité de facettes se lie donc à une multipliée de sources.

Tout comme sa structure, l'intitulé de l'article 47 de la Charte a été jugé inadéquat[9]. Dans le tumulte des expressions de « droit à une protection juridictionnelle effective » ou « droit à un recours effectif », il faut retenir que le second n'est qu'une composante du premier. *In globo*, ces appellations sont celles désignant le droit au juge[10].

S'il faut rester conscient que les éléments de procédure et de fond sont imbriqués, un recours juridictionnel effectif supposant l'accès à un tribunal, ce qui implique par la même un procès équitable, la présente étude canalise son attention sur le deuxième paragraphe de l'article 47. Celui-ci dispose que :

> *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi*

[5] Sur ce point, voy. A. WARD « Evaluation » in S. PEERS, A. WARD, T. HERVEY *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Beck/Hart Publishing, 2014.
[6] Voy. par ex. CJUE, 26 juin 2019, *Craeynest*, aff. C-723/17, pt 54.
[7] Voy. par ex. CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P.
[8] CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84.
[9] Sur ce point, voy., J. WILDEMEERSCH, « La consécration formelle de la protection juridictionnelle effective à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE » in *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne, le mythe du droit à un recours effectif*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 62-98.
[10] F. PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 907 à 920, spéc. p. 907.

> *préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.*

Ce deuxième paragraphe est communément admis comme représentant le droit à un procès équitable. À suivre les mots du professeur Ritleng, le droit à un procès équitable implique deux impératifs. D'une part, sur l'organisation du procès, la cause doit être entendue publiquement, équitablement, et dans un délai raisonnable. D'autre part, sur la composition du tribunal, cela sous-entend la présence d'un tribunal, indépendant et impartial, apte à statuer sur les revendications du justiciable[11].

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 47 de la Charte s'est rapidement imposé comme l'une des dispositions les plus souvent invoquées du corpus. Tout comme l'article 267 TFUE d'ailleurs, l'article 47 met en évidence le rôle central des tribunaux. Cependant, à l'inverse de l'article 267 TFUE, la Cour semble hésitante à reconnaître tout le potentiel de l'article 47.

Au regard des enjeux la présente étude, celle-ci se focalisera naturellement sur la seconde série d'exigences du droit à un procès équitable, et plus précisément, sur l'indépendance judiciaire.

3. *L'objectif contentieux – la garantie de l'indépendance judiciaire*

Hormis l'examen d'une définition de l'indépendance judiciaire (*a*), une systématique des ingérences à cette garantie peut être formulée (*b*).

a. *Définition de l'indépendance judiciaire*

La notion d'indépendance judiciaire, généralement employée avec bien peu de finesse, connaît différents sens. Il en va ainsi de l'indépendance collective, individuelle, structurelle, décisionnelle, interne…[12] En plus de cette diversité conceptuelle, la difficulté règne dans la diversité culturelle de cette notion. Il n'existe aucunement de « *universal recipe for standards*

[11] D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable » in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, 2012, p. 103 à 157, spéc. p. 115.

[12] S. SHETREET, « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges » in S. SHETREET, J. DESCHENES (eds), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 1985, p. 590-681.

of 'judicial independence' »[13]. Logiquement, cette difficulté est donc décuplée au sein du pluralisme juridique de l'Union. Pour autant, l'indépendance judiciaire en son sens européen n'étant qu'une synthèse des traditions constitutionnelles communes aux États membres, certains éléments sont consensuellement admis comme portant gage d'indépendance.

Dans sa prise de décision, le juge doit jouir d'une entière autonomie, notamment à l'égard de l'exécutif. La résolution du litige ne doit être influencée par aucune instruction et pas la moindre menace de sanction ne doit peser sur le juge. Le cas échéant, la fonction judiciaire est nécessairement compromise.

Cela induit certaines conséquences quant à l'organisation du système judiciaire. Il s'agit des délicates problématiques relatives aux rémunérations, mutations, nominations et révocations des juges. Classiquement, pour préserver cette indépendance dite « administrative », le choix se porte vers la création d'un conseil judiciaire. Cet organe fait effet tampon entre le pouvoir judiciaire et les autorités publiques, afin d'éloigner les juges des potentielles influences de l'exécutif. Cependant, les conseils de la magistrature connaissent des structures et fonctionnements divers. Si les atouts d'un tel conseil sont certains, rien n'empêche que ledit conseil soit lui-même en proie à une domination de l'exécutif.

En termes organisationnels, l'indépendance judiciaire est souvent synonyme de séparation des pouvoirs. Seulement, s'il est difficile d'obtenir une séparation réellement étanche, le principal inconvénient reste que l'indépendance est une qualité intrinsèquement personnelle. Qu'importe les modifications institutionnelles aux fins de garantir l'indépendance judiciaire, seule une indépendance dite « mentale » permet véritablement d'isoler le juge de toute influence[14]. L'absence d'indépendance dans l'esprit et la raison du juge ne peut être compensée par une garantie institutionnelle.

D'aucuns considèrent qu'il s'agit là, non pas d'indépendance, qui se restreint au statut du juge, mais d'impartialité, qui concerne la qualité personnelle du juge. Quoi qu'il en soit, ces notions sont intimement liées. Surtout, à l'aune de cette indépendance mentale, il faut savoir reconnaître les limites du droit : celui-ci ne peut s'arrêter qu'à faits vérifiables, tout au mieux, à des suspicions. L'option la plus profitable est certainement de limiter l'inspection de

[13] M. BOBEK, *Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*, European Public Law, n°1, 2008, p. 99-124, spéc., p. 101.
[14] *Ibid.* p. 107.

l'indépendance à des garanties d'apparences. À cet égard, la perception du public tient une place majeure dans l'appréciation du respect de l'indépendance.

Au-delà des formulations de l'indépendance judiciaire émises par la CJUE et la Cour EDH, il est difficile d'énoncer une définition unique et tout à fait rigoureuse. La présente étude retient celle du juge fédéral I. R. Kaufman : « *The essence of judicial independence, therefore, is the preservation of a separate institution of government that can adjudicate cases or controversies with impartiality* »[15]. Autrement dit, l'indépendance judiciaire va fournir la distance nécessaire pour rendre un jugement en toute impartialité. Pour être tout à fait complet, il semble souhaitable de joindre à cette définition celle énoncée par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe, selon laquelle l'indépendance implique que le juge « n'est soumis à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif »[16].

Cette dernière définition s'ancre davantage dans le contexte actuel. Sans directement faire écho aux multiples immixtions des autorités publiques dans le pouvoir judiciaire qui ont pu être constatées sur le continent, une analyse systématique peut être fournie.

b. Analyse systématique des ingérences à l'indépendance judiciaire

Sommairement, il est possible d'exposer une sorte de méthodologie aux fins de renverser l'indépendance judiciaire. Sans prétendre à l'exhaustivité, certains vices à l'indépendance judiciaire s'observent de manière récurrente[17].

L'immixtion la plus classique se déploie lors de la nomination des juges, laquelle se trouve largement politisée. Naturellement, ayant un effet ascendant sur l'ensemble du système judiciaire, la politisation des nominations des juges aux Cours suprêmes et constitutionnelles sera la plus retentissante.

De plus, comme susmentionnée, la mise en place de conseils de la magistrature n'est plus un vecteur d'indépendance dès lors qu'il se trouve lui-même capturé par l'exécutif. Ainsi, comme

[15] I. R. KAUFMAN, *The Essence of Judicial Independence*, Columbia Law Review, Vol. 80, No. 4, 1980, p. 671-701., spéc. p. 688.
[16] Liste des critères de l'état de droit, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), CDL-AD(2016)007, p. 39.
[17] Pour un aperçu concis et efficace, voy. E. HOLMØYVIK, A. SANDERS, *A Stress Test for Europe's Judiciaries*, VerfBlog, 2017. Pour de plus amples développements, voy. not. Rapport du CCJE et du CCPE sur les principaux défis à relever en ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États membres du Conseil de l'Europe, 2016, partie D.

pour afficher une indépendance de façade, suivant les recommandations émises par le Conseil de l'Europe, certains États membres ont mis en place un conseil judiciaire, avant de le politiser aussitôt. Ici aussi, l'axe d'influence sera celui de la nomination discrétionnaire par les autorités publiques.

Dans la même perspective, l'interférence de l'exécutif va fréquemment se manifester à travers l'administration judiciaire. Il est ici question de l'ascendant que peut avoir le ministère de la justice sur l'organe judiciaire, notamment par des processus d'instructions et des pouvoirs de sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats. L'indépendance a pour corollaires la nomination jusqu'à l'âge légal de la retraite, ainsi que l'inamovibilité des juges. Sous une pression hiérarchique immorale, les autorités publiques vont être en mesure de pénétrer l'environnement de travail et le mandat des juges. Cela va passer par une modulation de la durée du mandat, sous couvert d'une soi-disant « démocratisation » de l'organe judiciaire.

Enfin, dans l'hypothèse où le gouvernement national ne serait pas advenu à rendre totalement docile le juge national, il lui suffira de ne pas tenir compte de celui-ci. À défaut d'avoir capturé le pouvoir judiciaire, la dépréciation de l'indépendance s'incarnera dans la non-exécution des décisions de justice.

L'intérêt de l'objet de recherche est de répondre à ce large éventail de leviers précarisant l'indépendance judiciaire, que le gouvernement polonais issu du parti *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS) n'a pas hésité à actionner. Le système européen dispose d'un arsenal important, mais l'envergure ne fait pas l'efficience.

III. Intérêt de l'objet de recherche

Si la carence du système européen dans la protection de l'indépendance judiciaire explique la venue de l'objet de recherche (*1*), le prisme emprunté pour l'étudier s'avère pour le moins audacieux (*2*).

1. La carence du système européen dans la protection de l'indépendance judiciaire

Que révèle ce contexte, qui se traduit comme une authentique « crise de l'État de droit » en Europe ? D'abord, il apparaît clairement que le respect des valeurs de l'article 2 TUE, lors

de l'adhésion à l'Union, ne garantit aucunement le « maintien »[18] de ces considérations une fois que l'État a acquis le statut de membre. Ensuite, le soutien économique concédé par l'Union ne débouche pas infailliblement sur un agrément à l'État de droit et à la démocratie dans les pays économiquement plus faibles. Enfin, et surtout, cette crise dévoile le déficit d'instruments propres à préserver l'indépendance judiciaire ou, du moins, leur inefficacité dans cet objectif.

Le « dilemme de Copenhague »[19] trouve son origine dans une lacune : il n'existe pas de mécanisme de monitoring du respect des valeurs de l'article 2 TUE post-adhésion. Le mécanisme de coopération et de vérification (MCV) est un cas isolé, mais il ne s'applique qu'à la Roumanie et à la Bulgarie. Qui puis est, il n'a qu'une vocation temporaire.

Une sorte de « procédure pré-article 7 TUE » fut bien mise en place avec le « nouveau cadre pour renforcer l'État de droit »[20]. Cette approche « *a maiore ad minus* »[21] permet à la Commission d'amorcer un dialogue constructif, via des avis et recommandations, avec l'État membre dans lequel se présente des « menaces systémiques pour l'État de droit ». Cependant, son utilité relève davantage de la symbolique que de l'efficience. Les riches échanges avec la Pologne n'ont pas abouti à la moindre correction, laissant s'évaporer l'indépendance des juges.

Il en va de même pour l'article 7 TUE lui-même qui, censé former « l'option nucléaire »[22], ne s'est pas montré si explosif que cela. Alors que le volet préventif au titre de l'article 7, paragraphe 1, fût déclenché contre la Hongrie[23], puis la Pologne[24], ces initiatives demeurent lettre morte. Quant au mécanisme « curatif » de l'article 7, paragraphe 2, TUE, l'unanimité requise au Conseil européen paralyse le déploiement de son action. En effet, les deux États membres concernés ont déjà affirmé leur intention de faire front commun contre l'adoption

[18] C. PAMBOUKIS, « État de droit et intégration européenne » in V. HEUZE, J. HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit,* Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, LGDJ, 2012, p. 19.
[19] V. REDING, discours, *Safeguarding the rule of law and solving the "Copenhagen dilemma" : Towards a new EU-mechanism*, 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_348.
[20] Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », COM(2014) 158 final, 11 mars 2014.
[21] T. GIEGERICH, « Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU : Zum 'neuen Rechtsstaatsmechanismus' der Europäischen Kommission" » in C. CALLIESS (ed.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Nomos, 2015, p. 535-536.
[22] J.M.D. Barroso, *Discours sur l'état de l'Union*, 2013, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_13_684.
[23] Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL).
[24] Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, COM(2017) 835 final.

d'éventuelles sanctions sur cette base. Cette apathie face aux violations mène tragiquement vers une certaine « banalisation du risque de dérive »[25].

Toutes ces méthodes puisent leur source dans une discrétion politique, qui manque cruellement de volonté. Dès lors, dans ce désert d'initiative politique, il convient de rechercher l'oasis d'une voie juridique.

2. *Le prisme du tandem de l'article 47 CDFUE joint à l'article 267 TFUE*

Face l'inertie de la majorité des institutions de l'Union, un changement de paradigme étonnant se présente devant le prétoire du Kirchberg. Les États membres ont longtemps considéré que l'Union européenne pouvait mettre en péril les droits fondamentaux sur le continent, avec en ligne de mire, la Cour de justice et ses interprétations libérales. Ce scepticisme est d'ailleurs à l'origine de la saga allemande *Solange*, qui fait date[26].

Jadis assaillant, dorénavant défenseur : il faut désormais compter sur la Cour de justice pour garantir les droits fondamentaux dans l'Union. Les rôles se sont inversés : ce sont maintenant certains États membres qui revêtent les habits de fossoyeurs des valeurs communes de l'Union. Cette reconfiguration invite à se tourner vers la CJUE pour protéger l'indépendance judiciaire.

Seulement, parmi les outils judiciaires aux mains de la Cour de justice, le tandem des articles 47 de la Charte et 267 TFUE n'est probablement pas le premier venant à l'esprit. Classiquement, les regards se tournent vers le recours en manquement. La doctrine loue largement les mérites de l'article 258 TFUE[27]. Après tout, ces éloges semblent justifiés au regard de la jurisprudence la plus récente, qui vient visiblement aiguiser cet instrument avec l'appui de l'article 19 TUE.

Sans doute est-ce ici l'originalité principale de la présente étude. Plutôt que d'avancer à contre-courant de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence de la Cour de justice, l'objet de recherche prétend prendre un tout autre courant sur le lit du renvoi préjudiciel. L'enjeu n'est

---

[25] D. SINOU, « Le respect de l'État de droit comme condition de participation à l'Union européenne », in *L'État de droit en droit international*, Actes du 42e colloque de la Société française pour le droit international, Bruxelles, 5-7 juin 2008, 2009, p. 245.

[26] BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL52/71, pt 62 ; BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, 2 BvR 197/83, pt 132.

[27] K. L. SCHEPPELE, « Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions » in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016 ; M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis*, Common Market Law Review, Vol 55 (4), p. 1061-1100.

donc pas d'explorer une voie connue de tous, mais de s'adonner à la préservation de l'indépendance judiciaire sur un autre front que celui dominant. L'optimisation des outils existants sera préférée à la création d'instruments sur-mesure.

Outre l'attrait de la découverte d'un nouvel outil propre à maintenir la garantie d'indépendance judiciaire, le choix de s'appuyer sur la paire des articles 47 de la Charte et 267 TFUE est animé par le désir de renforcer la place du juge national en le mettant au centre de cette lutte. Épines dorsales du système décentralisé de l'Union, les tribunaux nationaux doivent prendre part à la protection d'une garantie dont ils incarnent eux-mêmes la substance.

Enfin, la préférence pour la Charte comme support s'explique tant par la symbolique d'une répression sur ce fondement, que par sa montée en puissance qui doit poursuivre sa lancée. Injustement, le corpus de la Charte reste largement méprisé, notamment par la Commission[28].

L'itinéraire adopté n'est donc pas celui de la facilité, car les limites du renvoi préjudiciel et de la Charte sont nombreuses. Le duo de l'article 267 TFUE et 47 CDFUE cultive un certain intérêt, qui demeure toutefois circonscrit. Dès lors, il faut s'accorder à délimiter l'objet de recherche.

IV. Délimitation de l'objet de recherche

Il faut avant tout préciser que la présente étude ne se targue pas d'avoir déniché la panacée contre les ingérences à l'indépendance des juges. Il ne fait guère de doute que les procédures judiciaires ne seront qu'un complément aux solutions politiques. En substance, l'objectif est de stopper l'hémorragie, en attendant un tournant politique d'envergure.

De plus, la notion d'État de droit sera utilisée avec parcimonie. Les contours de la *Rule of law* s'avèrent particulièrement flous. Cette notion tend à devenir « un slogan dont le sens se dissipe à mesure de son succès »[29]. Du reste, d'aucuns excluent fermement l'idée que l'indépendance de la justice compose l'État de droit[30]. Suivant la conception que paraît en livrer la Cour de justice, il faut cependant s'accorder à dire que l'exigence d'un pouvoir judiciaire indépendance

[28] A. ŁAZOWSKI, *Decoding the Legal Enigma : the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Infringement Proceedings*, ERA Forum, Vol. 14 (4), 2013, p. 573-587.
[29] J. RAZ, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 210.
[30] L. FULLER, *La moralité du droit*, 2e éd ., 1969, trad. J. VAN MEERBEECK, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2017.

s'institue sur la fidélité à l'État de droit[31]. Sobrement, et pour éviter la tautologie, il sera soutenu que l'État de droit équivaut simplement au respect de son propre droit[32]. Transposée dans l'ordre juridique de l'Union par la Cour de justice, celle-ci a affirmé que l'Union européenne « est une communauté de droit, en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la Charte constitutionnelle de base qu'est le traité »[33].

Nébuleuse, cette notion est aussi malléable, ce qui va permettre à la Cour de justice de la pétrir à sa guise. Originellement prise à son compte pour veiller au contrôle juridictionnel sur le politique, c'est dorénavant sur la manière dont ce contrôle doit s'effectuer que s'ajuste l'État de droit : un contrôle en toute indépendance[34].

À cet égard, si la Cour de justice justifie souvent l'imposition d'exigences procédurales aux ordres juridiques internes par un parallélisme avec les contraintes qu'elle impose à l'Union, pour les besoins de l'étude, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'indépendance de la CJUE.

Enfin, malgré leur importance contentieuse déterminante, eu égard au caractère exceptionnel et atypique des litiges portés devant la CJUE, le rôle de la procédure préjudicielle d'urgence (PPU) au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice[35], ainsi que celui de la procédure de mesures provisoires prévue par l'article 279 TFUE [36], ne sera pas traité au sein de cette étude.

Ainsi circonscrite, la réponse aux détériorations de l'indépendance judiciaire ne sera donc scrutée que par l'étroite lorgnette de la contribution du renvoi préjudiciel à l'article 47, paragraphe 2, de la Charte.

---

[31] La doctrine majoritaire va dans ce sens. Voy. not., J. Raz, *op. cit.* p. 216-217 ; K. VAN PATTEN, *Judicial Independence and the Rule of Law*, Benchmark 2, n° 3 & 4, 1986, p. 117-130 ; T.T. KONCEWICZ, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, Review of Central and East European Law, vol. 43 (2), 2018, p. 138.

[32] M. L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999.

[33] CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, aff. 294/83, pt 23.

[34] Sur ce point, voy., E. DUBOUT, *Integration Through the Rule of Law ? La judiciarisation de l'État de droit dans l'Union européenne*, Rev. Aff. Eur., n°4, 2019, p. 51-66, spéc. p. 53.

[35] Pour une étude intéressante sur ce point, voy. L. CLEMENT-WILZ, *La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ?*, Cahiers de droit européen, Vol. 48 (1), 2012, p. 135-166.

[36] Pour une utilisation emblématique de cet article, en lien avec la présente étude, voy. CJUE, 17 avril 2018, *Commission c. Pologne (Forêt de Białowieża)*, aff. C-441/17.

V. Problématique

Talon d'Achille de l'Union, le juge national représente aussi bien la force de l'ordre juridique européen, que sa faiblesse fatale. Chancre du système de protection des droits fondamentaux, l'ulcération de l'indépendance judiciaire constitue la porte d'entrée à d'autres pathologies infectieuses. Dans une escalade d'entorses aux valeurs de l'Union viendra un jour fatidique où l'être passera de vie à trépas[37].

L'illibéralisme actif sur le continent invite à la confection d'un processus empirique. La présente étude investit l'apothicaire européenne afin de tenter de dégoter la subtile alliance capable de contrecarrer le funeste destin promis à certains États membres.

Dans cette expérimentation, il est soutenu que le savant du Kirchberg devrait instaurer le composite de l'article 47, paragraphe 2, comme le principe actif majeur. Pour drainer cette substance dans les artères des ordres juridiques nationaux, le cathéter préjudiciel, procédure d'insertion par excellence, serait privilégié.

En réalité, la Cour de justice, dans son laboratoire, s'est attelée à la tâche de la création d'un tel cataplasme. Elle a pu, avec parcimonie, en user dans des domaines bien spécifiques, mettant en évidence par la même tout son potentiel. Peut-être, toutefois, ce remède n'est-il pas aussi abouti qu'escompté.

Dès lors, la question n'est pas celle de la présence, ou non, d'un apport du renvoi préjudiciel à l'article 47 de la Charte aux fins de la garantie d'indépendance judiciaire, mais celle de la forme de cet apport.

L'esquisse scientifique cherche répondre à la problématique suivante : l'article 47, paragraphe 2, de la Charte peut-il contribuer efficacement à répondre aux atteintes à l'indépendance judiciaire par le biais du renvoi préjudiciel ?

La finalité de cette étude vise à démontrer qu'une alchimie est possible, si la Cour de justice s'en donne les moyens. Pour l'heure, l'alliage des articles 47 de la Charte et 267 TFUE se limite à un rôle passif, au sens où il ne permet qu'une refonte du fondement du droit à un tribunal indépendant (**Partie I**). Seulement, parce que la perspective d'une contribution active est bien

[37] Les auteurs qualifient de « projet de loi Polexit de facto » certaines réformes envisagées par le gouvernement polonais, L. PECH, P. WACHOWIEC, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, VerfBlog, 2020, https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/.

réelle, il serait regrettable de ne pas faire de cet alliage un puissant levier au service de ce droit (**Partie II**).

L'intervention de la Cour de justice s'avère indispensable, mais doit rester mesurée, au risque de se retourner contre l'ordre juridique de l'Union lui-même. Toute la difficulté réside dans l'harmonie de ce dosage. Aussi, la Cour de justice doit-elle garder en tête le précepte de l'illustre humaniste de la Renaissance : « science sans conscience n'est que ruine de l'âme »[38].

[38] F. RABELAIS, *Pantagruel*, 1532.

Partie I. Une contribution passive – l'élaboration d'un fondement renouvelé du droit à un tribunal indépendant

Dans un climat de décomposition de l'État de droit dans nombre de pays européens, contrainte d'agir promptement, la Cour de justice entreprend une vaste opération pour redorer l'indépendance judiciaire, véritable condition *sine qua non* du juge national dans l'accomplissement de sa fonction européenne (**Titre I**). Seulement, dans cette entreprise, la contribution du renvoi préjudiciel par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux transparaît passivement, presque à la marge. Cette inertie fait ressortir les limites de la combinaison des articles 267 TFUE et 47 de la Charte (**Titre II**).

Titre I. L'indépendance, condition *sine qua non* du juge national dans l'accomplissement de sa fonction européenne

Aux fins de préserver l'efficience de l'instrument préjudiciel, pierre angulaire de l'architecture décentralisée de l'Union européenne (**Chapitre 1**), la Cour de justice a véritablement mis la notion d'indépendance judiciaire en ordre de bataille (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La place centrale du renvoi préjudiciel dans l'architecture décentralisée de l'Union

Prépondérant dans l'ordre juridique de l'Union, l'usage du renvoi préjudiciel, parce qu'il instaure un dialogue coopératif, implique une certaine confiance entre les protagonistes (***Section 1***). Cette confiance conditionnelle va peser sur la définition malléable de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE (***Section 2***).

Section 1. Un instrument de coopération par la confiance

Pour prétendre à une métamorphose européenne via le renvoi préjudiciel (*Paragraphe 1*), le juge national doit montrer patte blanche et manifester une confiance tout aussi sincère que celle qui lui sera témoignée (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. La voie d'une métamorphose européenne

Tout serait si simple si la Cour de justice pouvait imposer, d'elle-même et sans aucun obstacle, l'entier respect du droit de l'Union. Tel n'est pas le cas. L'Union a peut-être l'aspect d'un État fédéral, mais pas la teneur. Pour cette raison, le principe de primauté est nécessairement « imparfait »,[39] car, *in fine*, la carence de toute hiérarchie juridictionnelle ne permet pas d'imposer strictement aux juridictions nationales son respect. Ainsi affectée d'une forme « d'infirmité congénitale »[40], nul besoin d'être médecin pour comprendre que ce syndrome est lié à l'environnement normatif dans lequel est ancré le principe de primauté. L'Union étant établie sur la base d'une administration dite indirecte ou décentralisée, la primauté ne peut être qu'une primauté consentie ou ne pas être. La souveraineté de chaque ordre juridique étatique demeurant, les auteurs du traité ont inventé un moyen préventif afin de

[39] E. DUBOUT, *De la primauté « imposée » à la primauté « consentie ». Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe*, FIDE XX. Congrès, Londres, 2002.
[40] D. RITLENG, *Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ?*, Revue de l'Union européenne, 2015 p.630.

réduire au maximum toute potentielle inefficacité du droit de l'Union à l'intérieur de la sphère nationale. L'application de ce droit en dehors des clous strictement communautaires laisse la porte ouverte à de multiples pathologies : difficultés d'uniformité matérielle, de croissance uniforme, d'efficacité uniforme ou encore de méthode d'interprétation[41]. Tant de risques qui expliquent l'existence du vaccin préjudiciel.

En effet, cette procédure non contentieuse va permettre d'assurer – ou au moins de promouvoir – l'application et l'interprétation uniformes des règles de l'Union sur l'ensemble du Vieux continent. À cette première fonction s'adjoint une seconde, plus fondamentale : celle d'assurer une protection juridictionnelle effective des droits de l'Union, au sens de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. En d'autres termes, en garantissant une protection efficace des droits que l'Union confère aux individus, les juges nationaux contribuent, par le biais du renvoi préjudiciel, à assurer une justice supranationale. S'observe ici la relation étroite liant le renvoi préjudiciel à l'article 47 de la Charte.

Surtout, cette double fonction du renvoi préjudiciel laisse entendre que les juges nationaux revêtent les habits de gardiens de l'ordre juridique de l'Union, tout autant que la Cour de justice elle-même. Symbole de la nature intégrationniste de l'organisation européenne, la singularité de l'outil préjudiciel n'est pas seulement « essentiel [...] à la préservation du caractère communautaire du droit institué par les traités »[42], elle incarne ce caractère. Institué pour « donner corps »[43] au dialogue au sein de l'ordre juridique de l'Union, ce mécanisme fait figure de piédestal pour engager une coopération entre juges nationaux et européens. Par son fonctionnement et sa conception, le renvoi préjudiciel présente des caractéristiques spécifiques qui le distinguent de tout autre outil juridique. Objet unique, il tisse un lien entre les juges, édifie une sphère communicative, dans un système imbriqué entre des échelons nationaux et un échelon communautaire. L'article 267 TFUE chercher à établir une « relation fonctionnelle de collaboration réciproque entre juges nationaux et juges communautaires »[44].

[41] P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes : Étude des sources du droit communautaire*, Bruylant, 2006.
[42] CJUE, ass. plén., 8 mars 2011, *avis 1/09 Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, aff. C-1/09, pt 83.
[43] G. MARTI, *L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ?*, Revue de l'Union européenne, 2015 p. 638.
[44] F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », in J. AUVRET-FINK, *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, LGDJ, 2002, p. 199.

« *Arm of EU law* »[45], les juges nationaux occupent donc une place indispensable dans l'anatomie décentralisée de l'Union. À travers ce rôle déterminant réside le hiatus, mais aussi le subtil équilibre du système européen. Pour inciter à son usage, l'outil préjudiciel met en place une sorte d'échange de bons procédés. Parce qu'il comble les désirs de chacun, le renvoi préjudiciel a connu, et connaît toujours, un franc succès. D'un côté, l'instrument permet d'asseoir la primauté du droit de l'Union sur le droit national. De l'autre, en établissant une confiance dans les juges nationaux et en leur octroyant certains pouvoirs, l'instrument préjudiciel nourrit un intérêt incontestable pour ces derniers.

Pour le compte de la Cour du Luxembourg, le renvoi préjudiciel sera le moyen d'assurer « la cohérence, le plein effet et l'autonomie du droit de l'Union »[46]. À en suivre la lettre du traité, il faut comprendre que le juge national pourra venir prendre appui sur son partenaire communautaire, la Cour de justice, en cas de doute sur l'interprétation des traités ou sur la validité des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Le but premier est de prévenir que s'établisse, dans un État membre quelconque, une « jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire »[47]. Servant donc pleinement à son intérêt, la Cour du Grand-Duché ne tarit pas d'éloges pour ce mécanisme, qu'elle décrit comme la « clé de voûte du système juridictionnel »[48].

De leur côté, si les juges nationaux sont libres, du moins dans certains cas[49], d'user de ce mécanisme, ils en seront nécessairement tentés par la place que le droit de l'Union leur accorde. En donnant comme mission au juge national « d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire […], en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale »[50], la Cour de justice métamorphose le juge national en juge de droit commun du droit de l'Union. De la sorte, le juge national devient le premier « chien de garde »[51] du respect du droit de l'Union, tout en conservant son autonomie procédurale à travers un équilibre entre les exigences d'équivalence

[45] K. LENAERTS, « On Judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice », in G. SELVIK, M-J. CLIFTON, T. HASS *et al.,* (eds.), *The Art of Judicial Reasoning: Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*, Springer, 2019, p. 155.
[46] CJUE, ass. plén., 8 mars 2011, *avis 1/09 Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, aff. C-1/09, pt 67.
[47] CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, aff. C-107/76.
[48] CJUE, 18 décembre, 2014, *avis 2/13*, pt 176 ; CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.
[49] CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81 ; CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85.
[50] CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. C-106/77.
[51] En référence au « chien de garde de la démocratie » que représente la presse, CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°17488/90, pt 39.

et d'effectivité[52]. Pour reprendre la métaphore thérapeutique de Jacques Pertek[53], cette relation se dessine alors dans un rapport entre un généraliste, le juge national, et un spécialiste, le juge de l'Union, vers lequel se retournera le premier en cas de pathologie spécifique au second.

Par ailleurs, le système de coopération européen qu'organise le mécanisme préjudiciel repose sur l'absence de tout rapport hiérarchique, qui ne serait d'ailleurs pas envisageable. Le rouage préjudiciel trouve son fondement, autant sur un « choix positif, celui d'assurer l'uniformité d'application du droit communautaire ; que sur un choix négatif, celui d'éviter la fédéralisation de l'intégration »[54]. Il en résulte que la décision de la Cour du Luxembourg intervient uniquement sur renvoi de la juridiction nationale, avant que ne soit rendue la décision de cette dernière. Il ne s'agit donc aucunement d'une réformation de jugement ni d'un monologue de la Cour de justice : son allocution est suspendue à l'éventuel octroi de la parole par le juge national. Ce rapport d'égalité permet de soutenir, à bon droit, une thèse renversée : il ne faut plus seulement considérer les juridictions nationales comme des juges communautaires, mais envisager par la même la juridiction communautaire comme participant à la fonction de juge interne[55].

Il revient donc aux juges de se prêter au jeu, avec la nécessité d'user de cet instrument, comme cela fut souligné dès ses premiers pas, avec « pertinence » et « loyauté », afin que puisse s'établir « une véritable et fructueuse collaboration entre les juridictions nationales et la CJCE »[56]. Cependant, vouloir prendre la voie métamorphique européenne ne suffit pas : encore faut-il que le récepteur, comme l'émetteur, se témoigne une confiance mutuelle.

Paragraphe 2. Le prérequis d'une confiance réciproque

Le mécanisme préjudiciel, véritable « cordon ombilical »[57] reliant les juges nationaux et européens, représente l'empreinte génétique de l'Union européenne. En ce qu'il s'emploie à faire participer le juge national au processus intégratif, le renvoi préjudiciel fait figure de baromètre de l'intensité de l'intégration. La qualité du lien préjudiciel est donc proportionnelle

[52] Voir respectivement CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG*, aff. C-33/76 ; CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c/SpA San Giorgio*, aff. C-199/82.
[53] J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE : le renvoi préjudiciel*, Bruylant 2013.
[54] E. DUBOUT, *Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire*, RTD Eur. 2007 p.427.
[55] G. MORELLI, « La Cour de justice des Communautés européennes comme juge interne », in G. MORELLI, *Studi sul processo internazionale*, A. Giuffrè, Milan, 1963, p. 93-101.
[56] Conclusions de l'avocat général Lagrange sous CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. C-13/61.
[57] F. BERROD, *L'Union européenne par le dialogue des juges : une affaire de jugements*, Revue de l'Union européenne, 2018, p. 18.

au degré de coopération. Ce faisant, la confiance mutuelle animant les acteurs de chaque ordre juridique constitue un élément clé du système communautaire. Il y a ainsi une corrélation profonde entre confiance et coopération. De la confiance des juges dépend l'utilisation de l'instrument de communication préjudiciel.

D'aucuns suggèrent que la confiance serait davantage le résultat plutôt que la condition préalable à la coopération judiciaire[58]. La confiance se dessinerait dans l'ordre juridique européen comme un sous-produit de la capacité des juges nationaux à adresser des questions préjudicielles et ne dépendrait que du succès des interactions coopératives antérieures. Dans cette perspective, la coopération judiciaire serait motivée, non pas par une véritable considération de confiance envers l'autre, mais exclusivement par l'obligation légale d'effectuer un renvoi[59]. Si une telle approche s'entend, elle reste particulièrement réductrice. La thèse que la confiance suit la coopération judiciaire, plutôt qu'elle la précède, ne reflète pas la réalité.

Tout au contraire, la coopération préjudicielle ne s'appuie sur aucune prédisposition de confiance mutuelle, mais se trouve totalement conditionnée par celle-ci. « *Cooperation is conditional on the belief that the other party is not a sucker, but also on the belief that she will be well disposed towards us if we make the right move* »[60]. L'accomplissement d'une coopération préjudicielle dépend donc de certains prérequis.

Cette confiance, déchiffrée comme un principe fonctionnel encourageant les interactions entre les juges nationaux et internationaux, la Cour de justice, plus que toute autre juridiction supranationale[61], a su pleinement l'emporter. Sans conteste le plus bel exemple de ce que l'on peut nommer « *embedded effectiveness* »[62], la Cour du Kirchberg a su conclure des alliances avec les juridictions nationales. Pour preuve de cette confiance considérable dont jouit la CJUE

[58] R. AXELROD, *The Evolution of Cooperation*. New York, Basic Books, 1984.
[59] CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85.
[60] D. GAMBETTA, « Can We Trust Trust ? » in GAMBETTA (D.) (ed.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, Blackwell, New York, 1998, p. 213-237.
[61] Les données empiriques issues d'enquêtes menées en Espagne et en Pologne montrent que la confiance dans la Cour européenne des droits de l'homme est plus faible que dans la Cour de justice des Communautés européennes, Voir J.A. MAYORAL, *The Politics of Judging EU Law: A New Approach to National Courts in the Legal Integration of Europe*, Madrid: Instituto Juan March de Estudios e Inv., 2015.
[62] L. R. HELFER, « The effectiveness of international adjudicators » in K. J. ALTER, C. ROMANO, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013, p. 464-482, spéc. p. 474.

auprès des tribunaux nationaux[63], il suffit d'observer le volume des échanges entre ces protagonistes, stimulées par le biais du mécanisme de l'article 267 TFUE.

En effet, les décisions préjudicielles pullulent dans le paysage juridique européen. Outre une évolution quantitative[64], c'est une évolution qualitative qui mérite d'être soulignée. Sans prétendre à l'exhaustivité, le secret de ce succès s'explique d'abord par la croyance, légitime, des juges nationaux en la Cour de justice pour fournir des décisions offrant une orientation claire sur le droit de l'Union, sans pour autant porter atteinte à l'ordre juridique des États membres[65]. Plongés dans une incertitude quant à l'application ou la validité d'un droit dont ils ne maîtrisent pas nécessairement tous les aspects, la déférence judiciaire est alors liée à l'internalisation des devoirs juridiques qui incitent mécaniquement les juges à suivre les règles et à coopérer. Implicitement, cela suppose que les juges nationaux acquiescent l'autorité de la CJUE, consentement bâti sur une sorte de conscience morale et normative, ainsi que sur un devoir de se conformer aux règles de mises au sein des autorités judiciaires[66].

En outre, cette prolifération peut aussi trouver sa source dans la « déhiérarchisation »[67] des juges nationaux qui s'autonomisent à l'égard de leur propre système juridictionnel. Selon « *the inter-judiciary competition theory* »[68], les juridictions inférieures nationales s'adressent à la CJUE pour développer leur pouvoir de contrôle judiciaire vis-à-vis des juridictions supérieures nationales. La juridiction de renvoi étant la seule à pouvoir, soit maintenir sa demande, soit la modifier, soit la retirer[69], celle-ci devient, via l'outil de l'article 267 TFUE, « une partie à un débat sur le droit communautaire, sans dépendre d'autres autorités ou instances juridictionnelles nationales »[70].

Au-delà de cette possible émancipation du juge inférieur interne, à même de faire court-circuiter le schéma national classique, l'entrée de nouveaux acteurs autour de la table préjudicielle révèle

[63] Cette confiance est tout aussi vraie auprès du public. Voir, European Commission, 'Tables of Results', Standard Eurobarometer 78, autonome 2012, disponible sur http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb78/eb78_anx_bd_fr.pdf (après 2012, l'Eurobaromètre ne comprend plus de données spécifiques sur la confiance dans la CJUE).
[64] On dénombre plus de 533 renvois préjudiciels, soit +13% par rapport au précédent record de 2016. Voir Communiqué de presse n° 36/18 du 23 mars 2018 de la Cour de Justice.
[65] J.A. MAYORAL, *In the CJEU Judges Trust: A New Approach in the Judicial Construction of Europe,* Journal of Common Market Studies, Vol. 55, n°3, 2017, p. 551-568.
[66] J. SUNSHINE, T.R. TYLER, *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing*, Law & Society Review, Vol. 37, n°3, 2003, p. 513-548.
[67] B. BERTRAND, *La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge*, RFDA, 2011 p.367.
[68] K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001.
[69] CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, pt 96.
[70] Conclusions de l'avocat général Maduro sous CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06.

aussi la remarquable confiance envers la Cour de justice. En réalité, plus que la quantité de renvois opérés par ces acteurs, qui reste somme toute très faible, c'est davantage la qualité de ces acteurs qui retient notre attention. Ces dernières années, un nombre croissant de juges constitutionnels européens ont amorcé un net changement d'attitude à l'égard du renvoi préjudiciel[71]. Si certaines juridictions constitutionnelles européennes utilisent ce mécanisme depuis fort longtemps[72], il faut souligner la présence de nouveaux expéditeurs connus pour leur attitude taciturne, voire antagoniste face à la CJUE[73].

Globalement, la confiance des juges nationaux vis-à-vis de Luxembourg ne fait guère de doute. Cependant, comme susmentionnée, la coopération préjudicielle suppose une confiance, non pas seulement unilatérale – des juridictions étatiques vers la CJUE – mais mutuelle. Il faut insister sur cet aspect, la réciprocité de la confiance dans le cadre du mécanisme préjudiciel étant souvent omise. Or, et cela fut aussi souligné, la confiance judiciaire se trouve être conditionnelle. En d'autres termes, avant de répondre à une question préjudicielle, la Cour de justice doit avoir la conviction que son interlocuteur remplit son rôle d'une manière conforme à l'attente juridique associée à ce rôle.

La CJUE accordera ainsi sa confiance, en jugeant recevable la question préjudicielle, à tout interlocuteur qui partage avec elle certains principes ou valeurs juridiques. Au sein d'un pluralisme constitutionnel, tel que celui que connaît l'Union, la littérature relative aux cultures juridiques européennes a pu mettre en lumière la préexistence de quelques-uns de ces principes qui, en ce qu'ils coexistent avec les ordres juridiques des États membres, façonnent le système juridique de l'Union lui-même[74]. Ces principes et valeurs sont d'une importance cruciale : la Cour de justice ne tendra point sa main lorsqu'elle observera que les principes juridiques étatiques sont étrangers à son propre système. Dans le foisonnement européen des traditions et cultures juridiques, dont l'ordre juridique pluraliste de l'Union forme la synthèse, l'une d'entre

[71] Sur ce point, M. CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence : New Questions about the Preliminary Ruling*, German Law Journal, Vol. 16, n°6, 2015.
[72] Voir, ex., la Cour constitutionnelle belge dans l'affaire CJCE, 16 juillet 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, aff. C-93/97 ; le Tribunal constitutionnel autrichien dans l'affaire CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline e.a.*, aff. C-143/99.
[73] CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11 ; CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU ; CJUE, gde ch., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler*, aff. C-62/14.
[74] Sur ce point, P. HÄBERLE, *Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Vol. 131, 2006, p. 621-642 ; F. WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, American Journal of Comparative Law, Vol. 38, n°1, 1990, p. 1-29.

elles tient une place toute particulière dans le rouage préjudiciel : la culture de l'indépendance judiciaire[75].

Cette culture, conditionnant l'ouverture du dialogue préjudiciel à l'égard des institutions présumées être des juges, au sens de leur ordre juridique interne, va trouver une traduction juridique concrète.

Section 2. Une définition malléable de « juridiction »

Naguère laxiste, propice à une ouverture du prétoire préjudiciel (*Paragraphe 1*), l'appréciation du critère d'indépendance va être remodelée, endurcie aux fins de la protection juridictionnelle effective (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une appréciation laxiste propice à l'ouverture du prétoire préjudiciel

L'indépendance tient une place majeure dans la confiance qu'un juge prête à une autre entité juridique. La terre hispanique offre à ce titre un exemple frappant, les juges internes ayant davantage confiance en la CJUE qu'envers le *Tribunal Constitucional* en raison de l'appréciation négative de l'indépendance de ce dernier par ses pairs[76]. Naturellement, à cette prééminence du caractère indépendant dans l'évaluation de la confiance devait se joindre une répercussion juridique dans le cadre du renvoi préjudiciel.

Ainsi, toute entité nationale qui se retrouve confrontée avec un problème du droit de l'Union n'est pas pour autant habilitée à poser à la Cour de justice des questions préjudicielles sur ce point. Conformément à l'article 267 TFUE, seule une « juridiction d'un État membre » dispose d'une telle prérogative. Les Traités n'offrent pas davantage de précision, qu'il s'agisse de la notion de « juridiction » ou de l'expression « d'un État membre ». S'il n'existe pas de définition abstraite du concept de « juridiction » dans le libellé de l'article 267 TFUE, il est néanmoins possible de déduire de la mosaïque jurisprudentielle un certain nombre de critères organisationnels et fonctionnels seyants, afin déterminer si une entité peut introduire un renvoi préjudiciel sur la base de cette disposition. La mobilisation de ces critères s'est effectuée sur la base d'une définition uniforme et autonome, en tant que notion de droit de l'Union[77]. Très tôt,

[75] Sur ce point, M. STORME, « Independence of the Judiciary: The European Perspective » in S. SHETREET, C. FORSYTH (eds.), *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 85-95 ; J. BELL, *Judicial Cultures and Judicial Independence*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 4, 2001, p. 47-60.

[76] J.A. MAYORAL, D. ORDOÑEZ SOLIS, D. BERBEROFF, *Los jueces españoles como jueces de la Unión Europea*, Civitas. Revista Española de Derecho Europeo, Vol. 48, 2013, p. 127-152.

[77] Conclusions de l'avocat général Reischl sous CJCE, 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, aff. C-246/80.

la Cour a considéré que la notion de « juridiction » dépendait d'un ensemble d'éléments, tels que l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, ainsi que l'application par l'organe des règles de droit[78].

Malgré le souhait, compréhensible au regard de la finalité de la procédure, de retenir une « conception accueillante »[79], on ne manquera pas de s'étonner de l'omission de l'exigence axiomatique d'indépendance[80]. Cette conditionnalité d'indépendance n'apparaîtra, de manière fortuite, qu'en 1987[81], avant d'être réellement systématisée sous l'égide des jurisprudences *Almelo* et *Dorsch Consult*[82]. Entrée tardive donc, mais non moins remarquée en ce que la Cour a rapidement mis en exergue sa valeur existentielle. Il est vrai que, si la Cour ne confère pas le même poids à chaque élément, la réunion de l'ensemble d'entre eux n'étant pas, par suite, indispensable, elle semble toutefois faire de l'indépendance une condition *sine qua non*. « Liée à l'essence même de la fonction judiciaire »[83], l'indépendance « n'est pas un attribut accidentel, mais consubstantiel »[84] de cette dernière.

Cela étant dit, bien que sa vitalité fût maintes fois soulignée, lorsqu'il a été question de préciser le contenu de cette exigence, un certain décalage s'est manifesté. En effet, il a été jugé qu'une juridiction dans son sens européen ne peut désigner qu'une autorité qui a la qualité de tiers par rapport à celle qui a adopté la décision attaquée, qualité qui ne saurait être reconnue à une autorité présentant un lien organique et fonctionnel avec l'organisme dont émanent les décisions contestées devant elle[85]. Si le caractère réducteur et la simplicité de cette définition n'ont pas manqué d'être pointés du doigt[86], telle était néanmoins la compréhension du facteur d'indépendance par la Cour du Kirchberg.

Or, de surcroît à cette consistance bien maigre, la Cour semble avoir tendance à appliquer la condition d'indépendance avec tolérance, voire laxisme. Cette rigueur relative s'observe à la lumière de profondes dissonances entre les approches de la Cour et celles de ses avocats

[78] CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65.
[79] R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 606, sp. p. 607.
[80] A. BARAV, « Tâtonnement préjudiciel. La notion de juridiction en droit communautaire » in *Etudes sur le renvoi préjudiciel en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 37-95, sp. p. 75.
[81] CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò*, C-14/86, pt 7.
[82] CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente Almelo*, C-393/92, pt 15 ; CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, pt 23.
[83] Conclusions de l'Avocat général Tesauro sous CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96.
[84] Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00.
[85] CJCE, 30 mars 1993, *Corbiau c/ Administration des contributions*, aff. C-24/92.
[86] Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, pt 93.

généraux. Dans une série d'arrêts, la Cour paraît estimer que la présence d'un lien organique n'exclut plus le respect du facteur d'indépendance, dès lors qu'il existe une séparation fonctionnelle entre l'entité auteur de la décision contestée et l'organe, appartenant à la même institution, en charge des requêtes contre cette même décision. Emblématique de telles discordes sont les affaires *Dorsch Consult* et *Köllensperger*[87] dans lesquelles les avocats généraux, de la même manière que la Commission, soutenaient qu'à défaut d'indépendance, les organes en question ne constituaient point des « juridictions ». Alors que les deux entités, respectivement allemande et autrichienne, étaient d'authentiques émanations de l'administration, la Cour a pris le contrepied des conclusions et a considéré que la condition d'indépendance ne faisait aucunement défaut. Déconcertants sont de tels jugements, là où quelques années plus tôt, dans une situation factuelle comparable, la Cour avait estimé que le directeur des contributions directes et des accises du Luxembourg ne pouvait être qualifié de « juridiction », ce dernier faisant partie de l'administration de l'État membre en cause[88].

Point culminant de ce mouvement de « relâchement progressif »[89] dans l'appréciation de la condition d'indépendance, la jurisprudence *Gabalfrisa*[90] laisse sans voix tout défenseur fanatique de cet impératif. En l'espèce, la Cour de justice a admis la nature juridictionnelle du *Tribunal económico administrativo*, alors même que ses membres sont des fonctionnaires du ministère des Finances – dont dépend leur nomination et qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire de révocation – qui n'est rien de plus que l'administration responsable des actes qu'ils ont à apprécier. Qu'importe l'évidente proximité, si ce n'est consubstantialité, structurelle entre l'administration fiscale et le Tribunal mis en évidence par l'avocat général Saggio[91] : si la Cour souhaite répondre à la question préjudicielle, rien ne l'empêchera.

Une certaine prise de recul permet de constater combien les aléas propres à la casuistique laissent aux justiciables une jurisprudence vague, confuse et chaotique. Sur un critère dont la précision des contours s'avère pourtant cruciale au plus haut point, celui-ci devient un objet tout bonnement nébuleux. En desserrant l'étau, la Cour dénature l'identité même de l'indépendance, qui peine à trouver un véritable écho.

---

[87] CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96 ; CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97.
[88] CJCE, 30 mars 1993, *Corbiau c/ Administration des contributions*, aff. C-24/92.
[89] Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, pt 26.
[90] CJCE, 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, aff. C-110/98 à C-147/98.
[91] Conclusions de l'Avocat général Saggio sous CJCE, 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, aff. C-110/98 à C-147/98, pt. 16.

En parallèle de ce développement, quelque peu hasardeux, autour de l'article 267 TFUE, la notion d'indépendance a vu son contenu s'enrichir et se clarifier par le prisme de la protection juridictionnelle effective. De la sorte vient la genèse d'un discours plus convaincant à l'aune de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

Paragraphe 2. Une appréciation raffermie aux fins de la protection juridictionnelle effective

Souvent décrié pour avoir perdu de sa teneur, le critère d'indépendance va retrouver une certaine fermeté et limpidité sous la houlette de la protection juridictionnelle effective. Si la question peut paraître éloignée du droit à un recours effectif, elle ne l'est pas totalement. En effet, c'est une chose d'avoir accès à un tribunal, élément, à ce titre, inhérent au droit à un procès équitable[92], mais encore faut-il avoir accès à « un vrai juge »[93]. À ce titre, l'arrêt *Wilson*[94] livre un éclaircissant apport sur cette authenticité du juge. Surtout, même si la Cour induit promptement que la protection juridictionnelle effective implique un recours devant une juridiction au sens défini par le droit communautaire, c'est-à-dire au sens de l'article 267 TFUE, ce jugement permet de systématiser de manière claire et autonome les exigences découlant du principe de l'indépendance judiciaire.

Selon cette jurisprudence constante, ce principe comporte une double composante. Le premier aspect, externe, postule l'existence d'une protection des juges contre les interventions ou pressions extérieures susceptibles de mettre en péril leur indépendance de jugement quant aux litiges qui leur sont soumis. En conséquence, s'établit une ligne de démarcation entre le processus politique et les tribunaux. Telle la figure de *Janus*, ressort de cette première composante deux facettes : l'une individuelle, qui vise l'indépendance personnelle des juges, et l'autre structurelle, qui s'attache aux éventuelles ingérences et intimidations dont peut faire l'objet un organe de jugement dans son environnement.

Cette liberté essentielle vis-à-vis de tels facteurs extérieurs requiert certaines précautions pour les membres du pouvoir judiciaire, à l'instar de garanties d'inamovibilité[95]. Illustration topique représente l'affaire *Syfait* dans laquelle il a été jugé qu'en l'absence de garanties adéquates relatives à la révocation ou à la cessation de la nomination des « juges » appartenant à l'autorité grecque de la concurrence, les règles régissant leur mandat n'assuraient pas une protection

[92] CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09.
[93] F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 141 à 170, spéc. p. 152.
[94] CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04.
[95] CJCE, 22 octobre 1998, *Jokela et Pitkäranta*, aff. jtes C-9/97 et C-118/97, pt 20.

efficace contre les interventions ou pressions indues de l'exécutif[96]. Cette carence fera tomber le masque de la qualification de « cour ou tribunal » au sens de l'article 267 TFUE. Pareillement, l'aspect externe de l'indépendance judiciaire impose l'absence de toute « contrainte hiérarchique ou subordination à tout autre organe qui pourrait donner [...] des ordres ou des instructions »[97] à l'entité qui fait la référence. Le récent arrêt *Margarit Panicello*, où la Cour a jugé que le greffier d'un tribunal espagnol ne pouvait être considéré comme une « juridiction », s'appuie sur ce motif.

Le second aspect, interne, rejoint l'idée d'une sorte d'impartialité tournée vers les parties au litige. Il vise à assurer l'égale distance du juge rapport aux justiciables et des conditions de concurrence équitables. Seront donc de mise une certaine objectivité et l'absence absolue d'intérêt dans l'issue de la procédure, en dehors de l'application stricte de la règle de droit[98]. Ici aussi, deux volets ressortent clairement de cette deuxième composante. D'une part, le tribunal doit être objectivement impartial, au sens où il doit démontrer des garanties propres à écarter tout doute légitime à son égard. D'autre part, le tribunal doit être subjectivement impartial : il ne doit exprimer aucun préjugé personnel ou parti pris[99]. Bien que l'arrêt *Wilson* ne soit pas précurseur dans sa référence explicite[100], il est le premier à indiquer nettement que la Cour de justice conçoit l'impartialité comme faisant corps avec la notion, *de facto* plus ample, d'indépendance. À en croire les conclusions sous cette affaire, il y aurait en effet un « lien fonctionnel entre indépendance et impartialité, la première étant une condition nécessaire de la seconde »[101]. Ceci n'exclut pas, pour autant, une évaluation spécifique.

Concrètement, l'apport de la jurisprudence *Wilson* va se matérialiser par des règles concernant la composition de l'organe et le statut de ses membres. Il en ira ainsi de la nomination, de l'ancienneté ou encore des motifs d'abstention, de rejet et de révocations de ses membres. Mécaniquement, du raffermissement de la quintessence de l'indépendance va naître une ligne jurisprudentielle plus stable, certes, mais moins docile. La Cour a pu, sur cette nouvelle base, affirmer que l'organe de renvoi ne répondait pas à la qualification de juridiction au sens de

[96] CJCE, 31 mai 2005, *Syfait*, aff. C-53/03.
[97] CJUE, 16 février 2017, *Margarit Panicello*, aff. C-503/15, pts 41 et 42.
[98] CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, pt 32.
[99] CJCE, 1er juillet 2008, *Chronopost et La Poste c. UFEX*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, pt 54.
[100] Alors que la notion d'impartialité a été explicitement mentionnée pour la première fois dans CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98 pt 32, la Cour n'a pas examiné de manière approfondie le respect de ce principe avant CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00.
[101] Conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl sous CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, pt 75.

l'article 267 TFUE, alors même que son avocat général avait abouti à une solution contraire[102]. Répondant de la sorte aux critiques les plus sulfureuses[103], la Cour n'a toutefois pas su en esquiver d'autres[104].

Dans cet esprit, le glissement vers un durcissement accru de la condition d'indépendance s'est poursuivi : cette dernière implique dorénavant que les cas de révocation des membres de l'organisme en cause soient déterminés par des dispositions législatives expresses[105]. La sévérité de la Cour de justice se lit dans ses démonstrations vétilleuses : la présence de telles dispositions législatives ne saurait suffit, encore faut-il qu'elles soient suffisamment précises. Ainsi a-t-elle vu un vice dans l'indépendance de la direction de l'aviation civile du ministère croate des Affaires des Transports croate, la personne chargée de statuer sur certaines contraventions au sein de cette direction pouvant être révoquée pour « faute grave », sans que cette notion ait donné à une précision quant à sa portée[106].

Cette approche tatillonne, affreusement irritante peut-elle être, se trouve néanmoins plus en phase avec la nature même de la fonction juridictionnelle. En ce qu'il statue en droit et exclusivement en droit, le juge incarne le rôle de « gardien par excellence du *Rechtstaat* »,[107] car, tout comme le justiciable, il se trouve lui-même soumis au respect du droit[108]. Surtout, cette nouvelle toile de l'indépendance que peint la Cour de justice se calque davantage sur le patron de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. Loin de relever d'un hasard, ce changement de teinte réalisé par le prisme de la protection juridictionnelle effective procède d'un renversement de la position de la Cour : le but n'est plus d'élargir l'accès à la procédure de renvoi préjudiciel, mais de garantir que les personnes aient accès à un organisme indépendant. Ou, pour le dire sous les mots du professeur Fabrice Picod, de garantir que les personnes aient accès à un « vrai juge ».

Ce changement de paradigme, dessein d'une confiance conditionnelle, va trouver un écho particulièrement important dans la jurisprudence contemporaine. La Cour de justice va

---

[102] Conclusions de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 16 février 2017, *Margarit Panicello*, aff. C-503/15, pts 79 et 81.
[103] T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, Common Market Law Review, Vol. 40, n°1, 2003, p. 9-50, spéc. p. 29-30.
[104] A. RIGAUX, *Notion de juridiction nationale*, Europe, avril 2017, comm. 133 : l'auteur se montre particulièrement sévère à l'égard de la Cour, l'argumentation en sens contraire de l'avocat général Kokott lui semblant bien plus convaincante.
[105] CJCE, 31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. C-175/11, pt 97 ; CJCE, 9 octobre 2014, *TDC*, aff. C-222/13, pt 32.
[106] CJCE, ord. 16 novembre 2017, *Air Serbia et Kondic*, aff. C-476/16, pt 25.
[107] S. ADAM, P. VAN ELSUWEGE, *L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comme union de droit*, J.D.E., 2018, n° 253, p. 334-343.
[108] P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 363.

s'engager dans un second mouvement, plus court, mais plus intense, dans l'objectif, cette fois, de préserver l'essence même du renvoi préjudiciel.

Chapitre 2. La mue de l'indépendance judiciaire au service de l'efficience préjudicielle

Après un long silence, une réaction était attendue. Voici chose faite, c'est peu dire. Dans un intervalle de seulement deux ans, la Cour de justice a totalement renouvelé la notion d'indépendance judiciaire, aux fins de l'adapter à ses défis (***Section 1***). Si la démarche doit être saluée, elle fut, fatalement, quelque peu viciée sous la précipitation (***Section 2***).

Section 1. Une notion d'indépendance adaptée à ses défis

À situation exceptionnelle, mutation exceptionnelle. S'adaptant aux défis qui l'attendent, la notion d'indépendance connaît une certaine mue, tant de son contenu, autour de l'article 19 TUE (*Paragraphe 1*), que de son évaluation, autour du test des apparences (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Un contenu enrichi autour de l'article 19 TUE

Anticipé par la Cour de justice à travers l'arrêt *Kadi*[109], un vent nouveau souffle sur l'ordre juridique de l'Union, avec des répercussions inévitables sur le système juridictionnel. Puisque l'Europe n'est pas seulement celle des juges[110], mais aussi celle des valeurs communes[111], advient la genèse d'un courant jurisprudentiel audacieux ancré autour de l'article 2 TUE. Une lecture renouvelée de l'ordre juridique de l'Union à l'aune des droits fondamentaux s'impose d'elle-même[112]. À cet égard, il faut garder à l'esprit que, si elle vient à être sauvegardée, l'Europe des valeurs communes le sera essentiellement par l'Europe des juges. En effet, il apparaît clairement que « *the protection of the European values has become as important as the uniform application of Union law* »[113].

Or, par ricochet, dans une sorte de mouvement de protection circulaire, pour sauvegarder l'Europe des juges, il se trouve nécessaire de préserver leur outil de travailler clé :

---

[109] CJCE, gr.ch.,3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P.
[110] R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.
[111] A. TURMO, « L'« Europe des valeurs communes » et la confiance mutuelle dans le droit pénal de l'Union européenne : Analyse de l'impact de la résistance nationale à un récit judiciaire européen » in A. BAILLEUX, E. BERNARD, S. JACQUOT, *Les récits judiciaires de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 145-168.
[112] Voir not. CJUE, gr.ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.
[113] A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Novel Ways to Enforce European Values*, VerfBlog, 2019, https://verfassungsblog.de/countering-the-judicial-silencing-of-critics-novel-ways-toenforce-european-values/.

le renvoi préjudiciel, lui-même conditionné par l'indépendance judiciaire… Là semble du moins être le sens des récents arrêts de la Cour de justice. C'est donc dans ce tour de passe-passe, où d'aucuns verront à juste titre l'article 267 TFUE comme une « clé de voûte "au carré" de l'ordre juridique de l'Union »[114], que vient la nécessité de réorienter la notion d'indépendance judiciaire. Mais encore faut-il trouver la disposition pivot permettant d'opérer un tel tournant, sans déraper. C'est cette quête, dans les antres des Traités, qu'a entrepris la Cour de justice : dénicher l'article phare, mettre la main sur le précieux « sésame de l'Union de droit »[115].

D'abord proposé par divers auteurs dans la doctrine[116], ensuite utilisée comme base légale pour la première fois par la Commission afin de saisir la Cour de justice d'une procédure d'infraction contre le gouvernement polonais[117], le levier d'action choisi sera finalement l'article 19, paragraphe 1er, alinéa 2 du TUE. Seulement quelques mois après l'initiative de la Commission, la Cour de justice ouvre, dans l'affaire *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[118], ce qu'elle semble présenter comme la boîte de pandore en matière de mesures nationales menaçant l'indépendance du pouvoir judiciaire national.

De manière inattendue, les faits de l'affaire permettent de mettre en avant l'activisme de la Cour de justice, cette dernière transformant une simple affaire de mesures d'austérité, en un jugement capital, à la fois pour l'État de droit, mais aussi pour la construction du modèle juridico-constitutionnel sur lequel s'assoit le processus d'intégration européenne. En l'espèce, en réponse au programme d'assistance financière de l'UE et en vue de réduire son déficit budgétaire excessif, en 2014 le Portugal a adopté une loi visant à réduire les dépenses publiques. Cela incluait notamment une réduction des salaires des membres de la Cour des comptes portugaise. Saisi par l'association syndicale des juges portugais, le *Supremo Tribunal Administrativo* a renvoyé à la CJUE une question qui vise à savoir si, en substance, de telles mesures budgétaires menacent l'indépendance judiciaire desdits membres, garantie par l'article 19 TUE et l'article 47 de la Charte.

---

[114] L. COUTRON, *Chronique contentieux de l'UE - En attendant la Pologne, la Cour au secours de l'indépendance des juges portugais...*, RTDEur., 2019, n°2, p. 459.
[115] C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *L'article 19 du Traité sur l'Union européenne : sésame de l'Union de droit - Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des juges nationaux*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2019.
[116] C. CLOSA, D. KOCHENOV, J.H.H. WEILER, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, EUI Working Papers, n°2014/25, 2014, p. 10.
[117] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_5367
[118] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16.

Malgré cette double base, il faut relever que la Cour de justice a recentré la question préjudicielle presque exclusivement sur l'article 19 TUE. Et pour cause, selon la Cour l'article 19 TUE, « qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie la charge d'assurer le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales ».[119] Une telle interprétation était loin d'être explicite : mentionnant que les États membres ont à charge d'établir des « voies de recours » en vue de garantir une protection juridictionnelle effective, le second alinéa de l'article 19 paragraphe 1[er], TUE semble davantage concerner l'accès au juge que sa qualité même[120]. C'est pourtant là, dans cette double exigence relative aux tribunaux de l'Union et aux tribunaux nationaux, que réside « *one of the recent touches on the impressionist canvas of judicial independence under Union law* »[121]. En effet, en associant la question de l'accès à celle de la qualité de l'organe en charge d'assurer le respect du droit de l'Union, la Cour crée un lien indissoluble entre le respect de l'État de droit et le principe d'une protection juridictionnelle effective[122]. Parce que l'un ne peut exister sans l'autre, les organes chargés de faire respecter l'État de droit au sein de l'UE, à savoir les juridictions nationales, doivent répondre aux exigences d'une protection juridictionnelle effective. L'article 19 TUE fait donc de toutes les juridictions nationales, ou du moins, celles susceptibles d'être appelées à interpréter ou à appliquer le droit de l'Union, des juridictions européennes. Le caractère intégré de l'Union, qui ne prévoit pas des « juridictions de l'Union » proprement dites – à l'inverse d'un système fédéral – mais qui compte sur les juges nationaux eux-mêmes pour investir le rôle de juges de l'Union, est une fois de plus mis en avant.

La reformulation de la question préjudicielle autour du seul article 19 TUE met en exergue, tant l'inclusion de l'indépendance judiciaire au sein de cette disposition, que sa nature autonome, au sens où il n'est nullement indispensable de procéder à un examen accolé à une autre disposition pour l'invoquer. De la sorte, la référence à l'article 47 de la Charte, pour souligner le caractère primordial de l'indépendance des acteurs judiciaires, en tant que garants de la protection juridictionnelle effective, paraît presque anecdotique[123]. Cette déclaration ne fait que

---

[119] *Ibid, spéc.* pt 32.
[120] E. DUBOUT, *Integration Through the Rule of Law ? La judiciarisation de l'État de droit dans l'Union européenne*, Rev. Aff. Eur., n°4, 2019, p. 51-66, spéc. p. 53.
[121] P. ZINONOS, *Judicial Independence & National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice,* European Public Law, n°4, 2019, p. 615-636, spéc. p. 616.
[122] K. LENAERTS, *The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence*, Speech at the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland, Warsaw, 2018, www.nsa.gov.pl/download.php?id=753&mod=m/11/pliki_edit.php.
[123] *Ibid, spéc.* pt 47.

confirmer le lien entre l'article 47 de la Charte et « l'obligation imposée aux États membres » résultant de l'article 19 TUE, déjà établi dans la jurisprudence[124]. Cette mobilisation inodore de l'article 47 de la Charte montre combien cette disposition tient un rôle passif aux yeux de la Cour. Celle-ci est présente, au pire pour guider, au mieux pour soutenir, l'interprétation de l'article 19 TUE qui semble donc tenir les rênes dans l'objectif de faire assurer le respect de la garantie d'indépendance judiciaire.

Outre l'article 47 de la Charte, la Cour se réfère également à la jurisprudence relative à l'article 267 TFUE pour réaffirmer que la notion de « juridiction » sous-tend l'indépendance. En réalité, tout en reprenant la définition de la jurisprudence *Wilson*, la Cour va l'adapter et l'enrichir au fil des affaires. En effet, elle considère en l'espèce que la perception par les membres de l'organe concerné d'un « niveau de rémunération en adéquation avec l'importance des fonctions qu'ils exercent constitue une garantie inhérente à l'indépendance des juges »[125]. Reprenant la nouvelle base de l'article 19 TUE, solution « élégante et cohérente »[126], la Cour ira plus loin en ajoutant que le principe d'inamovibilité exige « que les juges puissent demeurer en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée »[127]. Enfin, face au risque de manipulation du régime disciplinaire des juges comme un instrument de « contrôle politique du contenu des décisions judiciaires », la Cour de justice n'a pas hésité à copieusement augmenter le nombre de garanties fournies par l'exigence d'indépendance[128].

Dans l'affaire des juges portugais, l'issue de l'application des critères d'évaluation aux mesures concrètes prises par l'État portugais ne faisait guère de doute. Naturellement, en raison, tant de leur caractère temporaire et général, que de leur finalité, les mesures de réduction salariale lusitanienne ne portaient nullement atteinte à l'indépendance de la Cour des comptes. Toujours est-il que l'important n'était, évidemment, pas là. Nul besoin d'être météorologue pour comprendre que l'orage qui se formait sur les côtes portugaises avait pour destination l'est de

[124] CJUE, 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, aff. C-682/15, pt 44.
[125] *Ibid, spéc*. pt 45.
[126] Conclusions de l'avocat général Tanchev sous CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, pt 58.
[127] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, pt 76.
[128] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 67. Par un considérant inédit, la Cour estime que « […] l'édiction de règles qui définissent, notamment, tant les comportements constitutifs d'infractions disciplinaires que les sanctions concrètement applicables, qui prévoient l'intervention d'une instance indépendante conformément à une procédure qui garantit pleinement les droits consacrés aux articles 47 et 48 de la Charte, notamment les droits de la défense, et qui consacrent la possibilité de contester en justice les décisions des organes disciplinaires constitue un ensemble de garanties essentielles aux fins de la préservation de l'indépendance du pouvoir judiciaire ».

l'Europe. En effet, le laconisme de l'examen des mesures nationales en cause montre à quel point la Cour attache plus d'importance aux développements consacrés à la préservation du système judiciaire européen, qu'à l'issue concrète de l'affaire. Ce système judiciaire de l'Union trouve sa source, tout comme son bouclier, dans l'article 19 TUE.

De pair à l'adaptation du principe d'indépendance sur la base de l'article 19 TUE, les juges du Kirchberg acclimatent leur appréciation à cette nouvelle consistance.

Paragraphe 2. Une évaluation ajustée autour de la « théorie des apparences »

L'augmentation des exigences entourant le principe d'indépendance s'inscrit dans un processus de variation de l'appréciation de son respect. Dans le sens d'une pureté et d'une justesse toujours plus poussée, cette mutation s'explique par l'herméticité congénitale de cette notion. Nulle ne peut prétendre pénétrer la mécanique de l'esprit et de la pensée de son prochain. Un juge, comme tout autre individu, garde donc en soi une sphère psychique insondable, une réflexion intellectuelle insaisissable. Face à l'impossibilité matérielle de connaître avec exactitude les motifs profonds et réels des décisions des juges, l'idéal reste de donner le sentiment que la décision fut rendue avec l'indépendance la plus sincère possible.

De cette complexité intrinsèque jaillit le besoin d'évaluer l'indépendance par le biais de « la théorie des apparences ». En effet, pour garantir l'objectivité judiciaire, « *the best we can do is to create an institutional and procedural setting in which the only interest of judges lies in deciding cases to the best of their abilities* »[129]. Un tel cadre, dont la récente jurisprudence pose les jalons, vise à minimiser la probabilité d'une ingérence indue dans les décisions des juridictions nationales. Si le Plateau du Kirchberg s'est remarquablement approprié cette méthode ces dernières années, la Cour européenne des droits de l'homme est pionnière en la matière. Se ralliant au retentissant aphorisme de Lord Chief Justice Hewart, « *justice must not only be done, it must be seen to be done* »[130], la Cour EDH s'est pour la première fois référée aux « apparences » dans son arrêt *Delcourt c. Belgique*[131].

[129] M. KRAJEWSKI, *The AG Opinion in the Celmer Case: Why the Test for the Appearance of Independence is Needed*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/the-ag-opinion-in-the-celmer-case-why-the-test-for-theappearance-of-independence-is-needed/.
[130] « La justice ne doit pas seulement être rendue, mais il doit être visible qu'elle est rendue » Chambre des Lords, 1924, *R. v. Sussex Justices, Ex Parte McCarthy*, 1 KB 256.
[131] CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65.

Établir, c'est une chose, définir, une toute autre. Hormis son caractère pluriel, qui échappera à certains[132], il est vrai que la Cour EDH n'a guère donné de renseignement sur cette mystérieuse technique[133]. Une certitude réside dans le fait que ses premiers pas s'inscrivent sur le socle de l'indépendance et de l'impartial des juges. Plus précisément, c'est sous l'article 6 CEDH que la jurisprudence a véritablement donné corps à cette pratique. En effet, la Cour EDH estime que les apparences, qu'affichent les institutions judiciaires aux yeux des justiciables, sont d'une importance déterminante en la matière[134]. À ce titre, si les appréhensions d'une partie, concernant l'indépendance d'une entité, entrent en ligne de compte, elles ne jouent toutefois pas un rôle décisif[135]. L'élément déterminant consiste à savoir si ces appréhensions sont « objectivement justifiées »[136].

L'objectif de la Cour EDH, à travers cette construction prétorienne, réside dans la volonté, si ce n'est d'établir, au moins de maintenir, la confiance que les tribunaux doivent inspirer au public[137]. Naturellement, la démarche de la Cour EDH se trouve entièrement tournée vers les individus. D'ailleurs, c'est par la prise en compte de la « sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice » que la Cour EDH justifie « l'importance croissante »[138] qu'elle entend attribuer aux apparences[139]. Face à une juridiction supranationale, dont le rôle principal est d'assurer la défense des justiciables, en tant qu'individu, cette remarque peut paraître assez anodine. Pourtant, ici réside la différence d'approche sensible avec la CJUE.

Dans le cadre de l'Union, si le but est aussi de « dissiper tout doute raisonnable dans l'esprit des individus quant à l'étanchéité de [l'entité] aux facteurs externes et à sa neutralité par rapport aux intérêts dont il est saisi »[140], le terme « individu » renferme un sens bien plus large. Il ressort en effet des récents développements jurisprudentiels que le test des apparences trouve un écho auprès des justiciables, personnes physiques et morales, mais aussi à l'égard des juridictions des autres États membres et de la Cour de justice elle-même.

---

[132] D. CHABANOL, *Théorie de l'apparence ou apparence de théorie*, AJDA, 2002, p. 9.
[133] F. SUDRE, *Le mystère des "apparences" dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 2009, n°79, p. 633.
[134] CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n°8790/79, pt 42.
[135] CEDH, 9 février 2007, *Sacilor-Lormines c. France*, req. n°65411/01, pt 63 ;
[136] CEDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. n° 22678/93, pt 71 ; CEDH, 8 janvier 2020, *Grace Gatt c. Malte*, req. n° 46466/16, pt 85.
[137] CEDH, 22 décembre 2009, *Parlov-Tkalc˘ic´ c. Croatie*, req. n° 24810/06, pt. 82.
[138] CEDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n°39594/98, pt 82.
[139] Sur ce point, voy. P. GILLAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012 p. 12-30.
[140] CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, pt 53 ; CJUE, 31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. C-175/11, pt 97.

La mutation de l'appréciation de la CJUE se traduit par l'application, non plus unidimensionnelle, mais multidimensionnelle du test des apparences. L'indépendance doit être en apparence fiable, tant verticalement, aux yeux individus, comme ceci était requis dès l'arrêt *Wilson*, qu'horizontalement, aux yeux des juges nationaux et européens.

Sur ce point, une précision mérite d'être faite. Si les aspects externe et interne de l'indépendance « postulent l'existence de règles […] qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables », l'utilisation du verbe « postuler », tout comme, plus fermement, celle du verbe « *require* » dans la version anglaise, laisse entendre que ces règles émanent de la double exigence. En d'autres termes, les éléments sollicités aux fins d'évaluer les apparences ne forment pas une troisième condition à part entière de l'indépendance, comme cela pu être implicitement admis[141], mais simplement une manière d'apprécier les deux aspects.

Ceci étant dit, il faut noter que la Cour de justice a intensifié son usage du concept des apparences d'indépendance. Ainsi a-t-elle jugé que l'introduction d'une possibilité de prolongation discrétionnaire de l'exercice des fonctions de juge, concomitamment à l'abaissement de l'âge du départ à la retraite, permet un remaniement majeur de la composition de la *Sąd Najwyższy*, « de nature à engendrer des doutes légitimes, notamment dans l'esprit des justiciables » quant à l'indépendance des juges concernés[142]. Une conclusion analogue vaut pour la chambre disciplinaire de cette même Cour suprême, eu égard à ses conditions de création, ses caractéristiques ainsi que la manière dont ses membres ont été nommés[143].

Hormis l'alignement sur les pratiques de la Cour EDH, cette jurisprudence de la Cour de justice mérite d'être saluée pour diverses raisons. Premièrement, elle permet d'aborder des situations extrêmement délicates avec une parfaite objectivité. Répondant à l'argument de la chancellerie polonaise selon lequel « l'idée que les juges polonais seraient influençables est offensante », l'avocat général Tanchev avait souligné, avec une justesse remarquable, qu'il n'est aucunement question du supposé manque de professionnalisme des juges polonais, mais « de savoir si l'opinion publique peut légitiment penser que les mesures concernées jettent un discrédit » sur l'indépendance[144].

---

[141] P. ZINONOS, *op. cit.* p. 633 ; A. PEREGO, *La jurisprudence de la Cour de justice sur l'indépendance judiciaire*, R.D.U.E., 2019, n°4, p. 129-142, spéc. p. 132.
[142] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, pt 118.
[143] CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.
[144] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, aff. C-192/18, pts 62 et 112.

Deuxièmement, le concept des apparences permet d'éviter l'adoption de normes minimales pour les systèmes nationaux de nomination judiciaire. Prisée par certains[145], l'adoption d'un tel standard peut avoir une incidence importante sur l'organisation du pouvoir judiciaire dans d'autres États membres, particulièrement lorsque les branches politiques ont un mot à dire sur les nominations judiciaires (comme en Espagne, en Autriche, en Allemagne et en Irlande). Par sa flexibilité, le concept des apparences assure une certaine tolérance, indispensable au sein d'un pluralisme juridique.

Troisièmement et surtout, ce concept possède une portée considérable[146]. Dans les affaires relatées, l'évaluation des apparences d'indépendance pourra être appliquée par les « anciens » juges de la Cour suprême à la chambre disciplinaire. De même, ce test pourra être appliqué aux « nouveaux » juges, de la juridiction suprême comme des juridictions inférieures, nommés dans des circonstances controversées. Enfin, ce test pourra être porté au soutien des parties dont l'affaire a été tranchée par un juge nommé de manière litigieuse, dans l'optique de demander la réouverture de la procédure et d'obtenir des dommages et intérêts.

En érigeant le respect de l'indépendance judiciaire en obligation de droit primaire, à travers l'article 19 TUE, tout en renouvelant son évaluation, le présent schéma jurisprudentiel de la CJUE fut unanimement encensé, à peu de chose près. Si, au regard de sa finalité, il est difficile de penser autrement, certains éléments de cette construction peuvent laisser dubitatifs.

Section 2. Une évolution altérée sous la précipitation

Contrainte par les circonstances, la célérité avec laquelle a évolué la notion d'indépendance laisse inévitablement quelques stigmates. De fait, à une conceptualisation désordonnée (*Paragraphe 1*) s'associe une évaluation perfectible (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une conceptualisation désordonnée

Dès lors que l'article 19, paragraphe 1, TUE habilite la Cour de justice à contrôler si une mesure nationale affecte l'indépendance des juridictions nationales, se pose inévitablement la question des relations entre cette disposition et l'article 267 TFUE. En effet, les récents développements jurisprudentiels invitent à s'interroger sur le fait de savoir si le concept

[145] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pts 118-129.
[146] M. KRAJEWSKI, M. ZIOLKOWSKI, *The Power of 'Appearances'*, VerfBlog, 2019, https://verfassungsblog.de/the-power-of-appearances/.

d'indépendance, au sens de l'article 19 paragraphe 1, TUE correspond à ce même concept, au sens de l'article 267 TFUE.

Au préalable, il convient de ne pas se méprendre en rangeant cette question dans les profondeurs d'une tanière doctrinale aux réflexions frivoles et tracassières. Loin de là. Si la dimension théorique de cette problématique n'est pas négligeable, ses répercussions pratiques semblent d'autant plus considérables.

Aux premiers abords, étant donné que la Cour interprète systématiquement toute référence à la notion de « cour ou tribunal » à la lumière de sa jurisprudence relative à l'article 267 TFUE[147], il paraît possible d'affirmer que le concept « d'indépendance » revêt la même signification, quelle que soit la disposition. En mettant en lumière « *the double joint duty* »[148] de l'article 19 TUE et de l'article 267 TFUE par le prisme de l'indépendance, qui consiste à assurer la pleine efficacité du droit de l'Union ainsi que la protection effective des droits des personnes en vertu de ce droit[149], la CJUE nourrit cette affirmation. Néanmoins, la composition de l'indépendance orchestrée sous la partition de l'article 19 TUE ne s'ajuste pas harmonieusement sur celle élaborée sous l'article 267 TFUE.

Une première fausse note se distingue dans le silence embarrassant de la Cour à l'égard de l'article 267 TFUE, dès son œuvre fondatrice *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*. En effet, dans le cœur de son raisonnement, la Cour fait référence à la notion de « juridiction, au sens défini par le droit de l'Union », tout en décryptant les points fondamentaux de sa jurisprudence relative à l'article 267 TFUE, mais ne dit mot de celui-ci[150]. Ce mutisme, alors même que cette disposition constitue la cheville ouvrière de la démonstration de la CJUE, entretient l'idée d'une double conceptualisation de « juridiction » dans l'ordre juridique de l'Union.

Une seconde dissonance interpelle, de manière plus globale, en ce qu'un rattachement à la notion de juridiction telle qu'interprétée aux fins d'application de l'article 267 TFUE, pour définir les principes applicables à toutes les juridictions dans un État de droit, ne relevait pas de l'évidence. Considérer que le respect de l'indépendance n'est exigible que pour les juridictions

[147] Voir, par exemple, par rapport à l'article 9 de la directive 98/5 (CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, pt 44) ou encore, par rapport à l'article 39 de la directive 2005/85 et à l'article 47 de la Charte (Conclusions de l'avocat général Bot sous CJUE, 31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. C-175/11).
[148] P. ZINONOS, *op. cit.* p. 626.
[149] Ce double devoir conjoint est particulièrement mis en relief dans CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.
[150] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pts 37 et 38.

susceptibles de procéder à un renvoi préjudiciel paraît assez invraisemblable. Pour condamner des ingérences de l'exécutif dans l'organisation, le fonctionnement ou la composition d'un tribunal, est-il véritablement nécessaire d'établir si l'entité est en mesure d'user du mécanisme préjudiciel ? On peut en douter. Abrupte et paradoxale fut donc l'introduction de l'indépendance judiciaire par la voie de l'article 19 TUE.

Enfin, un dernier couac se devine à travers les ajouts successifs d'exigences incorporées à la conception d'indépendance judiciaire[151]. Exemple topique constitue l'arrêt *Celmer* où il est affirmé que l'indépendance judiciaire requiert, de surcroît, des garanties contre le (mauvais) recours aux juges disciplinaires en tant que système de contrôle politique du contenu des décisions judiciaires[152]. L'adjonction de tels appendices, au fur et à mesure, montre combien la CJUE peine à fusionner sa conceptualisation antérieure de l'indépendance judiciaire, avec celle développée en réaction aux menaces qui planent sur l'État de droit.

Ainsi le virtuose, tout comme le musicastre, se rendent bien compte que « *all of this brings chaos into the CJEU's concept(s) of judicial independence* »[153].

Comment expliquer une telle cacophonie ? Sans prétendre à l'exhaustivité, trois justifications peuvent être valablement admises. Premièrement, les critères développés jusqu'à présent ont servi dans des contextes totalement étrangers aux présentes menaces systémiques à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Jadis, la préoccupation essentielle de la CJUE n'a pas été, comme c'est le cas pour la Cour EDH via l'article 6 CEDH, de protéger le droit des individus à un tribunal indépendant. Tout au contraire, le souci primordial était de rendre attractive la procédure du renvoi préjudiciel.

Deuxièmement et de manière connexe, cette jurisprudence était jusque-là destinée à évaluer l'indépendance d'organe déterminé, concret, « palpable » par la CJUE, serions-nous tentés de dire. Or, elle vient dorénavant au soutien d'évaluation de changements institutionnels globaux où il est finalement question de l'ensemble du système juridique d'un État membre[154].

---

[151] *Cf. Supra*, *Paragraphe 1. Un contenu enrichi autour de l'article 19 TUE.*
[152] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 67.
[153] D. KOSAR, *The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/the-cjeu-has-spoken-out-but-the-showmust-go-on/.
[154] M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, AssociacAo Sindical dos Juizes Portugueses,* European Constitutional Law Review, n°14, 2018, p. 622-643, spéc. p. 639.

Troisièmement enfin, l'indépendance judiciaire était auparavant examinée par la Cour de justice lorsqu'un organe, qui n'appartenait pas à l'architecture judiciaire de droit commun d'un État membre, la sollicité via l'outil préjudiciel. Autrement dit, il s'agissait, dans l'immense majorité des cas, de zones grises où se classent les entités dites « chimériques », mi-judiciaires, mi-administratives. Pour les entités relevant de l'organisation judiciaire nationale, la question ne se posait guère[155], l'indépendance judiciaire faisant figure pour celles-ci de principe « *uncontested and uncontestable* »[156]. Désormais, la difficulté réside dans le fait que la Cour est amenée à se pencher sur la qualification de tels organes. Examen qui, ordinairement, n'aurait pas fait l'objet du moindre débat.

La Cour a donc simplement adapté la notion d'indépendance judiciaire à ce contexte particulier, au prix, regrettable, mais peut-être inévitable, d'une certaine cohérence jurisprudentielle. À cet égard, il faut admettre que les ajouts effectués au titre de l'article 19 TUE sont bien des appendices, insérés lorsque le besoin s'en est fait ressentir. Il faut en conclure qu'il s'agit bien d'une seule et même conceptualisation, et non d'un développement totalement distinct. Si la parfaite identité des critères de définition avancés dans l'un et l'autre cas vient au soutien de cette thèse, la jurisprudence la plus récente tend à la confirmer définitivement. Seulement, en confirmant le postulat d'une unique conceptualisation de l'indépendance judiciaire, le tout frais arrêt *Banco de Santander* met aussi sur la table certaines dérives[157].

En l'espèce, en concordance avec les conclusions de son avocat général, la Cour de justice a émis des doutes quant à la qualification de « juridiction » du *Tribunal Económico-Administrativo Central* espagnol, qualification qui n'est donc pas gravée dans le marbre. Et pour cause, la Cour avait pleinement admis la recevabilité d'une question posée par cette même entité, au niveau régional certes, il y a vingt ans de cela[158]. Malgré l'indifférence avérée du niveau territorial du siège, la Cour estime que « ces considérations doivent être réexaminées eu égard, notamment, à la jurisprudence plus récente de la Cour relative, en particulier, au critère d'indépendance auquel doit répondre tout organisme national pour être qualifié de "juridiction", au sens de l'article 267 TFUE »[159]. Après avoir passé le TEAC au crible de sa nouvelle grille, la Cour estime que, tant les aspects interne qu'externe de l'indépendance ne sont pas remplis.

[155] Voy. CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU.
[156] T. VON DANWITZ, *Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ*, Discours d'ouverture à la Conférence annuelle sur le droit européen, King's College Londres, Mars 2018.
[157] CJUE, 21 janvier 2020, *Banco de Santander*, aff. C-274/14.
[158] CJCE, 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, aff. C-110/98 à C-147/98.
[159] CJUE, 21 janvier 2020, *Banco de Santander*, aff. C-274/14, pt 55.

Par cette fin de non-recevoir particulièrement sèche, la Cour de justice applique nettement pour la première fois sa jurisprudence développée sous l'angle de l'État de droit, à un cas radicalement extérieur à ces préoccupations. Par la même, la CJUE confirme que sa conception de l'indépendance judiciaire répond à l'unisson, de quoi faire siffler les oreilles de certains. Sans doute les juges du Kirchberg ont-ils voulu envoyer un message à la Pologne pour montrer que l'application stricte de l'indépendance est la même pour tous et que cette dernière n'est pas stigmatisée. Toujours est-il que l'application d'une jurisprudence aussi sévère, à des situations pour laquelle elle n'a absolument pas était conçue, pose sérieusement question. L'affaire *Banco de Santander* met en évidence cette inadéquation.

Finalement, sans doute aurait-il été judicieux de ne pas adopter une conceptualisation unifiée, entremêlant l'article 19 TUE et 267 TFUE, mais séparée. Une conceptualisation distincte, spécifique, aurait sûrement permis d'éviter un amalgame entre des situations diamétralement opposées. À vouloir éviter l'isolement de la Pologne, la Cour risque à l'avenir d'isoler bon nombre d'autres juridictions. Voire même, paradoxalement, les juridictions polonaises elles-mêmes[160].

Si l'on peut donc trouver à redire sur l'élaboration de la conceptualisation de l'indépendance judiciaire, telle qu'elle apparaît de nos jours, il en va de même en ce qui concerne son appréciation.

Paragraphe 2. Une évaluation perfectible

Les changements opérés concernant l'évaluation du concept d'indépendance judiciaire, contrairement aux modifications de son contenu même, suscitent bien moins de remontrances. Dans une analyse résolument perfectionniste, quelques déboires peuvent néanmoins être pointés du doigt.

Au sujet du maniement de la théorie des apparences, dont les louanges ont précédemment été faites, le pénible exercice de l'antithèse génère bien peu de matière. Naturellement, comme tout outil juridique, une utilisation maladroite peut rapidement mener à de fâcheuses conséquences. Sur ce point, il faut noter que le test des apparences, certainement plus que bien d'autres, peut très facilement être mal employé. À vrai dire, ce risque dépend surtout des mains, nationales ou européennes, qui auront pour tâche de le manipuler. En effet, la flexibilité de la théorie des

[160] *Cf. infra. Paragraphe 2. Une démarche préjudiciable.*

apparences, qui a justement été soulignée[161], permet d'asseoir une forme de souplesse dans l'appréciation des différents entendements de l'indépendance judiciaire à travers le continent. Néanmoins, pour prétendre à une telle ouverture d'esprit à l'égard des divers ordres juridiques étatiques, cela suppose que l'autorité juridique en charge de l'évaluation des apparences détienne semblable qualité. C'est ici, il nous semble, que le bât peut potentiellement blesser.

L'hétérogénéité fait figure de maître mot en ce qu'il concerne les pratiques de l'indépendance judiciaire sur le Vieux continent. Les disparités sont d'autant plus considérables entre les « anciens » États membres de l'Union européenne et les adhérents plus récents, notamment ceux issus de la vague d'élargissement de 2004[162]. Dès lors, si l'examen des apparences d'indépendance est entre les mains de juges nationaux qui n'ont ni la capacité de discernement ni les moyens matériaux aux fins d'apprécier pleinement la fiabilité d'un système judiciaire qui leur est étranger, alors la plus-value de la théorie des apparences disparaît. Pour qu'il conserve l'essentiel de ses avantages, il convient donc de laisser à la charge de la seule Cour de justice le test des apparences. Cette dernière possède des ressources importantes ainsi qu'une vision d'ensemble propre à toute juridiction supranationale, lui permettant d'effectuer efficacement ce test, quelle que soit l'origine étatique de l'entité en cause.

Outre ces préconisations touchant la question du garant adéquat du test des apparences, une omission semble trahir l'évaluation millimétrée de l'indépendance judiciaire qu'opère la CJUE. Manque effectivement à l'appel un test qui, lui non plus, n'a pas échappé à la Cour européenne des droits de l'homme : ce que l'on nomme le « test d'établissement ». Pour être tout à fait exact, ce test se trouve négligé par la CJUE, mais pas inexistant. Le critère de « l'origine légale de l'organe » figure dans la liste des exigences minimales issue de l'affaire *Vaassen-Göbbels*[163]. Ce critère sous-entend que l'organe exerce une fonction judiciaire sur la base d'un acte adopté par les autorités publiques nationales, et non sur la base d'un accord entre les parties[164].

On peut s'étonner de voir la Cour de justice bâtir une méthode détaillée pour évaluer l'indépendance des tribunaux, sans l'ombre d'une référence à ce test. La CJUE limite la vérification requise en vertu du droit de l'Union à la seule question de l'indépendance, au sens strict du terme, sans même se préoccuper, au préalable, de savoir si l'organe mis en cause est

[161] *Cf. Supra. Paragraphe 2. Une évaluation ajustée autour de la « théorie des apparences »*.
[162] M. BOBEK, *op.cit*.
[163] CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65.
[164] Conclusions de l'Avocat général Tesauro sous CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, pt 28.

« établi par la loi ». Pourtant, la jurisprudence développée par la Cour EDH en la matière dévoile une étonnante commodité de ce test avec le contexte actuel.

En effet, pour la Cour de Strasbourg, la notion d'« établi par la loi » figurant à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, reflète le principe de l'État de droit. Une juridiction doit toujours être « établie par la loi », faute de quoi il lui manquerait la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers[165]. L'intérêt de cette exigence réside dans son ressort particulièrement large : elle couvre non seulement la base législative de l'organe[166], mais aussi la composition spécifique de chaque formation judiciaire dans une affaire particulière[167]. Ainsi, de manière sensiblement analogue à la situation actuelle en Pologne, la Cour EDH a pu juger contraire au principe d'un « tribunal établi par la loi » la pratique consistant à prolonger tacitement le mandat des juges pour une durée indéterminée à l'expiration de leur mandat légal et jusqu'à leur nouvelle nomination[168]. De la même manière, la Cour EDH a pu affirmer que le remplacement d'un juge doit également être dénué d'arbitraire[169].

Nonobstant cette jurisprudence, qui vise expressément à éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif[170], la Cour de justice en fait totalement abstraction. Ce sentiment d'imprévoyance sidérant trouve son point culminant à la lecture de l'arrêt *A.K.*[171]. En l'espèce, le critère « établi par la loi » aurait pu trouver application pour examiner les nominations judiciaires controversées faites à la Cour suprême, notamment pour les deux nouvelles chambres créées en 2018. De plus, ce critère aurait pu être invoqué pertinemment pour évaluer les nominations judiciaires faites avec la participation du Conseil national de la magistrature après sa réaffectation en 2018. Il n'en est rien.

Il faut admettre que, parce que le test d'établissement implique des éléments du test d'indépendance *stricto sensu*, alors certaines exigences du premier peuvent, indirectement, être analysées dans le cadre du second, notamment via le contrôle des facteurs externes et internes.

---

[165] CEDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n°58442/00, pt 81.
[166] CEDH, 20 juillet 2006, *Sokourenko et Strygoun c. Ukraine*, req. jtes n°29458/04 et n°29465/04, pt 24.
[167] CEDH, 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, req. n°17358/90, pt 29 ; CEDH, 9 juillet 2009, *Ilatovskiy c. Russie*, req. n° 6945/04, pt 36.
[168] CEDH, 27 mai 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, req. n°21722/11, pt 151.
[169] CEDH, 2 août 2019, *Pasquini c. Saint-Marin*, req. n°50956/16, pt 112.
[170] CEDH, 28 juillet 2009, *Savino et autres c. Italie*, req. jtes n°17214/05, n°20329/05 et n°42113/04.
[171] CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.

Il en va ainsi pour le mode et les circonstances de nominations des juges[172]. Néanmoins, la CJUE aurait pu compléter, ou plus précisément, précéder cela en pointant le critère de l'établissement par la loi. Malgré le chevauchement, il faut considérer les deux tests comme complémentaires. Le test d'établissement présente des atouts supplétifs indéniables.

D'abord, ce test constitue une première vérification préalable : l'examen ne se poursuit que si cette condition est remplie. Le cas échéant, l'analyse de l'indépendance proprement dite devient superflue. Dans l'arrêt *A.K.*, il peut donc être soutenu que cette démarche arrive trop tard. Ne pas effectuer ce test, à temps utile, ôte un rempart juridique et, mécaniquement, abaisse le niveau de protection du pouvoir judiciaire du point de vue de l'État de droit.

Ensuite, ce test permet une approche moins individualisée. L'approche prônée par la CJUE implique de prendre en compte des circonstances particulières, tel que le contexte dans lequel la juridiction a été créée, son fonctionnement ainsi que sa perception dans la société. Or, le test d'établissement permet d'arriver à la conclusion que le « tribunal » n'est pas conforme au droit de l'Union, sans tergiverser à travers des éléments subjectivement liés audit « tribunal ».

Enfin, il est intéressant de remarquer que, si cette exigence du test d'établissement émane de la jurisprudence relative à l'article 267 TFUE, elle ressort encore plus nettement de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux. Ce dernier dispose que le tribunal doit être « établi préalablement par la loi ». Or, se délier de l'article 267 TFUE ainsi que des problématiques qui s'y rattachent, nous l'avons vu et nous le verrons encore[173], n'est pas sans intérêts. Malheureusement, la Cour de justice ne profite pas de l'ensemble de sa boîte à outils.

En accord avec les mots du professeur Pascal Filipek, il est donc soutenu que « *the approach adopted so far is methodologically questionable, since it is incomplete* »[174]. Toutefois, comme ce dernier le souligne d'ailleurs, il ne faut pas perdre espoir : la Cour de justice aura l'occasion de perfectionner son raisonnement dans de prochaines affaires préjudicielles, où la Cour suprême polonaise formule ses questions dans le langage du « critère d'établissement »[175].

---

[172] *Ibid*, pts 127 et 146.
[173] *Cf. Supra. Paragraphe 1. Une conceptualisation désordonnée* ; *Cf. infra. Paragraphe 2. Une démarche préjudiciable*.
[174] P. FILIPEK, *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court: The ECJ's Independence Test as an Incomplete Tool to Assess the Lawfulness of Domestic Courts*, VerfBlog, 2020, https://verfassungsblog.de/only-a-court-established-by-law-can-be-an-independent-court/.
[175] Demande de décision préjudicielle présentée par le Sąd Najwyższy (Pologne) le 26 juin 2019 – *W. Ż.*, aff. C-487/19 ; Demande de décision préjudicielle présentée par le Sąd Najwyższy (Pologne) le 3 juillet 2019 – *M. F./J.M.*, aff. C-508/19.

Il est vrai que le tableau soucieux présenté jusqu'ici, intentionnellement scrupuleux, ne saurait résumer la récente construction jurisprudentielle de la CJUE. En érigeant, pour et par le biais du renvoi préjudiciel, l'indépendance comme une condition *sine qua non* de la fonction européenne du juge national, la Cour de justice a accompli une véritable prouesse. Une construction vaillante donc, mais à l'armature préjudicielle fragile, tant l'article 267 TFUE dévoile peu à peu ses limites. Au demeurant, une pierre semble cruellement manquer à l'édifice, si bien qu'une question viendra à l'esprit de tout architecte au seuil d'une telle façade : où est donc passé l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, celui qui, plus que tout autre article, pose nettement et sans détour que « toute personne a droit à ce que sa cause […] par un tribunal indépendant » ?

Titre II. Les limites de la contribution du renvoi préjudiciel à l'article 47 de la CDFUE

Discrètement introduit dans les interstices de la jurisprudence, saisir l'apport de l'article 47 de la Charte dans la préservation de l'indépendance des juges demande un certain effort (**Chapitre 1**). Cet effort est d'autant plus important quand il s'agit de discerner cette contribution à travers la portée circonscrite de l'instrument préjudiciel (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'imperceptible apport de l'article 47 CDFUE dans la préservation de l'indépendance des juges

Difficile de trouver sa place pour l'article 47 de la Charte. Une disposition qui semble être à la fois dépendante de la Convention européenne des droits de l'homme (***Section 1***) et accessoire à l'article 19 TUE (***Section 2***).

Section 1. L'apparence d'une autonomie chimérique par rapport à la CED

Intimement liées à la CEDH, les dispositions de la Charte trouvant leur équivalent au sein de la Convention sont astreintes à une certaine dépendance interprétative (*Paragraphe 1*), ce qui n'empêche toutefois pas d'augurer une émancipation en matière d'indépendance des juges (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une équivalence synonyme de dépendance interprétative

Inévitablement, lorsque l'Union s'est décidée à se doter d'un catalogue des droits fondamentaux qui lui est propre, la question de son articulation avec la Convention européenne des droits de l'homme a émergé. Cet accroissement de la protection des droits fondamentaux s'associe nécessairement à un risque accru d'enchevêtrement, dans un univers juridique multipolaire. La venue d'un nouvel instrument, tel que la Charte des droits fondamentaux, pouvait éventuellement avoir un effet pervers. Parce que le terme coexistence peut être synonyme de discordance, dès lors que les deux corpus assurent la protection de droits fondamentaux analogues, la Charte pouvait être un potentiel vecteur d'une plus grande insécurité juridique. Pour éviter un imbroglio, les rédacteurs de la Charte se sont efforcés « d'ordonner le multiple »[176]. Bien que la Cour de justice ait attendu 1974 pour convenir que

[176] M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Recueil Dalloz, Dalloz, 2006, pp. 951-957.

« les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré »[177] irriguent les droits fondamentaux de l'Union, dans un processus de « valorisation rampante »[178], elle n'a plus tardé à faire mention de la CEDH expressément[179]. Cet instrument de protection des droits de l'homme a ainsi vu sa place progresser, de simple source d'inspiration, à source matérielle directe[180]. La Convention revêtant donc une « signification particulière »[181] au sein de l'ordre juridique de l'Union, l'effort d'ordonnancement se faisait d'autant plus impératif

Dans ce souci d'extirper le juge national, « véritable plaque tournante de la protection des droits fondamentaux en Europe »[182], d'une posture plausiblement périlleuse, celui-ci se trouvant plongé dans un dilemme face à ses obligations supranationales[183], le mécanisme dit des « droits correspondants » fut mis en place. L'article 52, paragraphe 3, dispose que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Dans la même optique, les Explications indiquent que le sens et la portée des droits garantis doivent être déterminés, à la fois par référence au texte de la Convention, mais aussi par référence à la jurisprudence qui en résulte. Du reste, ce même texte pose sans ambiguïté que « l'article 47, paragraphes 2 et 3, correspond à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH ».

La présence d'un tel dispositif questionne sur l'apport propre de la Charte. Surtout, si l'articulation entre les principes généraux de l'Union et la CEDH n'est pas nouvelle, il semble difficile de soutenir que ce mécanisme ne fait que livrer une base juridique à une pratique existante. Du moins, pour affirmer cela, encore faut-il connaître la valeur juridique et l'intensité de ce nouveau lien que tisse l'article 52, paragraphe 3. La résolution de cette question n'est pas aisée, car si l'importance des Explications a été soulignée par l'article 6, paragraphe 1, TUE, qui exige que l'interprétation et l'application de la Charte prennent « dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions », il n'en

[177] CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, pt 13.
[178] CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75, pt 32.
[179] D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ?*, Pouvoirs, n° 96, 2001, p. 31-49. spéc. p. 35.
[180] F. SUDRE, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?*, JCP G, 1998, p. 12.
[181] CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 13.
[182] J. CALLEWERT, *Paris, Luxembourg, Strasbourg : Trois juges, une discrimination*, RTDH, 2005, p. 159.
[183] E. BRIBOSIA, « Le dilemme du juge national face à des obligations contradictoires en matière de protection des droits fondamentaux issus des deux ordres juridiques européens », in M. DONY, E. BRIBOISIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'UE*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 265.

reste que, comme le reconnaît le premier alinéa desdites Explications, elles n'ont « pas en soi de valeur juridique ».

Objet de nombreux débats[184], nous soutiendrons, avec Guy Braibant, qu'en l'absence de valeur juridique, il ne faut pas accorder une importance excessive aux Explications relatives à la Charte[185]. Dans cet esprit, il ne fait guère de doute que la jurisprudence de la Cour EDH n'est pas juridiquement contraignante pour la Cour de justice lorsqu'elle interprète les droits consacrés par la Charte. En effet, « *these explanations alone cannot provide a sufficient basis for the assumption that the ECJ would be bound by the ECtHR's case law* »[186]. Pour espérer un effet contraignant, une mention explicite dans la Charte elle-même aurait dû être nécessaire. Le cas échéant, la revendication d'un tel effet rentrerait en contradiction avec l'avis 1/91, où la Cour a expressément indiqué que l'Union doit être partie à un accord international pour pouvoir y être liée, ce qui n'est aucunement son cas à l'égard de la CEDH[187].

Néanmoins, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, considéré conjointement avec les Explications s'y rapportant, tend à accorder une certaine autorité à la jurisprudence de la Cour EDH[188]. Par son intensité, en ne revendiquant pas seulement une équivalence, mais presque une analogie avec la protection assurée par la jurisprudence de la Cour EDH, le lien tissé impose implicitement un respect assez strict de cette dernière par la CJUE. En outre, dès lors que ce lien se tisse notamment sur l'aspect interprétatif, comme le met en exergue le paragraphe 7 de l'article 52[189], son intensité est encore plus considérable. En effet, l'enjeu réside davantage dans l'interprétation qui est faite du droit, que dans le droit lui-même[190]. Considérable donc et intégrale, au sens où cela va intéresser tant les décisions à venir – une mise en cohérence dite

---

[184] Voir par. ex. J. ZILLER, « Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in G. COHEN-JONATHAN *et al*. (dir.), *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 765-781 ; O. LE BOT, *Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 55, 2003, p. 781-811.

[185] G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, témoignage et commentaires de Guy Braibant*, éd. Le Seuil, coll. Point Essai, 2001, p. 263.

[186] T. LOCK, *The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 8, 2009, p. 375-398, p. 376.

[187] CJCE, 14 décembre 1991, *Avis n° 1/91*, pt. 39

[188] Sur ce point, K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *The Charter and the Role of the European Courts*, M.J., 2001, vol. 8, n° 1, pp. 90-101. spéc. p. 99.

[189] Article 52, paragraphe 7, de la Charte : « *7. Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres* » (nous soulignons).

[190] À ce sujet, il faut noter la très juste formule : « *laws are not just words on sheets of paper ; the crucial question is how those words are interpreted* ». S. PEERS, S. PRECHAL, « Article 52: Scope and Interpretation of Rights and Principles », in S. PEERS, A. WARD, T. HERVEY *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Beck/Hart Publishing, 2014, p. 1455-1522. spéc. p. 1459.

« synchronique », que les décisions préexistantes – une mise en cohérence dite « diachronique »[191].

De ce fait, l'absence de véritable valeur juridique contraignante importe peu. La Cour de justice semble elle-même le soutenir, lorsqu'elle affirme qu'en présence de droits correspondants, « il convient de [leur] donner […] le même sens et la même portée […], tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »[192]. Ce « suivisme »[193], fortement incité sans être réellement astreint juridiquement, s'avère spontanément intégré dans la démarche de la Cour de justice. L'article 47 de la Charte n'échappe pas à ce mouvement, trouvant application du mécanisme des droits correspondants pour le droit à un recours juridictionnel effectif[194] et à un tribunal[195].

À cet égard, il ne faut pas se méprendre : l'autonomie revendiquée et martelée par la Cour de justice ne remanie en rien la consistance de ce suivisme, qui demeure scrupuleux. L'avis 2/13 n'amorce aucunement un nouveau renforcement du rôle de la Charte dans la jurisprudence. Si certains arrêts ont l'odeur d'une prétendue autonomisation de la Charte, et plus spécifiquement, de l'article 47, ils n'en ont pas le goût. Ainsi la Cour a-t-elle reformulé une question « en ce sens qu'elle porte sur l'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré par l'article 47 de la charte »[196]. L'évincement de toute référence à la CEDH est encore plus net dans l'affaire *Otis*, où la Cour précise que, dans la mesure où le droit à une protection juridictionnelle effective est garanti par l'article 47 de la Charte, « il y a dès lors lieu de se référer uniquement à cette première disposition » et non à l'article 6 CEDH comme le faisait la juridiction de renvoi[197].

Cette forme de « prééminence fonctionnelle »[198] de l'article 47 de la Charte sur la Convention ne se traduit par aucune conséquence quant au standard de protection, qui stagne sur le

[191] N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruylant, 2016, p. 172.
[192] CJUE, 5 octobre 2010, *McB*, aff. C-400/10 PPU, pt. 53.
[193] L. COUTRON, « L'hypothèse du dépassement du standard conventionnel » in L. COUTRON, C. PICHERAL, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2012, p. 21-43. spéc. 25.
[194] CJUE, 30 juin 2016, *Toma et Biroul*, aff. C-205/15, pts 41 et 42.
[195] CJUE, 28 février 2013, *Arango Jaramillo*, aff. C-334/12 RX-II, pts 42 à 44.
[196] CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, pt 33.
[197] CJUE, 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, C-199/11, pt 47. Voir également, pour une confirmation récente, CJUE, 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, pt 54.
[198] L'auteur emploi surtout cette formule au regard du principe général du droit à une protection juridictionnelle effective, F. PICOD, « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 43 à 65, spéc. p. 48.

référentiel de la CEDH en fin de compte. De plus, la prédominance de cette disposition reste variable, comme le montre l'effet insoupçonné post-*avis 2/13*, où un retour quantitatif de référence à la Convention se manifeste. Le risque pour la CJUE de se voir « chapeauté » par la Cour EDH prenant le large, après un certain creux, le nombre de renvois à la CEDH retrouve un écho usuel.

Il faut reconnaître que l'article 47 de la Charte garde une certaine prépondérance, faisant figure de véritable « *reference standard* »[199] lorsque la Cour assure une protection juridictionnelle effective. Pourtant, un apport propre à cette disposition manque cruellement. Ce constat transparaît également sous la récente jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire. Exemple topique forme l'arrêt de grande chambre *A.K* où, après avoir mentionné le mécanisme de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, les références à la jurisprudence de la Cour EDH foisonnent[200], si bien que l'on peine à trouver l'intérêt de l'article 47… La Cour tente bien de réintroduire de temps à autre sa disposition maîtresse, en affirmant par exemple que « cette interprétation de l'article 47 de la Charte est confortée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH »[201], mais la formule inverse serait bien plus fidèle à la réalité.

Peinant à apporter une consistance à l'indépendance judiciaire, le suivisme, fidèle, mais monotone de l'article 47 à l'égard de la CEDH soulève la question de l'utilité de cette disposition[202]. Orthodoxe dans sa posture, la Cour de justice semble réviser son catéchisme, prônant ce proverbe biblique : « N'ajoute rien à ses paroles, de peur qu'il ne te reprenne et que tu ne sois trouvé menteur »[203]. Faut-il préférer voir une Cour de justice apostate ?

Paragraphe 2. Une émancipation timide en matière d'indépendance des juges

Cela n'échappera à personne, la portée de l'article 47 de la Charte ne diffère pas substantiellement des garanties offertes par les articles 6 et 13 de la Convention. Associée à la Convention par l'intermédiaire du mécanisme des droits correspondants, la Cour de justice a

[199] S. PRECHAL, « The Court of Justice and Effective Judicial Protection : What Has the Charter Changed ? », *op.cit.* p. 156.
[200] CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pts 126 à 133 : on dénombre pas moins de 8 arrêts différents de la Cour EDH, totalisant 14 mentions en une dizaine de points.
[201] *Ibid*, pt 126.
[202] G. LEBRUN, *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Vol. 27, nº 106, 2016, p. 433-459.
[203] Proverbes 30:6, La Sainte Bible, 1887.

montré sa capacité à s'affranchir formellement du droit de la Convention, à défaut de s'en être déliée matériellement. L'effort, souhaité et souhaitable, de stabilisation de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux, menant vers la recherche d'un « *modus vivendi* »[204] entre la Charte et la CEDH, met en évidence le caractère superfétatoire de l'article 47 de la Charte.

Pour autant, les juges de l'Union se livrent-ils à un plagiat pur et simple ? Procèdent-ils à un calque diligenté de l'opulente jurisprudence que fournit la Cour de Strasbourg ?

Il convient de répondre à ces questions par la négative. Parce qu'ils ne s'estiment pas totalement liés par les prises de position de la Cour EDH, les juges de l'Union ne s'y conforment pas toujours parfaitement. Trouvant place dans le droit primaire, l'article 47 de la Charte se distingue de la CEDH qui « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »[205]. Du moment que l'interprétation défendue par la Cour de justice doit simplement être « proche »[206] de celle de la Cour EDH, une oscillation dans l'équilibre est admise[207].

En matière d'indépendance judiciaire, les prises de position audacieuses et innovantes, conférant une protection plus étendue, ne pullulent guère. Le terrain s'avère effectivement peu fertile, mais il importe tout de même saluer, ou de regretter selon les pensées, certaines décisions solitaires. Avant d'éplucher ces initiatives qui s'écartent de la voie empruntée par la Cour EDH, il faut reconnaître que l'essence même de l'article 47 instigue de telles divergences.

Comme le montrent clairement les Explications relatives à l'article 47 de la Charte, cette disposition a une portée plus large que les dispositions parallèles de la CEDH. L'article 47, paragraphe 1, de la Charte, qui trouve son pendant dans l'article 13 CEDH, va plus loin que celui-ci à deux égards. D'abord, il ne se limite pas uniquement aux droits et libertés reconnus dans le corpus, mais vise le champ d'application des « droits et libertés garantis par le droit de l'Union ». Ensuite, l'article 13 CEDH exige simplement le recours à « une instance nationale » et non à un juge.

---

[204] R. TINIERE, *Le rôle de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'avis 2/13 : vers un modus vivendi avec le droit de la Convention ?*, Rev. UE, 2016, n° 600, p. 400.
[205] Voy. par exemple, CJUE, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-543/14, pt 23 ; CJUE, 3 septembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami*, aff. C-398/13 P, pt 45.
[206] Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, pt 109.
[207] Prise de position de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 18 décembre, 2014, *avis 2/13*, pt 206.

Pareillement, le deuxième paragraphe de l'article 47 de la Charte, qui a pour semblable l'article 6 CEDH, va au-delà de ses garanties : le droit à un procès équitable n'est pas restreint aux seuls litiges relatifs aux droits et obligations de caractère civil ou aux procédures pénales[208]. Ce droit peut être revendiqué pour la violation à tout droit conféré par le droit de l'Union, et pas seulement ceux issus de la Charte. Conséquence « du fait que l'Union est une communauté de droit », comme l'indique le *Praesidium*, l'article 47 fait donc « sauter le double verrou »[209] de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention. De la manière dont le Tribunal de la fonction publique l'a admirablement synthétisé[210], le droit d'accès au juge, tel qu'il est garanti par l'article 47 de la Charte, s'avère donc tout à la fois plus large et plus exigeant que celui protégé par la Convention.

Une autre source textuelle insuffle la possibilité d'une rupture avec la ligne de conduite de la Cour EDH. En accord avec l'article 53, en vertu duquel le niveau de protection garanti par l'article 47 ne peut être inférieur à celui garanti par la CEDH, l'article 52, paragraphe 3 affirme que le mécanisme des droits correspondants « ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Établissant ainsi un plancher de protection minimum commun à l'espace européen, il ressort de ces dispositions que la CJUE ne sera amenée à s'écarter de la jurisprudence de la Cour EDH que dans une perspective de renforcement[211].

De ce triple constat d'une disposition plus contraignante, plus étendue et dont l'interprétation ne peut que bonifier le standard de protection issu de la CEDH, il était légitime de s'attendre à ce que l'article 47 de la Charte fournisse une véritable plus-value au respect de l'indépendance judiciaire. Pourtant, en apparence, cela ne semble pas être le cas. En réalité, la Cour du Kirchberg n'a jamais usé explicitement de sa faculté de dépassement de la CEDH, chose qu'elle n'aurait sans doute pas manqué de souligner. De plus, il est excessivement réducteur de certifier que, dans l'interprétation de l'article 47, la Cour de justice ne s'écartera de la jurisprudence de

[208] CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. jtes n°6878/75 et n°7238/75, pt 41 : la Cour reconnaît que « certaines "causes" échappent à [l']empire [de l'article 6, paragraphe 1], faute de se ranger dans l'une de ces catégories ».
[209] F. TULKENS et J. CALLEWAERT, « Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 226.
[210] TFPUE, 20 septembre 2011, *De Buggenoms e.a. c. Commission*, F-45/06 REV, pt 53.
[211] Pour une affirmation explicite, Conclusions de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, C-73/16, pt 123. Nous nous limitons ici à l'angle interprétatif, mais cette possibilité d'aller « plus haut » vaut tout autant pour le législateur de l'Union.

la Cour EDH que pour offrir une protection plus étendue[212]. Les développements jurisprudentiels concernant l'indépendance des juges en forment une belle preuve.

Sur la notion même d'indépendance judiciaire, ainsi que sur l'appréciation qu'elle implique, la lecture autonome et dynamique pratiquée par la Cour EDH a permis de générer une jurisprudence abondante et éminente par sa qualité. Ce travail prodigieux, qui a notamment porté sur l'indépendance des juges à l'égard de l'exécutif[213], confère une protection si complète et élevée qu'il est difficile de pouvoir prétendre la surpasser. Après avoir tardé à s'inspirer pleinement de cette jurisprudence[214], la Cour de justice essaye dorénavant de s'y tenir fermement, comme cela a été souligné[215], du moins à peu de chose près[216]. À cet égard, il faut s'attendre à voir la jurisprudence de la Cour EDH continuer à nourrir les développements de la Cour de justice en la matière[217].

La Cour de justice ne s'écarte donc pas formellement des pas de la Cour EDH, mais demeure à la marge : l'article 47 n'a pas permis une interprétation aussi productive. La véritable différence d'approche, en lien avec l'indépendance judiciaire, s'observe à travers la jurisprudence relative au principe de confiance mutuelle. En effet, la Cour de justice estime qu'il existe une présomption selon laquelle chaque État membre respecte les droits fondamentaux. Aussi, dans la mise en œuvre du règlement Dublin II, cette forte présomption ne peut être renversée qu'en cas de « défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile », de sorte que le demandeur risque « d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants » au sens de l'article 4 de la Charte[218]. Or, la Cour EDH ne tient pas le même discours : il n'existe aucune présomption de respect des droits fondamentaux spécifique aux États membres de l'Union dans la mise en œuvre du règlement Dublin II[219]. Ce point de dissension a éclaté au grand jour à travers un échange ardent. D'un côté, la Cour EDH

---

[212] S. BRITTAIN, *The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis*, European Constitutional Law Review, 2015, Vol. 11, p. 482-511. spéc. 506.
[213] Voy. par exemple, CEDH, 3 octobre 2007, *Flux c. Moldova (n°2)*, req. n° 31001/03 ; CEDH, 18 octobre 2018, *Thiam c. France*, req. n° 80018/12 ; CEDH, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, req. n° 55391/13, 57728/13 et 74041/13.
[214] Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, pts 80 et s. : après avoir critiqué la jurisprudence au motif qu'elle était trop souple, incohérente et contradictoire, l'avocat général propose une nouvelle définition inspirée de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH.
[215] CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.
[216] *Cf. Supra, Paragraphe 2. Une évaluation perfectible*.
[217] CEDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Iceland*, req. n° 26374/18, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre.
[218] CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E. e.a.*, aff. jtes C-411 et C-493/10, pt 94.
[219] CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Grèce et Belgique*, req. n° 30696/09.

a clairement indiqué que « [l]'origine du risque [de traitement inhumain ou dégradant] encouru » importe peu, l'appartenance à l'Union ne dispense pas un autre État membre « d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure »[220]. La Cour EDH est allée plus loin en mentionnant expressément la pratique de la Cour de justice qui, en limitant « aux seuls cas exceptionnels le contrôle par l'État requis du respect des droits fondamentaux par l'État d'origine de la décision de justice à reconnaître […] pourrait aller à l'encontre de l'obligation qu'impose la Convention ». De l'autre côté, la Cour de justice a utilisé ce désaccord comme un argument d'opportunité, parmi d'autres, pour écarter l'éventuelle adhésion à la CEDH[221].

L'intérêt de relater une telle querelle dans la présente étude réside dans le fait que la CJUE a transposé son raisonnement *N.S* au mandat d'arrêt européen[222]. Dans ce contexte, et sans qu'il soit nécessaire de détailler cette manœuvre[223], la Cour de justice a étendu la possibilité de refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen en cas de violation de l'article 4 de la Charte par l'État de destination, au cas d'une violation de l'article 47, paragraphe 2, de ce même texte[224]. Surtout, il faut retenir que dans le cadre cette extension, le juge de l'Union a choisi de ne pas subordonner le constat de la violation du droit à un procès équitable à la preuve d'un « déni de justice flagrant », condition particulièrement étroite utilisée par la Cour EDH[225], mais à l'existence d'un « risque réel » d'une atteinte à ce droit.

Cette mésintelligence jurisprudentielle laisse sur un goût ambivalent quant au rendement de l'article 47 de la Charte par rapport à la CEDH. En s'opposant nettement à la position de la Cour EDH, la Cour de justice heurte visiblement le standard de protection des droits fondamentaux. Cependant, une fois ce contresens opéré et assumé, le choix de s'écarter de nouveau de la jurisprudence de la Cour EDH, en ignorant une exigence dont le caractère vague et la sévérité excessive ont été décriés[226], s'avère cette fois-ci pertinent.

---

[220] CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12, pt 104. La Cour se fera encore plus explicite par la suite, CEDH, 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, req. n° 17502/07, pt 114.
[221] CJUE, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*, pt 191.
[222] CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.
[223] *Cf. Infra, Paragraphe 2. L'indépendance comme motif légitime de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen*.
[224] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pts 59 à 61.
[225] En matière de procédures d'extradition, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, pt 113. Ce critère était par ailleurs prôné par l'avocat général, Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 69.
[226] Sur l'incommodité de la formule « déni de justice flagrant », voy. Conclusions de l'Avocat général Sharpston sous CJUE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11, pts 82 et 83.

En matière d'indépendance judiciaire, si l'article 47 de la Charte a éventuellement « acquis une identité », il semble délicat d'affirmer qu'il détient « une substance distincte, qui [n'est] pas la simple somme des dispositions des articles 6 et 13 de la CEDH »[227]. Cela ne forme pas un reproche, mais il faut rester conscient que tout n'est pas bon à prendre dans la jurisprudence de la Cour EDH. La chronologie de l'histoire laisse à la Cour de justice le privilège de pouvoir effectuer un tri, elle doit tirer profit de cela via l'article 47 de la Charte. Le cas échéant, cette disposition restera dans l'ombre de la CEDH, voire même de l'article 19 TUE.

Section 2. L'apparence d'une disposition accessoire à l'article 19 TU

Prisonnier du carcan de la Charte quant à son champ d'application (*Paragraphe 1*), prédestiné à une tout autre vocation que celle de l'article 19 TUE (*Paragraphe 2*), l'article 47 de la Charte n'apparaît décidément pas comme la pièce maîtresse dans la préservation de l'indépendance judiciaire.

Paragraphe 1. Un champ d'application prisonnier du carcan de la Charte

Le silence de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux retentit bruyamment dans la construction jurisprudentielle de la Cour. Et pour cause. Tout individu rationnel qui, démuni face à un tribunal manquant manifestement d'indépendance, n'aurait que les Traités européens sur sa table de chevet, aurait infailliblement stoppé sa lecture à l'article 47 de la Charte. Sourire aux lèvres, réjouit d'avoir enfin dégoté la disposition qui épouse parfaitement ses revendications, le bienheureux n'aurait toutefois pas dû s'arrêter si tôt… La déception sera grande quand il apprendra que, seulement quatre articles plus loin, un obstacle se dresse à ses ambitions argumentatives. Il ne saute pourtant pas aux yeux. De surcroît, après avoir épluché les explications désuètes de la Charte, l'individu sera sans doute plongé dans une incompréhension profonde. Qu'un non-initié au droit européen ressente un tel sentiment, c'est une chose. Que cette sensation traverse l'esprit d'un lecteur averti, une tout autre.

Nous l'avons souligné, à partir de l'affaire *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, la Cour de justice a fait de l'article 19 TUE sa disposition mère en matière de respect de l'indépendance. Reste à savoir pourquoi la Cour de justice a préféré ce fondement à l'article 47 de la Charte, qui évoque pourtant sans ambiguïté le principe d'indépendance judiciaire. À cet égard, il

[227] Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, aff. C-69/10, pt 39.

conviendra de cantonner l'analyse exclusivement aux limites de l'article 47 de la Charte et non aux atouts subsidiaires que présentes l'article 19 TUE.

Pour être tout à fait exact, la première faiblesse, qui a guidé le choix argumentatif de la Cour, n'est pas propre à l'article 47 lui-même, mais plus largement au texte dans lequel il s'insère : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En effet, la Cour a estimé que le champ d'application *ratione materiae* de l'article 19 TUE diffère de celui de la Charte. Au regard des jurisprudences développées sous l'article 51 de la Charte, qui régit son champ d'application, cette affirmation surprend, à tel point qu'un raisonnement inverse n'aurait pas semblé fantaisiste.

Si l'article 51 de la Charte dispose que celle-ci s'applique aux États membres que lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union », toute la question réside dans l'interprétation de cette formule. Cette tournure visait à couvrir le *statu quo* jurisprudentiel antérieur à l'entrée de la Charte, selon lequel les droits fondamentaux de l'Union (à l'époque des principes généraux) ne liaient les États membres que lorsqu'ils agissaient dans le « champ d'application du droit communautaire »[228]. Dans cet esprit, la Cour de justice a rapidement usé de formules « à tiroir »[229] propres à introduire des critères d'appréciation de la condition d'applicabilité[230]. Prenant une position de principe, la Cour a confirmé la pertinence de sa jurisprudence antérieure en affirmant que « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations »[231]. Ainsi, le critère retenu peut être résumé comme suit : « *is there, in the case at hand, another EU law provision applicable than the provision of the Charter relied upon* » ?[232] Pour faire simple, il ressort de cette interprétation large de la Cour que les garanties énumérées à l'article 47 ne deviennent effectives que lorsqu'une autre disposition du droit de l'Union est applicable.

---

[228] Voir les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007 J.O. (C 303/02) 17, p. 32.
[229] F. PICOD, « Article 51 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, 2ème édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p.1223-1248. spéc. p.1235.
[230] CJUE, 8 novembre 2012, *Ida*, aff. C-40/11, pt 79.
[231] CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt 19 ; CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger*, aff. C-390/12, pt 34.
[232] S. PRECHAL, « The Court of Justice and Effective Judicial Protection : What Has the Charter Changed ? », in C. PAULUSSEN, T. TAKACS, V. LAZIC, et al., (éds.), *Fundamental Rights in International and European Law : Public and Private Law Perspectives*, 2016, p. 143-157. spéc. p. 146.

Du reste, malgré cette souplesse, la démonstration d'un « lien de rattachement d'un certain degré » demeure nécessaire[233]. Sans quoi, « la Cour n'est pas compétente pour statuer sur cette situation et les dispositions de la Charte invoquées ne peuvent, par elles-mêmes, constituer la base d'une telle compétence »[234]. Dès lors, si le champ d'application de la Charte semble bien suivre le droit de l'Union européenne comme son « ombre »[235], celle-ci semble s'éclipser, voire se confondre, sous la pénombre de l'article 19 TUE. Thaumaturge des temps modernes, la Cour de justice vient à élucider un mystère que la physique quantique n'a jamais su : il est possible de faire de l'ombre à une ombre…

En reléguant au second plan la dimension de droit fondamental découlant de l'article 47 de la Charte, la CJUE libère le principe de la protection juridictionnelle effective des difficultés méthodiques induites par l'article 51, paragraphe 1. La Cour considère que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, « vise "les domaines couverts par le droit de l'Union", indépendamment de la situation dans laquelle les États membres mettent en œuvre ce droit, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte » [236]. Cela laisse entendre que l'article 19 TUE est susceptible de s'appliquer à des situations qui ne relèvent pas elles-mêmes du champ d'application du droit de l'Union, mais relèvent d'un domaine qui, lui, est couvert par le droit de l'Union.

Dans une moindre mesure, ne pas placer son raisonnement sous la cloche de la Charte permet à la Cour d'écarter plus facilement[237] tout argument tiré de l'article 1[er], paragraphe 1, du protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux[238]. De toute manière, alors que son libellé nébuleux laisse deviner que ce protocole a germé dans les méandres des négociations[239], sa portée a déjà été sensiblement réduite par la Cour de justice[240].

---

[233] CJUE, 6 mars, 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, pt 24.
[234] CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt 22.
[235] K. LENAERTS, A. GUTIERREZ-FONS, « The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice », in S. PEERS, A. WARD, T. HERVEY *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Beck/Hart Publishing, 2014, p. 1559.
[236] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pt 29.
[237] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, pt 53.
[238] Protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, JO, C 202, 7 juin 2016, p. 312.
[239] Article 1, paragraphe 1, protocole n°30 : « *La Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou action administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme* » (nous soulignons). Si la Charte ne fait que réaffirmer de droits existants, la compétence de la CJUE est d'ores et déjà acquise sur ces derniers. De plus, au regard de l'article 6 TUE, le protocole n°30 revient à enfoncer une porte ouverte.
[240] CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E. e.a.*, aff. jtes C-411 et C-493/10, pts 119-120.

Il faut surtout garder à l'esprit que, lorsque la Cour de justice a élaboré son jugement, son regard est resté tourné vers les modifications de l'organisation du système judiciaire polonais. Or, la majorité de ces modifications n'ont aucun lien avec une disposition spécifique de l'Union. Pleinement consciente que l'interprétation issue de l'affaire *Åkerberg Fransson* ne permettrait pas une application régulière de l'article 47 de la Charte[241], la Cour de justice s'est tenue à une ligne de conduite acceptable autour de l'article 19 TUE. Théâtre de méfiances pesantes, comme l'illustre parfaitement la venue du protocole n°30, la Cour a voulu éviter, par la même, de remettre une couche sur la « *"pomo da discórdia" da proteção jusfundamental da União* »[242].

La marginalisation de l'article 47 de la Charte trouve donc une explication dans le carcan qui l'entoure, mais aussi, d'une manière plus douteuse, dans sa vocation dissemblable à celle de l'article 19 TUE.

Paragraphe 2. Une vocation divergente

Manifestement, le contenu normatif des deux dispositions s'assimile. « À [l'article 47 de la Charte] correspond l'obligation faite aux États membres à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[243]. Hormis cela, ce duo ne partage pas grand-chose. Au champ d'application *ratione materiae* divergeant s'ajoute une vocation différente. Ces deux paramètres, intimement liés, auront ainsi gouverné l'intérêt de la Cour pour l'article 19 TUE, en dépit de l'article 47 de la Charte.

En effet, comme l'a noté l'avocat général Tanchev, il existerait une certaine division du travail entre ces normes : là où l'article 19 TUE traite de « déficiences structurelles », ou plus exactement, de « défaillances systémiques ou généralisées », l'article 47 de la Charte se concentre sur les atteintes « individuels ou individualisés »[244]. Par un raisonnement *a contrario*,

[241] M. TABOROWSKI, *The Commission takes a step back in the fight for the Rule of Law,* VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/the-commission-takes-a-step-back-in-the-fight-for-the-rule-of-law/.
[242] A. SILVEIRA, P. FROUFE, S. PEREZ *et a*l., *União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão*, Julgar, 2018, p. 5 : « la "pomme de discorde" de la protection juridictionnelle fondamentale de l'Union » (traduction libre).
[243] CJUE, 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, aff. C-682/15, pt 44 ; CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, aff. C-73/16, pts 57-58 ; CJUE, 26 juillet 2017, *Sacko*, aff. C-348/16, pt 29.
[244] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, aff. C-192/18, pts 115-116 ; Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, C-558/18, pt. 92 et 125.

il faut en déduire que la Charte ne couvre pas les menaces à caractère institutionnel ou structurel, du moins celles défaites de toutes entorses aux droits individuels.

Héritier légitime du principe général du droit à une protection juridictionnelle effective[245], l'article 47 de la Charte s'exprime en tant que droit subjectif, conformément au paradigme dominant des droits fondamentaux[246]. Dans leur maniement, l'ensemble des actions permises sur le fondement de l'article 47 de la Charte retranscrivent un droit intrinsèquement lié à la position de l'individu. Cela ressort d'ailleurs clairement du premier alinéa, qui conditionne l'application de cette disposition à une violation des « droits ou libertés garantis par le droit de l'Union ». Dans cette logique, la Cour subordonne le contrôle à l'existence d'un droit ou d'une liberté de l'Union dont le requérant peut invoquer la violation[247]. Ainsi, dans son appréciation de l'affaire, la Cour de justice porte un regard restreint à l'unique situation personnelle et concrète du justiciable. Elle a opéré de la sorte pour l'exigence d'avoir accès à la justice[248], pour le respect des droits procéduraux[249], mais aussi, évidemment, pour le droit d'avoir accès à un tribunal indépendant[250]. Cette dimension « *"individuo-centrica"* »[251] de l'article 47 de la Charte s'observe, d'une tout autre manière, à travers la consécration de son effet horizontal. La Cour a admis que ledit article « se suffit à lui-même et n'a pas besoin d'être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national pour conférer aux individus un droit qui peut être invoqué en tant que tel »[252].

Il faut en conclure que, parce que sa fonction se limite à la protection des justiciables revendiquant un droit spécifique de l'Union, l'article 47 de la Charte paraît bien mal adapté pour effectuer l'examen d'un système judiciaire étatique dans sa globalité. À l'inverse, l'article 19, paragraphe 1, TUE revêt une tout autre dimension. Pendant « objectif » de l'article 47 de la Charte, l'article 19 TUE s'adresse lui aux procédures et tribunaux œuvrant « dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Sous ce principe juridique objectif, la question des titulaires

[245] CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, pt 18 ; CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, pt 14.
[246] M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical Dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*,' European Papers, Vol. 3, 2018, p. 395. spéc. p. 402.
[247] CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14, pt 35 ; CJUE, 23 octobre 2014, *Olainfarm*, C-104/13, pts 33 à 40.
[248] CJUE, 8 novembre 2016, *Lesoochranárske zoskupenie*, aff. C-243/15.
[249] CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14.
[250] CJCE, 31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. C-175/11.
[251] A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, European Papers, Vol. 4, 2019, n°2, p. 615-628. spéc. p. 619.
[252] CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, pt 78.

des droits importe peu, pas plus que celle de leurs concrétisations : il va littéralement permettre de « *"radiate" on the organisation of domestic judicial systems* »[253].

Affecté à une fonction organique, l'article 19 TUE propose ses services, non pas aux justiciables « ordinaires », mais aux membres des juridictions nationales. Ces derniers se fonderont sur celui-ci aux fins de sauvegarder leurs valeurs et prérogatives européennes, notamment celle de siéger dans une instance indépendante. Par la même, la Cour de justice débarrasse les requérants d'une astreinte, jusqu'ici indispensable en cas d'entorse à l'indépendance judiciaire : la démonstration d'une violation concrète d'un droit individuel.

Nul besoin de s'évertuer à chercher le moindre de ces éclaircissements dans l'arrêt bâtisseur *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* : la Cour de justice ne dit mot de cette dichotomie, mais la consent. La question de la base juridique de l'argumentaire de la Cour, possiblement la plus importante que couve cette affaire, est expédiée laconiquement au stade de la reformulation de la question préjudicielle. Comment la Cour de justice peut-elle opter pour un tel fondement, bifurquer radicalement de sa voie usitée, sans même motiver ce choix ? Ce manque cruel d'explications étonne, car la *summa divisio* mise à l'épreuve en l'espèce n'était pas totalement inconnue pour la Cour. Assurément, la dichotomie entre le droit subjectif de l'article 47 de la Charte, visant les atteintes individuelles, et le droit objectif de l'article 19 TUE, visant les atteintes structurelles, n'avait jamais été inscrite aussi explicitement. Cependant, au moins le premier élément de cette division, dont la similitude avec la théorie d'Alexy Robert[254] n'échappera pas, était connu[255]. Une légère justification quant au choix de l'article 19 TUE aurait été la bienvenue.

Sûrement à juste titre, certains expliqueront l'occultation de l'article 267 TFUE dans le raisonnement de la Cour, par la mise en œuvre de cette dichotomie[256]. La singularité du renvoi préjudiciel réside dans son caractère « hybride », en ce qu'il revêt tout autant une dimension subjective qu'organique. De la sorte, l'article 267 TFUE pouvant être invoqué par le juge national lui-même, le mentionner reviendrait à potentiellement miner l'assise argumentative de la CJUE.

---

[253] M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical Dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, *op.cit.* p. 404.
[254] R. ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, translated by J. RIVERS, Oxford University Press, 2010, p. 352-354 : l'auteur oppose les principes constitutionnels objectifs aux droits subjectifs.
[255] Conclusions de l'Avocat général Bobek sous CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, pts 74 à 77 : l'avocat général met en relief, implicitement, la teneur subjective de l'article 47 de la Charte.
[256] L. COUTRON, *op.cit.* p. 460.

Quoi qu'il en soit, il est clair que la Charte des droits fondamentaux n'est pas une « auberge espagnole »[257]. La mise en œuvre de son article 47 dépend tant d'un élément extrinsèque, l'applicabilité de la Charte dans son ensemble, que d'un élément intrinsèque, l'existence d'un droit ou d'une liberté concrets garantis par le droit de l'Union. Cette double limite obstrue l'action escomptée de cette disposition dans la sauvegarde de l'indépendance judiciaire. D'où son évincement, presque total, par la Cour de justice. En cantonnant l'article 47 à un rôle passif d'appui, la Cour a tenté de maintenir la « *doos van Pandora* »[258] fermée quant au champ d'application matériel de la Charte. Au fond, la Charte n'a nullement été reléguée à un second rôle, elle ne fait que le poursuivre. Sa compréhension étroite n'est que le reflet de son objectif et de sa finalité : éviter une variation du niveau de protection des droits fondamentaux afin d'assurer l'uniformité du droit de l'Union[259]. Accessoire du droit de l'Union, la Charte ne peut espérer aller au-delà de sa mission, excluant son intervention dans les situations purement internes, dans les domaines où la compétence potentielle de l'Union n'a pas été réellement exercée[260], ainsi qu'en cas de liens purement hypothétiques[261].

Cloîtré entre l'attractivité de l'article 19 TUE et l'exubérante jurisprudence de la Cour EDH, de prime abord, il paraît risqué de parier sur l'article 47 de la Charte pour assurer le respect de l'indépendance judiciaire. Une voie d'autant plus hasardeuse si elle se matérialise au moyen du renvoi préjudiciel.

---

[257] A. RIGAUX, *Droits fondamentaux - Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux*, Europe n° 1, 2011, comm. 1.
[258] F. GREMMELPREZ, *Arrest Associaçao Sindical Dos Juizes Portugueses : Een Nieuwe Dimensie Aan De Handhaving Van Het Rechtsstaatsbeginsel in EU-lidstaten,* Sociaal-economische Wetgeving, n°11, 2018, p. 469-474. spéc. 471.
[259] CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, pt 60 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, pt 32.
[260] CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, pt 180 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández*, aff. C-198/13, pt 36.
[261] CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, pt 77.

Chapitre 2. La portée circonscrite de l'instrument préjudiciel dans la préservation de l'indépendance des juges

La singularité du renvoi préjudiciel dresse des obstacles. Certains sont poreux, de sorte qu'ils ne font qu'obstruer la démarche de la Cour de justice dans la préservation de l'indépendance des juges (***Section 1***). D'autres au contraire sont étanches, allant jusqu'à desservir ce mouvement (***Section 2***).

Section 1. Des obstacles poreux inhérents à l'instrument préjudiciel

Composer avec le renvoi préjudiciel, c'est composer avec un instrument principalement facultatif (*Paragraphe 1*) enraciné dans une séparation fonctionnelle entre les juges nationaux et européens (*Paragraphe 2*). Si ces deux traits propres à l'article 267 TFUE forment autant d'obstacles, la Cour peut, plus ou moins aisément, les surmonter.

Paragraphe 1. Un déclenchement facultatif du mécanisme préjudiciel

Le renvoi préjudiciel inspire « béatitude »,[262] mais aussi fragilité[263]. Reflet du fédéralisme judiciaire européen, l'action de la CJUE reste tributaire d'un pouvoir discrétionnaire relativement large concédé aux juridictions nationales. Cette part d'arbitraire implique donc une part de volontariat, si ce n'est une certaine idée de « bénévolance des juges »[264]. Ce volontarisme se traduit concrètement par le fait que les juridictions nationales vont devoir jouer le jeu du dialogue.

Bien entendu, les interactions avec la Cour du Grand-Duché relèvent souvent d'une obligation légale, formant ainsi une coopération imposée. À cet égard, il convient d'exclure d'emblée les questions préjudicielles en validité, rendues obligatoires pour tous les juges, contrairement d'ailleurs à la lettre du traité[265]. Dans le cadre de la présente étude, seuls les renvois préjudiciels en interprétation portent un véritable enjeu. En premier lieu, les concernant, il convient de relever l'importante liberté dans l'usage qui prévaut pour les juridictions ordinaires, en vertu

[262] J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 23, spéc. p. 25.
[263] J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne », in L. AZOULAI ET L. BURGUORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006. p. 241.
[264] G. CANIVET, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la 'bénévolance' des juges*, Revue des sciences criminelles et de droit comparé, n°4, 2005, p. 799-817.
[265] CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-frost*, aff. 314/85.

du deuxième paragraphe de l'article 267 TFUE. Cette latitude se trouve toutefois assortie d'un devoir qui fut, jadis, impératif. En effet, la ligne jurisprudentielle à suivre sur ce sujet se forme autour de l'arrêt *CILFIT* [266]. Cette jurisprudence, qui « *hides a hierarchical agenda that struggles to confirm the authority of the European Court* »[267], va littéralement réviser la lettre de l'article 267, paragraphe 3, TFUE : elle délivre les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, de l'obligation de se référer à la Cour de justice.

Pour pouvoir comparer la proportion de circonstances où la coopération sera imposée, à celle où la coopération tiendra d'une pure volonté de dialogue, encore faut-il connaître la portée de cette jurisprudence *CILFIT*. Une première remarque tient aux juridictions concernées. Par abus de langage, il est souvent dit que cette jurisprudence s'adresse aux « juridictions de dernier ressort ». Cette maladresse, à laquelle la Cour se laisse aller de temps à autre, occulte une réalité bien plus large : le critère est celui de la possibilité de former ou non un recours, ce qui englobe les juridictions statuant en dernière instance, mais pas seulement. La seconde remarque, plus décisive, concerne les hypothèses dans lesquelles l'obligation de renvoi disparaît. Il en sera ainsi lorsqu'une interprétation se trouve disponible dans une décision préjudicielle antérieure[268], lorsqu'une jurisprudence établie de la Cour permet de résoudre le point de droit en cause et enfin, en cas d'absence de doute raisonnable sur la manière de résoudre la question. Si les deux premières situations résultent du caractère obligatoire des arrêts de la Cour, la dernière se rattache à la doctrine de l'« acte clair ».

Par cette « mesure stratégique »[269], la Cour de justice a-t-elle tenté de rallier les juridictions nationales à sa cause, via le jeu dialogique bien connu. Seulement, la Cour a probablement trop donné la « *carrot* » aux juges nationaux, là où, par ses temps, il devient de plus en plus nécessaire de savoir user du « *stick* »[270]. En effet, cette ligne jurisprudentielle soulève deux problèmes au regard de la situation actuelle. Deux contrariétés qui, étant intrinsèquement liées, finissent par se rejoindre.

---

[266] CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81.
[267] D. SARMIENTO, « CILFIT and Foto-frost : Constructng and deconstructing judicial authority in Europe » in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds), *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome treaty*, Hart, 2010, p. 192.
[268] Solution dite de « l'acte éclairé » déjà établie dans la jurisprudence, voy. CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. jtes 28 à 30/62.
[269] H. RASMUSSEN, *The European Court's Act Clair Strategy in CILFIT Or : Act Clair, of course ! But what does it mean ?*, European Law Review, 1984, p. 242.
[270] En référence à l'image utilisée par D. SARMIENTO, « CILFIT and Foto-frost : Constructng and deconstructing judicial authority in Europe », *ibid.,* p. 195.

Le premier problème est essentiellement de l'ordre quantitatif. Sans qu'il soit nécessaire de s'éterniser davantage sur les précisions qui ont pu être faites au sujet de l'arrêt *CILFIT*, il est clair que l'alignement des planètes requis réduit drastiquement la proportion des obligations de renvoi en interprétation. En effet, c'est la rencontre entre la circonstance que la juridiction se trouve en position de coopération imposée et le besoin d'interprétation ressenti par cette dernière, qui va effacer la liberté d'action préjudicielle. Aussi, si une part des renvois préjudiciels sont déterminés par le devoir des juges à respecter les règles qui régissent l'application du droit de l'Union[271], la Cour ne peut compter sur cette seule contribution, trop faible, pour pouvoir prétendre à une efficacité de l'instrument préjudiciel. En complément des mécanismes légaux d'obligation de renvoi préjudiciel, une certaine confiance doit donc régner dans les rapports entre la Cour de justice et les juges nationaux[272]. La confiance peut alors faire office de principe succédant, qui stimule la coopération lorsque les juges ne ressentent pas de contrainte légale à renvoyer[273].

À côté de cette première complication, s'en ajoute une seconde. Malgré la « prudence particulière »[274] qui s'impose dans son usage, le flou et la subjectivité que renferme la théorie de l'acte clair ouvrent les vannes aux abus pour profiter de l'exonération de l'obligation de renvoi préjudiciel. Au détriment de leur devoir de coopération loyale, les juridictions internes n'ont pas hésité à en faire une application libérale[275], voire radicalement en dehors des clous[276]. Que ces abus soient délibérés ou non, il ne serait pas étonnant de voir certaines juridictions, dont l'indépendance est affectée par un gouvernement peu enclin à la politique de la CJUE, manipuler cette marge d'appréciation de manière malintentionnée.

Augurant un tel risque, la Cour de justice semble avoir pris les devants en sanctionnant, pour la première fois, le manquement d'une juridiction suprême à son obligation de coopération, conformément à l'arrêt *CILFIT*. Indulgente jusqu'ici avec les juridictions suprêmes[277], la Cour

---

[271] R. A. POSNER, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, California Law Review, Vol. 100, No. 3, 2012, p. 519-556.
[272] La nécessité de cette confiance a été soulignée, *Cf. Supra. Paragraphe 2. Le prérequis d'une confiance réciproque*.
[273] S. KECK, N. KARELAIA, *Does Competition Foster Trust? The Role of Tournament Incentives*, Experimental Economics, Vol. 15, No. 1, 2012, p. 204-228.
[274] Conclusions de l'Avocat général Tizzano sous CJCE, 4 juin 2002, *Lyckeskog*, aff. C-99/00, pt 75.
[275] House of Lords, 15 mai 2000, *Three Rivers District Council v. Governor of the Bank of England*, [2000] 2 WLR 1220; [2000] 3 CMLR 205.
[276] Conseil d'État grec, 25 septembre 1998, *Katsarou*, req. n°3458/1998 ; Tribunal Supremo, 27 avril 1998, *Asociacidn de Empresas Frigorificas de la Ria de Vigo v. Administraci6n General del Estad*, req. n° 3328.
[277] CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01 ; CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00.

rompt cet élan et juge qu'il « incombait au Conseil d'État [...] d'interroger la Cour [...] afin d'écarter le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union »[278].

Cette démarche contraste singulièrement avec des arrêts dans lesquels la Cour semblait s'accommoder, voire capituler, aux revendications opérées à travers le renvoi préjudiciel[279]. Cette prise de position n'a rien d'anecdotique[280], mais s'ancre dans un mouvement plus global. Le soubassement théorique, empreint d'un procédé préventif, si ce n'est prophylactique, se reconnaît dans la jurisprudence *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*. Le parallèle entre les deux arrêts, où la Cour cherche à prévenir un risque prophétisé, est si bluffant que l'on refuse de croire que l'intention n'est pas identique. Nous suggérons donc que la Cour, sûrement avec une certitude moins ferme d'y trouver utilité que celle présente dans l'affaire portugaise, a façonné sa jurisprudence dans le dessein des temps moroses que connaît l'État de droit. Ce postulat est corroboré par la synergie des actions de la CJUE et de la Commission, alors même que cette dernière était plutôt réservée sur ce point, qui se retrouve dans l'affaire sur le précompte mobilier autant que dans l'arrêt des juges portugais.

Ainsi, si la prédiction venait à se réaliser, l'arme serait prête à être enclenchée. Autrement dit, si un juge national, récemment investi de manière douteuse, venait à négliger son obligation de renvoi, diligenté par un gouvernement à même de l'influencer, alors la CJUE, associée à la Commission, serait en mesure d'agir. D'ailleurs, il y a bien longtemps, la Commission avait affirmé qu'une procédure en manquement serait envisageable en cas de « refus systématique et délibéré de se conformer » à l'article 267 TFUE[281]. À en croire l'arrêt *Commission c. France*, ni l'aspect itératif ni le caractère délibéré, qui serait de toute façon bien difficile à démontrer, ne sont dorénavant exigés.

Cependant, ce « *gamechanger* »[282] est-il véritablement opportun ? En d'autres termes, cette attitude coercitive de la Cour est-elle appropriée à une relation où la confiance entre les

[278] CJUE, 4 octobre 2018, Commission c. France, aff. C-416/17, pt 113.
[279] En référence à la Saga *Taricco*, CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco*, aff. C-105/14 ; CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17.
[280] J.-D. LEFEUVRE, *L'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, Commission c/ France, vertus et limites du dialogue des juges au Palais-Royal*, GDR-ELSJ, 2018 : en réponse à la réflexion de l'auteur selon lequel l'arrêt « interroge quand son caractère anecdotique ou quant à la mise à jour d'un nouveau climat dans les relations juridictionnelles au sein de l'Union ».
[281] Question écrite n° 526/83 par M. Tyrell, JOCE C 268 du 6 oct. 1983, p. 25. Voy. également dans le même sens, Question écrite n° 608/78 par M. Krieg, JOCE C 28 du 31 janv. 1979, p. 8.
[282] A. ILIOPOULOU-PENOT, *La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel*, RFDA, 2019, p.139.

protagonistes doit régner ? Certainement pas. C'est à cette intersection que les deux problématiques se croisent.

La disproportion, entre le nombre de coopérations imposées et le nombre de coopérations offertes, démontre à quel point le système européen ne peut s'établir sur les seules questions préjudicielles issues d'une obligation légale. Par un raisonnement en cascade, cette disproportion explique le rôle primordial de la confiance dans le dialogue préjudiciel. Il ne faut pas en déduire que la confiance n'a guère d'intérêt en présence d'une obligation légale de renvoi, cependant, son poids est exacerbé en l'absence d'une telle obligation.

Or, dans une relation de confiance, la Cour de justice doit faire l'effort de choyer les juges nationaux, sans les rudoyer en cas de manquement de leur part. Autrement, la « sanction juridictionnelle se retourne contre le système juridictionnel. Ainsi le système se referme »[283]. Si la confiance peut émerger d'interactions antérieures avec la CJUE, ces interactions peuvent aussi la rompre, l'anéantir. Au-delà de la coloration verticale dans laquelle vire le dialogue, qui cadre fort mal avec la relation non hiérarchique entre ordres juridiques européen et national, l'efficacité de cette réprimande sera somme toute relative : la question d'espèce n'arrivera jamais sur la table de la Cour de justice.

L'avenir nous dira si le Conseil d'État fut puni pour l'exemple, lui qui avait déjà attiré les foudres d'une tout autre juridiction[284]. Blessés, [285] mais pas abattus, les juges du Palais Royal ont continué et continueront de s'adresser à la Cour de justice. Cependant, un tel baptême du feu à l'encontre de juges nationaux déjà sous pression ou sous influence, pourrait les pousser à faire vœu de silence.

La dominante optionnelle du déclenchement de l'article 267 TFUE engendre donc certaines complications, à l'instar de la séparation fonctionnelle dans laquelle cette disposition s'inscrit.

[283] L. AZOULAI, « Les formes de la sanction juridictionnelle », in I. PINGEL ET D. ROSENBERG (dir.), *Sanctions contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006, spéc. p. 25.
[284] CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et a. c. France*, req. jtes n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.
[285] J-D. COMBREXELLE, *Sur l'actualité du dialogue des juges*, AJDA, 2018 p. 1929.

Paragraphe 2. Une séparation fonctionnelle incommode

La relation de coopération qu'institue l'article 267 TFUE implique un partage des prérogatives clairement défini. Le respect mutuel des compétences respectives de chacun des protagonistes est un enjeu vital pour « contribuer, directement et réciproquement, à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire »[286].

Cette « nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour »[287], maintes fois soulignée, suppose que les juges nationaux sont seuls compétents dans cinq rouages du mécanisme préjudiciel. Sans qu'il soit nécessaire de tous les retracer[288], il reviendra d'abord au juge national d'interpréter et d'appliquer son propre droit. La compétence de la Cour de justice étant restreinte à l'interprétation du seul droit de l'Union, elle ne peut interpréter le droit interne d'un État membre ni juger de la pertinence de l'interprétation qu'en fournit le juge national. De même, la Cour ne peut prétendre apprécier la validité des dispositions nationales, chose dont elle n'est habilitée que dans le cadre du recours en manquement. Cela sera du ressort des juridictions internes, après avoir obtenu, dans la réponse préjudicielle, les précisions relatives à la portée et à l'interprétation du droit de l'Union[289]. Surtout, dans cette perspective, il revient aussi au juge national de résoudre le litige au principal. La Cour de justice étant un juge du droit et non des faits, elle ne peut aller au bout de sa démarche en appliquant elle-même son raisonnement[290]. À ce titre, certaines juridictions internes n'ont pas hésité à rappeler à la CJUE qu'il « revient exclusivement au juge national, seul compétent pour apprécier les faits et pour interpréter la législation nationale », de procéder au test de conventionnalité de l'acte national litigieux[291].

La séparation fonctionnelle repose donc sur une distinction entre l'interprétation de la Cour, *in abstracto*, et l'application par les juges nationaux, *in concreto*. Si certaines « anomalies

[286] CJCE, 1er décembre 1965, *Schwarze*, aff. 16/65.
[287] Voy., par ex., CJUE, 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota e.a.*, aff. C-515/08, pt 18 ; CJUE, 14 mars 2013, *Česká spořitelna*, aff. C-419/11, pt 20.
[288] Sur ce point, voy. R. SILVA DE LAPUERTA, « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne » in A. TIZZANO, A. ROSAS, K. LENAERTS, *et al.*, *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 591-601., spéc. p. 595.
[289] CJCE, 22 mars 1990, *Triveneta Zuccheri e.a. c. Commission*, aff. C-347/87, pt 16.
[290] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64.
[291] CE, Ass., 11 décembre 2006, *Sté De Groot en Slot Allium*, n°234560 ; CE, Ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426.

préjudicielles »[292] ont pu s'insérer dans cette division des tâches, il faut reconnaître que, dans ses derniers arrêts intéressant l'indépendance judiciaire, la Cour s'y astreint rigoureusement.

Ce zèle dans le strict respect de la séparation fonctionnelle se constate premièrement dans l'arrêt *A.K.*[293]. Dans cette affaire, la Cour de justice a élaboré les critères permettant d'évaluer l'indépendance de la Chambre disciplinaire, *in abstracto*, mais a laissé à la Cour suprême polonaise le soin de les appliquer, *in concreto*. Cette retenue, alors même que la *Sąd Najwyższy* avait explicitement demandé à la CJUE de décider de la réalité de cette indépendance, étonne. Les conclusions de l'avocat général Tanchev invitaient pourtant la Cour à juger d'elle-même que la Chambre disciplinaire ne satisfaisait pas aux exigences d'indépendance judiciaire. En outre, cette retenue interroge car, si la Cour suprême polonaise a spécifié cela, c'est parce qu'elle a pressenti qu'une décision de la CJUE avait de meilleures chances d'être respectée par le gouvernement polonais que toute décision issue de sa propre autorité[294]. Cette intuition s'est rapidement confirmée : la Chambre disciplinaire et le Conseil national de la magistrature ont largement ignoré la décision.

Cette loyauté préjudicielle, paradoxalement indésirable, trouve un second écho particulier à travers le renvoi de la *High Court* d'Irlande relatif au mandat d'arrêt européen. En effet, dans l'affaire *L.M.* la Cour observe un grand respect de la division du travail entre juge de l'Union et juge national. Ainsi, appliquant le partage standard des rôles, la Cour estime que la jurisprudence *Aranyosi et Căldăraru* s'étend à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Ensuite, elle renvoie la balle au juge national de l'État de réception pour procéder au double test aux fins de déterminer si le mandat doit être exécuté. Bien que l'opinion de la Cour touchant au premier test soit relativement transparente, la décision définitive reste entre les mains de la juge Donnelly.

L'esprit *Soering*se retrouve dans cette décision[295] : la Cour EDH était quelque peu entravée par une sorte de « *territorial confinement* »[296], au sens où elle n'était pas compétente pour l'activité

[292] A. BARAV, « Une anomalie préjudicielle » in *Etudes sur le renvoi préjudiciel en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 161-190.
[293] CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.
[294] P. MARCISZ, *Discipline and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary*, VerfBlog, 2019, https://verfassungsblog.de/discipline-and-punish/.
[295] CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.
[296] I. CANOR, *My Brother's Keeper: Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust among the Peoples of Europe*, Common Market Law Review 50, no. 2, 2013, p. 383-422., spéc. p 397.

des États-Unis (État tiers à la Convention), là où la CJUE semble avoir un « confinement procédural », en ce qu'elle ne peut appliquer d'elle-même le double test.

Dans ce cas de figure aussi, la question reste la même : le résultat de cette répartition des rôles est-il satisfaisant dans la pratique ? Le seul fait que la *High Court* ait donné une suite favorable au mandat d'arrêt européen[297], permet de répondre par la négative. En agissant de la sorte, la Cour de justice semble abandonner les juridictions nationales à leur propre sort. Certes, nombre d'informations sont mises à leur disposition, notamment la « proposition motivée […] adressée par la Commission au Conseil sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, TUE » qui constitue un « élément particulièrement pertinent »[298] aux fins de l'évaluation *in concreto*. Cela permet de réduire au maximum le risque d'une décision en rupture totale avec les orientations de la Cour. Toujours est-il que cette « forme de modération des juges de Luxembourg »[299] déçoit, là où une occasion s'offrait à eux pour envoyer un signal fort au gouvernement polonais.

La déception est d'autant plus grande quand on sait que la Cour de justice est loin d'avoir toujours tenu un discours aussi courtois au sujet de la séparation fonctionnelle. Inspirée par la recherche de l'effet utile de ses arrêts, la Cour a su se montrer audacieuse en usant d'un subterfuge pour venir subroger le juge national. Sont introduites dans les arrêts du juge de l'Union des formules telles que « doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas »[300] ou « en ce sens qu'il s'oppose »[301] « à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal ». Ce « jeu de dupes »[302], qui sauve les apparences, la Cour ne prend pas toujours la peine de le dissimuler. Exemple topique forme l'arrêt *Köbler*, où la Cour conclut à l'absence de violation manifeste du droit communautaire « dans les circonstances de l'espèce au principal »[303]. Cette illustration s'avère particulièrement éloquente pour comprendre la raison pour laquelle la Cour agit ainsi.

Lorsque le juge de l'Union tranche *in concreto*, en lieu et place du juge national, il ne cherche pas à étendre son hégémonie dans la relation préjudicielle, loin de là. Il tente au contraire de

[297] High Court irlandaise, 19 novembre 2018, *The Minister for Justice and Equality -v- Celmer n°5*, [2018] IEHC 639.
[298] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 61.
[299] M. WENDEL, *Indépendance judiciaire et confiance mutuelle : à propos de l'arrêt LM*, Cahiers de droit européen, 2019, p.189-215., spéc. 211.
[300] CJUE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07, pt 73.
[301] CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04, pt 71.
[302] L. COUTRON, « La voie détournée : le renvoi préjudiciel en interprétation » in L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne. Institutions, sources, contentieux*, Dalloz, 2019.
[303] CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01, p. 126.

venir au soutien du juge national, qui peut se trouver dans une position délicate. Il en va ainsi dans l'affaire *Köbler*, concernant la question de savoir si la responsabilité de l'État du fait d'une juridiction suprême pouvait être engagée. Dans cette espèce, on comprend tout à fait le malaise du juge de renvoi, juge de premier degré, à l'idée devoir apprécier une décision de son « supérieur ». D'où l'interventionnisme, intrusif, mais souhaitable, de la Cour de justice. Cette dernière assume alors la charge de la décision, au nom et pour le compte du juge interne.

Naturellement, une pensée se dégage de cette démonstration : pourquoi la Cour n'en a-t-elle pas fait autant pour les deux arrêts évoqués ci-dessus ?

Dans chacune de ces affaires, la posture des juges de renvoi s'avère plus qu'embarrassante, même si la potentielle pression hiérarchique n'est pas intrajuridictionnelle, mais extrajuridictionnelle, le gouvernement polonais ayant à l'œil les décisions qui vont suivre.

Peut-on supposer qu'il faille expliquer l'absence d'initiative de la Cour, pour délier les juges de renvois de leur responsabilité, par le terrain mouvant sur lequel se situent ces décisions ? L'indépendance judiciaire, par ces temps, se présente comme une thématique particulièrement sensible. Pourtant, il n'en est rien. La Cour n'a pas tergiversé dans l'arrêt *N.S.*, en constatant des « défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile » dans les « situations telles que celles en cause […] au principal »[304]. De même, dans l'affaire *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, la Cour a estimé que les mesures générales de réduction salariale, « telles que celles en cause au principal »[305], ne portaient pas atteinte au principe de l'indépendance des juges.

Alors même qu'ils apparaissent comme leurs pendants emblématiques, ces deux exemples contrastent nettement avec les arrêts susmentionnés. Il faut alors se rendre à une évidence amère : si la Cour n'est pas allée au bout de sa démarche, en jugeant *in concreto*, ce n'est pas du fait d'une quelconque séparation fonctionnelle, qu'il s'avère aisé de rompre, mais d'un certain manque d'audace.

L'interdiction pour la Cour de s'immiscer dans le domaine réservé au juge national se dresse donc davantage comme une autolimite, qu'un véritable obstacle enrayant la possibilité de mener à bien ses actions.

[304] CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E. e.a.*, aff. jtes C-411 et C-493/10, pt 94.
[305] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pt 52. Voy., également, CJUE, 7 février 2019, Carlos Escribano Vindel, aff. C-49/18, pt. 73.

Section 2. Des obstacles étanches propres à la recevabilité des questions préjudicielles

« *The Court gives with one hand and takes away with the other* »[306]. Si elle admet une conception large de sa compétence (*Paragraphe 1*), son approche stricte du lien avec le litige neutralise le potentiel du renvoi préjudiciel (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une conception large de la compétence de la Cour de justice

Les Traités ne confèrent pas de pouvoirs, à proprement dits, à la Cour de justice pour défendre les valeurs de l'Union, telle que l'État de droit. D'ailleurs, le Tribunal de première instance a lui-même affirmé qu'il n'était pas compétent pour contrôler la légalité des actes adoptés conformément à l'article 7 TUE, à l'exception questions relatives aux dispositions procédurales de cet article[307]. La faculté pour la Cour de justice de venir interférer directement dans l'organisation du pouvoir judiciaire national ne relève pas de l'évidence. D'autant plus que cette prérogative a jusqu'à présent été perçue comme profondément ancrée dans le concept de souveraineté nationale.

Il faut reconnaître que « l'ordre juridique communautaire n'est pas universel »[308]. Aussi, l'argument répété *ad nauseam* par les gouvernements hongrois et polonais, selon lequel la Cour de justice n'a, d'un point de vue strictement juridique, pas son mot à dire, n'a rien de totalement absurde. La Cour de justice a donc joué un double tour de passe-passe autour de l'article 19 TUE, à la fois pour légitimer son action dans la sphère de l'indépendance judiciaire, mais aussi pour que cette action puisse être admissible dans l'immense majorité des cas. La première ruse, celle visant à justifier sa compétence sur le fondement du renvoi préjudiciel, de sorte que tout juge national s'avère être un juge de l'Union dont l'indépendance doit être protégée, a été déjà retracée[309]. Il convient donc de s'intéresser à la seconde astuce, celle permettant d'étendre un maximum le champ de cette compétence. C'est dans cette pirouette interprétative de la Cour qu'il faut chercher la véritable valeur ajoutée de l'article 19 TUE vis-à-vis de l'article 47 de la Charte.

---

[306] L.D. SPIEKER, *The Court gives with one hand and takes away with the other: The CJEU's judgment in Miasto Łowicz*, VerfBlog, 2020, https://verfassungsblog.de/the-court-gives-with-one-hand-and-takes-away-with-theother/.
[307] TPICE, 2 avril 2004, *Bertelli Gálvez c. Commission*, aff. T-337/03, pt 15.
[308] Conclusions de l'Avocat général La Pergola sous CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow c. Republik Österreich*, aff. C-299/95, pt 7.
[309] *Cf. Intra, Paragraphe 1. Un contenu enrichi autour de l'article 19 TUE*.

Dans son arrêt fondateur *ASJP*, la Cour envisage deux dimensions de la portée de l'article 19, paragraphe 1, TUE. Elle fait d'abord mention, de manière plutôt brève, d'une portée *in concreto*. Il est là question de l'application de la disposition dans « les domaines couverts par le droit de l'Union, indépendamment de la situation dans laquelle les États membres mettent en œuvre ce droit, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte »[310]. L'adverbe « indépendamment » suggère que le champ d'application est plus large que celui de la Charte. Cela suppose que l'article 19 TUE s'applique à des situations qui, tout en appartenant bien à un domaine couvert par le droit de l'Union, n'en sont pas elles-mêmes couvertes. Il s'agit, par exemple, du cas où un requérant souhaite bénéficier d'une directive européenne relative à l'insolvabilité, mais qui, n'étant pas en situation d'insolvabilité au sens de son droit national, ne relève pas du champ de ladite directive[311].

Ensuite, de manière bien plus développée et appliquée, la Cour aborde une portée *in abstracto*[312]. Toute l'audace de la Cour de justice s'incarne de ce développement. Celle-ci impose aux États membres de garantir le respect de l'indépendance à toute autorité judiciaire potentiellement confrontée à des questions du droit de l'Union. En d'autres termes, l'application de l'article 19, paragraphe 1, TUE ne dépend pas du fait que la juridiction concernée statue effectivement sur une question de droit de l'Union dans le cas d'espèce ; la simple éventualité de traiter de telles questions suffit. L'instrument préjudiciel sous-tend la logique de ce raisonnement : une juridiction qui peut être amenée à appliquer le droit de l'Union, c'est une juridiction qui a la faculté d'utiliser l'article 267 TFUE, donc qui doit répondre à des garanties d'indépendance.

L'effet hypothétique comme vecteur d'application du droit de l'Union s'observe dans un tout autre domaine, celui de la libre circulation des marchandises. Une intéressante similitude avec l'affaire *Pistre*[313] a effectivement été mise en avant, où la Cour a estimé que, même en l'absence d'usage de la libre circulation des marchandises, le droit communautaire trouve application dès lors que la mesure nationale peut avoir un effet sur celle-ci[314]. Finalement, c'est cette spéculation d'un potentiel effet de la mesure nationale sur le droit de l'Union, et plus spécifiquement sur le renvoi préjudiciel, qui est de mise dans le raisonnement *ASJP*.

---

[310] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pt 29.
[311] CJUE, 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13.
[312] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pts 37 à 41.
[313] CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, aff. C-321/94, pts 44 et 45.
[314] Pour ce parallèle, voy. L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat : The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, Common Market Law Review, Issue 6, 2018, p. 1827-1854., spéc. p. 1839.

La Cour étend donc à l'extrême sa compétence en matière d'indépendance judiciaire, car la quasi-totalité des juridictions nationales va s'y retrouver. N'entrerons pas dans cette sphère les seuls tribunaux aux compétences restrictives qui ne relèvent pas de l'Union, sans non plus affecter son droit. Sans prétendre que l'arrêt *ASJP* ait « *reconfigured the EU Constitutional Order* »[315], la Cour n'échappe pas à la critique d'une certaine « *over-constitutionalization* »[316]. Bien qu'elle n'ait pas créé une nouvelle norme juridique de toute pièce, la Cour transmue l'applicabilité d'une disposition de droit primaire déjà existante, afin de renforcer son contrôle du respect l'État de droit par les États membres. Par la même, la Cour annihile littéralement les arguments de sa prétendue incompétence en la matière.

Ne pas y voir une reconfiguration de l'ordre constitutionnel n'empêche toutefois pas de considérer que l'article 19 TUE se dresse dorénavant comme une « norme quasi-fédérale »[317]. D'aucuns n'hésiteront pas à voir l'arrêt *ASJP* comme le pendant européen de l'affaire *Gitlow v. New York*[318] de la Cour suprême des États-Unis[319]. En étendant aux gouvernements des différents États, par le biais du quatorzième amendement de la Constitution relatif au principe de la protection juridictionnelle effective, certaines limitations prévues pour le gouvernement fédéral dans le premier amendement, la Cour suprême avait agi dans son rôle : celui d'une Cour fédérale. À travers son interprétation de l'article 19 TUE formuler dans l'arrêt *ASJP*, difficile de ne pas admettre que la CJUE se prête à jouer un rôle similaire. Cette norme de contrôle fédérale pourra être invoquée dans quasiment toutes les circonstances où des mesures nationales visent les juges nationaux, dès lors que ces derniers sont à même d'entendre des actions basées sur le droit de l'Union.

La plus grande différence avec le modèle américain réside probablement dans la diversité des leviers aux mains de la Cour de justice. Du reste, en subordonnant l'applicabilité de l'article 19 TUE au simple établissement d'un lien hypothétique, la Cour donne l'impression de se livrer à un contrôle purement objectif. Or, une telle appréciation s'effectue usuellement dans le cadre, non pas du renvoi préjudiciel, mécanisme ancré dans une subjectivité singulière, mais du recours en manquement.

---

[315] M. OVADEK, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/.
[316] D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017, p. 101 à 104.
[317] *Ibid.*, S. ADAM, P. VAN ELSUWEGE, p. 341.
[318] Supreme Court of the United States, 8 juillet 1925, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652.
[319] Sur ce point, voy. L. PECH, S. PLATON, *op.cit.* p. 1849 ; L. PECH, S. PLATON, *Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, EU Law Analysis, 2018.

Dès lors, se pose la question de savoir sur quel terrain va s'exercer ce qui constitue vraisemblablement une prise de liberté de la Cour de justice avec le principe d'attribution des compétences. Cette protection de l'indépendance judiciaire a-t-elle vocation à être manœuvrée, à la fois à travers le recours en manquement et le renvoi préjudiciel, ou uniquement l'un des deux ?

À cette question cruciale, tout particulièrement pour les juges nationaux, la Cour de justice a commencé à livrer une esquisse de réponse dans sa jurisprudence la plus récente. Le verdict présagé est sans appel : si les voies de recours peuvent faire figure de vases communicants[320], en matière d'indépendance judiciaire la Cour n'entend pas faire du renvoi préjudiciel son récipient de prédilection.

Paragraphe 2. Une approche stricte du lien avec le litige

Ces dernières années, la position de la Cour de justice quant à la recevabilité des renvois préjudiciels a eu pour cap d'offrir une plus grande liberté au juge national. Faut-il rappeler que les questions déférées par une juridiction nationale jouissent d'une présomption de pertinence[321]. Cependant, cette présomption ne serait être irréfragable[322]. L'objectif premier reste de permettre à la Cour de justice de livrer une réponse utile au litige au principal. Aussi, dans sa collaboration avec son homologue européen, il est de la responsabilité de la juridiction nationale de fournir certains renseignements. Issus d'une jurisprudence abondante, mais diffuse, les éléments devant composer la demande de décision préjudicielle ont été salutairement résumés au sein du règlement de procédure de la CJUE[323].

Pour faire simple, la Cour ne sera pas tenue de répondre à une question portant sur l'interprétation du droit de l'Union, si le problème est de nature hypothétique[324], si la Cour ne dispose pas des éléments de fait ou de droit nécessaires pour répondre de façon utile[325] ou enfin si la question est manifestement sans rapport avec la réalité ou l'objet du litige[326]. La recevabilité tient donc tout autant des critères de l'article 267 TFUE, que de l'attitude du juge national qui

[320] Il faut toutefois garder à l'esprit que le renvoi préjudiciel ne peut être considéré comme une voie de recours à proprement dite. Pour la référence, voy. M. JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN *et al.* (eds), Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler, Baden-Baden, 1999, p. 233-253.
[321] CJCE, 7 septembre 1999, *Beck and Bergdorf*, aff. C-355/97, pt 22.
[322] CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90.
[323] Article 94 du règlement de procédure de la Cour de justice, version consolidée du 25 septembre 2012.
[324] CJUE, 6 juill. 2017, *Marcu*, aff. C-392/16, pt 53.
[325] CJUE, 21 déc. 2016, *Vervloet*, aff. C-76/15, pt 56.
[326] CJCE, 16 juin 1981, *Maria Salonia*, aff. 126/80.

garde un rôle primordial. Au-delà de ce devoir de description, ce dernier doit éclaircir le juge de l'Union sur les raisons qui rendent la question nécessaire pour lui permettre de statuer, ainsi que sur le choix des dispositions de l'Union dont il sollicite l'interprétation[327].

Sur cette base, notre attention doit se focaliser sur l'établissement du lien, entre les dispositions du droit de l'Union et la législation nationale applicable au litige, que doit démontrer le juge de renvoi.

Dans les prémisses de sa construction jurisprudentielle autour de l'indépendance judiciaire, cet angle de la recevabilité n'a pas fait grands débats. Soit le problème de l'indépendance se posait dans le contexte des règles régissant la composition des organes compétents pour connaître des procédures de recours[328], soit la Cour écourtait largement cet examen. Rentre dans cette seconde catégorie l'affaire *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, alors même que la compétence de la Cour ne révélait pas de l'évidence. Durant la crise de la dette souveraine, celle-ci s'est longtemps cachée derrière une incompétence présumée en matière de mesures d'austérité, soutenant que ces situations n'étaient pas couvertes par le droit de l'Union[329]. Seulement, à la différence de ces affaires où les juridictions de renvoi avaient peiné à dresser un cadre factuel et juridique convaincant, le *Supremo Tribunal Administrativo* a su démontrer le lien explicite avec le droit de l'Union. Ces mesures étaient effectivement d'origine européenne, puisqu'elles ont été imposées à l'État portugais par des décisions de l'Union accordant une aide financière. En tout état de cause, la Cour s'est peu préoccupée de cet aspect. Quoi qu'il en soit, dans ce cas de figure, les mesures en cause relatives à la rémunération des juges présentaient un lien direct avec l'indépendance judiciaire, donc avec l'article 19, paragraphe 1, point 2, TUE.

La Cour s'attardera davantage sur cette question lorsque le lien n'est pas si ostensible, mais bien présent. Ici, l'évaluation de l'indépendance judiciaire constitue une étape préalable, décisive dans l'appréciation de la procédure au principal. Il en ira ainsi, par exemple, lorsqu'il est question d'examiner l'indépendance d'une autre juridiction afin de déterminer si elle s'avère apte à assurer sa fonction. L'affaire *A.K.* illustre cette perspective, concernant l'indépendance de la Chambre disciplinaire nouvellement créée. Il s'agit donc d'une « *functional*

[327] Pts 15 et 16 des recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, JOUE, n° C. 439, 25 novembre 2016.
[328] CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04.
[329] CJUE, ord., 7 mars 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*, aff. C-128/12, pt 12 ; CJUE, ord., 26 juin 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, aff. C-264/12, pt 19.

connection »[330] au sens où le lien entre le renvoi préjudiciel et le fond de l'affaire au principal consiste à confirmer la capacité des juges nationaux à connaître de l'affaire dans laquelle le droit de l'Union trouve à s'appliquer.

Surgit une dernière hypothèse, celle où l'élément relevant de l'indépendance judiciaire est « *neither directly nor indirectly linked to the main proceeding but external to it* »[331]. Tel semble être le cas des deux dernières affaires préjudicielles rendues au sujet de la Pologne, concernant respectivement une procédure civile en matière de paiement et une procédure pénale. En l'espèce, les éléments européens perceptibles étaient extérieurs, au sens où les questions préjudicielles résultaient de la crainte des juges que leur décision puisse déboucher sur des poursuites disciplinaires à leur encontre. Cette crainte était loin d'être infondée, car une enquête préalable au lancement d'une éventuelle procédure disciplinaire a effectivement été déclenchée. Pourtant, la Cour de justice ne voit pas de lien de rattachement suffisant avec l'article 19, paragraphe 1, point 2, du TUE.

Il est important de relever que l'irrecevabilité, à laquelle conclut la Cour, ne s'explique aucunement pas une carence des juges de renvois, qui ont au contraire « satisfait aux exigences rappelées à l'article 94 du règlement de procédure »[332]. C'est donc bien l'absence de lien de rattachement avec le droit de l'Union, jointe au fait que l'interprétation sollicitée ne réponde pas à un besoin objectif pour trancher le litige, qui justifie l'irrecevabilité[333].

À ce titre, il faut se réjouir que la Cour n'ait pas nié la réalité de ces menaces, s'en préoccupant même, comme le montre la fin de son raisonnement[334]. L'arrêt se distingue ici des conclusions de l'avocat général Tanchev. Dans un raisonnement presque indécent, ce dernier estime qu'en l'absence de matérialisation des procédures disciplinaires, les craintes restent des « craintes » hypothétiques[335]. Par un raisonnement *a contrario*, faudrait-il en conclure que les questions auraient été recevables si les procédures disciplinaires avaient abouti ? Si le doute quant à l'admissibilité des questions est permis, il ne faut pas le chercher ici. D'autant qu'il paraît

---

[330] S. BIERNAT, M. KAWCZYNSKA, *Why the Polish Supreme Court's Reference on Judicial Independence to the CJEU is Admissible after all*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/why-the-polish-supreme-courts-reference-onjudicial-independence-to-the-cjeu-is-admissible-after-all/.
[331] L.D. SPIEKER, *The Court gives with one hand and takes away with the other: The CJEU's judgment in Miasto Łowicz*, *op. cit*.
[332] CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18, pt 42.
[333] *Ibid,* pt 53.
[334] *Ibid*, pts 54 et s.
[335] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18, pts 117 à 199.

absurde de devoir « attendre » une violation concrète, alors que l'objectif premier est bien de prévenir de telles entorses[336]. Surtout, de manière totalement contradictoire, l'avocat général finit par reconnaître que la République de Pologne a bien pris une mesure, mais estime qu'il « n'est pas évident, dans les circonstances des présentes affaires, [qu'elle] ait crée une appréhension justifiée quant à une éventuelle partialité ». Faut-il sous-entendre que l'enquête préliminaire du gouvernement était peut-être fondée et ne visait pas à déstabiliser les juges ? La décence argumentative de la Cour, préférant s'appuyer sur le fait qu'aucune réponse aux questions ne peut affecter les jugements que sont amenés à rendre les juges nationaux, contraste avec les conclusions de l'avocat général[337].

Il reste que l'arrêt lui-même paraît « *excessively formalistic and disconnected from the reality on the ground* »[338]. À cet égard, pour comprendre la demande des juridictions polonaises, il convient de prendre leur regard un instant. Ces juridictions répondent à pléthores de problèmes juridiques, dont nombre doivent assurément concerner le droit de l'Union. Le choix d'effectuer le renvoi préjudiciel à l'occasion de ces litiges ne relevait certainement pas d'une stratégie, qui se serait d'ailleurs avérée mal ficelée, pour faire tomber le régime disciplinaire polonais. Ce choix fut guidé par un ressenti, celui d'être sous la pression d'un gouvernement pour qui l'issue des litiges présente un grand intérêt.

Face à cette influence externe, les juridictions polonaises se sont probablement reconnues dans l'apport majeur de l'arrêt *ASJP* : il suffit d'établir que le juge national est susceptible de statuer sur le droit de l'Union, pour être couvert par la garantie de l'indépendance judiciaire conformément à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE. Ni l'avocat général[339] ni la Cour de justice[340] ne démentent que cet apport leur est applicable. Seulement, la Cour semble presque insinuer que cet apport ne conserve un intérêt que pour la procédure en manquement[341].

---

[336] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 67 : « *l'exigence d'indépendance impose également que le régime disciplinaire de ceux qui ont pour tâche de juger présente les garanties nécessaires afin d'éviter tout risque d'utilisation d'un tel régime en tant que système de contrôle politique du contenu des décisions judiciaires* » (nous soulignons).

[337] Pour de vives critiques sur ce point, voy. P. MARCISZ, *Creating a Safe Venue of Judicial Review: AG Tanchev on the Admissibility of Preliminary References re Polish Disciplinary Proceedings*, VerfBlog, 2019, https://verfassungsblog.de/creating-a-safe-venue-of-judicial-review/.

[338] L. PECH, P. WACHOWIEC, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, VerfBlog, 2020, https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/.

[339] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18, pt 94.

[340] CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18, pt 34.

[341] *Ibid*, pt 47.

Le cœur de l'arrêt, fondamental, se situe ici : parce que la recevabilité d'une question préjudicielle impose un lien de rattachement avec le droit de l'Union, le nouveau champ d'application de l'article 19 TUE ne peut déployer ses effets « abstraits » par le prisme préjudiciel. Il semble possible de pouvoir en déduire que, dans le cadre du renvoi préjudiciel, le champ d'application de l'article 19 TUE se rapproche sensiblement de celui de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Dans son effet restrictif, l'exigence issue de l'article 51 de la Charte, d'une mise en œuvre du droit de l'Union, équivaut d'une certaine manière au lien de rattachement requis dans le cadre du renvoi préjudiciel. En d'autres termes, la possibilité, pour l'article 19, paragraphe 1, TUE, d'englober les infractions potentielles se retrouve phagocytée par la limite procédurale de la recevabilité des renvois préjudiciels. Limite qui n'existe point dans le cadre de la procédure de manquement, dans laquelle la présence d'un contentieux importe peu, la seule existence de disposition nationale contraire suffit[342].

Le raisonnement ne convainc guère : la Cour estime que l'interprétation sollicitée ne répond pas à un besoin objectif pour trancher le litige, ce qui justifie l'irrecevabilité. Or, cela revient à estimer que la menace à l'indépendance, aussi manifeste soit-elle, n'influera pas sur le litige… Cependant, si une mesure nationale affecte l'indépendance de la juridiction compétente pour l'affaire au principal, elle est susceptible d'avoir une répercussion sur l'issue de l'affaire. Théoriquement, cette répercussion devrait rendre la réponse de la CJUE pertinente pour la juridiction de renvoi, que l'affaire principale relève elle-même du droit de l'Union ou non. La Cour estime donc, pour le compte des juges nationaux, que la réponse n'est pas nécessaire, sans réellement se projeter dans la réalité complexe de leur situation. Il faut le regretter.

Quoi qu'en pense l'avocat général Tanchev[343], le parallèle avec la jurisprudence *Falciola* marque les esprits[344]. La Cour avait jugé que les questions préjudicielles n'avaient aucun rapport avec le litige au principal, étant donné qu'elles ne concernaient pas l'interprétation des règles de l'Union relatives aux marchés publics en question, mais seulement le fait de savoir si les juges nationaux pouvaient exercer leurs fonctions d'une manière indépendante en dépit de cette législation. Il faut cependant garder à l'esprit que les circonstances et le contexte dans une affaire préjudicielle jouent un rôle prépondérant, de sorte qu'il n'est pas aisé de savoir si l'arrêt *Falciola* aurait reçu la même réponse de nos jours.

[342] CJCE, 4 avril 1974, *Commission c. France (code du travail maritime)*, aff. 167/73, pt 41.
[343] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18, pt 96.
[344] CJCE, ord. 26 janvier 1990, *Falciola*, aff. C-286/88, pts 1 à 5 et 8 à 10.

Par la même et de façon plus inattendue, la Cour semble donner raison à un récent arrêt de la Cour suprême hongroise. Alors qu'un juge hongrois compte interroger la Cour de justice sur sa propre indépendance judiciaire, suite à une demande de réexamen ouvert par le procureur général, le renvoi a été déclaré illégal[345]. La *Kúria* a estimé que l'objet de la demande ne concernait pas l'interprétation du droit de l'Union, mais des questions non pertinentes pour l'issue de l'affaire pendante[346].

Si la position de la Cour de justice s'explique par un aspect purement technique, elle crée néanmoins un certain malaise. Bien que l'arrêt n'aille clairement pas dans son sens, le gouvernement polonais ne manquera pas de l'instrumentaliser, comme cela a pu être le cas de l'affaire *A.K.*[347]. De plus, la Cour de justice incarne souvent le dernier espoir pour ces courageux juges, dont l'indépendance est si fragile. Cette clarification de la portée de l'article 19 TUE n'augure rien de bon pour certains renvois préjudiciels actuellement pendants. Même si l'arrêt *Miasto Łowicz* conditionne parfaitement la procédure en manquement envers la Pologne qui approche à grands pas[348], l'heure n'est pas au gain de temps face au processus de désintégration juridique que connaît l'est de l'Europe.

[345] Conformément à l'article 669, paragraphe 3, du code de procédure pénale hongrois, cette déclaration n'a aucune conséquence juridique. L'arrêt ne porte pas atteinte au droit des juges hongrois de recourir à la CJUE sous forme de renvois préjudiciels.
[346] Cour suprême hongroise, 10 septembre 2019, arrêt n° Bt.838 / 2019.
[347] Le ministre polonais de la justice, Zbigniew Ziobro, a fait mention d'une « très bonne décision », https://tvn24.pl/polska/zbigniew-ziobro-o-wyroku-tsue-trybunal-orzekl-to-czego-sie-spodziewalem-ra986582-2300503.
[348] Recours introduit le 25 octobre 2019, *Commission européenne c. République de Pologne*, aff. C-791/19.

Sous-conclusion :

Décidément, ni la procédure de renvoi préjudiciel ni l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux ne semblent être de « *good "vehicles" for addressing the structural judicial reforms* »[349] affectant l'indépendance des juges. L'un et l'autre ne sont promis qu'à un rôle auxiliaire. L'arsenal de la Cour dans cette crise de l'État de droit paraît davantage s'articuler autour de l'article 19 TUE, par le prisme du recours en manquement. Enraciné dans un contentieux objectif, avec une disposition ouvrant la voie à un « nouveau chapitre » du constitutionnalisme européen[350], c'est sous l'impulsion de la Commission européenne que compte opérer la Cour de justice. Pourquoi se plonger dans les méandres d'une Charte des droits fondamentaux qui peine à véritablement donner de la voix, en dépit de son nouveau statut, au moyen d'un outil préjudiciel dont les restrictions procédurales rendent délicates les manœuvres de la Cour ?

En cette période désastreuse pour l'indépendance judiciaire, le réflexe incite à dire que l'Union doit mettre à profit l'ensemble des outils à sa disposition. La Cour de justice a suivi cette idée, mais dans la limite de ce que lui permettent ces instruments : une contribution par conséquent passive. Peut-on s'arrêter à une telle conclusion ? Certainement pas. Ni l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux ni le renvoi préjudiciel n'ont déployé l'entièreté de leurs effets.

D'une part, il convient d'oblitérer un dogme, d'effacer une croyance bien trop répandue : celle du rôle marginal de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. La récente construction jurisprudentielle de l'indépendance judiciaire ne dit pas son nom. En apparence, l'axiome de ce développement semble être l'article 19 TUE, mais en substance, il s'agit bien de l'article 47 de la Charte. À cet égard, certaines spécialités du droit de l'Union ne dissimulent point cette place maîtresse de l'article 47 de la Charte, comme le mandat d'arrêt européen. Cette disposition décèle encore un potentiel inusité, qu'il conviendra d'explorer.

D'autre part, le renvoi préjudiciel tient un rôle permanent de moteur dans la construction jurisprudentielle de l'indépendance judiciaire, en donnant l'occasion à la Cour de se prononcer. Dans ce sens, une utilisation modulée et pertinente de cet outil aux mains des juges nationaux permettra à ces mêmes protagonistes de se prémunir de toute atteinte à leur indépendance.

---

[349] D. KOSAR, *The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/the-cjeu-has-spoken-out-but-the-showmust-go-on/.
[350] P. BARD, D. KOCHENOV, *op.cit*.

Parce qu'elle forme la perspective d'un puissant levier au service du droit à un tribunal indépendant, la contribution du renvoi préjudiciel à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux peut être active. Courage, audace et fermeté : guidant souvent son attitude, la Cour de justice doit plus que jamais adhérer à ces mots.

Partie II. Une contribution active – la perspective d'un puissant levier au service du droit à un tribunal indépendant

Si elle se trouve souhaitable, la contribution active de l'article 47 de la Charte à travers l'outil préjudiciel est surtout réalisable. Encore faut-il s'en donner les moyens. Perfectionnement, correction, voire réformation, tel est le vocable auquel doit faire appelle cette manœuvre. Ainsi, seule une véritable symbiose entre le renouvellement du rôle de l'article 47 de la Charte (**Titre I**) et la rénovation de la fonction du renvoi préjudiciel (**Titre II**), pourra permettre au système judiciaire de l'Union de compter sur ce levier pour arriver à ses fins en matière d'indépendance judiciaire.

Titre I. La nécessité d'un rôle renouvelé de l'article 47 CDFUE

Sans que l'on s'y attende, certains pans du droit de l'Union permettent de mettre en valeur l'influence que peut avoir une disposition. Il en va ainsi pour l'article 47 de la Charte à travers le mandat d'arrêt européen (**Chapitre 1**). Son attractivité, ainsi démontrée, incite à plaider pour une garantie d'indépendance judiciaire forgée autour de cet article (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La mise en relief de l'influence de l'article 47 CDFUE à la lumière du mandat d'arrêt européen

Étonnamment, le terrain de la coopération pénale va s'avérer fertile pour l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. Cette disposition va faire figure de nouveau pivot d'une exception *Solange* horizontale au sein du mandat d'arrêt européen (***Section 1***). Elle ne demeure toutefois qu'un simple pivot, dont le déploiement de ses effets concrets dépend du cadre qui l'entoure (***Section 2***).

Section 1. L'article 47 CDFUE, nouveau pivot d'une exception Solange horizontale

La garantie d'indépendance va occuper une place prépondérante dans le mandat d'arrêt européen, en conditionnant son utilisation à deux temporalités différentes. D'abord, lors du déclenchement, par la définition de l'autorité judiciaire d'émission (*Paragraphe 1*), puis, lors de l'exécution, par les conditions présentes dans l'État membre d'émission (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. L'indépendance comme caractère inhérent à l'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen

Mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, le mandat d'arrêt européen est fondé sur un système simplifié d'admission des décisions émises par les autorités judiciaires d'un autre État membre de l'Union, en vue d'établir une libre circulation de ces décisions en matière pénale dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

Cette coopération judiciaire doit se fonder, conformément à la décision-cadre 2002/584, « sur [un] degré de confiance élevé qui doit exister entre les États membres »[351]. Transparaît une certaine circularité entre le MAE et la confiance mutuelle[352]. D'un côté, la confiance mutuelle

[351] Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JOCE, n° L. 190, 18 juill., p. 1, consid. 10.
[352] C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ?*, Revue trimestrielle des droits de l'Homme 2019, n° 118, pp. 297-322, p. 317.

se dresse comme l'un des objectifs du mandat d'arrêt européen, de l'autre, elle conditionne la mise en œuvre de cet instrument. La nature mutuelle de la confiance anime l'idée d'une réciprocité de cette croyance en la valeur de l'autre : là où l'État membre d'exécution doit faire confiance en la décision rendue par l'autre État membre d'émission, ce dernier doit faire confiance dans l'exécution de sa décision[353].

Concrètement, lorsque l'autorité judiciaire d'un État membre demande la remise, soit dans la phase pré-sentencielle du procès pénal soit dans sa phase post-sentencielle, sa décision doit être reconnue et exécutée mécaniquement sur tout le territoire de l'Union.

La Cour de justice a raison de signaler que cette confiance est une « condition *sine qua non* de la réussite des instruments du droit pénal de l'Union »[354]. Dans l'optique d'obtenir une automaticité quasiment parfaite dans l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, la confiance que partagent les systèmes de justice doit être irréprochable. Sans cette marche forcée, tout un pan de l'ELSJ perdrait sa substance. L'absence de confiance mutuelle entraîne dans ses flots des exceptions *ad hoc* confectionnées selon les croyances propres à chaque autorité judiciaire au sujet des garanties offertes par leurs partenaires européens, ainsi que des pratiques locales disparates[355]. En dépit d'une confiance mutuelle stable et durable, la première victime serait donc, sans aucun doute, l'instrument du mandat d'arrêt européen.

Le schéma argumentatif pour justifier cette confiance s'est établi sur le respect des droits fondamentaux[356]. L'efficience du mandat d'arrêt européen dépend largement de l'adhésion au récit justificateur : celui de l'Europe des valeurs, qui se traduit par une présomption de respect des droits fondamentaux dans tous les États membres[357]. Autrement dit, parce que les États membres sont présumés épouser et honorer une communauté de valeurs, ainsi que le prévoit l'article 2 TUE, ils sont tenus de se témoigner une confiance entre eux et de coopérer de manière quasiment automatique dans le cadre du mandat d'arrêt européen. Il est rapidement apparu

---

[353] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, Reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale, COM(2000) 495 final, 26 juill. 2000, pt 9.1.
[354] A. TURMO, *op.cit*.
[355] A. WEYEMBERGH, E. SELLIER, *Criminal Procedural Laws Across the Union – A Comparative Analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU Legislation*, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2018, p. 10.
[356] Voy. « Le Programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO, C 53, 3 mars 2005, p. 1 : l'objectif premier est « *d'améliorer les capacités communes de l'Union et de ses États membres afin d'assurer le respect des droits fondamentaux* ». Voy. également, « Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », JO, C 115, 4 mai 2010, p. 1 : le Conseil européen indique que le respect des droits fondamentaux est une priorité politique dans l'ELSJ.
[357] A. BAILLEUX, *Les récits judiciaires de l'Europe*, Revue de l'Union européenne, 2018, n° 614, p. 5-17, p. 11.

nécessaire, pour ne pas délivrer une confiance totalement « aveugle »[358], que celle-ci puisse être mesurée. Plus qu'une simple volonté, un besoin de pouvoir inscrire la confiance à accorder à un État membre sur un baromètre a émergé. Légitimement, ce baromètre sera celui des droits fondamentaux.

Nécessaire donc, cette sonde l'est d'autant plus que la température des droits fondamentaux sur le Vieux continent est loin d'être clémente. Surtout, de nos jours, il arrive que le respect négligeable de certaines valeurs dans quelques États membres fasse monter le mercure de manière particulièrement dangereuse. En effet, au gré des gouvernements au pouvoir, la place des droits fondamentaux sera plus ou moins honorée avec bon sens. Marquante est, sur ce point, l'affaire concernant l'indépendance des juges en Roumanie où, suite aux élections présidentielles depuis la réception de la question préjudicielle[359], l'actuel gouvernement n'a nullement défendu devant la CJUE les mesures entreprises par leurs prédécesseurs.

Tout comme le respect des droits fondamentaux, la confiance est donc évolutive. Elle repose, non pas sur des critères strictement objectifs, mais s'avère « le résultat d'ajustements permanents entre les acteurs au sein de l'espace commun de justice ». Dès lors, il est naturellement possible de « se faire moins confiance quand on a plus de raisons objectives de se faire confiance »[360]. Cet abaissement de la confiance peut être un signe positif, au sens où le degré d'attente contenu dans cette confiance aurait augmenté plus rapidement que la capacité du système à s'adapter à cette attente. Mais, dans une majorité de cas, elle sera un signe négatif, celui de la détérioration des droits fondamentaux dans l'État membre d'émission. Tout le problème réside par le fait que, pendant de longues années, cette dégradation n'avait aucune conséquence dans les faits.

Cependant, dans le contexte actuel où la méfiance règne, l'afflux de questions préjudicielles concernant des difficultés d'exécution du MAE a contraint la Cour de justice à accélérer son mouvement de « procéduralisation » du principe de confiance mutuelle[361]. Ce mouvement, qui fait passer la prise en compte des droits fondamentaux, d'un état chimérique, à une réalité,

---

[358] K. LENAERTS, *La vie après l'avis : Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, Common Market Law Review, 2017, n° 3, p. 805.
[359] Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunalul Olt (Roumanie), 5 février 2019, *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, aff. C-83/19.
[360] D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l''alpha' ou l''omega' d'une justice pénale européenne ? », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17.
[361] C. RIZCALLAH, *La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la " procéduralisation " du principe de confiance mutuelle*, Obs. Bxl., 2020, n°1, p. 36-39.

s'observe tout d'abord à travers la définition de la notion d'autorité judiciaire d'émission. Les exigences procédurales, qui vont conditionner la confiance mutuelle, vont servir de passerelles à des considérations relatives aux droits fondamentaux.

La Cour a été amenée à éclaircir un doute, qui avait été levé[362], concernant la définition « d'autorité judiciaire » au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre, unique entité habilitée à émettre un MAE. Ce concept, qui exige une interprétation autonome et uniforme, ne se réfère pas strictement aux seuls juges et tribunaux d'un État membre, mais englobe plus largement « les autorités participant à l'administration de la justice pénale »[363]. Ainsi, comme l'avait prophétisé la Cour suprême du Royaume-Uni[364], les autorités judiciaires ne se limitent donc pas à des tribunaux indépendants, mais peuvent également être des procureurs. Selon la CJUE, cela exclut cependant les services de police[365] ou le ministère d'un État membre[366].

Il ressort finalement de cette interprétation large que l'élément déterminant réside dans l'indépendance de l'entité vis-à-vis de l'exécutif. Cela constitue en réalité une exigence à part entière. En plus de rentrer dans le champ de la notion « d'autorité judiciaire », l'entité émettrice doit répondre à des exigences strictes en matière d'indépendance. Dans la droite ligne de sa jurisprudence *Bob-Dogi*[367], la Cour impose un double niveau de protection des droits procéduraux et fondamentaux. Dans ce cadre, au moins l'une des deux décisions doit satisfaire aux exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective : soit lors de l'émission d'un mandat d'arrêt national, soit lors de la délivrance du mandat d'arrêt européen[368].

Dès lors, pour que ce second niveau de protection soit effectif, la Cour exige que l'autorité judiciaire d'émission exerce sa fonction « de façon objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge, et sans être exposée au risque que son pouvoir décisionnel fasse l'objet d'ordres ou d'instructions extérieurs, notamment de la part du pouvoir exécutif »[369]. L'indépendance ainsi requise suppose la présence de « règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que l'autorité judiciaire d'émission ne soit pas exposée

[362] Conclusions de l'Avocat général Campos Sánchez-Bordona sous CJUE, 10 novembre 2016, *Özçelik*, aff. C-453/16 PPU, pt 45.
[363] CJUE, 10 novembre 2016, *Özçelik*, aff. C-453/16 PPU, pt 33.
[364] Cour suprême du Royaume-Uni, 30 mai 2012, *Assange c. The Swedish Prosecution Authority*, [2012] UKSC 22.
[365] CJUE, 10 novembre 2016, Poltorak, aff. C-452/16 PPU, pt 33.
[366] CJUE, 10 novembre 2016, Kovalkovas, aff. C-477/16 PPU, pt 35.
[367] CJUE, 1er juin 2016, *Bob-Dogi*, aff. C-241/15, pt 56.
[368] CJUE, 27 mai 2019, *OG et PI*, aff. jtes C-508/18 et C-82/19 PPU, pt 68.
[369] *Ibid.*, pt 73.

[…] à un quelconque risque d'être soumise […] à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif »[370]. Concrètement, si cette autorité d'émission ne doit pas répondre à toutes les exigences relevant du principe de la protection juridictionnelle effective, elle doit être indépendante.

Ainsi, les parquets allemands pouvant être soumis directement ou indirectement à des instructions ou des ordres individuels de la part du ministre de la Justice, ils ne passeront pas les mailles de ce filet dans les affaires *OG et PI*. Ce jugement se démarque de celui des arrêts *PF et NJ*. Était en cause deux MAE, émis respectivement par le procureur général de Lituanie et par le parquet de Vienne. Le premier jouissant d'une indépendance protégée par la Constitution qui lui permet d'agir à l'abri de toute influence du pourvoir exécutif, la Cour estime qu'il peut être considéré comme une « autorité judiciaire »[371]. Quant au second, la situation, hybride, est plus complexe. Certes, le parquet autrichien peut être soumis à des instructions émanant du pouvoir exécutif. Cependant, les mandats d'arrêt européens doivent être homologués par un tribunal qui effectue un contrôle des conditions d'émission du MAE. Cette procédure d'homologation autonome, par un tribunal qui, lui, remplit les garanties d'indépendance, va permettre de conclure que le MAE est valide. Un sort heureux qu'a également connu le ministère public belge[372] et français[373].

Les droits fondamentaux sont longtemps restés les victimes, bien plus que les bourreaux, de l'automaticité de l'exécution du mandat d'arrêt européen. En imposant une stricte exigence d'indépendance, la Cour de justice prouve que la donne a changé. Une sorte d'exception *Solange* horizontale[374] s'instaure donc lors de l'émission du MAE, mais aussi lors de son exécution.

[370] *Ibid.*, pt 74.
[371] CJUE, 27 mai 2019, *PF*, aff. C-509/18, pt 56.
[372] CJUE, 12 décembre 2019, *Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles)*, aff. C-627/19 PPU.
[373] CJUE, 12 décembre 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)*, aff. C-566/19 PPU.
[374] I. CANOR, *op.cit*.

Paragraphe 2. L'indépendance comme motif légitime de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen

Le mandat d'arrêt européen n'a nullement pour ambition d'imposer aux autorités nationales d'adhérer à une présomption crédule et irréfragable d'équivalence des garanties offertes dans les États membres. D'ailleurs, la décision-cadre du 13 juin 2002 prévoit elle-même des motifs de non-exécution des MAE, obligatoires ou facultatifs, énumérés limitativement[375].

Cependant, les grands absents de cette liste sont les droits fondamentaux. Placer les droits fondamentaux parmi ces motifs reviendrait à admettre que certains États membres peuvent être négligents à leur égard, ce que le législateur européen ne semble pas vouloir entendre...

Dans le domaine pénal, assurément plus que dans tout autre domaine, un certain zèle dans l'interprétation de la Cour était donc attendu au service des droits fondamentaux. Pourtant, loin de son rôle d'activiste auquel la Cour a pu nous habituer, cette dernière a opté pour une « approche sécuritaire »[376]. En effet, une interprétation stricte de la décision-cadre a rapidement été retenue[377]. La Cour a réitéré maintes fois que l'exécution constituait le principe, là où le refus d'exécution se dressait comme l'exception[378]. La prise en compte minimaliste, proche de l'inexistence[379], des droits fondamentaux dans le cadre du MAE a trouvé son point culminant lorsque la Cour a refusé de se prononcer sur leurs potentielles influences sur la reconnaissance mutuelle[380]. L'absence significative d'une base juridique relative à la protection des droits fondamentaux n'a pas empêché la Cour de proclamer, à plusieurs reprises, la conformité de la décision-cadre du 13 juin 2002 à la Charte des droits fondamentaux de l'Union[381].

Face à l'absence de marge de manœuvre des États membres et au constat de délabrement des droits fondamentaux, diverses voix se sont élevées[382]. Progressivement, la Cour de justice a revu sa position initiale prônant une valorisation outrancière du principe de confiance mutuelle.

---

[375] Articles 3, 4 et 4 bis de la décision-cadre 2002/584/JAI. Pour une analyse exhaustive de ces listes, voy. A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*, Intersentia, 3ème ed., 2016, p. 400 et s.

[376] G. TAUPIAC-NOUVEL, « L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen », in L. CLEMENT-WILZ (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2018, p. 379-401., spéc. 392.

[377] CJCE, 6 octobre 2009, *Wolzenburg*, aff. C-123/08, pt 57.

[378] CJUE, 10 août 2017, *Tupikas*, aff. C-270/17 PPU, pt 50.

[379] L'unique prise en compte peut s'observer à travers le considérant 10 de la décision-cadre, relatif à la suspension en cas d'application de l'article 7, paragraphe 1, TUE.

[380] CJUE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11.

[381] CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU ; CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11.

[382] Voy. not., T. HAMMARBERG, Commissaire aux Droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, dans sa communication du 15 mars 2011.

Dans son *avis 2/13*, elle admet que des « circonstances exceptionnelles » peuvent justifier une dérogation au principe de confiance mutuelle[383]. Toutefois, la nature exacte de ces circonstances exceptionnelles a été laissée en suspens.

En agissant ainsi, la Cour tente d'introduire l'exception des violations graves des droits fondamentaux par la porte de derrière. La dérogation à la confiance mutuelle ne dépend plus des dispositions de la décision-cadre, mais d'une sorte de postulat général. Fictivement, la Cour fait apparaître une clause générale de non-application si le respect des droits fondamentaux par tous les acteurs concernés ne satisfait pas un certain seuil. Par cette acrobatie interprétative, la Cour de justice vient combler les lacunes textuelles présentes dans les différents instruments usant de la confiance mutuelle.

La généralité de cette clause explique que la solution de l'affaire *N.S.*[384], en matière d'asile, ait trouvé un pendant dans le cadre du MAE[385] : dans ces domaines, la mise en œuvre automatique de la coopération pourra être paralysée lorsque la remise risque de conduire à un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la Charte dans l'État d'émission. Cette jurisprudence, qui concerne essentiellement les conditions de détentions, a récemment été confirmée[386]. Nonobstant une certaine avancée, qu'on ne peut démentir, il serait exagéré de voir dans cette jurisprudence un courage inouï de la Cour de justice. Admettre le refus de transférer l'individu pour un tel motif relève davantage du bon sens que d'une preuve de témérité : l'article 4 de la Charte est un droit « de première génération »[387], de sorte qu'il ne supporte pas la moindre restriction ou dérogation, et la Commission avait déjà épousé cette perspective par le passé[388].

En réalité, à l'instar de la définition de la notion d'autorité judiciaire, c'est la détérioration du respect des valeurs de l'article 2 TUE qui a poussé la Cour à révéler le caractère intrépide de sa jurisprudence. Afin que le principe de confiance mutuelle ne devienne pas une fiction intenable, totalement déconnecté du terrain, la Cour a été amenée à compléter la substance de la clause générale de sauvegarde des droits fondamentaux. Concrètement, la *High Court* irlandaise a saisi la CJUE de la question de savoir si la mise à mal de l'indépendance judiciaire en Pologne était

[383] CJUE, 18 décembre, 2014, *avis 2/13*, pt 191.
[384] CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E. e.a.*, aff. jtes C-411 et C-493/10.
[385] CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.
[386] CJUE, 25 juillet 2018, *ML*, C220/18 PPU.
[387] J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 63.
[388] Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, 11 avril 2011, COM(2011) 175 final.

de nature à suspendre le MAE. Autrement dit, était en jeu la place de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte au sein de la clause.

Cette fois-ci, la réponse n'était pas si limpide car, à l'inverse de l'article 4 de la Charte, l'article 47 ne constitue pas un droit absolu. Or, il est clair que la Cour exige un paramètre qualitatif : la coopération entre les États membres ne sera pas susceptible d'être mise de côté par n'importe quel droit fondamental. Il se peut que, implicitement, la Cour de justice établisse une « *implied unwritten hierarchy among European fundamental rights* »[389]. Au fil de la jurisprudence, la Cour risque de devoir identifier certains droits dignes de protection, faisant naître une différenciation entre « *core human rights and peripheral human rights* »[390].

Quoiqu'il en soit, la différence de rang n'a pas affecté le choix de la Cour. Celle-ci a refusé de restreindre les possibilités d'inexécution d'un mandat d'arrêt européen aux seuls cas de violation des droits absolus. Ainsi, le point d'orgue de l'arrêt réside dans le fait que la Cour dresse le droit fondamental à un tribunal indépendant un motif légitime de refus d'exécution du MAE[391]. De même, il faut relever que la différence de catégorisation n'a pas influencé le seuil à partir duquel l'exécution du MAE doit être reportée, ou du moins, pas autant que le préconisait l'avocat général. Ce dernier distinguait les droits absolus, pour lesquels un risque réel de violation suffisait, et les droits dépourvus de ce caractère absolu, où un risque réel de déni de justice flagrant devait prévaloir[392]. Or, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH, dont est issue cette notion, le déni de justice flagrant s'entend comme une violation « tellement grave qu'elle entraîne l'annulation, voire la destruction de l'essence même du droit protégé »[393].

En ne suivant qu'en demi-teinte son avocat général, la Cour refuse de serrer dans un tel étau la garantie d'indépendance judiciaire. Surtout, la conditionnalité de déni flagrant de justice venait éliminer l'idée sous-jacente de la confiance mutuelle : le respect d'un niveau suffisamment cohérent des droits fondamentaux dans tous les États membres de l'Union[394]. Demi-teinte donc, car la Cour place tout de même l'essence du droit à un procès équitable au centre de son

[389] I. CANOR, *op.cit.* p. 403.
[390] *Ibid.*, p. 408.
[391] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 59.
[392] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 77.
[393] CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, req. n°8139/09, pt 260 ; CEDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, req. n°28761/11, pt 563.
[394] P. SONNEVEND, *A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Jugment of the CJEU*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/a-clevercompromise-or-a-tectonic-shift-the-lm-jugment-of-the-cjeu/.

équation. En effet, la Cour rattache explicitement le « droit fondamental à un tribunal indépendant » au contenu essentiel, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, du droit à un procès équitable. L'utilisation du concept assez vague du « contenu essentiel du droit » aurait donc comme conséquence de faire dériver ledit contenu vers un noyau dur absolu.

Au-delà de ça, la Cour de justice individualise l'exigence d'indépendance des juges, découlant de l'article 2 TUE, à travers le droit à un procès équitable[395]. En ce sens, en venant compléter, sous le prisme des droits individuels, l'arrêt *ASJP*, la Cour évince totalement l'utilisation de l'article 19 TUE. « Le standard de protection du droit fondamental garanti par l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte »[396] apparaît nettement comme le critère adéquat pour évaluer l'exception au principe de confiance mutuelle. L'adéquation de cette disposition s'explique sur deux points. D'une part, l'article 47 tient un rôle subjectif, centré sur les atteintes individualisées[397]. D'autre part, et il faut y avoir là un avantage donné à cette disposition, cela permet à la Cour de s'appuyer sur la notion de « contenu essentiel » propre à la Charte, ce qui permet d'accroître la garantie de l'indépendance judiciaire.

L'article 47 de la Charte s'annonce ainsi comme le nouveau pivot d'une doctrine où « *each Member State needs to be "its brother's keeper"* »[398]. Sur la base de cette disposition, chaque État membre va être en mesure de contrôler la politique interne d'indépendance judiciaire de ses homologues. « Tant que » l'indépendance judiciaire ne sera pas respectée, au niveau de l'autorité judiciaire d'émission, comme au niveau des conditions d'exécution dans l'État d'émission, la coopération autour du MAE ne pourra être maintenue.

Toutefois, l'article 47 de la Charte demeure un simple pivot. Si la CJUE offre un blanc-seing aux juridictions nationales, pour répondre aux éventuelles violations du droit fondamental à un tribunal indépendant, elle ne va pas au bout de sa logique.

[395] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 48.
[396] Ibid., pt 62.
[397] *Cf. Infra. Paragraphe 2. Une vocation divergente.*
[398] I. CANOR, *op.cit.* p. 420.

Section 2. L'article 47 CDFUE, simple pivot d'une exception Solange horizontale

La Cour de justice place l'article 47, alinéa 2, de la Charte centre des débats, mais ce nouvel axe ne se matérialise pas par des effets concrets. Il ne faut pas se fourvoyer : le problème ne provient pas de la disposition elle-même, mais du procédé dans lequel elle tente de s'épanouir. Entre un double test inadapté et un système *Solange* horizontal discutable, la démarche de la Cour s'avère inaboutie (*Paragraphe 1*), voire préjudiciable (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une démarche inaboutie

À travers l'arrêt *LM*, la Cour de justice vient transposer la solution acquise pour l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux, à l'article 47 de ce même texte. Seulement, dans cette opération de calquage, la Cour emporte l'entièreté du cadre procédural adopté sous l'égide de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. En d'autres termes, les juges du Kirchberg invitent à suivre scrupuleusement l'intégralité du double test *Aranyosi*.

Dans un premier temps, l'autorité judiciaire d'exécution doit constater « l'existence de défaillances systémiques ou […] généralisées […] susceptibles d'affecter »[399] l'indépendance judiciaire. En dépit de la proposition de la *High Court* irlandaise, la Cour de justice estime que l'existence de carences structurelles n'est pas une condition suffisante pour aboutir à une non-remise de l'individu. Dans un second temps, si la juridiction d'exécution constate un tel risque, elle ne pourra cependant s'abstenir d'exécuter le mandat d'arrêt européen que si, « dans les circonstances de l'espèce », il existe des motifs sérieux de croire que la personne recherchée risque d'être soumise à un procès inéquitable[400]. Ce n'est qu'au terme de l'application de cette méthode *Aranyosi* que le juge national, concluant à l'existence d'un risque réel et concret pour la personne visée, peut mettre en échec le MAE en raison de la violation du droit fondamental à un tribunal indépendant. Pour résumer l'examen, il revient donc à l'autorité judiciaire de procéder à la fois à un test *in abstracto*, structurel, et *in concreto*, individualisé.

Par le maintien de ce double test, la CJUE cherche à obtenir un subtil équilibre entre les intérêts du fonctionnement quotidien de l'Union et le respect de ses valeurs fondamentales. Il ne faut pas mettre en péril toute la structure du MAE, et plus largement, du droit de l'Union, quand

[399] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pt 60.
[400] *Ibid.,* pt 68.

cela n'en vaut pas la peine. La Cour vient donc tracer des « *red lines* »[401] là où elle pense que se trouve la symétrie conférant un balancement idéal. Toute la question est donc de savoir si, en conservant les deux volets du test *Aranysio*, la Cour a excellé, ou non, dans cette mission. Le propre d'un équilibre étant d'aboutir à un juste rapport, une pondération harmonieuse entre des éléments opposés, si certains arguments s'entendent[402], il semble bien difficile de ne pas appréhender cette solution comme un échec…

La balance ne penche effectivement que dans un sens. Encore galvaniser par l'esprit de l'*avis 2/13*, la nouvelle limitation à la confiance mutuelle qu'incarne l'article 47, paragraphe 2, de la Charte est conçue pour être excessivement ponctuelle. Certes, comme susmentionnée, la Cour n'a pas retenu le critère irraisonné du « déni de justice flagrant », qui aurait d'ailleurs anéanti le mince espoir de voir une inexécution du MAE. Sans conteste, englober dans la jurisprudence *Aranyosi* des considérations d'État de droit en termes d'indépendance des juges constitue indubitablement un pas avant positif. Néanmoins, les « *Herculean hurdles* » imposés en pratique par la Cour s'apparentent comme « *two steps back in upholding the rule of law* »[403].

La première étape du test ne suscite guère de difficulté. Les contours exacts de cet axe n'ont cependant pas clairement été définis. La Cour livre une série de lignes directrices pour évaluer le risque de « défaillances systémiques ou généralisées », mais il n'en ressort pas nettement que cette formule sous-tend un aspect quantitatif ou tient compte uniquement de la gravité de la violation. A priori, les atteintes sporadiques et isolées ne seront pas considérées[404]. Quoiqu'il en soit, la question n'a pas été soulevée, sûrement parce qu'il est clair que les violations sont tout à la fois innombrables et disproportionnées… À ce titre, la Cour pointe l'importance de la proposition motivée de la Commission au titre de l'article 7 TUE, quitte à consentir, indirectement, que la seule présence de cet acte permet de considérer la première étape comme étant remplie d'office.

C'est au stade de la seconde étape que le bât blesse. Les critiques sont multiples. D'abord, l'exigence d'un contrôle individualisé va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour EDH : le

---

[401] A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/drawing-red-lines-with-no-significant-bite-why-anindividual-test-is-not-appropriate-in-the-lm-case/.

[402] J.-C. BONICHOT, M. AUBERT, *Les limites du principe de confiance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice : comment naviguer entre Charybde et Scylla*, RUDH, vol. 22, n° 1, 2016. 5.

[403] W. VAN BALLEGOOIJ, P. BARD, *The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/the-cjeu-in-the-celmer-case-one-step-forwardtwo-steps-back-for-upholding-the-rule-of-law-within-the-eu/.

[404] Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous CJUE, 6 novembre 2012, *K*, aff. C-245/11, pt 75.

simple doute quant aux garanties d'indépendance, au-delà de toute atteinte *in concreto*, peut aboutir à une violation de l'article 6 CEDH [405]. Ensuite, et c'est probablement cela qui le rend, *de facto*, quasiment impraticable, le test individualisé impose une charge de la preuve extrêmement lourde. Les éléments de preuve, qui doivent être présentés pour démontrer que la violation systématique affecte personnellement l'individu, baignent dans un flou patent. Pléthore de situations peuvent éveiller des soupçons, sans pour autant se révéler comme une violation avérée de l'indépendance. Ainsi, la seule nomination d'un président de Cour[406] ou d'un Conseil de justice[407] par l'exécutif ne forme pas une atteinte, dès lors qu'une fois désignés ils ne sont soumis à aucune pression. Difficile de savoir si cela est effectivement le cas dans une espèce : comment un tribunal d'un autre État membre pourrait-il affirmer que, dans un cas donné, le juge d'émission a résisté à l'influence politique ? Dans cette perspective, deux solutions se présentent. Soit le juge entreprend une vaste enquête, intrusive et embarrassante, sur son homologue, de quoi nuire pleinement à l'esprit de confiance mutuelle entre juges européens. Soit, il lui demande benoîtement des informations sur sa propre indépendance.

Tel est le remède miracle que pense avoir trouvé la Cour de justice… En effet, pour vérifier le risque individualisé, la juridiction d'exécution doit demander des « informations supplémentaires » ou « tout élément objectif » à la juridiction d'émission[408]. La référence à l'article 15, paragraphe 2, de la décision-cadre 2002/584, qui permet d'engager un tel dialogue avec l'autorité judiciaire émettrice, montre bien que la Cour a procédé à un copié-collé quelque peu irréfléchie du cadre *Aranyosi*. Dans les cas relatifs aux conditions de détention, cette demande d'informations séduit, car les éléments à remettre sont concrets, facilement déterminables et appréciables objectivement. De plus, la juridiction émettrice n'a, a priori, aucune raison de ne pas les livrer avec sincérité. En revanche, dans une affaire concernant de potentielles atteintes à l'indépendance du pouvoir judiciaire, inviter à un tel dialogue entre juridictions d'émission et d'exécution semble pour le moins paradoxal…

Faire appel au concours de l'autorité d'émission revient à demander à une juridiction potentiellement compromise de confirmer qu'elle ne l'est pas[409]. Cela suggère un scénario assez

[405] CEDH, 27 septembre 2001, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99, pt 78.
[406] CEDH, 30 novembre 2005, *Zolotas c. Grèce*, req. n°38240/02, pt 24.
[407] CEDH, 26 mai 2005, *Majorana c. Italie*, req. n°75117/01.
[408] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pts 76 et 77.
[409] L. PECH, P. WACHOWIEC, *1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part II)*, VerfBlog, 2019, https://verfassungsblog.de/1095-days-later-from-bad-to-worse-regarding-the-rule-oflaw-in-poland-part-ii/.

improbable où, la juridiction sous influence du gouvernement, confesserait cette influence et viendrait nuire sa propre réputation comme celle de la branche de l'exécutif dont elle dépend. Cette situation est envisageable[410], mais restera rarissime. De plus, la juridiction d'exécution se retrouverait, d'une certaine manière, subordonnée aux informations fallacieuses fournies par l'autorité judiciaire d'émission capturée. Sous la gouverne du principe de confiance mutuelle, dont l'un des protagonistes n'aura pas hésité à bafouer, il sera délicat pour l'autre de venir contredire les preuves rapportées.

Au-delà de ce constat affligeant, l'arrêt *LM* suggère que l'absence de preuve ne profitera pas à l'individu concerné. Face à l'affirmation que le droit à un tribunal indépendant sera respecté, alors même que la dysfonction générale du système judiciaire a été attestée, « *schizophrenia comes to mind* »[411]. La situation est si extrême, qu'il serait plus juste de voir un risque réel individualisé dans tous les cas, que pas du tout…

Implicitement, la Cour de justice minimise la gravité des violations perpétrées à l'indépendance judiciaire : tout continue comme si de rien n'était. La fréquence des atteintes ne faiblit pas, leur intensité s'accroît, mais sous l'égide du test *Aranyosi*, la confiance mutuelle semble continuer à se justifier : les *High Court* anglaise, galloise[412] et irlandaise[413] ont remis des suspects aux tribunaux polonais. Il en sera probablement de même pour le Tribunal de district d'Amsterdam qui a effectué une demande d'informations auprès du Tribunal de district de Poznań[414].

En réalité, même la confiance mutuelle, d'apparence saine et sauve, se trouve dénaturer : alors que ce principe implique, dans le cadre du MAE, une remise automatique, sans examen, la méthode *Aranyosi* contraint à un contrôle régulier, si ce n'est permanent, dans les États membres douteux. Tout en sachant que l'application de ce test n'aboutira quasiment jamais, son effet est clairement contre-productif…

En conséquence, il devient urgent d'adapter le test à la spécificité du contentieux de l'indépendance judiciaire. La Cour de justice procède à une lecture tronquée du droit à un tribunal indépendant : nous soutenons que la singularité de cette exigence réside dans le fait

[410] *Cf. Supra*., *Paragraphe 2. Une approche stricte du lien avec le litige* : un curieux cas hongrois le suggère du moins, Cour suprême hongroise, 10 septembre 2019, arrêt n° Bt.838 / 2019.
[411] L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat : The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, *op.cit*., spéc. p. 1853.
[412] High Court of Justice Queen's Bench, 31 octobre 2018, Pawel Lis et al., EWHC 2848 (Admin).
[413] High Court irlandaise, 19 novembre 2018, *The Minister for Justice and Equality -v- Celmer n°5*, [2018] IEHC 639.
[414] District Court of Amsterdam, 4 octobre 2018, aff. 13/751441-18 RK 18/3804.

que toute violation structurelle mène nécessairement à une violation individualisée, sans que l'inverse soit toutefois vrai. Ce postulat, tout à fait cohérent avec la logique du test des apparences[415], invite donc à changer les règles du jeu[416]. La meilleure option serait certainement de limiter le contrôle au premier volet, celui des défaillances systémiques ou généralisées. Si d'aucuns soutiennent que cela aboutirait à une incohérence jurisprudentielle par rapport à l'arrêt *Aranyosi*, au sens où l'article 4 de la Charte, droit absolu, se verrait moins bien protégé que l'article 47, alinéa 2, droit non absolu, il faut nuancer cette analyse[417]. D'une part, cela ne concernerait que l'essence de cette disposition, qui revêt ainsi un rang tout aussi absolutiste que l'article 4 de la Charte. D'autre part, il s'agit d'une situation différente, les deux droits ne peuvent être comparés, tant la particularité de l'exigence d'indépendance judiciaire impose des ajustements. Une telle modification s'envisage donc.

Abrégé et rebaptisé test *Celmer*, l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte pourrait pleinement déployer ses effets. Il conviendrait d'en tirer certaines conclusions quant à l'apport de cette disposition. En attendant, la démarche de la Cour de justice ne s'opère pas sans certains à-coups…

Paragraphe 2. Une démarche préjudiciable

Bien que la porte de l'inexécution du MAE n'ait été que faiblement entrouverte, l'arrêt *LM* participe au mouvement de fortification de l'indépendance des juges et, paradoxalement, de la confiance mutuelle. L'assujettissement à une reconnaissance mutuelle forcée en matière d'indépendance judiciaire venait détruire en profondeur le rapport de sincérité entre les États membres. Le silence du juge de l'Union, sur une thématique aussi sensible, aurait soulevé une question légitime : « faut-il faire confiance à la confiance mutuelle » ?[418]

À l'inverse de la loyauté, la conditionnalité est inhérente à la notion de confiance[419]. Se décèle ainsi une bien curieuse analogie. L'efficacité du caractère juridique de la confiance mutuelle dépend donc de sa limitation. De la même manière, la consolidation de l'indépendance

[415] *Cf. Supra. Paragraphe 2. Une évaluation ajustée autour de la « théorie des apparences ».*
[416] C. RIZCALLAH, *Dear Colleague, Are You Independent Enough? The Fate of the Principle of Mutual Trust in Case of Systemic Deficiencies in a Member State's System of Justice*", EU Law Analysis, 2018.
[417] M. WENDEL, *op.cit.,* p. 199.
[418] H. LABAYLE, « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? » in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 472-485.
[419] T. WISCHMEYER, *Generating Trust Through Law ? Judicial Cooperation in the European Union and the Principle of Mutual Trust*, German Law Journal, vol. 17, n° 3, 2016, p 347.

judiciaire au sein de l'ELSJ résulte de la possibilité de restreindre les effets du MAE sur ce fondement. Dès lors, au risque d'avoir un espace pénal européen édifié « sur du sable »[420], la Cour de justice a promptement pris conscience de la nécessité d'admettre des exceptions à l'obligation d'exécution du mandat d'arrêt européen, du devoir de reconnaître qu'une certaine méfiance entre les systèmes de protection nationaux peut exister. Finalement, ne dit-on pas que l'exception confirme la validité de la règle ?[421] C'est cet esprit qui domine dans la dialectique de l'arrêt *LM*.

Il est intéressant de s'attarder sur la méthode par laquelle la Cour a donné corps à cet esprit : ce que le professeur Iris Canor qualifie de « *Horizontal Solange* »[422]. Ce test repose sur une double composante. La première, la donnée « *Solange* », selon laquelle la coopération entre États membres subsistera aussi longtemps que les droits fondamentaux de l'Union seront respectés, en l'occurrence, le droit fondamental à un tribunal indépendant. La seconde, la donnée « *Horizontal* », s'appuie sur la répartition de la responsabilité de garantie desdits droits. La Cour de justice va déléguer aux tribunaux nationaux le soin de contrôler si les États membres, qui émettent des MAE, adhèrent effectivement aux normes de protection des droits fondamentaux. De la sorte, la responsabilité de la protection des droits fondamentaux se trouve transférée, par anticipation, à l'autorité judiciaire d'exécution. L'objectif est d'éviter qu'un État membre assiste un de ses homologues européens dans la violation d'un droit fondamental. Autrement dit, la Cour astreint un « État X » à tenir compte de circonstances qui relèvent de la responsabilité d'un « État Y »[423].

La Cour de justice introduit donc un contrôle décentralisé, permettant de donner vie, de manière concrète et sincère, à la confiance mutuelle. Dans ses atouts et ses pouvoirs qu'elle confère, cette idée de décentralisation rappelle l'outil préjudiciel. En effet, le test Solange horizontal, tout comme l'article 267 TFUE, attribue un rôle actif aux juges nationaux qui seront à l'initiative, respectivement d'une question préjudicielle ou d'un contrôle de la conformité, au stade de l'émission comme de l'exécution du mandat d'arrêt européen. De part et d'autre, le juge national se voit octroyer de larges pouvoirs, se métamorphosant en véritable mandataire de

[420] R. TINIERE, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'union européenne », in *Mélanges en hommage au professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015.
[421] C. GIRARD, « La règle et l'exception en philosophie du droit », in E. CARPANO (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, PUR, 2019, p. 28-31.
[422] I. CANOR, *op.cit*.
[423] *Ibid.,* p. 395.

l'application des droits fondamentaux de l'Union. Avec ce fil conducteur entre les juridictions nationales se tisse un « *European horizontal judicial network* »[424].

Néanmoins, cette thèse de la décentralisation, qui consiste à convertir tout juge national en potentiel gardien de l'indépendance de ses pairs européens, n'est pas exempte de critiques. Faire le choix d'un contrôle casuistique et décentralisé, par un raisonnement *a contrario*, c'est renoncer à celui d'un contrôle général et centralisé. Or, la Cour aurait pu opter pour une évaluation de fond de l'indépendance du système judiciaire polonais, par ses propres soins, plutôt que de préférer un examen au détail[425]. La Cour de justice aurait pu tirer elle-même la conclusion qu'il existe des carences structurelles dans l'État d'émission. Si le postulat d'un unique test *Celmer* était suivi, tel qu'il a été présenté, le contrôle s'arrêterait là. Le cas échéant, conformément à la proposition du professeur Mattias Wendel, l'appréciation *in concreto* continuerait de relever des juridictions nationales[426].

Faire primer une approche centralisée présente bien des avantages. Avant de s'y intéresser, il faut brièvement rappeler que la spécificité de la procédure préjudicielle ne s'oppose pas à cette approche. Comme cela a été prouvé, la porosité de l'obstacle de la séparation fonctionnelle est telle que la Cour peut l'outrepasser aisément et apprécier directement la situation concrète[427]. Cela ne dépend que de sa volonté.

Quoiqu'il en soit, une décision émanant directement de la Cour de justice semble moins lacunaire qu'une multitude de décisions nationales. Outre une probable déception et un sentiment d'abandon de la *High Court* irlandaise face à la réponse de la CJUE, juge de renvoi qui a subi le poids d'une compagne féroce et abominable à son encontre, la principale lacune réside dans le risque de divergence. Ce risque de dispersion dans les décisions nationales est double.

D'une part, il y a un aléa dans le choix de contester ou non l'indépendance dans le cadre du MAE. Certaines remises d'individus pourront passer entre les mailles du filet, sans qu'il n'y ait véritablement eu de filet. Ce risque sera amplifié lorsque l'autorité d'exécution, comme celle d'émission, se trouve dans un système judiciaire capturé par l'exécutif. Dans une telle

[424] *Ibid.*, p. 416.
[425] Voy. not. K. L. SCHEPPELE, *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) "Celmer" Decision*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/rule-of-law-retail-and-rule-of-law-wholesale-the-ecjsalarming-celmer-decision/.
[426] M. WENDEL, *op.cit.,* p. 209.
[427] *Cf. Infra., Paragraphe 2. Une séparation fonctionnelle incommode*. Voy. par ex. CJUE, 19 mars 2019, *Jawo*, C-163/17, pts 96 et 97.

conjoncture, la première n'irait pas s'aventurer à douter de l'indépendance de la seconde, ne l'étant pas elle-même. Ainsi, l'ensemble de la procédure serait imbibé d'un manque d'indépendance.

D'autre part, un risque de dissonance résulte dans les potentielles différences d'interprétation. La complexité d'évaluer la présence de défaillances systémiques ou généralisées, associée à l'impératif de sécurité juridique, lui-même lié à la prévisibilité des décisions judiciaires dans l'Union, plaide en faveur de l'effet centralisateur d'un arrêt de la CJUE. Certes, cette dernière a fourni des orientations concernant les critères d'évaluation de l'indépendance des juges. Toutefois, ces orientations laissent des angles morts et peuvent être appréciées de manière variable.

Ce risque de divergence dans l'interprétation est accentué par la nature même de l'indépendance judiciaire, appréhendée très différemment à travers le Vieux continent. Face à la diversité des modes de nominations, de révocations, d'actions disciplinaires ou encore de rémunération des juges, seule une perspective holistique du système judiciaire peut permettre d'évaluer sa conformité aux exigences d'indépendance de l'Union[428]. Les juridictions nationales sont bien mal équipées pour cela. N'ayant que ces référentiels, instinctivement les juges nationaux emprunteront des critères issus de leur propre ordre juridique pour apprécier l'indépendance judiciaire. À cet égard, le gouvernement polonais a captieusement prouvé qu'on ne peut escompter des juges nationaux une analyse infaillible de leurs pairs étrangers. Pour sa défense dans l'affaire *LM*, la chancellerie polonaise a démontré que, formellement, le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif en matière de nomination des juges est beaucoup moins ample en Pologne qu'en Irlande[429]. Cette lecture, simpliste et trompeuse, témoigne de la nécessité d'avoir une connaissance complète et contextualisée. En tant qu'institution multinationale, seule la Cour de justice peut prétendre disposer des ressources appropriées pour effectuer le test *in abstracto* des carences structurelles en termes d'indépendance[430].

Enfin, un arrêt émanant directement de la Cour de justice à l'intérêt d'annihiler la problématique de la demande d'informations, car elle n'aurait tout simplement plus lieu d'être.

---

[428] M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges*, European constitutional law review 14, 2018, p. 792-813., spéc. p. 800.
[429] Observations présentées par la Pologne dans l'affaire CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18 PPU, pt 29, www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/08/uwagi-Polski.pdf
[430] M. KRAJEWSKI, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges*, *op.cit.* p. 800.

Le test *Solange* horizontal se heurte donc à nombre de difficultés. La complication majeure apparaît surtout au terme du test. Si le résultat s'avère funeste pour l'indépendance des juges, que faut-il en tirer comme conclusion ? Il est ici question de la sanction juridique à laquelle doit aboutir le non-respect des exigences d'indépendance judiciaire[431]. Sur ce point encore, la similitude entre le renvoi préjudiciel et le mandat d'arrêt européen est saisissante. Dans l'un comme dans l'autre, le choix de la sanction est un « *dilemma straight from a Greek tragedy* »[432]…

Un refus d'exécution en raison de défaillances structurelles va avoir des conséquences, dans l'immédiat, pour la procédure du MAE, mais aussi pour l'ensemble du système de l'Union. La suspension de la confiance mutuelle par un juge national aboutira, par un effet domino, à une paralysie totale de tout instrument reposant sur un tel principe pour l'État membre concerné. C'est un effet particulièrement destructeur de la thèse de l'unicité du test *Celmer* : suspendre le MAE, non pas en raison d'un risque individualisé, mais uniquement sur la base d'une défaillance systémique, revient à stigmatiser le tribunal national directement intéressé, mais aussi l'ensemble des juges appartenant à la structure judiciaire de l'État membre. « Entre deux maux, il faut choisir le moindre »[433] : ces répercussions dévastatrices expliquent probablement le choix de la CJUE de limiter à un simple report du MAE et de n'admettre une suspension générale que par le biais de la procédure de l'article 7 TUE[434], au risque d'une violation du droit à un procès équitable des individus.

Cet effet gangréneux du défaut d'indépendance se retrouve dans le cadre du renvoi préjudiciel. Théoriquement, toute question préjudicielle émanant de juridictions dont l'indépendance devrait être jugée irrecevable. La Cour de justice doit préserver l'intégrité du dialogue préjudicielle, elle ne peut prendre le risque de le flétrir. Néanmoins, cette perte de la capacité à communiquer ne fait qu'une seule victime : les juridictions nationales pour qui le mécanisme

[431] Sur ce point. Voy. R. TINIERE, *La délicate question de la détermination des sanctions pour violation de l'État de droit*, RTDEur., 2019, n°2, p. 293.
[432] S. BIERNAT, *How to Assess the Independence of Member State Courts?*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/how-to-assess-theindependence-of-member-state-courts/.
[433] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Livre II – La vertu*, Traduction de J. TRICOT, Éditions Les Échos du Maquis, 2014.
[434] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pts 70-72.

préjudiciel peut représenter le dernier espoir de conserver leur dignité de juge[435]. Cela revient à offrir une faveur inattendue aux gouvernements qui méprisent le contrôle de la CJUE.

Les ressemblances entre le renvoi préjudiciel et le MAE sont nombreuses : ils mettent les juges nationaux sur un piédestal, leur interruption trouble l'ensemble du système communautaire et ils reposent sur une certaine confiance entre les protagonistes. Surtout, il faut retenir que l'utilisation de ces instruments est conditionnée par l'indépendance judiciaire. Or, l'arrêt *LM*, qui met d'ailleurs en relation ces deux mécanismes[436], prouve, par le prisme du mandat d'arrêt européen, que l'article 47 de la Charte peut tenir un rôle décisif. Certes, la Cour de justice ne donne pas d'effet concret à cette démarche, mais l'esprit est là. Ainsi, du fait de cette parenté démontrée précédemment, il est légitime de penser que le statut de pivot qu'occupe l'article 47, alinéa 2, au sein du MAE, devrait s'exporter à travers le renvoi préjudiciel.

[435] D. SARMIENTO, *The Polish Dilemma*, Blog Despite our Differences, 2017, https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/07/17/the-polish-dilemma-2/.
[436] CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, pts 54 et 55.

Chapitre 2. Plaider pour une garantie d'indépendance judiciaire forgée sur l'article 47 CDFUE

La récente jurisprudence relative à l'exigence d'indépendance judiciaire laissant apparaître certaines faiblesses (***Section 1***), le temps est venu de réorienter cette construction sur la base de la Charte des droits fondamentaux (***Section 2***).

Section 1. Les motifs du changement – une construction jurisprudentielle fragile

L'instabilité du schéma argumentatif de la Cour se jauge tout spécialement sur deux niveaux : d'une part, sur le champ d'application singulier de la Charte (*Paragraphe 1*), d'autre part, sur l'élévation du droit fondamental à un tribunal indépendant en contenu essentiel du droit à un procès équitable (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une confusion dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux

Le principal obstacle à faire de l'article 47 de la Charte la cheville ouvrière du respect de l'indépendance judiciaire réside dans son champ d'application[437]. En effet, si l'on entend conférer un rôle actif à cette disposition, encore faut-il qu'elle puisse déployer ses effets.

À cet égard, il faut brièvement rappeler que la Cour a adopté une approche pragmatique de la formule de « mise en œuvre » au sens de l'article 51 de la Charte. La Cour a évité de fixer des critères généraux, préférant conclure au cas par cas qu'une mesure nationale donnée entre ou non dans le champ d'application de la Charte. Pour faire simple, le traitement par la Cour est de nature « médico-légale » [438] : elle cherche d'abord l'existence d'une norme du droit de l'Union autre qu'une disposition de la Charte qui soit applicable *in concreto*, puis elle tente d'identifier une relation directe entre cette norme de l'Union et l'acte national litigieux.

Il est important de souligner que l'application de la norme de l'Union, autre que la Charte, doit être *in concreto*, et non pas uniquement *in abstracto*. Sur ce point, le *Bundesverfassungsgericht*, inquiet de la générosité de la jurisprudence *Åkerberg Fransson*, avait pris position. Il a précisé que cette décision ne devait être comprise de manière à ce qu'un quelconque lien entre l'objet

[437] *Cf. Supra., Paragraphe 1. Un champ d'application prisonnier du carcan de la Charte.*
[438] M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: Defining the "Scope of Union Law"*, Common Market Law Review, Vol. 52, 2015, p. 1201-1246.

d'une disposition et la portée purement abstraite du droit de l'Union, ou des effets purement accessoires sur celui-ci, suffisent pour lier les États membres à la Charte[439].

Réside d'ailleurs dans cette distinction la différence cruciale entre « mise en œuvre » du droit de l'Union et « couvert » par le droit de l'Union. Le simple fait qu'une mesure nationale relève d'un domaine de compétence de l'Union ne peut pas conduire à l'applicabilité directe de la Charte[440]. Le terme de « mise en œuvre » porte en lui une certaine idée de mouvement tendant à un usage effectif de la norme européenne. Dans une telle « *agency situation* »[441], l'État membre agit comme un agent de l'administration décentralisée de l'Union. Dès lors, la Cour décline sa compétence lorsque les mesures nationales ne constituent pas une mise en œuvre du droit de l'Union[442]. L'article 47 de la Charte ne peut, à lui seul, déclencher sa propre application[443]. Pour être tout à fait rigoureux, il est communément admis que deux constellations entrent dans le champ d'application de la Charte[444] : lorsque l'État membre met en œuvre le droit de l'Union, conformément à l'arrêt *Wachauf*[445], et lorsqu'il s'appuie sur une justification fournie par le droit de l'Union pour des mesures susceptibles d'entraver une liberté fondamentale, au dire de l'affaire *ERT*[446]. Pour les besoins de la présente étude, seule la première de ces catégories importe.

Suivant cette logique coextensive, telle qu'issue de l'arrêt *Åkerberg Fransson* qui fait date, le véritable problème n'est donc pas l'applicabilité de la Charte en tant que telle, mais plutôt la pertinence d'une autre norme du droit de l'Union[447]. Malheureusement, l'apparente simplicité de cette jurisprudence ne résiste pas à l'examen, tant la notion de mise en œuvre n'apparaît pas toujours parfaitement claire. La casuistique du champ d'application du droit de l'Union fait qu'il peut être périlleux d'établir une mise en œuvre effective. Il y a toutefois deux certitudes : d'abord, il est nécessaire d'être en présence d'une « *triggering rule* » du droit de l'Union, qui

[439] Cour constitutionnelle fédérale, 24 avril 2013, BVerfG, 1 BvR 1215/07.
[440] CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*, aff. C-309/96, pt 21 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández*, aff. C-198/13 pt 36.
[441] J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and other Essays on European Integration*, New York, Cambridge University Press, 1999, p. 103 et s.
[442] Voy. par ex. CJUE, ord. 14 décembre 2011, *Cozman*, aff. C-462/11, pt 15.
[443] Voy. par ex. CJUE, 1 mars 2011, *Chartry*, aff. C-457/09 ; CJUE, 7 novembre 2013, *Lorrai*, aff. C-224/13.
[444] Voy. not. M. BOROWSKY, « Artikel 51 Anwendungsbereich » in J. MEYER (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 24 ; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins : The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, European Law Review , 2013, p. 877 ; M. HOLOUBEK, « Ein Grundrechtskatalog für Europa », in U. BECKER, A. HATJE, M. POTACS *et al.* (eds), *Verfassung und Verwaltung in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 121.
[445] CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88.
[446] CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89.
[447] A. ROSAS, *When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level ?*, Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas, 19 (4), 2012, p. 1269.

va donc agir comme catalyseur pour l'application de la Charte[448]. De cette première certitude en découle la seconde : il faut garder à l'esprit que le champ d'application de la Charte est immense.

Cette immensité va notamment englober l'entièreté du système d'application décentralisée du droit de l'Union. Certes, une présomption de compétence procédurale nationale est de mise, mais il n'en demeure pas moins que l'article 47 de la Charte, notamment, trouvera une application à ces choix nationaux. Cela concerne tout autant les voies de recours aux mains des titulaires de droits issus des traités[449], que les règles de procédure régissant les requêtes pour faire valoir ces droits[450]. Dans le système communautaire décentralisé, les procédures nationales sont réquisitionnées au service du droit de l'Union, faisant ainsi partie intégrante de l'ordre juridique général. Ce contrôle des procédures à l'aune des droits fondamentaux n'est d'ailleurs pas nouveau[451].

Ceci étant dit, il suffit de confronter ce constat aux récents développements relatifs à l'indépendance judiciaire pour en déduire que, dans cette matière, la Cour de justice sous-estime le champ d'application de l'article 47, alinéa 2, de la Charte. À ce titre, il n'est pas anodin que l'arrêt fondateur *ASJP* outrepasse totalement cette question, prenant le contrepied de l'avocat général Saugmandsgaard Øe. En effet, ce dernier avait observé que la mesure portugaise litigieuse mettait en œuvre une disposition contenue dans décision d'application du Conseil 2014/234[452] qui astreignait le Portugal à rationaliser la politique de rémunération pour toutes les carrières dans le secteur public[453]. L'avocat général s'était saisi de ce lien matériel pour s'appuyer sur la Charte. Ce lien était certes mince, mais conforme à la jurisprudence *Florescu* selon laquelle la Charte s'applique aux mesures nationales adoptées pour remplir les conditions attachées à l'assistance financière accordée par l'Union à un État membre[454].

La voie de l'article 47, alinéa 2, était donc disponible pour contrôler le respect de l'indépendance judiciaire, mais le fait que la Cour ne l'ait pas empruntée discrédite cette

[448] D. SARMIENTO, *Who's afraid of the charter; the court of justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in europe*, Common Market Law Review, 50(5), 2013, p. 1267-1304, spéc. p. 1280.
[449] Voy. par ex., CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09 ; CJUE, 15 janvier 2013, *Križan*, aff. C-416/10 ; CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis*, aff. C-562/12.
[450] Voy. par ex., CJUE, 22 novembre 2012, *M.M.*, aff. C-277/11.
[451] CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88.
[452] Décision d'application du Conseil 2014/234/UE du 23 avril 2014 modifiant la décision d'application 2011/344/UE concernant l'octroi d'une aide financière de l'Union au Portugal, p. 75-83.
[453] Conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe sous CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pt 52.
[454] CJUE, 13 juin 2017, *Florescu*, aff. C-258/14.

disposition. Contrairement à ce qu'a pu être affirmé[455], la Cour n'a jamais démenti le fait que l'article 47 aurait pu trouver application dans cette affaire. La seule présence de cette affirmation prouve que cette disposition est vilipendée, à tort.

Cette dépréciation de l'article 47 est d'autant plus injustifiée dans le cadre du renvoi préjudiciel. Dans cette procédure, l'apport majeur de l'article 19 TUE, qui trouve application lorsque la juridiction est potentiellement compétente pour des questions de droit de l'Union, se voit littéralement phagocyté par les exigences de recevabilité du renvoi préjudiciel[456]. Dès lors, le champ d'application de l'article 47 se rapproche sensiblement de l'article 19 TUE, de sorte qu'il n'y a plus de raison valable de délaisser le premier en faveur du second. Pour être tout à fait exact, il faut reconnaître que les champs d'application des deux dispositions ne sont, a priori, pas parfaitement alignés dans le cadre de l'article 267 TFUE. Si, à travers cette voie, le critère de la « juridiction potentiellement compétente » est exclu, l'article 19 TUE semble toujours pouvoir être applicable lorsque l'acte national litigieux concerne une disposition du droit de l'Union, sans toutefois qu'il y ait une mise en œuvre *in concreto*. Dans un tel cas, qui se rapporte par exemple à l'affaire *Torralbo Marcos*[457], il ne serait pas surprenant de voir le renvoi préjudiciel recevable, sans que la Charte soit applicable. Toutefois, il faut rester extrêmement vigilant : dans la recevabilité du renvoi préjudiciel, tout dépend de la casuistique et, surtout, de la motivation du juge de renvoi à mettre en lumière le plausible lien avec le droit de l'Union.

Évidemment, le choix de la Cour dans *ASJP* de se fonder sur l'article 19 TUE se comprend dans la perspective des réformes polonaises qui, dans nombre de cas, n'ont aucun lien avec une disposition spécifique de l'Union. Sûrement, par la même, la Cour a voulu éviter de plonger la thématique cruciale de l'indépendance judicaire dans les méandres d'une jurisprudence post-*Åkerberg Fransson* plus que sinueuse. Néanmoins, en agissant ainsi, la Cour de justice pousse le flou de cette jurisprudence à son paroxysme. Si l'applicabilité du droit de l'Union implique celle de la Charte, comment l'article 19 TUE peut-il s'appliquer sans que l'article 47 de la

[455] A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, European Constitutional Law Review, n°15, 2019, p. 391-426., spéc. p. 413 : les auteurs s'appuient sur CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, pt 51 où la Cour affirme que, dans l'affaire *ASJP*, les obligations résultant du programme d'assistance financière n'ont joué « aucun rôle dans l'applicabilité de l'article 19 TUE ». C'est incontestable. Toutefois, cela ne veut pas pour autant dire qu'il n'y a pas de « mise en œuvre » du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte. Autrement dit, la Cour n'affirme nulle part que l'article 47 CDFUE ne pouvait s'appliquer.
[456] *Cf. Supra. Paragraphe 2. Une approche stricte du lien avec le litige.*
[457] CJUE, 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13.

Charte ne le suive comme son « ombre »[458] ? La coexistence du droit de l'Union et de la Charte faisait partie d'une des rares certitudes issues de la jurisprudence post-*Åkerberg Fransson* : elle s'applique en cas « d'obligation spécifique »[459] pour l'État membre. La Cour efface cette obscure clarté.

Pour faire sombrer le lecteur dans une totale incompréhension, la Cour n'a pas manqué d'étendre l'application de la Charte à des situations où aucune disposition du droit de l'Union ne trouvait d'application *in concreto*. En usant par ailleurs de la terminologie propre à l'article 19 TUE, comme pour enfoncer le clou, la Cour estime que la Charte s'applique « dans un domaine couvert par le droit de l'Union »[460], alors même que les directives ne s'appliquent pas *in concreto* aux situations horizontales (entre parties privées).

Si, suite à *ASJP*, l'article 19 TUE s'applique à pratiquement toutes les procédures devant les juridictions nationales, une lecture fidèle de la jurisprudence *Åkerberg Fransson* mènerait littéralement à une explosion de la portée de la Charte. Seulement, sans livrer la moindre explication, la Cour refuse de voir dans l'article 19 TUE une « *triggering rule* »[461]. Pour mener à bien les défis que soulève l'indépendance judiciaire, cette situation intenable impose de faire un choix : signer la mise à mort de la ligne *Åkerberg Fransson* ou réinterpréter audacieusement le champ d'application de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte[462]. La présente étude étaye cette seconde option.

En attendant, outre cette confusion des champs d'application respectifs de l'article 47 de la Charte et 19 TUE, une incohérence fait rage lorsque la Cour érige le droit fondamental à un tribunal indépendant en contenu essentiel du droit à un procès équitable.

---

[458] K. LENAERTS, A. GUTIERREZ-FONS, « The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice », *op.cit*. p. 1559.
[459] Voy. par ex. CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández*, aff. C-198/13, pt 35 ; CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, pts 26-27.
[460] CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16, pt 76 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. C-569/16, pt 85 ; CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, aff. C-684/16, pt 74.
[461] Sur ce point, voy. not. M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, *op.cit.* p. 631.
[462] Pour une explication complète de ce dilemme, L. D. SPIEKER, *Commission v. Poland – A Stepping Stone Towards a Strong "Union of Values"?*, VerfBlog, 2019, https://verfassungsblog.de/commission-v-poland-a-stepping-stone-towards-a-strongunion-of-values/.

Paragraphe 2. Une incohérence dans l'élévation du droit fondamental à un tribunal indépendant en contenu essentiel du droit à un procès équitabl

La Cour a élevé l'exigence d'indépendance des juges en contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, garanti à l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. De cette affirmation, un brin solennel, la Cour n'en tire pas de conséquences ostensibles dans son raisonnement. Pourtant, il est rare que la Cour agisse de manière innocente. L'hypothèse d'une tournure purement symbolique ne satisfaisant guère, la question des raisons qui ont conduit la Cour à étiqueter l'indépendance judiciaire comme l'essence du droit à un procès équitable reste à élucider. À l'évidence, cette prise d'appui sur l'article 52, paragraphe 1, de la Charte a diverses implications qui n'ont pas qu'une valeur simplement déclaratoire. Pour les saisir, il est indispensable de s'attarder sur ce concept d'essence des droits de la Charte, qui demeure négligé dans son maniement comme dans son étude.

Avant tout, il faut relever que la différence sémantique entre les termes « essence » et « substance » est indifférente. L'article 52, paragraphe 1, use des deux sans distinction, ce que semble d'ailleurs explicitement confirmer la jurisprudence[463]. *In globo*, la « substance », originellement de mise[464], paraît avoir plus ou moins laissé place à « l'essence », sans avoir modifié la quintessence de cette notion. Outre cette interchangeabilité, ce concept apparaît quelque peu énigmatique. Véritable notion clandestine du droit européen, elle est issue de la Loi fondamentale allemande de 1949[465], présente dans diverses Constitutions d'États membres[466], comme dans la jurisprudence de la Cour EDH[467], mais personne ne l'a jamais réellement expliquée ni définie.

Une certitude réside dans le fait que l'essence constitue le noyau dur du droit fondamental. La métaphore de l'oignon, auquel chaque violation viendrait éplucher une couche plus ou moins fine selon son intensité, atteignant le cœur dans les cas extrêmes, est particulièrement

[463] TUE, 28 mai 2013, *Trabelsi c. Conseil*, aff. T-187/11, pt 81 ; CJUE, 5 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16, pts 72-75.
[464] Voy. par ex. CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, pt 14 ; CJCE, 13 septembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-44/79, pt 23.
[465] La « *Wesensgehalt* », Article 19, alinéa 2, Loi fondamentale allemande.
[466] Voy. par ex. constitutions de la Hongrie (art. I, paragraphe 3), de l'Estonie (art. 17, paragraphe 2), du Portugal (art. 18), de la Roumanie (art. 53, paragraphe 2), de la Pologne (art. 31, paragraphe 3), de l'Espagne (art. 53, paragraphe 1) et de la Slovaquie (art. 13, paragraphe 4).
[467] Pour une première référence à la « substance », voy. CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n°1474/62. Pour une première référence de « l'essence », voy. CEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73.

pertinente[468]. Positivement, la terminologie de cette notion évoque une matière éminente, de haute importance. Négativement, de fait, il faut s'attendre à une idée d'indérogeabilité, de préservation de la pureté du contenu de cette essence.

En réalité, deux théories s'affrontent sur la compréhension exacte de l'essence du droit fondamental. D'un côté, la théorie absolutiste veut que l'essence s'entende comme une exigence absolue, distincte de la proportionnalité. Indépendant, ce concept ne peut en aucun cas être soumis à l'équilibre de la proportionnalité. L'appréhension est donc binaire : soit la violation de l'essence du droit fondamental est *de facto* disproportionnée, soit cela ne constitue pas une violation de cette substance. Aucune justification ne serait être admise. « *Proportionality begins where essence stops* »[469]. Dans cette perspective, il faut donc distinguer le noyau du droit fondamental, qui est l'essence intouchable, de la partie périphérique de ce droit. Seul le périmètre autour de l'essence peut être soumis au principe de proportionnalité, autrement cela mettrait en péril l'absoluité inhérente au noyau[470].

D'un autre côté, la théorie relativiste n'opère pas de stricte distinction entre l'essence et la proportionnalité. Le principe de proportionnalité est donc de mise. Seulement, le degré d'examen est rehaussé, car il prend en considération la protection spécifique dont fait l'objet l'élément central du droit fondamental. Pour les partisans de ce courant, l'éventail du principe de proportionnalité suffit pour y ranger l'ensemble des atteintes. Ainsi, un déni de droits qui ne pourrait jamais trouver de justification serait constamment considéré comme une ingérence disproportionnée, sans autre spécificité[471].

Dans l'ordre juridique de l'Union, la thèse absolutiste doit être privilégiée. En effet, la lettre de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte distingue le principe de proportionnalité du concept d'essence. Comme semble l'inviter la formulation de cette disposition, lors du contrôle d'une potentielle violation d'un droit fondamental, l'examen du respect de l'essence vient antérieurement à toute évaluation de la proportionnalité. En rendant pleinement opérationnelle la notion d'essence, très tardivement, avec l'arrêt *Schrems*[472], la CJUE a levé tout doute.

---

[468] M. BRKAN, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, European Constitutional Law Review, Vol. 14 (2), 2018, p. 332-368.
[469] T. TRIDIMAS, G. GENTILE, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, German Law Journal, Vol. 20, 2019 p. 794-816., spéc. p. 803.
[470] W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, 1960, p. 155.
[471] J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, Vol. 65 (1), The Cambridge Law Journal, 2006, p. 174-207., spéc. p. 180.
[472] CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.

Sans qu'il soit nécessaire de rentrer dans les détails de cette affaire, la Cour de justice a réveillé ce concept, qui semblait avoir subi le sort de la Belle au Bois dormant, en invalidant pour la première fois une mesure de l'Union au motif qu'elle ne respectait pas l'essence de deux droits fondamentaux. En l'espèce, il était question du droit au respect de la vie privée et du droit à une protection juridictionnelle effective. Comme le montre l'arrêt *Schrems*, une mesure qui compromet l'essence d'un droit fondamental ne peut être justifiée par aucun motif. En conséquence, tout exercice de mise en balance des intérêts concurrents doit être écarté d'office. Toutefois, si la violation de l'essence entraîne mécaniquement une disproportion, l'inverse n'est pas vrai : une mesure qui respecte le noyau du droit fondamental n'est pas nécessairement conforme au principe de proportionnalité[473].

Cette compréhension du concept d'essence implique un changement d'appréhension : la question n'est plus de déterminer où le curseur de l'atteinte se place sur l'échelle du degré de violation, mais si ce curseur touche l'essence du droit, qu'importe l'intensité. Une violation, qui peut être considérée comme mineure, sera condamnée si elle affecte le noyau indérogeable[474].

Enfin, comme son nom l'indique, la théorie absolutiste sous-entend que l'essence reflète « *an unconditional moral imperative* »[475] au même titre qu'un droit absolu. Le noyau dur du droit fondamental se confond avec un droit absolu, qui ne peut donc être restreint en tout lieu et en toute circonstance. Ces droits absolus n'ont pas véritablement de noyaux durs, car ils forment eux-mêmes ce noyau[476]. Dans un tel cas, le noyau et le droit se superposent pour ne faire qu'un, sans qu'un champ périphérique ne soit distinguable. Pour cette raison, par exemple, l'article 4 de la Charte constitue un motif légitime d'inexécution du mandat d'arrêt européen[477] ou du transfert de demandeur d'asile[478].

Avec l'arrêt *Schrems*, il est particulièrement intéressant de noter que c'est l'article 47 de la Charte qui a permis, avec l'article 7 de ce même instrument, de sortir le concept de « contenu

[473] K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, German Law Journal, Vol. 20, 2019, p. 779-793., spéc. p. 781. Pour démontrer cela, l'auteur s'appuie sur les affaires CJUE, 8 avril 2014 *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12 et CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15.
[474] Voy. par ex. CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.
[475] Déclaration de Lord Reed dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire de la Commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord [2018] UKSC 27 (Ire.), pt 338.
[476] M. BRKAN, *op. cit.* p. 358.
[477] CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.
[478] CJUE, 16 février 2017, *C. K.*, aff. C-578/16 PPU.

essentiel » de son sommeil. Malheureusement, c'est cette même disposition qui le maintiendra éveillé. L'utilisation répétée d'un tel concept n'est jamais de bon augure.

La voie de la théorie absolutiste étant clarifiée, une seconde incertitude doit être levée pour comprendre l'entièreté des conséquences qu'emporte la qualification de l'indépendance judiciaire comme contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable.

Classiquement, la doctrine oppose les approches objective et subjective de l'essence. Au sens de la première, l'essence du droit fondamental n'est violée « *only when such a right loses its meaning for all or nearly all individuals and not just a particular individual or at least a few individuals* »[479]. Dans une telle perspective, qui suppose l'effacement du droit pour tous ses titulaires, le destinataire de la prohibition de l'atteinte au noyau dur est avant tout le législateur. Cette approche est conforme à l'ambition historique de l'article 19 de la Loi fondamentale allemande, qui était de défendre l'essence des droits fondamentaux contre des restrictions de type institutionnel[480]. Selon la seconde approche, celle subjective, le droit fondamental s'éteint, mais uniquement pour un individu en question ou, au moins, pour un groupe restreint d'individus qui l'invoque. L'essence se trouve donc intimement liée à l'individu, pour qui la substance de ce droit va intégralement se vider, sans que la structure institutionnelle soit altérée[481]. En ce sens, la potentielle atteinte à l'essence présume un contrôle *in concreto*, là où, dans l'approche institutionnelle, une analyse *in abstracto* suffit à déterminer s'il ne reste plus rien du droit fondamental.

Au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, l'essence doit se concevoir comme se rapportant au système dans son ensemble, plutôt qu'aux droits individuels. Le cas échéant, le concept de contenu essentiel du droit serait appréhendé de manière extrêmement vaste : toute atteinte individualisée pourrait être conçue comme une violation de l'essence du droit[482]. Ceci fausserait le caractère communautaire et la sacralité de cette notion. Encore une fois, la jurisprudence *Schrems* tend à confirmer cette voie : en affectant le contenu essentiel, les défaillances structurelles privent de la totalité des droits fondamentaux dont il est question.

---

[479] G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the core of conflicting rights: The question of inalienable cores in comparative perspective », in E. BREMS (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp, 2008, p. 131-147., spéc. p. 133.
[480] *Ibid.* p. 132.
[481] S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL/Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 372.
[482] T. TRIDIMAS, G. GENTILE, *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, *op.cit*. p. 804.

La compréhension de l'essence, à travers la théorie absolutiste, jointe à l'approche institutionnelle, semble concordante à la jurisprudence de la Cour EDH. Dans l'affaire *Baka c. Hongrie* [483] qui porte, de surcroît, sur l'essence du droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 CEDH, ce sont bien les changements constitutionnels controversés qui éteignent totalement le droit fondamental du requérant, de sorte que tout examen de la proportionnalité est rendu inutile.

Appliqué à l'article 47, paragraphe 2, de la Charte, ce double spectre absolutiste/institutionnaliste paraît parfaitement cohérent avec la nature foncièrement structurelle de l'indépendance judiciaire. Toutefois, cette lecture fragilise certains dogmes, notamment celui de la divergence de vocation entre l'article 47 de la Charte et l'article 19, paragraphe 1, TUE[484]. Lorsque la Cour dresse l'indépendance judiciaire comme le contenu essentiel du droit à un procès équitable au sens de l'article 47, paragraphe 2, difficile de continuer à considérer que cette disposition se limite à répondre à des atteintes individualisées…

La division des tâches entre ces dispositions, et plus largement, le credo d'une Charte au rôle purement centré sur l'individu, s'effrite au fur et à mesure. La jurisprudence témoigne largement de ce mouvement. D'abord, l'affaire *N.S* concernant le droit absolu de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants prouve qu'une évaluation des déficiences systémiques est possible sur le fondement de la Charte. Ensuite, spécifiquement sur l'essence du droit fondamental à un tribunal indépendance, la Cour propose dans l'affaire *L.M.* d'apprécier les carences structurelles du système judiciaire sur le seul fondement de l'article 47 de la Charte, alors même que la situation est clairement hybride. Si une division fonctionnelle existait réellement, la Cour aurait opté pour un double fondement : l'article 19 TUE pour le premier volet du test *Aranysio* intéressant l'aspect structurel, l'article 47 pour le second au sujet de l'atteinte individualisée. Tel n'est pas le cas. La Cour a réitéré cette démarche pour évaluer la compatibilité de mesures nationales relatives à la formation et à la nomination des membres d'une chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise. Alors même que ces mesures, portant sur l'organisation du pouvoir judiciaire national, sont très clairement structurelles, la

[483] CEDH, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n°20261/12.
[484] *Cf. Infra. Paragraphe 2. Une vocation divergente.*

Cour ne fait appel qu'à l'article 47 de la Charte. Cette dernière prend même la peine de souligner qu'un examen distinct de l'article 2 et l'article 19, paragraphe 1, TUE serait inutile[485].

En ouvrant la voie à l'évaluation d'atteintes structurelles ou systémiques, l'essence de l'article 47 de la Charte met fin à un mythe : celui du rôle passif de cette disposition. Par la même, la construction jurisprudentielle de l'indépendance judiciaire révèle ses imperfections. Élaborée hâtivement, entre les incohérences avec la jurisprudence *Åkerberg Fransson* et l'effritement du partage des tâches avec l'article 19 TUE, certaines fondations laissent effectivement à désirer. Cependant, ces défauts de fabrication mettent en exergue la centralité indispensable de l'article 47 de la Charte dans cette construction. Le concept d'essence peut être vu comme le principe actif promettant que le meilleur est encore à venir pour la Charte dans l'ordre juridique de l'Union[486]. Pour que la brèche ouverte garde un sens, elle doit être conjuguée par une ouverture du champ d'application de la Charte. Si « *the essence of fundamental right is the most fundamental bastion of liberty that the CJEU will never give up* »[487], elle doit garder à l'esprit qu'elle ne doit jamais y renoncer en tout temps, mais surtout, en tout lieu et en toute circonstance.

Section 2. La forme du changement – la Charte comme force motrice

Les contradictions précitées invitent à lire différemment la construction jurisprudentielle opérée par la Cour de justice. Paradoxalement, l'article 19 TUE semble faire office de tremplin pour l'article 47 de la Charte, là où ce dernier ne peut s'appliquer (*Paragraphe 1*). À ce procédé perfide peu convaincant, ne faudrait-il pas préférer une réinterprétation du champ d'application de la Charte (*Paragraphe 2*) ?

Paragraphe 1. Une montée en puissance par le prisme paradoxal de l'article 19 TUE

Proclamé nouvel axiome de l'indépendance de la justice dans les États membres[488], la véracité de ce statut de l'article 19, paragraphe 1, TUE, interroge. Méprisé, l'article 47 de la Charte a constamment été représenté par la doctrine, comme par la jurisprudence, dans une

---

[485] CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pt 169.
[486] K. GUTMAN, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, German Law Journal, Vol. 20, 2019, p. 884-903.
[487] K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, op.cit. p. 793.
[488] C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *L'article 19 du Traité sur l'Union européenne : sésame de l'Union de droit - Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des juges nationaux*, *op.cit.* p. 13.

physionomie passive. Au pire, il fut décrit comme un outil pour orienter l'interprétation de l'article 19, paragraphe 1, TUE en fournissant des indications utiles sur la mise en œuvre concrète de principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Au mieux, l'article 47 de la Charte a été considéré comme un complément décisif de l'article 19, paragraphe 1, TUE dans l'institutionnalisation de la « méta-norme » de la protection juridictionnelle[489].

Pourtant, ces deux dispositions sont intimement liées. Elles partagent des sources juridiques communes et sont circonscrites par la matrice plus vaste des principes généraux du droit, de sorte qu'il existe une « passerelle constitutionnelle » entre elles[490]. Cette similitude, qui se retrouve dans leur objectif commun d'assurer l'effectivité de la protection judiciaire des individus au titre du droit de l'Union, soulève un défi constant pour la Cour : celui de ne pas pervertir l'application de la Charte. Toutefois, les incohérences présentées précédemment invitent à penser qu'il y a perversion. Il en va notamment ainsi depuis l'effritement de la division des tâches entre l'article 19 TUE et l'article 47 de la Charte.

Sur ce point, difficile de ne pas adhérer au raisonnement de l'avocat général Bobek. Ce dernier considère qu'il n'y a pas lieu « d'opérer une distinction chirurgicale entre le champ d'application » de ces deux normes, dès lors que les questions sont « transversales ou horizontales (qui imprègnent tout élément de la fonction juridictionnelle nationale) »[491]. Pour le dire autrement, l'avocat général considère qu'il ne faut pas surestimer la différence entre l'article 47 de la Charte et le deuxième alinéa de l'article 19, paragraphe 1, TUE dès lors que les atteintes en jeu sont structurelles. Cette analyse emporte effectivement l'adhésion sur le fond du problème, mais pas sur la forme.

Raisonner ainsi revient à ouvertement remettre en question la pertinence de la limite dictée par l'article 51, paragraphe 1, de la Charte[492]. D'une certaine manière, cette réflexion prend le contrepied de celle de l'avocat général Tanchev. Tout en s'attachant à une nette séparation entre l'application des deux dispositions, celui-ci avait averti du risque que l'article 19, paragraphe 1, TUE soit utilisé comme « un subterfuge permettant de contourner les limites du champ

[489] V. ROEBEN, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, Hague Journal on the Rule of Law, Springer Asser Press, 2019, p. 29-62., spéc. p. 39.
[490] Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pt 85.
[491] Conclusions de l'Avocat général Bobek sous CJUE, 29 juillet 2019, *Torubarov*, aff. C-556/17, pts 53 et 54.
[492] P. VAN ELSUWEGE, F. GREMMELPREZ, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, European Constitutional Law Review, Vol. 16 (1), 2020, p. 8-32., spéc. p 28.

d'application de la Charte, telles que définies par son article 51, paragraphe 1 »[493]. La question est de savoir si, au-delà des apparences, au vu desquelles l'article 19 TUE paraît toujours primer, ce risque s'est concrétisé.

Cette question se pose à la lecture de différents arrêts où la Cour semble interpréter l'article 19, paragraphe 1, TUE, exactement comme s'il s'agissait de l'article 47 de la Charte. Dans nombre de « cas d'école » qui relève du champ d'application de la Charte, comme dans l'affaire *L.M.*, au titre de décision-cadre 2002/584, ou dans l'affaire *A.K.*, via la directive 2000/78, le rôle de véhicule de l'exigence d'indépendance judiciaire de l'article 47 de la Charte n'offense point. Cependant, il en va différemment lorsque cette disposition tient ce même rôle, mais hors des limites que trace l'article 51, par la médiation de l'article 19, paragraphe 1er, alinéa 2, TUE. L'affaire la plus révélatrice est sans aucun doute celle relative à l'indépendance de la Cour suprême polonaise. Alors que, manifestement, la règle polonaise litigieuse ne met pas en œuvre le droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte, la Cour décrit l'article 19, paragraphe 1, TUE, en empruntant des expressions classiquement utilisées pour l'article 47 de la Charte[494]. Implicitement, la Cour part du postulat que les exigences de l'article 19 TUE impliquent celles de l'article 47 de la Charte. En conséquence, quand bien même la Pologne ne met pas en œuvre le droit de l'Union, elle doit néanmoins, au titre de l'article 19 TUE, « veiller à ce que les organes faisant partie [...] de son système de recours juridictionnels [remplissent] les conditions d'une protection juridictionnelle effective »[495].

D'aucuns ont pu estimer qu'il ne s'agissait pas d'une franche mise à l'écart de l'article 51 de la Charte, mais de l'insertion de « situations intermédiaires » à la rigide dichotomie instaurée par la doctrine *Åkerberg Fransson*[496]. Il est vrai que la distinction dichotomique entre les règles et comportements nationaux relevant du champ de la Charte, et ce n'y relevant pas, forme une discrimination entre individus qu'il n'est pas aisée de justifier[497]. Cette disparité de traitement est d'autant plus embarrassante quand il s'agit d'une thématique telle que la protection juridictionnelle effective. Par conséquent, la présence de situations intermédiaires aurait l'ambition de venir adoucir ce contraste pesant. Néanmoins, cette appellation de « situations intermédiaires » où, sans même qu'elle ne trouve application, la Charte pourrait produire

[493] Conclusions de l'avocat général Tanchev sous CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, pt 57.
[494] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, pts 47 et 48.
[495] *Ibid.*, pt 55.
[496] A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, *op.cit*.
[497] Sur ce point, voy. par ex. CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, aff. C-684/16.

certains effets, s'avère trompeuse. L'utilisation de l'adjectif « intermédiaire » sous-entend que, dans de telles circonstances, la Charte déploie plus d'effets que lorsqu'elle ne s'applique pas, mais moins que lorsqu'elle s'applique pleinement. Or, ce n'est absolument pas le cas. Ici, la Charte semble offrir sa protection la plus totale, exactement comme si elle était entièrement applicable.

La réalité est que le risque, établi par l'avocat général Tanchev, s'est matérialisé. De fait, l'article 19 TUE est utilisé comme le « *cavallo di Troia* »[498] pour contourner les limites du champ d'application de la Charte. Le principe actif de l'article 47 de la Charte, efficace, mais inapplicable en l'espèce, se voit absorbé par une disposition quelque peu inefficace, mais applicable en l'espèce[499]. En se dispensant de tout examen de l'applicabilité de la Charte dans l'affaire *ASJP*, la Cour n'avait pas dévoilé au grand jour la possibilité de déguiser l'article 47 des habits de l'article 19 TUE, pour l'infiltrer dans des situations purement internes. Les masques sont dorénavant tombés.

Pour quelles raisons et à quel prix la Cour a-t-elle entrepris cette ruse interprétative ? Une réponse peut se trouver dans les mots du juge von Danwitz prononcés suite à l'arrêt *ASJP*. Celui-ci explique que le recours à l'article 19 TUE est destiné à résister à la « *temptation to go beyond the limits of the scope of the Charter as set out in the first paragraph of its Article 51* »[500]. Ce choix revêt presque une portée symbolique : une vision expansionniste de la Charte aurait pu être considérée comme une ingérence injustifiée dans l'ordre juridique national des États membres. Pour le dire franchement : la pilule passe mieux quand elle ne passe pas par la Charte. L'éventualité d'un effet fédéralisateur de la Charte effraie. Les États membres ne veulent pas d'une « américanisation » de la Charte : cela reviendrait à l'appliquer, que le litige relève d'une compétence fédérale des États ou non. Dans ces circonstances, la Cour se verrait confier une tâche analogue à celle de la Cour suprême des États-Unis[501], chose que la lettre de l'article 51 bannit explicitement.

L'activisme judiciaire étant difficile par le biais de la Charte, la Cour mystifie l'article 19 TUE pour façonner un véritable « *Gitlow* européen ». La Cour de justice dupe les États membres, car le résultat est bien là : dans l'affaire *Commission c. Pologne* susmentionnée, une règle nationale

[498] A. RASI, *op.cit*. p. 623.
[499] *Ibid.*, p. 625.
[500] T. VON DANWITZ, *Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ*, op.cit.
[501] Sur ce point, voy., K. LENAERTS, *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, Columbia Journal of European Law, Vol. 6 (1), 2000, spéc., p. 21-24.

ne relevant pas du champ d'application de l'article 47 de la Charte est pénalisée parce qu'elle ne respecte pas le contenu de l'article 47 de la Charte. Ainsi, normativement, la Cour ne s'appuie que sur l'article 19, paragraphe 1, TUE, mais substantiellement, c'est le principe actif de l'article 47 de la Charte qui vaut. L'article 19 TUE n'est qu'un trompe-œil à une réalité qui ne dit pas son nom : la perversion du champ d'application de la Charte. Présent sans l'être, l'article 47 de la Charte développe une influence active dans la protection de l'indépendance judiciaire. Seulement, ce tour de passe-passe révèle pléthore d'incohérences.

Le temps est venu de faire preuve de sincérité. L'article 47 de la Charte ne se réduit pas à un rôle d'aiguilleur dans l'interprétation de l'article 19 TUE pour l'indépendance des juges, il forme lui-même l'aiguille qui va venir ficeler cette jurisprudence. Profiter du nœud sur l'État de droit pour en découdre avec la marginalisation injustifiée de la Charte : voici le sens de la proposition que soutient la présente étude.

Paragraphe 2. Pour une extension mesurée du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux

Avant d'amorcer une réflexion sur une potentielle réinterprétation créative du champ d'application de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte, il convient de promptement écarter une piste : celle du principe général du droit à une protection juridictionnelle effective. Le doute était permis de penser que les principes généraux prendraient le relais là où le champ d'application de la Charte s'arrête[502]. D'abord, l'article 6 TUE ne donne guère d'information entre les diverses sources de droits fondamentaux. Aucune indication, ni sur leurs effets respectifs, ni sur une potentielle priorité et encore moins sur leur champ d'application. D'autre part, en dépit d'une myriade d'arrêts formant la jurisprudence, le champ d'application des principes généraux du droit de l'Union a globalement été formulé comme relevant du « champ d'application du droit de l'Union »[503]. Cette expression ne laissant pas transparaître de dynamique d'exécution concrète, à l'inverse de celle de « mise en œuvre », une simple lecture, déconnectée des réalités, conduirait à dire que la Charte possède un champ d'application plus restreint que les principes généraux. Cette déduction lexicale n'est cependant pas satisfaisante : il faudrait en conclure que la Charte a eu pour effet d'affaiblir le système de protection des droits fondamentaux. En plus de vider de sa substance l'article 51, paragraphe 1, comme

[502] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2e éd. Oxford European Union Law Library, 2006, p. 302.
[503] Voy. not. CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC c. Grogan*, aff. C-159/90 ; CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95 ; CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02.

l'article 53, de la Charte[504], cela laisserait la porte ouverte à une grande source de confusion. Quelque chose qui ne manque déjà pas dans cette jurisprudence…

Un tel double régime, « *burdensome* »[505], n'a heureusement pas été retenu. L'un des grands mérites de l'arrêt *Åkerberg Fransson* est de clarifier ce méli-mélo de formulations, toutes plus sibyllines les unes que les autres. Les expressions « mise en œuvre » et « champ d'application » sont considérées comme interchangeables, privilégiant ainsi un alignement sur l'interprétation de l'article 51, paragraphe 1[506].

Cela ne signifie pas pour autant que les principes généraux s'épuisent dans la Charte, car ils conserveront toujours une fonction d'influence et de modification de l'interprétation de cet instrument, ainsi qu'un rôle de créativité dans le résidu de domaines épargnés par les droits fondamentaux[507]. Leurs apparitions seront évidemment plus ponctuelles et complémentaires, laissant place à une certaine prédominance de la Charte[508].

Cette porte de secours pour contourner l'article 51 de la Charte étant fermée, une interprétation innovante et astucieuse semble l'unique voie disponible pour espérer accroître le champ d'application de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. À ce titre, l'ingéniosité est une qualité dont les avocats généraux disposent assurément ! Face aux lacunes et incertitudes entourant le concept de « mise en œuvre » du droit de l'Union, les avocats généraux ont multiplié les tentatives pour faire évoluer cette situation bancale[509]. Sans prétendre à l'exhaustivité ni juger de leur pertinence ou de leur bien-fondé, procéder à un propos synthétique de ces initiatives peut permettre d'alimenter la réflexion[510]. Véritable force motrice de ce courant de pensée,

[504] Conclusions de l'Avocat général Bot sous CJCE, 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10.
[505] M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007 : Winning Minds, not Hearts*, 45, CML Rev, 2008, p. 617.
[506] Cette interprétation avait été préconisée par la doctrine. Voy. not. . ROSAS, *When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level ?*, *op. cit.* p. 1294 ; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, Vol. 8 (3), 2012, p. 375-403.
[507] Sur ce point. Voy. not. T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 361-392., spéc. p. 376-380.
[508] Sur ce point. Voy. not. F. PICOD, *Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit*, RDLF, chron. n°02, 2015. Pour quelques exemples emblématiques, voy. not. CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10 ; CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12 ; CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, aff. C-131/12.
[509] Pour une synthèse de ces propositions, voy. not. X. GROUSSOT, L. PECH, G.T. PETURSSON, *The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication*, Eric Stein Working Paper 1/2011., spéc. p. 14-15 ; M. DOUGAN, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: Defining the "Scope of Union Law"*, *op.cit,* p. 1219-1230.
[510] Il n'est pas question ici de proposition purement doctrinale, dont l'une fera l'objet d'une étude particulière. Cf. *Infra.*, *Section 2. Un contrôle indirect ascendant – pour une mobilisation réfléchie par les citoyens de l'Union*.

l'éminent avocat général Sharpston a plaidé à maintes reprises en faveur d'un rôle accru de la Charte. Chronologiquement, l'avocat général a promu deux postulats.

Le premier est celui de la coïncidence des matières : la mesure nationale peut « autrement entrer dans le champ d'application du droit communautaire parce qu'une règle matérielle spécifique du droit communautaire est applicable à la situation »[511]. Dans cette perspective, pour que la Charte s'applique, la législation de l'Union régissant le même sujet que la mesure interne n'a pas être effectivement mise en œuvre. Sa seule présence suffit. Globalement, cette conception équivaut à l'expression « couvert par le droit de l'Union », usuellement utilisée pour l'article 19 TUE.

Le second postulat, plus expansionniste, est celui de l'existence d'une compétence exclusive ou partagée de l'Union. Sous couvert d'une exigence de sécurité juridique, la disponibilité de la protection garantie par la Charte ne serait subordonnée « non pas à l'applicabilité directe d'une disposition du traité ni à l'adoption de dispositions de droit dérivé, mais plutôt à l'existence et à l'étendue d'une compétence matérielle de l'Union »[512]. Autrement dit, la Charte s'appliquera lorsque l'Union dispose d'une compétence (qu'elle soit exclusive ou partagée), indépendamment du fait que cette compétence ait été exercée ou non.

Enfin, il convient de faire mention de la proposition, bien plus radicale, soumise par l'avocat général Poiares Maduro. Ce dernier préconise une application de la Charte selon le degré de la violation des droits fondamentaux. Dès lors qu'une « violation grave et persistante des droits fondamentaux […] rend impossible pour [l'État] de se conformer à nombre de ses obligations communautaires, et limite la possibilité pour les particuliers de jouir pleinement de [leurs droits] »[513], alors la Charte peut être brandie. Ce seuil de violation correspondrait à des défauts de nature structurelle ou systémique. Cette proposition trouve un écho tout particulier avec l'actualité, lorsque l'avocat général estime que cela constituerait une « menace [pour] l'intégrité de l'ordre juridique communautaire »[514]. Le point important à retenir est que cette vérification de la conformité avec la Charte serait possible pour les mesures nationales hors du champ d'application du droit de l'Union, dans son sens traditionnel. L'unique vecteur de déclenchement de la Charte serait la gravité de la violation.

---

[511] Conclusions de l'avocat général Sharpston sous CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06, pt 69.
[512] Conclusions de l'avocat général Sharpston sous CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, pt 163.
[513] Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro sous CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, aff. C-380/05, pt 21.
[514] *Ibid.*, pt 22.

Conçues entre 2007 et 2011, ces propositions ont été jugées irréalisables, quelques fois par leur propre auteur, car elles entraînent une ouverture fédérale de la Charte, ce qui suppose un jugement politique plutôt que juridique[515]. Toutefois, le contexte était diamétralement différent. On ne peut plus considérer que la Cour ne possède pas les ressources ni l'expertise nécessaire pour évaluer des carences structurelles, dès lors qu'elle sollicite les juridictions nationales pour effectuer de telles expertises[516]. L'avènement d'une nouvelle proposition d'interprétation de la Charte, plus libérale, n'est rien d'autre que le fruit des évènements récents observés en Hongrie, en Roumanie et en Pologne. La plus belle preuve de ce funeste changement de paradigme se lit probablement à travers les mots de l'avocat général Poiares Maduro lorsqu'il dit exprimer sa proposition dans le cas d'un « scénario improbable [où] une violation grave et persistante des droits fondamentaux puisse se produire dans un État membre ». Loin d'être invraisemblable, ce scénario est désormais une œuvre quotidienne…

La thèse émise dans la présente étude s'inspire des propositions exposées ci-dessus, mais présente l'avantage de reposer sur des notions moins généralistes et abstraites. De plus, elle ne s'appuie pas sur des idées préconçues, mais sur des éléments auxquels la Cour s'est déjà référée à plusieurs reprises. Il ne s'agit aucunement d'inventer de toutes pièces des concepts taillés sur mesure, ce qui serait à la fois inopportun et hautement contestable, mais d'ajuster ceux existants. En outre, cette proposition tente de trouver un équilibre, afin de répondre aux préoccupations d'aujourd'hui, et potentiellement de demain, sans étendre à l'extrême les capacités de la Charte. Enfin, l'objectif est de combler les lacunes qu'a pu dévoiler la jurisprudence la plus récente. Des mesures nationales qui ne rentrent pas formellement dans les domaines couverts par le droit de l'Union, mais qui affectent l'indépendance des juges, ce qui peut potentiellement influencer l'issu d'un litige, devraient pouvoir faire l'objet d'un contrôle sur la base de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. Et ce, même dans le cadre du renvoi préjudiciel. Dans un mécanisme où le maître mot est la coopération, une réponse telle que celle de l'arrêt *Miasto Łowicz* n'est pas satisfaisante. Dès lors qu'un juge national d'un État membre exerce ses fonctions sous une potentielle influence de l'exécutif, que ces fonctions soient européennes ou non dans le cas d'espèce, cette situation inadmissible doit être régie par la Charte.

[515] Conclusions de l'avocat général Sharpston sous CUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, pts 171-177.
[516] C'était l'un des arguments soulevés à l'encontre de la proposition de l'avocat général Poiares Maduro. Voy. L. PECH, *'A Union Founded on the Rule of Law': Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, European constitutional law review, Vol. 6 (3), 2010, p. 359-396., spéc. p. 384-385 ; X. GROUSSOT, L. PECH, G.T. PETURSSON, *op.cit.* p. 15.

Évidemment, cela implique une interprétation créative et innovante, qui bouscule quelque peu les mœurs. Néanmoins, cette thèse s'aligne sur la conjoncture particulière : après tout, quelqu'un aurait-il imaginé que les valeurs de l'Union seraient sapées avec une telle violence ? Les constructions jurisprudentielles les plus audacieuses viennent souvent avec l'émotion d'un contexte périlleux.

La présente étude soutient la « théorie de l'essence des valeurs ». Cette thèse s'explique comme suit : la Charte trouvera application dans une « situation purement interne » dès lors qu'une mesure nationale viole le contenu essentiel d'un droit fondamental qui concrétise une valeur inscrite à l'article 2 TUE.

Plusieurs explications doivent être jointes à cette suggestion. Premièrement, dans cette configuration, la notion de « contenu essentiel » du droit, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, est comprise à travers le postulat absolutiste/institutionnaliste. Cela à deux implications. D'une part, la violation de la mesure nationale sera nécessairement une violation systémique ou structurelle. D'autre part, le « contenu essentiel » équivaut à un droit absolu. Autrement dit, cette proposition vaudra tout autant pour un droit communément admis comme absolu que pour le contenu essentiel d'un droit de la Charte.

Deuxièmement, la Charte demeurera une norme de second ordre car, d'une certaine manière, son application restera conditionnée par la présence de l'article 2 TUE. De la sorte, ce pan de la « théorie de l'essence des valeurs » rejoint quelque peu l'idée d'une amplification mutuelle : le droit de la Charte va apporter le contenu d'une obligation et l'article 2 TUE va apporter son champ d'application[517]. Ainsi, par le prisme de l'article 2 TUE, la Charte trouvera une application à des « situations purement internes » qui n'en seront pas véritablement, car elles seront couvertes par les valeurs de l'article 2 TUE. La jurisprudence *Åkerberg Fransson* sera malmenée, mais loin d'être anéantie. Du moins, pas plus qu'elle l'est actuellement…

Troisièmement, l'article 2 TUE servira de caisse de résonnance aux droits fondamentaux de la Charte, mais aussi de carcan pour éviter que cette suggestion ne devienne le « *pretext for a power grab* »[518]. La Charte demeurera inapplicable dans le cas où il ne s'agirait pas d'une valeur

[517] L. D. SPIEKER, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis,* German Law Journal n°20, 2019, p. 1182-1213., spéc. 1204-1207 ; L. D. SPIEKER, *From Moral Values to Legal Obligations – On How to Activate the Union's Common Values in the EU Rule of Law Crisis*, MPIL Research paper, n°. 2018.

[518] D. KOCHENOV, « The EU and the Rule of Law – Naïveté or a Grand Design ? » in M. ADAMS, E. HIRSCH BALLIN, A. MEEUWSE (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017, p.419-444., spéc. p. 443.

de l'article 2 TUE qui se trouve affectée. Aussi, l'arbitraire de la Cour de justice dans l'identification du contenu essentiel d'un droit de la Charte sera réduit, tout en sachant que, quoi qu'il en soit, la Cour a usé avec parcimonie de cette notion. La jurisprudence ne sera donc pas entachée d'incohérence. Il est d'ailleurs assez parlant de constater que la Cour EDH a emprunté le concept d'essence des droits fondamentaux comme vecteur de l'élargissement de la sphère de protection de la CEDH[519].

Quatrièmement, il faut garder à l'esprit que la constatation d'une telle violation de l'essence d'un droit de la Charte concrétisant une valeur de l'article 2 TUE devra être une issue exceptionnelle. Généralement, l'essence d'un droit fondamental n'est compromise que dans des cas extrêmes.

Enfin, cinquièmement, l'effet centralisateur d'un arrêt de la Cour de justice devra être privilégié dans cette perspective. Sur la base d'une impulsion par le renvoi préjudiciel, l'arrêt de la Cour permettra d'assurer l'unité, la cohérence et le caractère transcendant d'un tel verdict.

Cette proposition a pour mérite de contenir une certaine élasticité, ce qui permettra de l'adapter à d'autres éventuelles crises. En effet, elle ne se limite pas uniquement à la problématique de l'indépendance judiciaire, mais pourra englober d'autres violations structurelles de droits fondamentaux. Pas plus qu'un manque d'indépendance judiciaire, une mesure nationale instaurant la peine de mort ou tout autre traitement inhumain devrait pouvoir tomber sous l'empire de la Charte, indépendamment de toute mise en œuvre du droit de l'Union[520]. Seule une telle évolution pourra permettre de former une véritable communauté de droits fondamentaux qui ne limite pas strictement sa protection à la seule sphère d'action de l'Union, mais bien à l'Union dans son intégralité. Le détour par l'article 19 TUE, vanté par la jurisprudence actuelle, ne pourra être modulé aussi aisément pour répondre à d'autres atteintes. La Cour a cherché à répondre à un besoin immédiat, sans se préoccuper de l'avenir.

Sans prôner une extension exacerbée du champ d'application de la Charte[521], l'idée est donc de prendre aux mots ce qui a été préconisé dans un rapport commandé par le Parlement européen :

---

[519] S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk ?*, German Law Journal (2019), 20, p. 904-923., spéc. 917.
[520] E. DUBOUT, *Integration Through the Rule of Law ? La judiciarisation de l'État de droit dans l'Union européenne*, op.cit. p. 60.
[521] Pour une proposition très libérale, voy. A. JAKAB, *Supremacy of the EU Charter in National Courts in Purely Domestic Cases*, VerfBlog, 2013, https://verfassungsblog.de/the-eu-as-a-community-of-human-rights/ ; A. JAKAB, « The EU Charter of Fundamental Rights as the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against

s'attacher à une « utilisation plus courageuse de la Charte »[522]. Certains avaient prédit l'entrée dans une phase décisive pour les droits fondamentaux[523]. C'est en partie vrai. Malheureusement, le génie des droits fondamentaux ne sort pas par la bonne bouteille. En passant par le prisme de l'article 19 TUE, au grand dam de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte, pour renforcer l'indépendance des juges, la Cour élabore une jurisprudence inaboutie, difficilement susceptible d'évolution, et surtout, qui ne dit pas son nom. Il semble que la « théorie de l'essence des valeurs » formulée dans cette étude devrait être préférée à une extension maladroite de la Charte via des subterfuges d'absorption par des dispositions du TUE.

Au-delà de cela, le temps est venu de donner vie à la communauté de valeurs que doit représenter l'Union. Candide peut penser que, si l'indépendance judiciaire n'est pas respectée dans le champ d'action de l'Union, miraculeusement, elle le sera en dehors. Le juge de renvoi, lui, n'y croit pas. Il faut lui donner raison.

EU Member States » in C. CLOSA, D. KOCHENOV, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016, p. 187-205.

[522] E. SPAVENTA, *The Interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: The Dilemma of Stricter or Broader Application of the Charter to National Measures*, Parlement européen, Bruxelles, 2016.

[523] T. VAN DANWITZ, K. PARASCHAS, *A Fresh Start for the Charter Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, Fordham International Law Journal, Vol. 35 (5), 2017, p. 1425.

Titre II. La nécessité d'un rôle rénové du renvoi préjudiciel

L'usage du mécanisme préjudiciel doit être guidé par les défis auxquels fait face l'Union. Naturellement, cela implique que les juges nationaux, premiers concernés par les problématiques d'indépendance, développent une pratique efficace en ce sens (**Chapitre 1**). Toutefois, dans cette ambition, il ne faut pas négliger le soutien que peuvent apporter les autres acteurs du système judiciaire européen (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'usage du renvoi préjudiciel par les juges nationaux au service de leur propre cause

Afin de plaider pour leur propre cause, les juges nationaux doivent habilement manipuler le renvoi préjudiciel (***Section 1***). Seulement, encore faut-il qu'une conjoncture propice à cela soit mise en place (***Section 2***).

Section 1. L'impératif d'une manipulation éclairée du renvoi préjudiciel par les juges nationaux

La manipulation éclairée du renvoi préjudiciel passe par une amélioration de l'utilisation quantitative comme qualitative de cet instrument. Aussi, à une pratique intensive et homogène de l'article 267 TFUE (*Paragraphe 1*), il faut y joindre une pratique pertinente et motivée (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. Une pratique intensive et homogène

Les instruments judiciaires entre les mains de la Cour de justice ne sont pas nécessairement les plus appropriés en vue de répondre à la crise de l'État de droit qui frappe l'Europe de l'Est[524]. Toujours est-il que si la Cour de justice a pu opérer des changements politiques d'envergures à travers sa jurisprudence, c'est en grande partie grâce à l'impulsion du renvoi préjudiciel[525]. À l'évidence, dans un climat d'euroscepticisme généralisé, mieux vaut scruter comment optimiser l'efficacité de cet instrument dans la défense de l'indépendance judiciaire, plutôt que de choisir de renoncer à son utilisation.

[524] MÜLLER, J.-W., *Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states?*, European Law Journal 21(2), 2015, spéc. p. 147-149.
[525] Sur ce point, voy. A. STONE SWEET, *The European Court of Justice and the judicialization of EU governance*, Living Reviews in European Governance, Vol. 5 (2), 2010.

Pour ce faire, un maniement aguerri de l'article 267 TFUE par les juridictions nationales est naturellement louable. Préconiser un dialogue renforcé entre les juges nationaux et la Cour de justice est loin d'être révolutionnaire[526]. Seulement, dans la présente conjoncture, l'intérêt d'un échange soutenu entre protagonistes nationaux et européens sera de combler un vide. Le contrôle de l'État de droit opéré à l'aune des critères de Copenhague, lors du processus d'adhésion à l'Union européenne, n'a pas de pendant post-adhésion. Un mécanisme de coopération et de vérification (MCV) a bien été mis en place pour la Roumanie et la Bulgarie, afin d'inspecter le respect de l'État de droit, notamment le principe de l'indépendance judiciaire, mais cela reste un cas isolé. Dès lors, le renvoi préjudiciel va permettre, d'une certaine manière, de rendre opérationnel un contrôle ponctuel de l'indépendance judiciaire après l'adhésion des États membres.

À ce titre, si les réponses préjudicielles de la Cour concernant l'article 47 de la Charte sont limitées à l'examen d'une procédure judiciaire interne utilisée par le requérant au principal, elles sont également contraignantes pour toutes les affaires semblables futures. Cet effet *erga omnes* va permettre de procéder à des ajustements législatifs des systèmes procéduraux dans tous les États membres de l'Union. Par ailleurs, cela doit inciter la Cour à ne pas se livrer à une formulation étroite des questions préjudicielles, particulièrement sur un concept aussi essentiel que l'indépendance des juges.

Il y a donc de bonnes raisons de croire en l'interaction avec les tribunaux nationaux, via la procédure de renvoi préjudiciel, pour contrer les mesures nationales susceptibles d'affecter la fonction juridictionnelle. Une pratique intensive de l'article 267 TFUE par les juridictions nationales doit être prônée. Le renvoi préjudiciel donne le rythme : chaque question permettra à la Cour de donner de la voix, donc d'arranger, d'adapter, voire de révolutionner sa jurisprudence. C'est principalement sous l'impulsion du mécanisme préjudiciel que peut émerger « *a potential constitutional moment for the European rule of law* »[527]. Par conséquent, il n'est pas tout à fait exact de considérer que la jurisprudence *ASJP* a constitué un « *judicial serendipity* »[528]. Certes, l'affaire est arrivée à point nommé dans le calendrier du virage illibéral, mais l'émission d'une question préjudicielle étant souvent discrétionnaire, il est difficile de

[526] Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système judiciaire européen (2007/2027(INI)), sur la base du « rapport Wallis ».
[527] A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, *et al.*, *A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines*, Common Market Law Review, Vol. 55 (4), 2018.
[528] M. BONELLI, M. CLAES, *op.cit.* p. 622.

parler de hasard. Quoiqu'il en soit, cela aura permis à la Cour de justice de développer les grandes lignes de sa jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire.

Sur cette thématique, le seul fait que les renvois préjudiciels irritent les gouvernements peu attachés aux valeurs de l'Union, incite à en faire un emploi massif. Il est vrai que, tout en étant moins conflictuel que le recours en manquement, le renvoi préjudiciel permet de contrecarrer les réformes judiciaires litigieuses.

Hormis ce caractère moins antagonique, il présente d'autres atouts par rapport à la voie de l'article 258 TFUE. Un usage récurrent du renvoi préjudiciel permet de suivre le rythme soutenu dans lequel les changements de l'administration judiciaire s'opèrent en Pologne notamment. De même, les questions préjudicielles diffusent une pression, non pas sélective, issue uniquement du plateau du Kirchberg, mais ample, provenant de toute juridiction nationale à l'initiative. Ainsi, cela permet d'éviter une sorte d'impérialisme de la Cour de justice, qui ferait de la Pologne son bouc émissaire. Cet éparpillement des doutes quant au manque d'indépendance judiciaire en Pologne donne d'ailleurs moins de grain à moudre pour la campagne politique du *PiS*. La carte « anti-UE » joue bien auprès des électeurs, pas celle de « l'anti-Irlande », ou de tout autre État membre dont est issue la question préjudicielle[529]. Cela sera d'autant plus vrai si de tels renvois sont effectués par des tribunaux des « nouveaux » États membres. Contrairement au recours en manquement, cela permet donc de privilégier une sorte de « *death by a thousand blows* »[530].

Cet affront à l'encontre du renvoi préjudiciel se constate très clairement à travers les réformes insidieuses polonaises. La majorité au pouvoir cherche à empêcher de nouvelles implications de la Cour de justice en prenant des mesures de rétorsion contre tout juge osant renvoyer une question préjudicielle sensible[531]. Ces atteintes dangereuses à l'ordre juridique de l'Union, dont l'objectif premier est l'intimidation, s'observent en Pologne[532], en Hongrie[533], mais aussi dans

[529] D. KOSAR, *The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On*, *op. cit*. p. 5.
[530] *Ibid.*
[531] Sur ce point, voy. not. K. PODSTAWA, *Living on the edge – how the Poles hang in there whilst the Court deliberates*, VerfBlog, 2019 ; J. IGREJA MATOS, *Judicial independence in Poland and Hungary – Going, Going, Gone? Preliminary Requests and Disciplinary Procedures – A shocking development*, The Official Blog of UNIO-EU Law Journal, 2019.
[532] Voy. not., la procédure instruite à l'encontre de la juge Ewa Maciejewska pour la question ayant donné lieu à l'affaire CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18, celle contre le juge Igor Tuleya à l'origine de la question dans l'affaire CJUE, *Prokurator Generalny*, aff. C-563/18 et celle pour le juge à l'initiative de l'affaire CJUE, *Prokuratura Rejonowa w Słubicach*, aff. C-623/18.
[533] Voy. not., la procédure du président par intérim du tribunal régional de Budapest-capitale (Fővárosi Törvényszék) contre le juge Csaba Vasvári.

d'autres États membres, comme la Bulgarie. Ces procédures de sanctions disciplinaires pour « atteinte à la dignité du pouvoir judiciaire » doivent être combattues par la Commission, mais aussi par le biais de l'article 267 TFUE lui-même. C'est l'occasion de faire naître une communauté judiciaire européenne forte et soudée, chacun au service de ses pairs.

Le point culminant de cette démarche méprisable se dessine certainement à travers la demande du procureur général de la Pologne au Tribunal constitutionnel, d'examen de la conformité de l'article 267 TFUE avec la Constitution polonaise. Dans cette requête, déposée le 4 octobre 2018, le procureur demande de déclarer inconstitutionnel l'article 267 TFUE, dès lors qu'il permet de soumettre des renvois préjudiciels concernant le système, la forme et l'organisation du pouvoir judiciaire. En réalité, ce n'est pas tant le contenu normatif de l'article 267 TFUE qui est contesté, mais la manière dont les juridictions polonaises l'utilisent. Le procureur cherche à éliminer les questions préjudicielles en usant de l'autorité du Tribunal constitutionnel[534]. Parmi les maintes violations du droit de l'Union qu'engendrerait une inconstitutionnalité, il est certain que toute juridiction polonaise émettant un renvoi préjudiciel violerait la Constitution, donc se verraient tomber sous le coup de poursuite disciplinaire.

La détermination résiliente des juges du continent pour défendre leur indépendance dans l'intérêt de leurs concitoyens donne lieu à un mouvement d'intensification du renvoi préjudiciel. La liste des affaires relatives à l'indépendance de la justice s'allonge devant les portes de la Cour de justice. Il faut le saluer. Il y a effectivement une corrélation entre le nombre de renvois préjudiciels et les craintes de recul démocratique dans les pays d'Europe centrale[535]. Juridictions suprêmes[536], comme tribunaux ordinaires[537], sont actifs dans la recherche de recours au niveau européen. À côté d'une dizaine de demandes de renvoi préjudiciel en Pologne, s'ajoutent des questions posées par des juges roumains et hongrois.

---

[534] Sur ce point, voy. not. S. BIERNAT, M. KAWCZYNSKA, *Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, VerfBlog, 2018 ; L. PECH, P. WACHOWIEC, *1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part II)*, *op.cit*.

[535] M. BLAUBERGER, R. DANIEL KELEMEN, *Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU*, Journal of European Public Policy, 2017, p. 321-336., spéc. p. 327 : voy. le graphique des renvois préjudiciels des pays d'Europe centrale et orientale ayant adhéré en 2004.

[536] Voy. not., les affaires : *Zakład Ubezpieczeń Społecznych* (C-522/18), *UNIPARTS sàrl* (C-668/18), *DO* (C-625/18), *CP* (C-624/18), *YV* (C-537/17), *DŚ* (C-522/18), *Krajowa Rada Sądownictwa* (C-585/18), *Krajowa Rada Sądownictwa* (C-537/18) et *Krajowa Rada Sądownictwa* (C-824/18).

[537] Voy., les affaires *Miasto Łowicz* (C-558/18), *Prokuratura Okręgowa w Płocku* (C-563/18), *Prokuratura Rejonowa w Słubicach* (C-623/18).

Cette pratique intensive doit maintenir son cap, mais aussi s'homogénéiser et s'étendre aux juges roumains[538] et bulgares[539] qui sont beaucoup moins vigilants, alors que leur indépendance commence à être sur le déclin. Est donc préconisé un recours systématique au renvoi préjudiciel dès lors que le juge national est confronté, ne serait-ce qu'indirectement, à des problématiques d'indépendance judiciaire. Cela concernera donc tout autant la juridiction nationale qui fait elle-même l'objet de mesures sapant son indépendance, que celle qui agit en coopération avec ses pairs d'un autre État membre dont l'indépendance est mise à mal.

C'est en ordre de bataille que doivent se mettre les juridictions du Vieux continent. Pour ce faire, l'interprétation des dispositions de la Charte tend à être un terrain fertile pour l'utilisation du mécanisme préjudiciel. Seulement, c'est une chose de soumettre une question préjudicielle, mais encore faut-il que cela soit effectué de manière pertinente et motivée. Autrement, le risque est celui d'un effet contre-productif…

Paragraphe 2. Une pratique pertinente et motivée

Pour que la pratique actuelle tendant à l'augmentation des renvois préjudiciels en matière d'indépendance des juges soit véritablement fructueuse, elle doit être réalisée de façon pertinente et motivée. Dans le cadre de l'article 267 TFUE, la motivation peut être entendue de deux manières. Il faut distinguer la motivation impérieuse, de celle qui ne l'est pas.

La motivation, entendue au sens impérieux, va conditionner la recevabilité de la question préjudicielle. Cette obligation de motivation est apparue avec l'affaire *Foglia/Novello*[540]. L'obligation de motiver la saisine de la Cour de justice, qui résulte du « principe général qui impose à toute juridiction de motiver ses décisions »[541], trouve désormais son fondement à l'article 94 du règlement de procédure. Le juge national devra notamment s'efforcer de mettre en évidence un lien entre les dispositions de l'Union et la législation nationale applicable au litige au principal. Sur ce point, compte tenu de la jurisprudence qui vaut actuellement, un travail particulièrement important pourra être attendu de la part du juge national pour cibler un éventuel rattachement à l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. La juridiction devra expliquer

[538] Voy. Commission de Venise, « Roumanie : avis sur les projets d'amendements de la loi n°303/2004 sur le statut des juges et des procureurs, la loi n°304/2004 sur l'organisation judiciaire et la loi n°317/2004 sur le conseil supérieur de la magistrature », Avis n°924/2018, 20 octobre 2018.
[539] R. VASSILEVA, *The Disheartening Speech by the President of Bulgaria's Supreme Court Which Nobody in Brussels Noticed*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/the-disheartening-speech-by-the-president-of-bulgarias-supreme-court-which-nobody-in-brussels-noticed/.
[540] CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, aff. 104/79.
[541] CJCE, 1er octobre 1991, *Vidrányi c. Commission*, aff. C-283/90 P, pt 29.

précisément dans l'ordonnance de renvoi en quoi l'interprétation de la Cour relative au trouble de l'indépendance judiciaire est pertinente pour l'affaire au principal.

Cela sera crucial : une motivation négligeable conduira à une irrecevabilité de la question préjudicielle ce qui, par ricochet, viendra fragiliser la situation déjà précaire du juge national. De plus, aux yeux de l'opinion publique, le gouvernement « voyou » ressortira vainqueur du renvoi préjudiciel. Trahi par un aspect procédural, le contrecoup peut être brutal pour le juge national. D'où l'impératif d'user du renvoi préjudiciel dans des affaires appropriées et de manière judicieuse afin d'éviter tout risque d'incidences négatives.

En l'état de la jurisprudence actuelle, il n'est pas totalement absurde de penser que les renvois effectués par les tribunaux ordinaires dans l'affaire *Miasto Łowicz* n'étaient pas tout à fait les bienvenus. Tant qu'une extension du champ d'application de la Charte n'est pas à l'œuvre, il est préférable que les juges nationaux, placés dans une posture délicate, se saisissent d'affaires où l'application de l'article 47, paragraphe 2, ne fait aucun doute pour pouvoir tirer la sonnette d'alarme. La désinformation étant coutumière dans les États membres procédant à des réformes judiciaires douteuses, la moindre irrecevabilité préjudicielle sur cette thématique sera détournée et enjolivée au profit du pouvoir majoritaire en place.

Au-delà de cette motivation obligatoire, il ne ressort pas de la lettre de l'article 94 du règlement de procédure de la Cour que le juge de renvoi est contraint d'émettre une proposition de réponse. Il est vrai que les dispositions procédurales « n'exigent nulle part du tribunal de renvoi une motivation au sens d'un exposé de son opinion juridique sur les questions déférées »[542]. Rien ne l'y oblige, mais rien ne l'interdit non plus. Il s'agit là d'une motivation facultative, sur laquelle il convient de se pencher.

L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'indépendance judiciaire, plus que toute autre jurisprudence, doit faire figure de « concerto à plusieurs mains »[543]. Les juges nationaux doivent susciter une influence ascendante en usant du renvoi préjudiciel comme une « force de proposition, et pas seulement [comme] une force de questionnement »[544]. Autrement dit, le juge national doit donner son point de vue sur la situation pour favoriser une évolution

[542] Conclusions de l'Avocat général Roemer sous CJCE, 13 décembre 1967, *Firma Max Neumann*, aff. 17/67.
[543] O. DE SCHUTTER, « L'Europe des droits de l'homme : un concerto à plusieurs mains », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK, A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 259.
[544] A. MAITREPIERRE, *Le droit de l'Union européenne et le juge français : circonstances et incidences d'une rencontre*, R.A.E., 2007-2008/3, p. 539.

convenable de la jurisprudence, qui répond réellement à ses attentes. Parce que l'article 47, paragraphe 2, de la Charte fait partie des quelques dispositions du droit de l'Union qui intéresse directement le statut des juges nationaux, ces derniers doivent influer sur l'édification de la jurisprudence qui en résulte. Sur ce thème, les juges de renvois ne doivent pas être de « simple courroie de transmission »[545], mais faire preuve d'activisme, tout autant que la Cour de justice.

Pour le dire simplement, le juge de renvoi ne doit pas rester passif, neutre dans sa question, mais associer une véritable réflexion à son interrogation. L'idéal serait de proposer une esquisse de réponse, voire des alternatives, comme l'invitent d'ailleurs à le faire les Recommandations à l'attention des juridictions nationales[546]. Cette technique est relativement ancrée dans la pratique moderne du renvoi préjudiciel, mais reste loin d'être systématique. Comme le révèle l'étude du Professeur Laurent Coutron sur ce sujet[547], il y a de bons élèves, comme la Cour administrative suprême tchèque[548], et des moins bons, comme le Conseil d'État français, même si certains exemples existent[549]. Mais cette possibilité d'influence ascendante a déjà porté ses fruits. D'ailleurs, tant la définition autonome de « juridiction nationale » au sens de l'article 267 TFUE[550], que la progression de l'effectivité du droit au juge dans l'affaire *Johnston*[551], sont issues d'initiatives des juges de renvois.

La méthode de « l'interlocuteur proactif »[552] fonctionne donc, ce qui atteste du degré de maturité des relations, mais reste conditionnée par une lourde motivation de la proposition. Il est intéressant de relever que cette proposition facultative est davantage incitée dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence[553]. Ce n'est donc pas un hasard si la plus belle illustration du comportement idéal que doit adopter une juridiction de renvoi, confrontée à une potentielle atteinte à l'article 47 de la Charte, a été fournie sous l'égide de cette procédure spéciale.

---

[545] L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles » in E. NEFRAMI, *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 101-155., spéc. 128.
[546] Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (2018/C 257/01), pt 17.
[547] L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles », *op. cit*. p. 142.
[548] Voy. not., les ordonnances de renvoi ayant donnés lieu aux arrêts CJUE, 14 janvier 2010, *Kyrian*, aff. C-233/08 ; CJUE, 16 décembre 2010, *Skoma-Lux*, aff. C-339/09 ; CJUE, 22 juin 2011, *Landtová*, aff. C-399/09.
[549] Voy. not., le revirement de l'arrêt CJCE, 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, dont le Conseil d'État est l'instigateur. Sur ce point, A. ILIOPOULOU, « Revirement et citoyenneté de l'Union », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 161, spéc. p. 176.
[550] Question préjudicielle du juge néerlandais ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65.
[551] Question préjudicielle de l'*Industrial Tribunal of Northern Ireland* ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84.
[552] G. ODINET, S. ROUSSEL, *Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexé*, AJDA, 2017 p.740.
[553] Article 107, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice, version consolidée du 25 septembre 2012.

L'affaire *L.M.* est née de la volonté de la juge Donnelly de présenter une demande au titre de l'article 267 TFUE, bien qu'elle ne soit pas obligée de le faire. Outre cet activisme dans le déclenchement du mécanisme, c'est le contenu de l'ordonnance de renvoi qui impressionne[554]. La *High Court* d'Irlande a d'abord analysé *in extenso* la situation de la Pologne. Pour ce faire, elle s'est aidée de la richesse des informations démontrant que le système judiciaire polonais est fondamentalement défectueux. Elle a déduit de la proposition motivée de la Commission présentée au titre de l'article 7 TUE et des avis de la Commission de Venise que « la valeur commune de l'État de droit en Pologne a été violée »[555]. Ensuite, le juge de renvoi a jeté un doute sur l'opportunité d'appliquer le *modus operandi* d'*Aranyosi et Căldăraru* au présent litige. Selon lui, le second volet concret serait redondant et inapproprié : « lorsque le système judiciaire présente des défauts aussi flagrants, il semble irréaliste d'exiger (…) [de démontrer que] ces défauts affecteront le procès spécifique de l'individu »[556].

Malheureusement, la proposition de la *High Court* irlandaise de s'écarter d'*Aranyosi* n'a pas trouvé d'écho dans l'arrêt de la Cour de justice. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de l'utilisation stratégique parfaite qui doit être faite du renvoi préjudiciel pour lutter contre les offenses à l'indépendance judiciaire. Cette démarche doit servir d'exemple et se transposer à tous les mécanismes fondés sur la confiance mutuelle. Cette transposition est notamment envisageable pour la coopération judiciaire en matière civile.

Dans le même esprit, il faut aussi compter sur cette force de proposition pour espérer voir une extension du champ d'application de la Charte[557]. Même si nombre d'invitations des tribunaux nationaux ont déjà été rejetées sur ce sujet[558], un effort de motivation particulier peut faire évoluer l'état de la jurisprudence. Au demeurant, si l'initiative ne rencontre pas les faveurs de

---

[554] Sur ce point. voy. not. A. LAZOWSKI, *The Sky Is Not the Limit: Mutual Trust and Mutual Recognition Apres Aranyosi and Caldararu,* Croatian Yearbook of European Law and Policy 14, 2018 ; S. CARRERA, V. MITSILEGAS, *Upholding the Rule of Law by Scrutinising Judicial Independence: The Irish Court's Request for a Preliminary Ruling on the European Arrest Warrant*, CEPS Commentary, 2018.

[555] Demande de décision préjudicielle présentée par la *High Court of Ireland*, 25 mars 2018, pt 27.

[556] *Ibid*., pt 51.

[557] Voy. par ex. l'étonnante question préjudicielle du tribunal de district de Vidin du 17 octobre 2018, ayant donné lieu à l'ordonnance CJUE, 15 janvier 2020, *Corporate Commercial Bank*, aff. C-647/18 : le juge a demandé si une juridiction d'un État membre peut « invoquer directement et appliquer directement l'article 2 TUE » si elle constate qu'une loi nationale porte atteinte à une valeur de l'Union.

[558] T. VON DANWITZ, *The Rule of Law in the recent jurisprudence of the ECJ*, Fordham International Law Journal, Vol. 37 (5), p. 1311-1346., spéc. p. 1339.

la CJUE, elle ne sera pas vide de sens, car la Cour s'efforcera de motiver « abondamment son refus de donner suite à cette suggestion »[559].

La manipulation éclairée du renvoi préjudiciel, impérative pour stopper l'hémorragie de l'indépendance judiciaire suit un cours intéressant. Mais pour maximiser les chances d'endiguer le mouvement illibéral, la mise en place d'une conjoncture propice à une fertilité préjudicielle serait la bienvenue.

Section 2. La mise en place d'une conjoncture propice à une fertilité préjudiciell

L'ambition est celle d'un usage soutenu de l'article 267 TFUE pour contrecarrer les atteintes à l'indépendance judiciaire. Pour ce faire, l'obligation de renvoi préjudiciel en cas d'atteinte aux valeurs de l'article 2 TUE (*Paragraphe 1*), comme le droit au renvoi préjudiciel au titre de l'article 47 de la Charte (*Paragraphe 2*), sont autant de propositions à même de permettre une prolifération des questions préjudicielles.

Paragraphe 1. Le postulat d'une obligation de renvoi préjudiciel en cas d'atteinte aux valeurs de l'article 2 TUE

Le risque d'un arbitraire dans le déclenchement du renvoi préjudiciel a été mis en avant[560]. Selon les États membres, le respect de la jurisprudence de la Cour est assez aléatoire, avec le risque d'abus autour de la marge d'appréciation offerte par *CILFIT*. S'il n'y a plus de confiance réciproque entre certains juges nationaux et la Cour de justice, alors même que le mécanisme préjudiciel est conditionné par cette confiance, que faut-il faire ?

Compter uniquement sur le recours en manquement pour corriger le tir serait inopportun : la Commission n'intervient qu'à titre exceptionnel, dans des cas extrêmes. Il est possible de considérer que la situation dans laquelle un juge national capturé ferme les yeux sur l'utilisation de l'article 267 TFUE, sous la pression du gouvernement, revêt un caractère exceptionnel justifiant une action de la Commission. Toutefois, il peut être extrêmement complexe de démontrer l'ingérence du gouvernement dans le refus de renvoi préjudiciel, dès lors que son actionnement n'était pas obligatoire. De plus, le caractère exceptionnel de cette situation

[559] C. SOULARD, « La Cour de cassation et le dialogue des juges », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant-Némésis, 2004, p. 102.
[560] *Cf. Supra*., *Paragraphe 1. Un déclenchement facultatif du mécanisme préjudiciel*.

pourrait se banaliser, tant les réformes douteuses du système judiciaire peuvent être de grandes ampleurs.

De son côté, les pouvoirs de la Cour de justice sont assez limités pour contrer cette possible pratique d'évitement. Les recours sur le fondement de la jurisprudence *Francovich* ne sont guère fréquents[561]. Les violations mettant en cause l'activité judiciaire se comptent sur les doigts de la main et le défaut de renvoi n'est souvent qu'indirectement établi, à partir d'une violation du droit de l'Union[562].

L'absence de renvoi préjudiciel, dans des circonstances où il reste à la discrétion du juge national, mais où il aurait pu être propice, a des incidences variables. Dans la perspective d'une mise en œuvre de la « théorie de l'essence des valeurs »[563], la carence préjudicielle pourrait toutefois avoir de lourdes conséquences. Dès lors, tant pour éviter une abstention préjudicielle des juridictions sous les ordres des gouvernements nationaux, que pour permettre à la théorie de l'essence des valeurs de déployer ses pleins effets, une modification peut être envisageable. Pour assurer la sauvegarde de l'indépendance des juges, il serait en effet souhaitable de combiner la thèse d'une extension du champ d'application de la Charte, à celle d'un changement de l'architecture préjudicielle. Puisque « *the principle is that the shape of a building or object should be primarily based upon its intended function or purpose* »[564], la forme du renvoi préjudiciel doit s'adapter lorsque sa fonction évolue. Si, aujourd'hui, le renvoi préjudiciel constitue l'une des raisons pour lesquelles l'indépendance judiciaire doit être préservée, la question est alors de savoir quelle forme devrait prendre cette procédure.

La manière de réformer la procédure de renvoi préjudiciel a fait l'objet d'une attention considérable au fil du temps dans les rapports et dans la littérature universitaire[565]. Il convient dorénavant de songer à une réforme dans le contexte de la subjectivisation de l'État de droit, qui conduit à conférer un droit fondamental aux juges eux-mêmes. À travers sa jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire, le juge national devient lui-même un justiciable[566]. Ce n'est

[561] CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90.
[562] J.-P. JACQUE, « Conclusions » in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : Une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, p. 497-502., spéc. p. 501.
[563] *Cf. Supra*., *Paragraphe 2. Pour une extension mesurée du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux*.
[564] M. DE WERD, *Dynamics at Play in the EU Preliminary Ruling Procedure*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, n°1, 2015, p. 149-157., spéc. p. 149.
[565] Voy. par ex. P. CRAIG, « The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered » in G. DE BURCA, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001.
[566] Sur ce point., E. DUBOUT, *Integration Through the Rule of Law ? La judiciarisation de l'État de droit dans l'Union européenne*, op.cit. p. 60.

plus uniquement le justiciable « lambda » qui va venir se prévaloir de l'exigence d'indépendance judiciaire au titre de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte, mais aussi le juge national en difficulté. Cela suit la logique de la revendication du Parlement européen qui souligne la question des « droits des juges »[567].

Or, étant donné que le droit fondamental à un tribunal indépendant concrétise l'article 2 TUE, le renvoi préjudiciel doit être relu par le prisme des valeurs de l'Union. Plus spécifiquement, ce sont les conjonctures dans lesquelles la question préjudicielle devient impérative qui doivent être réinterprétées à la lumière de l'article 2 TUE.

D'une certaine manière, la présente étude soutient que le raisonnement applicable aux fins d'une extension du champ d'application de la Charte, devrait pouvoir se transposer aux fins d'une extension de l'obligation de renvoi préjudiciel.

Dans son rôle européen, le juge national doit écarter toute mesure nationale contraire au droit de l'Union européenne[568]. Les dispositions nationales mettant en péril les valeurs de l'article 2 TUE ne seraient y échapper, dès lors qu'elles protègent l'essence d'un droit fondamental. Aussi, parce que la protection des valeurs européennes va conditionner l'application uniforme du droit de l'Union, vocation principale du renvoi préjudiciel, le premier objectif devient tout aussi important que le second[569]. Cette constatation fait émerger deux hypothèses. Soit, le juge national n'est pas totalement enrôlé par l'exécutif, alors l'accomplissement de sa fonction européenne risque de le mettre dans une posture délicate. Soit, le juge national est capturé, alors il s'abstiendra très probablement de déceler la moindre violation. Ces deux hypothèses mènent à la même conclusion : face à l'atteinte de l'essence d'un droit fondamental concrétisant une valeur de l'article 2 TUE, le juge national devrait avoir le devoir d'effectuer un renvoi préjudiciel.

À cet effet, il a judicieusement été proposé d'étendre le raisonnement *Foto-Frost* : le juge national ne serait pas seulement habilité, mais aurait le devoir d'opérer un renvoi à chaque fois qu'une valeur européenne est en danger[570]. Seulement, exactement comme la proposition de

[567] Parlement européen, 12 septembre 2018, résolution relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, TUE, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)), spéc., pts 12 et s. de l'Annexe.
[568] CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. C-106/77.
[569] A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Novel Ways to Enforce European Values*, *op.cit*. p. 3
[570] A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges, op.cit*. p. 397.

l'extension du champ d'application de la Charte, l'obligation de saisir la Cour de justice sera réduite à une mince proportion de cas : cela ne sera imposé que quand l'essence d'un droit fondamental, concrétisant une valeur de l'article 2 TUE, est en jeu. Naturellement, il en ira ainsi pour l'essence du droit fondamental à un tribunal indépendant au titre de l'article 47, paragraphe 2, de la Charte.

Cette proposition est intimement liée à la théorie de l'essence des valeurs : il s'agit en quelque sorte du volet strictement procédural de cette théorie. Pour que celle-ci puisse déployer ses effets, et ne pas être anéantie par la discrétion d'un juge national maladroit ou enrôlé, une obligation de renvoi semble nécessaire. Par la même, cela permettra de venir au soutien des juges qui traitent d'affaires sensibles aux yeux du pouvoir politique. L'intérêt d'une telle obligation réside aussi dans la cohérence et l'uniformité que permet un arrêt de la Cour de justice, plutôt que des arrêts décentralisés. Enfin, si le gouvernement polonais conteste la manière dont les renvois préjudiciels sont effectués par les juridictions nationales, l'instauration d'une obligation de renvoi viendra définitivement faire taire ces reproches infondés.

Finalement, cet ajustement de l'obligation de renvoi répond à de nouveaux besoins particuliers, mais aussi à la vocation originelle, celle de garantir l'effet utile du droit de l'Union. L'article 267 TFUE doit « *standing the test of time* »[571], ce qui implique que son interprétation s'accommode à son temps. Dans ce dessein, l'article 47 de la Charte pourrait jouer un rôle déterminant.

Paragraphe 2. Le postulat d'un droit au renvoi préjudiciel au titre de l'article 47 CDFUE

Dans une certaine mesure, les obligations qui incombent aux États membres dans le cadre des renvois préjudiciels sont liées à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Le rôle de cette disposition dans la perspective d'un droit au renvoi préjudiciel transparaît nettement dans la jurisprudence de certaines Cours constitutionnelles. Il en va ainsi notamment des Cours constitutionnelles allemande, autrichienne, tchèque, slovaque et slovène qui établissent un lien entre la protection juridictionnelle effective et le renvoi préjudiciel[572]. Selon

[571] G. BUTLER, *Standing the Test of Time: Reference for a Preliminary Ruling*, Irish Journal of European Law, Vol. 20 (1), 2017, p. 103-116.
[572] Sur ce point, voy., not. C. LACCHI, *Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References*, Common Market Law Review, Vol. 53 (3), 2016, p. 679-708., spéc. 692-698 ; L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles », *op.cit.* p. 106-108.

ces dernières, la procédure préjudicielle est intimement liée à la protection de l'individu, de sorte que le droit au juge pourrait être violé par un refus de saisir la CJUE.

Dans cette optique, la Cour constitutionnelle allemande n'évalue pas véritablement le refus d'effectuer un renvoi préjudiciel, mais davantage la violation du droit au juge légal[573]. Il en ira ainsi lorsque le refus de renvoi est arbitraire, car non conforme à la jurisprudence de la CJUE encadrant l'obligation de renvoi. Son homologue tchèque a suivi un raisonnement semblable, en considérant que le droit à un juge inscrit à l'article 38, paragraphe 1, de la Charte tchèque des droits et libertés fondamentaux a été violé par une décision de la Cour suprême de ne pas saisir la CJUE[574]. Pour un dernier exemple dans le même esprit, peut être mentionnée la Cour constitutionnelle slovène pour qui le refus d'introduire une question préjudicielle peut violer l'article 23, paragraphe 1, de la Constitution, concernant le droit à la protection juridictionnelle, qui comprend le droit d'accès à la justice[575]. Le refus de saisir la Cour de justice est donc assimilé à une violation du droit au juge. Seulement, l'obligation de renvoi préjudiciel est internalisée, transmuée en une obligation constitutionnelle[576]. En renforçant l'efficacité du renvoi préjudiciel, ces Cours constitutionnelles mettent en évidence le lien étroit avec le droit à une protection juridictionnelle effective.

Cette « individualisation » du renvoi préjudiciel se retrouve dans la jurisprudence de la Cour EDH. Cette dernière considère que l'article 6, paragraphe 1, CEDH impose aux juridictions nationales, dont les décisions sont insusceptibles de recours, une obligation de motiver un refus de poser une question préjudicielle. Le cas échéant, cela équivaut à une violation du droit à un procès équitable, comme la Cour EDH a pu le constater à deux reprises[577]. Jadis, elle avait déjà jugé qu'une violation de l'article 6, paragraphe 1, CEDH était possible en cas de refus arbitraire[578]. À travers cette jurisprudence, le mécanisme préjudiciel est véritablement lié à la protection de l'individu. De plus, indirectement, par le mécanisme des droits correspondant, l'article 47 de la Charte est utilisé dans l'évaluation de la légitimité de l'application de la doctrine *CILFIT* par les juges nationaux.

---

[573] Voy. par ex. BVerfG, 6 juillet 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06, pt. 90.
[574] Cour constitutionnelle tchèque, 8 janvier 2009, *Obecne Soudy*, ÚS 1009/08, pt 28.
[575] Cour constitutionnelle slovène, 21 novembre 2013, Up-1056/11.
[576] D. SARMIENTO, *Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law: Tribunal Constitucional*, Common Market Law Review, Vol. 50 (3), 2013, p. 875-881 ; Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous CJUE, 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, pt 25.
[577] CEDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. n° 17120/09 ; CEDH, 21 juillet 2015, *Schipani c. Italie*, req. n° 38369/09.
[578] CEDH, 12 mai 1993, *Société Divagsa c. Espagne*, req. n° 20631/92.

Ainsi, même si la Cour de justice a toujours écarté l'idée que l'article 267 TFUE pourrait conférer un droit aux particuliers, la jurisprudence de la Cour EDH encourage cette tendance : les justiciables semblent voir dans l'instrument préjudiciel un droit qu'il conviendrait d'entourer de garanties contre les refus arbitraires. Ce mouvement de « subjectivisation » du renvoi préjudiciel peut effrayer, en ce qu'il porte en lui un risque de dénaturer le mécanisme[579]. Mais peut-être que le moment est venu de sauter le pas, en considérant que l'obligation de renvoi préjudiciel « s'inscrit dans la logique du "droit au juge" », comme l'a appelé de ses vœux l'avocat général Léger[580]. Dès lors que le refus de renvoi s'apparente à une violation du droit au juge, il n'est pas totalement farfelu de considérer que, réciproquement, le droit au juge devrait impliquer une obligation de renvoi préjudiciel au profit du justiciable.

Au sein de la jurisprudence communautaire, deux éléments invitent à penser un lien entre la protection juridictionnelle effective et le renvoi préjudiciel. Premièrement, la consécration du droit au renvoi préjudiciel viendrait apaiser la question controversée du *locus standi* des particuliers pour contester la validité des actes de l'Union. Au regard de l'interprétation étroite de l'article 263, paragraphe 4, TFUE, pour introduire un recours en annulation, la Cour a été amenée à se prononcer sur la compatibilité du système judiciaire de l'Union avec l'article 47 de la Charte[581]. Néanmoins, en considérant que l'article 267 TFUE fait figure de palliatif à cette lacune, alors même que cette disposition n'institue pas un droit au profit des particuliers, la Cour crée une situation de protection judiciaire théorique plutôt qu'efficace[582]. Sauf à lire le refus d'effectuer un renvoi préjudiciel à la lumière de l'article 47 de la Charte, difficile de considérer que les voies de droit instituées par le traité ont réellement un « caractère complet »[583].

Deuxièmement, la protection juridictionnelle effective passe aussi par l'application de mesures provisoires. Or, cette protection provisoire est assurée dans le cadre préjudiciel, tant contre les actes nationaux[584], que contre les actes de l'Union[585].

---

[579] J.-C. BONICHOT, « Préface » in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : Une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, p. 5-7.
[580] Conclusions de l'Avocat général Léger sous CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01, pts 146 et 147.
[581] CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, aff. C-583/11 P.
[582] J. WILDEMEERSCH, *La condition de l'article 263, alinéa 4, TFUE relative à l'absence de mesures d'exécution et l'arrêt Telefonica : de l'inutilité d'une réforme*, Revue des Affaires Européennes, p. 861-871.
[583] CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, aff. 294/83, pt 23.
[584] CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff.C-213/89, pt 19.
[585] CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrick*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89.

Dès lors, pour véritablement considérer l'article 267 TFUE comme « la procédure d'infraction pour le citoyen européen »[586], il faut envisager d'individualiser davantage la procédure préjudicielle. Reconnaître que l'article 47 de la Charte confère un droit d'accès individuel à cette procédure pourrait bien être la pierre angulaire de la protection juridictionnelle effective de l'Union[587]. Il ne s'agit aucunement d'offrir un droit inconditionnel, ce qui reviendrait à considérer tout refus de saisir la CJUE comme une violation de l'article 47 de la Charte. Cette disposition devrait simplement encadrer la marge d'appréciation des juridictions nationales dans le choix d'effectuer un renvoi préjudiciel, à l'instar des pratiques de la Cour EDH et de certaines Cours constitutionnelles. De plus, comme cela a été judicieusement suggéré, un tel droit au renvoi préjudiciel aurait pour principale fonction de venir au soutien d'un droit fondamental[588]. Autrement dit, l'idée serait de lier ce droit à une violation d'un droit proclamé par la Charte, comme le droit à un procès équitable : le droit au renvoi préjudiciel n'aurait pas vocation à être autonome.

Une certaine séparation fonctionnelle entre l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE et l'article 47 de la Charte referait apparition : le premier obligerait les États membres à assurer la compétence d'une juridiction pour effectuer un renvoi préjudiciel, là où le second encadrerait cette pratique de la juridiction.

Qu'il s'agisse de l'opportunité d'instituer une obligation de renvoi préjudiciel en cas d'atteinte aux valeurs de l'article 2 TUE ou de mettre en place un droit au renvoi préjudiciel au titre de l'article 47 Charte, l'objectif est sensiblement le même. Ces deux propositions ont pour vocation d'évincer toute partialité lorsque le choix d'user de l'article 267 TFUE reste à la discrétion totale du juge national. Avec la pression portée par certains gouvernements nationaux sur les juges, ce risque est largement accru.

En parallèle de ces propositions, il est possible de se tourner vers d'autres acteurs du système européen pour que le renvoi préjudiciel conserve une utilité au service du droit à un tribunal indépendant.

---

[586] P. PESCATORE, « Van Gend en Loos, 3 February 1963: A view from within » in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Oxfor*d, Hart Publishing, 2010, p. 3-8.
[587] M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, Yearbook of European Law, Vol. 33, No. 1, 2014, p. 3-40., spéc. p. 40.
[588] H. GAUDIN, *Renvoi préjudiciel - Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ?,* Europe n° 6, étude 5, 2019.

Chapitre 2. L'usage du renvoi préjudiciel par les différents acteurs du système européen au service du droit à un tribunal indépendant

Les juges nationaux ne sont pas les seuls acteurs du mécanisme préjudiciel. En ce sens, un contrôle extérieur par le biais de la CEDH (***Section 1***), tout comme un contrôle ascendant par l'impulsion des citoyens de l'Union (***Section 2***), semblent pouvoir être mis au service du droit à un tribunal indépendant.

Section 1. Un contrôle indirect extérieur – pour une mobilisation fructueuse de la CEDH

La CEDH reste extérieure au système de l'Union européenne. La recherche de tous moyens propres à garantir l'indépendance judiciaire invite cependant à envisager le scénario d'une mobilisation de la demande d'avis consultatif (*Paragraphe 1*). En empruntant à la fiction, le cinéphile ira plus loin, en explorant la trame d'un retour vers le futur : le mythe de l'adhésion à la CEDH (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. L'hypothétique secours de la demande d'avis consultatif

Dans son rôle de « régulateur des rapports de système »[589], le Protocole additionnel n° 16 à la CEDH est intimement lié au renvoi préjudiciel applicable en direction de la Cour du Kirchberg. Symptomatique de la construction d'un espace juridictionnel à l'échelle du continent européen, l'article 267 TFUE ne semble toutefois pas avoir directement inspiré la procédure d'avis consultatif [590]. Si ce « protocole du dialogue »[591] invite à consulter un juge européen dans le cadre d'une procédure de type préjudicielle, à l'instar du mécanisme devant la Cour de justice, l'analogie s'arrête là. D'abord la procédure est purement facultative, la juridiction nationale ne peut en aucun cas être tenue d'exécuter ce renvoi. De plus, cela ne concerne que les « plus hautes juridictions » dont la désignation est laissée à la discrétion de l'État partie. Enfin, comme l'indique le qualificatif « consultatif », l'avis formulé n'a aucune portée contraignante. Sur ce point toutefois, il faut suggérer qu'il ne s'agit que d'une figure de style, car cette demande d'avis est pensée, de la même manière que le renvoi préjudiciel en droit de l'Union, comme un mécanisme de protection contre une inconventionnalité. Aussi, même si rien ne contraint la juridiction nationale, il est fort probable qu'elle ne prenne pas le risque

[589] J.-P. JACQUE, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme » in *Séminaire sur le dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, p. 18-24
[590] CEDH, session plén., 2 avr. 2007, avis sur le rapport du groupe des sages : c'est davantage l'expérience de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui fut la source d'inspiration.
[591] D. SPIELMANN, CCDH, 78e réunion, Discours du 27 juin 2013.

d'aller à l'encontre de l'avis rendu. Il serait d'ailleurs très étrange qu'une haute juridiction décide volontairement de renvoyer une question, sans même appliquer sa réponse[592].

La Cour de justice a très vite perçu le Protocole n°16 comme un parasite pour son bien-aimé outil préjudiciel. En ne prévoyant aucune articulation entre la demande d'avis consultatif et le renvoi préjudiciel, elle a considéré que cela ouvrait la voie à un risque de contournement par les juges nationaux du second, au profit du premier[593]. Dès lors que cette menace d'éviction de l'article 267 TFUE se manifestera lorsqu'il sera question de l'interprétation de dispositions identiques d'un point de vue matériel, c'est-à-dire de l'interprétation de droits correspondants, tel que l'article 47, il convient de s'y intéresser.

À première vue, puisque les termes du Protocole n° 16 concernent les « plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante », la Cour de justice a de quoi être inquiète, car quantitativement, ce sont ces juridictions qui usent majoritairement du renvoi préjudiciel[594]. Aussi, si ces juges nationaux venaient à tourner le dos à la CJUE, la perte serait substantielle. Qui puis est, les situations dans lesquelles un renvoi préjudiciel et une demande d'avis consultatif sont envisageables n'ont rien d'atypique.

Toutefois, cette « concurrence préjudicielle potentielle »[595] en matière de protection des droits fondamentaux doit être très largement être relativisée. Le danger potentiel que représente la demande d'avis consultatif, en sapant la procédure de l'article 267 TFUE, semble absurde parce que déjà résolu par les voies internes de l'Union. Le devoir de coopération qui se noue à travers la procédure préjudicielle devient une obligation pour les juridictions des États membres dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. Or, tel est systématiquement le cas des juridictions aptes à procéder à une demande d'avis consultatif. Par conséquent, dès lors qu'elle statue sur un litige relevant du champ d'application du droit de l'Union, la juridiction de dernier ressort n'aura aucun choix à faire : elle devra adresser sa question en priorité à la CJUE. La seule exception à ce schéma est le cas roumain, qui offre la possibilité à sa Haute Cour de cassation et de justice d'opérer une demande d'avis consultatif, mais aussi à une quinzaine de Cours d'appel, qui ne sont donc pas des juridictions de dernier ressort. Dans cet unique cas, les

[592] L.-A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°97, 2014, p. 27.
[593] CJUE, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*, pt 198.
[594] Sur ce point., voy. not. L. BLATIERE, *Le bilan du renvoi préjudiciel : un succès menacé par l'avis consultatif devant la CEDH ?,* Revue de l'Union européenne, 2019, p. 479.
[595] H. LABAYLE, 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 p.3.

choses se compliquent et l'on pourrait admettre que la CJUE n'a pas tout à fait tort… Quoi qu'il en soit, la menace demeure mince, de sorte que l'attrait qu'est susceptible d'exercer le Protocole n°16 ne doit pas être surestimé.

Plus que de simplement écarter la plausible rivalité au sein du système de protection des droits fondamentaux, il faut mettre l'accent sur la « coordination et la complémentarité »[596] que peuvent représenter ces deux leviers préjudiciels pour garantir le respect de l'indépendance judiciaire. Hormis le fait que cela permet aux Hautes juridictions des États membres de communiquer directement avec la Cour EDH sans le tampon de la CJUE, le Protocole additionnel n°16 offre surtout un nouvel espace de dialogue entre systèmes juridiques. Les juridictions nationales suprêmes sont à la croisée d'un « carrefour préjudiciel » dans une sphère où la protection des droits fondamentaux est en passe de se muter en « trois sous-systèmes juridictionnels de protection : le système national, le système de l'Union européenne et le système de la Convention EDH »[597]. La complémentarité des instruments est accentuée par la possibilité d'un déclenchement successif.

Surtout, la Cour EDH n'est plus restreinte à un contrôle a *posteriori*, tendant à constater et sanctionner toute violation de la Convention par un État partie. Aux yeux du juge national, qui recherche constamment un lien collaboratif, l'intérêt essentiel de ce mécanisme est qu'il vient sonner la fin du « cycle violation-sanction, en laissant aux juridictions nationales la possibilité d'intervenir avant qu'une violation ne devienne définitive »[598]. Cette multiplicité de leviers aux mains du juge national va donc lui offrir l'opportunité de nouvelles stratégies procédures et contentieuses[599].

Dans l'ambition d'exploiter l'entièreté de la boîte à outils judiciaires, en relayant l'idée émise par le professeur Laurent Coutron[600], il faut s'interroger sur la demande d'avis consultatif comme une potentielle échappatoire pour les juges nationaux. Plusieurs arguments plaident

---

[596] A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, Rev. trim. dr. eur., 2011, p. 9-19.
[597] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Cour européenne des droits de l'Homme, cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne – Quelques réflexions sur les protocoles n°15 et n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, LPA, 2014, p. 6.
[598] J.-P. JACQUE, *Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe*, RTD eur. 2013, p. 199.
[599] Sur ce point., voy. not., H. GAUDIN, *Quelle stratégie contentieuse de protection des droits fondamentaux devant le juge national en période de crise : réflexe constitutionnel et réflexe européen ?*, Revue générale du droit on line, n°52207, 2020, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52207.
[600] L. COUTRON, « L'articulation entre la nouvelle procédure consultative et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne » in *Séminaire : Protocole n°16 - Convention Européenne des droits de l'Homme*, Montpellier, 2019.

pour un maniement du Protocole n°16 dans le climat pesant que connaît actuellement l'indépendance des juges. En plus d'éviter un « *Luxembourg bashing* » par certains États membres, la voie de la Cour EDH pourrait être perçue comme une issue de secours pour les juges faisant l'objet de sanctions disciplinaires au titre de l'article 267 TFUE. En outre, faire irriguer le contentieux de l'indépendance judiciaire via la demande d'avis consultatif pourrait permettre de faire évoluer la jurisprudence, en contournant l'obstacle de l'article 51 de la Charte, tout comme la rigidité de la recevabilité de l'article 267 TFUE. Mécaniquement, toute nouvelle interprétation de l'article 6 CEDH sera diffusée à l'article 47 de la Charte à travers la clause de renvoi de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte.

À côté de ces avantages, plusieurs obstacles se dressent à l'utilisation du Protocole 16 à la CEDH comme nouvelle arme pour la préservation de l'indépendance judiciaire. Un premier obstacle est tout simplement factuel : parmi les États membres de l'Union où les déficiences d'indépendance des juges font réellement rage, seule la Roumanie a signé le Protocole 16. Si les perspectives susmentionnées s'avèrent véridiques, il y a lieu de penser que certains États ne se presseront pas pour signer à leur tour ce protocole additionnel…

Le second obstacle concerne la recevabilité de la demande d'avis consultatif qui, malgré sa souplesse apparente, implique que l'affaire s'y prête un minimum. Outre le fait que cette demande doit être introduite par une des « plus hautes juridictions » des États ayant ratifié le Protocole, dans le « cadre d'une affaire pendante devant elle », cela doit concerner des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »[601]. Cette exigence d'une « question de principe » pourrait restreindre l'accès à cette voie dans le cadre de l'indépendance judiciaire.

Même si la logique du Protocole n° 16[602], ainsi que l'ouverture du bal par la Cour de cassation française[603], démontre que cette condition n'est pas de nature restrictive, la demande sera rejetée face à « un cas isolé de violation factuelle »[604]. Si l'indépendance judiciaire fait souvent l'objet de violations répétées et systémiques, il n'est pas certain que cela puisse être considéré comme une « question de principe ». En procédant par analogie à l'interprétation qui résulte de l'article 43, paragraphe 2, de la Convention, régissant les demandes de renvoi devant la Grande

[601] Article 1er, paragraphe 1 et 2 du Protocole n° 16.
[602] Sur ce point, voy., not., F. SUDRE, *Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ?*, JCP, 2018, p. 473.
[603] Cass, Ass., 5 octobre 2018, n° 638 (10-19.053).
[604] F. SUDRE, *op. cit*.

Chambre, rares seraient les questions relatives à l'indépendance des juges qui pourraient revêtir le statut de « question de principe »[605].

Les doutes sont permis sur l'opportunité d'un secours de la demande d'avis consultatif. Il est toutefois clair que, « utilement éclairé par la Cour de Strasbourg s'il en ressent le besoin »[606], le protocole additionnel n°16 tend à faire du juge national un juge de droit commun, non plus seulement de l'Union, mais aussi de la Convention. Dans les horizons brumeux de Strasbourg, il n'est pas inintéressant de se questionner sur un avenir illusoire.

Paragraphe 2. La protection de l'indépendance judiciaire sous le mythe de l'adhésion

Prospectivement, il faut se pencher sur une configuration dont la genèse tend à s'éloigner de jour en jour. L'indépendance des juges aurait-elle était mieux garantie si la Cour de justice avait donné son accord en 2014 ? Puisque la porte d'une potentielle adhésion n'est pas totalement close, il peut être opportun de savoir si, pour régler cette problématique du moins, l'adhésion est toujours désirable[607].

Paradoxalement, pour ce qui est de l'efficacité du renvoi préjudiciel, l'adhésion aurait pu être la bienvenue. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que la réforme du Protocole n°16 est née principalement de l'encombrement du prétoire de la Cour EDH, mais elle est également liée à l'adhésion ambitionnée par l'Union européenne[608]. Il y a donc une certaine cohérence diplomatique dans le choix d'engager ce processus à l'instant même où s'enclenchait parallèlement une négociation pour l'adhésion de l'Union à la Convention. D'ailleurs, les interrogations autour d'une supposée menace parasitaire de la demande d'avis consultatif ont été soulevées lors des débats autour du processus d'adhésion, mais en réalité, elles le dépassent. Quand bien même l'adhésion de l'Union à la CEDH aurait placé le protocole n°16 dans une tout autre conjoncture, il n'en demeure pas moins que ce dernier pose une problématique tout à fait distincte de celle de l'adhésion de l'Union. La preuve en est, le protocole additionnel n°

[605] Pour une appréciation très développée sur ce point, A. PAPROCKA, M. ZIOLKOWSKI, *Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*, European Constitutional Law Review, Vol. 11 (2), 2015, p. 274-292., spéc. p. 289.
[606] T. LARROUTUROU, *Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité*, RDP, 2018, p. 475.
[607] T. LOCK, *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable ?*, European Constitutional Law Review, Vol. 11 (2), 2015, p. 239-273.
[608] L.F.M. BESSELINK, « Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights ? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice », in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, p.301-333.

16, suite à la dixième ratification par la France, est entré en vigueur le 1er août 2018, là où l'adhésion de l'Union à la CEDH semble être au point mort…

Si le prétendu risque de contournement de l'article 267 TFUE n'est donc « pas une conséquence de l'adhésion de l'Union à la CEDH »[609], contrairement à ce qui a pu être suggéré, son poids ne se démultiplierait pas en cas d'adhésion[610]. Tout au contraire, la Cour aurait pu profiter de l'accord pour introduire une annexe ou une clause assurant qu'aucune dérive du Protocole n°16 n'aura lieu. Une disposition prohibant l'usage de la demande d'avis consultatif pour toute question en lien avec le droit de l'Union aurait pu être envisagée[611]. Sinon, la Cour aurait pu appliquer la logique qui prévaut pour la QPC, en invitant les juridictions nationales à saisir préalablement sa personne[612]. En ne laissant aucune chance de rachat à ce dispositif, la Cour de justice manque une occasion de sécuriser l'instrument préjudiciel. Elle n'est plus en capacité de contrôler un aléa, certes léger, qui risque de nuire à l'article 267 TFUE.

Curieusement, l'efficience du renvoi préjudiciel aurait aussi pu se voir renforcée par la mise en place de l'implication préalable. Prévue à l'article 3, paragraphe 6, du projet d'accord, la procédure d'implication préalable prévoit que lorsque l'Union est codéfenderesse dans une procédure devant la Cour EDH, cette dernière accorde à la CJUE la possibilité de se prononcer préalablement sur la compatibilité d'une disposition du droit de l'Union avec la CEDH. Ce mécanisme a vocation à discerner un angle mort : lorsque l'Union est impliquée comme codéfenderesse, le requérant doit nécessairement épuiser les recours internes devant les tribunaux nationaux, mais pas nécessairement devant les tribunaux de l'Union. Ainsi, en l'absence de renvoi préjudiciel, pour une raison ou pour une autre, cela pourrait aboutir à un examen de la disposition du droit de l'Union par la Cour EDH, sans même que la CJUE ait eu l'occasion de se prononcer dessus. Concrètement, cette procédure constitue un palliatif au défaut de question préjudicielle, résultant d'une absence d'obligation ou d'un manquement du juge national à son obligation de renvoi.

Preuve supplémentaire de l'incompréhension de la Cour de justice, celle-ci estime que, en permettant son enclenchement par l'introduction d'une demande d'avis consultatif, l'implication préalable prendrait le pas sur le renvoi préjudiciel, qui serait éludé. Cet argument

[609] Prise de position de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 18 décembre, 2014, avis 2/13, pt 140.
[610] D. HALBERSTAM, *It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, German Law Journal, Vol. 16, 2015.
[611] Cette proposition a été formulée par différents auteurs, voy. not. *Ibid.* ; J-P. JACQUE, *Après l'avis 2/13 de la Cour de Justice. Que faire ?*, Droit de l'Union européenne, http://www.droit-union-europeenne.be/421312988.
[612] CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10.

est vide de sens : pour que l'implication préalable soit envisageable, encore faut-il que l'Union puisse devenir codéfenderesse. Or, la procédure prévue par le Protocole n° 16 étant consultative, il n'y a pas de défendeur : c'est une procédure entre la Cour EDH et la juridiction nationale.

Quoi qu'il en soit, la présence même de ce mécanisme interroge : l'article 267 TFUE ne permettrait-il pas un résultat identique ? Alors que la Convention impose un épuisement des voies de recours interne, le droit de l'Union impose que le juge national statuant en dernier ressort procède à un renvoi préjudiciel. Si cette procédure est bien suivie, celle de l'implication préalable est vidée de sa substance. L'implication préalable fait donc figure de remède à un mal-être qui résulte uniquement de la discipline interne de l'Union. Avec l'adhésion, la CJUE aurait pu régler des discordes propres à l'Union. La Cour de justice ne profite donc pas d'une soupape de sécurité préjudicielle qui lui était pourtant acquise. Elle se démunit d'une « procédure de rattrapage »[613]. Une fois encore, la Cour de justice déforme une potentielle solution en un éventuel problème, faisant donc « le choix du pire et non du meilleur »[614].

Au-delà de cette optimisation du renvoi préjudiciel, il y a des raisons de croire que l'adhésion aurait aussi été bénéfique pour la garantie d'indépendance judiciaire, prise isolément. L'accord aurait sonné le glas de la « vampirisation »[615] de la Convention. Si la Cour de justice a pu tirer profit de la jurisprudence de la Cour EDH pour perfectionner la garantie d'indépendance judiciaire, un silence sur le rôle de la CEDH demeure[616], mettant en évidence la concurrence discrète, mais bien présente, entre les deux Cours depuis l'*avis 2/13*. En lieu et place de cette rivalité, c'est bien plus qu'une synergie des textes qui aurait été à l'œuvre avec l'adhésion[617], mais une véritable association au service des droits fondamentaux : le droit de la Convention ferait corps avec celui de l'Union.

---

[613] C. LADENBURGER, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Rev. trim. dr. eur., 2011, p. 20-26.
[614] L. CLEMENT-WILZ, *Le modèle de la Cour de justice de l'Union européenne en question*, Revue de l'Union européenne, 2019, p. 288.
[615] V. CONSTANTINESCO, « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in *Actes du colloque : le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, p.33-46, spéc. p. 44.
[616] Sur ce point, voy. not. C. DUPRE, *Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law*, VerfBlog, 2018, https://verfassungsblog.de/individuals-and-judges-in-defenseof-the-rule-of-law/.
[617] K. LENAERTS, *The ECHR and the CJEU: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection*, Discours devant la Cour EDH pour l'ouverture de l'année judiciaire 2018.

Par la même, cela permettrait de mettre fin à un éparpillement du contentieux de l'indépendance des juges, qui ne trouve pas de justification. Il y a peu, une cinquième affaire a été portée devant la Cour EDH concernant des changements dans le système judiciaire polonais[618].

L'adhésion n'annoncerait pas pour autant une mise à mort de l'article 47 de la Charte, au profit des articles 6 et 13 CEDH. Au contraire, cette disposition étant plus large[619], elle pourrait bénéficier pleinement des riches développements apportés par la Cour EDH, sans que la CJUE n'ait plus la moindre raison d'être sceptique sur de tels emprunts.

L'*avis 2/13* n'est que le reflet de l'autocentrisme du juge de l'Union : la CJUE ne se replie pas seulement sur elle-même, mais sur son propre système juridique. En ces temps de crise majeure pour l'indépendance judiciaire, la Cour devrait regretter d'avoir laissé guider son choix par des motivations d'ordre extrajuridique, relevant de la science administrative. À défaut d'adhésion, la voie du Protocole n°16 reste à tenter, tout comme celle des citoyens de l'Union.

Section 2. Un contrôle indirect ascendant – pour une mobilisation réfléchie par les citoyens de l'Union

Dans l'objectif de créer une impulsion émanant des citoyens pour défendre les valeurs de l'Union, la voie inusitée d'une doctrine « *Reverse Solange* » a été proposée (*Paragraphe 1*). Seulement, les récentes évolutions jurisprudentielles comme factuelles invitent à adapter cette proposition sur la base de l'article 47 de la Charte (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. La voie inusitée d'une doctrine « Reverse Solange »

Apparue en 2012 en réponse aux restrictions dont faisait l'objet la liberté des médias en Hongrie, la doctrine « *Reverse Solange* » est issue des travaux du professeur Armin von Bogdandy et de ses collègues[620]. Les raisons pour lesquelles cette doctrine capte notre attention au sein de cette présente étude sont multiples. D'abord, à l'instar de l'indépendance judiciaire dans maintes circonstances, les atteintes à la liberté des médias en Hongrie se situaient en dehors

[618] CEDH, *Żurek c. Pologne*, req. n°39650/18.
[619] *Cf. Supra, Paragraphe 2. Une émancipation timide en matière d'indépendance des juges*.
[620] A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER *et al.*, *Reverse Solange–Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU member states*, Common Market Law Review, 2012, p. 489-520 ; A. VON BOGDANDY *et al.*, « A European Response to Domestic Constitutional Crisis: Advancing the Reverse Solange Doctrine » in A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015, p. 235 ; A. VON BOGDANDY *et al.*, « Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework » in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford University Press, 2017, p. 218.

du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux. Ensuite, l'objectif est aussi de venir préserver des valeurs retranscrites à l'article 2 TUE. De plus, cette thèse est conçue pour venir compenser la faiblesse de l'action du Conseil de l'Europe et l'inefficacité de l'article 7 TUE, comme c'est le cas actuellement. Enfin, cette doctrine préconise une manœuvre à travers le renvoi préjudiciel. Tant de parallèles avec l'ambition d'une contribution du renvoi préjudiciel à l'article 47 de la Charte qui font de la théorie *Reverse Solange* une voie nécessaire à sonder.

Globalement, l'idée est de mettre le poids de l'Union derrière les juridictions nationales et les citoyens du continent. L'application inversée du raisonnement *Solange* consiste à mettre en œuvre la logique usée par le *Bundesverfassungsgericht* dans l'emblématique série d'arrêts qui a poussé l'Union à établir un système de protection des droits fondamentaux. Aussi, s'il existe une présomption de respect par les États membres des valeurs énoncées à l'article 2 TUE, celle-ci peut être renversée dans des situations exceptionnelles. Dans les cas qui menacent gravement ces valeurs, un renvoi préjudiciel devra être effectué, offrant la possibilité à la CJUE d'intervenir.

Pour parvenir à maintenir un subtil équilibre entre le pluralisme et la prémisse constitutionnaliste exigeant que certaines normes ne peuvent être abandonnées, la doctrine fixe un seuil élevé pour renverser la présomption et se concentre uniquement sur les conditions préalables essentielles à la coopération, les « *Geschäftsgrundlage* » qui fonde la coopération proprement dite[621]. En ce sens, la doctrine considère l'article 2 comme les valeurs essentielles sur lesquelles ces opérations quotidiennes sont fondées.

Dans le cadre de la Charte, le *Reverse Solange* aspire à un contournement de l'article 51, paragraphe 1. En effet, cette doctrine admet que tout État membre reste maître de la protection de ses droits fondamentaux au-delà du champ de la Charte, « tant que » le respect de l'essence des droits fondamentaux consacrés par l'article 2 TUE est assuré[622]. En présence d'une violation systémique, l'État membre perd l'exclusivité de sa compétence.

Les gardiens responsables du respect de cette présomption seront l'ensemble des tribunaux de l'Union au sens de l'article 267 TFUE. La question reste de savoir sur quel fondement va s'ouvrir le contrôle des juridictions européennes. La base doctrinale de la proposition du professeur von Bogdandy est celle de la citoyenneté de l'Union. Ainsi, tout ressortissant d'un

[621] A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges, op.cit*. p. 408.
[622] *Ibid*.

État membre de l'Union peut s'appuyer sur l'article 20 TUE en cas de déficits en matière de droits fondamentaux. Si la présomption est écartée, la « substance » de la citoyenneté, au sens de *Ruiz Zambrano*, entre en scène[623]. Dans cette affaire, la Cour de justice avait en effet estimé que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »[624]. La citoyenneté de l'Union permet de modifier le champ d'application du droit de l'Union : dès lors qu'un citoyen européen peut se prévaloir de son statut pour revendiquer des droits dans une situation purement interne, ce n'est plus véritablement une situation purement interne. Si la critique du contournement de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, est récurrente, il faut admettre que, dans cette perspective, la lettre de cette disposition est bien respectée.

La liaison des droits fondamentaux avec la citoyenneté fait sauter le verrou d'une approche *ratione materiae*, prescrite par l'article 51 de la Charte, pour faire privilégier une approche *ratione personae*[625]. Cette connexion n'est pas nouvelle, elle avait notamment été revendiquée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'affaire *Konstantinidis*[626]. Il faudrait donc considérer que « *citizenship and fundamental rights are therefore two mutually strengthening concepts which essentially pursue the very same objective, i.e. to bring the Union closer to the individual* »[627]. Cette combinaison a aussi pour effet de passer outre la problématique de l'applicabilité directe de l'article 2 TUE. En cumulant l'article 2 TUE et l'article 20 TFUE, l'idée est d'estimer que la « substance » de la citoyenneté englobe « l'essence » des valeurs.

Conformément à la jurisprudence *van Gend en Loos*[628], la doctrine *Reverse Solange* établit un contrôle indirect ascendant, en cherchant à mobiliser les citoyens de l'Union : la vigilance des personnes concernées permettra la protection effective de leurs droits fondamentaux. Cela rentre en totale cohérence avec la montée en puissance que la notion de citoyenneté a connue. D'abord évoquées dans l'affaire *Rottmann*[629] complétée sous l'arrêt *Ruiz Zambrano*, les

---

[623] A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER *et al.*, *Reverse Solange–Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU member states, op.cit.* p. 504.
[624] CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, pt 42.
[625] L. D. SPIEKER, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis, op. cit*. p. 1190.
[626] Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91, pt 46.
[627] S. O'LEARY, *The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law*, Common Market Law Review, Vol. 32, 1995, p. 549.
[628] CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos*, aff. 26-62.
[629] CJUE, 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08.

implications de la citoyenneté de l'Union européenne ont été confirmées dans les jurisprudences *McCarthy*[630], *Dereci*[631] ainsi que *O. et S.* [632]. Destinée « à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »[633], la citoyenneté serait vide de sens si elle se trouvait totalement séparée des problématiques liées aux droits fondamentaux. Sans réelle innovation sur ce point, la proposition de von Bogdandy vient donc donner un visage doctrinal à cette réalité[634].

Tout le problème est que cette nouvelle réalité, d'une citoyenneté devenue « *the "new frontier" of EU law* »[635], n'en est plus une. L'ascension du concept juridique de citoyenneté a connu un coup d'arrêt brutal. Les développements escomptés autour de cette notion n'ont pas vu le jour. Au contraire, dans un mouvement qui a pu être qualifié de « *reactionary* »[636], la « substance » des droits des citoyens a fait l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive[637].

Dès lors, la doctrine initiale du *Reverse Solange* a rapidement senti le besoin de s'adapter, et ce, pour deux raisons. D'une part, naturellement, le « *federal turn* »[638] par le prisme de la citoyenneté n'ayant pas eu lieu, une autre base conceptuelle, plus solide, devait être dénichée. D'autre part, cette base devait être adaptée aux nouveaux défis qui se présentent, notamment afin de pouvoir être au chevet de la garantie d'indépendance judiciaire.

Conscients de ces enjeux, le professeur von Bogdandy et son équipe se sont attelés à cette tâche d'acclimatation de la doctrine *Reverse Solange*. Seulement, la présente étude soutient que certains points pourraient trouver amélioration.

Paragraphe 2. L'adaptation de la doctrine « Reverse Solange » sur la base de l'article 47 CDFUE

À l'évidence, le paysage judiciaire européen a évolué depuis la présentation du dispositif *Reverse Solange* en 2012. La fréquence des mesures nationales susceptibles de menacer les

[630] CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09.
[631] CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11.
[632] CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. C-356/11.
[633] CJUE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, pt 32.
[634] Sur ce point, voy. not., D. Kochenov, *On Policing Article 2 TEU Compliance: Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, Polish Yearbook of International Law, XXXIII, 2014, p. 145-170, spéc. p. 156.
[635] A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPOHLER *et al.*, *Reverse Solange–Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU member states, op.cit.* p. 503.
[636] E. SPAVENTA, « Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through its Scope » in D. KOCHENOV (ed), *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, CUP, 2015, p. 204.
[637] Voy. not., CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13 ; CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14.
[638] M. VAN DEN BRINK, « The Origins and the Potential Federalising Effects of the Substance of Rights Test » in D. KOCHENOV, *op. cit*.

valeurs de l'Union n'a cessé de croître, prenant une dimension systémique. Face à cela, une réaction importante a émergé du côté de la Cour de justice, avec des développements jurisprudentiels riches autour de l'indépendance judiciaire.

Dans ce contexte mouvant, les valeurs émanant de l'article 2 TUE ont largement occupé le devant de la scène, dépassant l'idée d'une simple « *constitutional iconography* »[639]. Aussi, si nous assistons vraisemblablement à une activation juridique des valeurs de l'article 2 TUE, afin de répondre aux ultimatums antilibéraux, la question est de savoir comment l'applicabilité de cette disposition va se manifester, maintenant que le levier de la citoyenneté de l'Union ne semble plus crédible.

La recherche est donc celle d'une disposition à même de permettre une « *mutual amplification* »[640], une combinaison des articles, afin de stimuler l'application de l'article 2 TUE. C'est ce cumul des effets juridiques qu'on semble retrouver dans la jurisprudence *ASJP*, où l'article 19 TUE retranscrit l'article 2 TUE sous la forme d'une obligation juridique. En effet, lorsque la Cour de justice énonce que l'article 19 TUE « concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE »[641], l'analogie avec la thèse initiale du *Reverse Solange* sur la base de l'article 20 TFUE est frappante. Toutefois, comme cela a pu être souligné[642], afin de protéger les valeurs de l'Union au-delà du champ d'application de son droit, la combinaison avec cette disposition ne semble pas la plus pertinente.

Là se trouve d'ailleurs l'une des grandes divergences avec la « théorie de l'essence des valeurs », qui n'admet qu'une valeur de l'article 2 TUE ne soit rendue opérationnelle que par l'intermédiaire d'une disposition de la Charte des droits fondamentaux. L'article 2 TUE ne connaissant pas de limitation telle que celle contenue dans l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, le contenu du droit fondamental va se diffuser dans le champ d'application de l'article 2 TUE. À ce titre, la doctrine *Reverse Solange* consent aussi une amplification mutuelle sur la base de la Charte des droits fondamentaux. Dans un passé pas si lointain, la jurisprudence a déjà livré des exemples où une certaine exaltation des effets juridiques se dresse par l'association de l'article 2 TUE avec des dispositions de la Charte. Cela s'illustre notamment dans l'affaire *Tele2 Sverige*, où la Cour opère une manœuvre entre la valeur de la démocratie,

[639] J.H.H. WEILER, *On the power of the Word: Europe's constitutional iconography*, International Journal of Constitutional Law, Vol 3, 2005, p. 173-190.
[640] A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges, op.cit*. p. 412.
[641] CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16, pt 32.
[642] *Cf. Supra., Section 1. Les motifs du changement – une construction jurisprudentielle fragile*.

au sens de l'article 2 TUE, et la liberté d'expression, tel que consacrée à l'article 11 de la Charte[643]. Plus spécifiquement, concernant l'article 47 de la Charte, une connexion avec l'article 2 TUE s'observe dans l'arrêt *Rosneft*[644]. Antérieurement à cela, la question de l'applicabilité horizontale des directives permet aussi de mettre en évidence l'idée d'une amplification mutuelle. Dans l'affaire *Kücükdeveci*, séparés les uns des autres, ni le principe d'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge contenu dans l'article 21 de la Charte ni la directive 2000/78 ne s'appliquent au litige horizontal[645]. Toutefois, la symbiose des deux va permettre le déploiement de leurs effets[646].

La doctrine *Reverse Solange* acquiesce donc l'amplification mutuelle avec la Charte, mais il va de soi que cela ne pourra pas permettre une applicabilité judiciaire de l'ensemble des valeurs de l'article 2 TUE à toute mesure nationale. Dans l'optique d'éviter une conversion au fédéralisme, qui ne serait pas accueilli favorablement par les États membres, il existe deux garde-fous.

Premièrement, il faut être en présence d'une disposition de la Charte qui donne forme à une valeur de l'article 2 TUE. À cet égard, une étude menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union met en évidence que les valeurs de l'article 2 TUE n'ont pas toutes un droit fondamental pendant dans la Charte[647]. Notamment, l'État de droit n'est que partiellement couvert, même si l'indépendance judiciaire est bien garantie sous l'article 47, paragraphe 2, de la Charte. Aussi, le concept d'amplification mutuelle est ouvert à tout droit fondamental concrétisé par l'article 2 TUE, mais uniquement à ceux-ci.

Deuxièmement, une fois qu'une symétrie a été repérée entre l'article 2 TUE et une disposition de la Charte, encore faut-il que la composante de cette dernière fût considérée comme l'essence d'un droit fondamental. En consacrant l'essence de tel ou tel droit fondamental, la Cour de justice édifie une sorte d'ordre public européen.

À ces deux garde-fous lors de l'identification de la base juridique, un troisième s'ajoute au moment de l'évaluation de la violation. La présomption *Solange* reste particulièrement rigide,

[643] CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, pt 93.
[644] CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, pts 72-73.
[645] CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07.
[646] Sur ce point, voy. not. L. D. SPIEKER, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis, op. cit*. p. 1209-1210.
[647] Rapport annuel 2013 de la FRA : « Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2013 », p. 10.

de sorte que ce n'est qu'une défaillance systémique de l'essence d'un droit fondamental qui pourra justifier qu'elle soit renversée. Cela ne concernera que les cas extrêmes.

Sur ces trois points, la théorie de l'essence des valeurs se rapproche sensiblement de la doctrine *Reverse Solange*, mise à part que la première se limite strictement aux dispositions de la Charte et exclut, *de facto*, un recours à l'article 19 TUE. Ceci paraît cohérent, car cette disposition ne pourra jamais prétendre au statut « d'essence d'un droit fondamental ». Cependant, la théorie de l'essence des valeurs se distingue aussi sur d'autres lignes.

Concernant la base juridique de la proposition *Reverse Solange*, l'article 2 TUE a souvent été décrié, jugé trop fragile[648]. D'une certaine manière, évaluer des déficiences systémiques sur la base de l'article 2 TUE revient à produire une orientation juridique sur la base des critères de Copenhague, dont l'imprécision est largement admise. L'article 2 TUE, empreint d'un flou patent, se limite à dresser une liste de valeurs insuffisamment spécifiées. Néanmoins, à la différence de ce que semble suggérer la thèse *Reverse Solange*, l'essence des droits fondamentaux n'est pas extraite de l'article 2 TUE au sein de la « théorie de l'essence des valeurs ». La base juridique principale reste les droits de la Charte des droits fondamentaux qui, véhiculés par l'article 2 TUE, vont venir profiter de son champ d'application plus vaste. Or, les dispositions de la Charte, telle que l'article 47, sont d'une précision convenable, à l'instar de n'importe quelle disposition de la CEDH au demeurant.

Au sujet du recours aux tribunaux nationaux, le professeur von Bogdandy propose de confier à ces derniers la tâche d'observer si la présomption est effectivement réfutée, avec la possibilité d'effectuer un renvoi préjudiciel. Or, la présente étude plaide pour une prise de position obligatoire de la Cour de justice dans de telles circonstances qui, rappelons-le, ont vocation à être exceptionnelles. Cette revendication ne cherche pas à contourner une conjoncture où l'ensemble des juges nationaux seraient totalement exclus de l'usage de l'article 267 TFUE, car ceci reste peu probable[649]. Cependant, au regard de l'importance de la réponse et pour maximiser la cohérence de la jurisprudence, seul un arrêt centralisateur de la Cour de justice semble opportun. Dans la même veine, il faut reconnaître que la voix de la Cour, parlant au nom de l'Union, apportera un soutien aux juges nationaux potentiellement affaiblis.

---

[648] M. BLAUBERGER, R. DANIEL KELEMEN, *op. cit.* p. 331.

[649] A. VON BOGDANDY, C. ANTPÖHLER, M. IOANNIDIS, « Protecting EU Values - Reverse Solange and the Rule of Law Framework » in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values, Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017, p. 218-233, spéc. p. 226.

D’un certain point de vue, l’objet de la « théorie de l’essence des valeurs » vise à perfectionner la doctrine *Reverse Solange* sur certains aspects. Elle promeut une contribution active de la Charte dans le cadre du renvoi préjudiciel, et plus spécifiquement de son article 47, afin de répondre aux défis de l’indépendance judiciaire. Des débats émis autour de la proposition *Reverse Solange*, un consensus en ressort : les auteurs déplorent les lacunes dans la protection des droits fondamentaux au sein de l’Union. La problématique de l’indépendance des juges a fait éclater ces faiblesses au grand jour.

CONCLUSION – DE CHAINE EN CHENE

À relire les mots de la commissaire Věra Jourová qui ont introduit cette étude, un homophone quelque peu licencieux invite à emprunter le glossaire de l'arboriste[650].

Le chêne a cette particularité d'être présent sur l'ensemble du territoire européen. Arbre sacré, symbole de la vie ainsi que des figures allégoriques de la prospérité et de la force, le chêne se démarque par ses propriétés biologiques.

Il se caractérise par un bois lourd, dur et robuste, qui suscite une certaine convoitise des ébénistes et autres menuisiers. D'une densité remarquable, sa génétique forestière met en évidence un arsenal de cellules riches et diversifiées, qui s'expriment côte à côte sans se dominer, sous un agencement en mosaïque. Cette hétérogénéité, dans un corps consubstantiel, lui permet de faire face tout au long de sa vie aux multiples nuisibles qui l'entourent.

Commun à tous les États membres, avec des attributs faisant échos aux vertus prônées par ces pays, le chêne semble incarner l'Union à l'état végétal.

Bien qu'il soit possible de distinguer quelques bulbes disparates, reflet du pluralisme juridique, les racines constitutionnelles communes aux États membres se rassemblent à l'endroit du tronc, formant ainsi le socle des valeurs de l'article 2 TUE.

Lente dans sa croissance, comme l'enseigne l'étude des cernes, si l'Union n'a pas atteint sa canopée, elle a incontestablement acquis une certaine maturité. En atteste la formation de la Charte des droits fondamentaux, issue de la seconde mutation de l'arbre. Véritable écorce s'épaississant en complément des forces internes du bois, ce revêtement extérieur au tronc va non seulement générer une protection pour le chêne, mais aussi participer au redressement des tiges qui s'éloigneraient de la verticale[651]. Cet instrument a déjà fait ses preuves, permettant de cicatriser et de former des bourrelets autour des lésions.

Malgré cela, le chêne souffre de l'intérieur, par une contamination extérieure. La sève de l'indépendance, qui irrigue l'ensemble de l'espace judiciaire européen, est infectée. Lorsqu'un organisme épidémique tente une percée par le tronc, la Charte des droits fondamentaux peut déployer sa résine de défense. Seulement, l'écorce ne recouvre point l'entièreté de l'arbre. Si

[650] V. JOUROVA, *op. cit*.
[651] En référence à l'affaire, CJUE, 26 février 2013, *Stephano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11.

l'agent pestilentiel se répand par des feuillages purement internes, alors le tronc, d'où proviennent pourtant ces feuillages, se trouve fragilisé.

Le chêne est un arbre connu pour sa longévité exceptionnelle, mais certaines pathologies végétales peuvent mener à sa mort en quelques semaines[652]. À l'instar d'un arbre, une organisation aussi complexe que celle de l'Union est toujours plus rapide à défaire qu'à construire.

Cette conclusion métaphorique, volontairement solennelle, vient tirer la sonnette d'alarme. L'écorce fait la force, mais encore faut-il lui permettre d'étendre sa résine. C'est ici que doit se mouvoir une volonté politique, pas dans la création de nouveaux instruments. Comme nombre de pépiniéristes, le juriste en herbe perçoit cette lacune.

[652] En référence au syndrome dit de la « mort subite du chêne ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES ET MANUELS

1- MANUELS

BLANQUET, (M.),
- *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2018.

COUTRON (L.),
- *Droit de l'Union européenne. Institutions, sources, contentieux*, Dalloz, 2019.

MARTUCCI, (F.),
- *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2019.

PESCATORE (P.),
- *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

2- OUVRAGES JURIDIQUES

ADAMS (M.), HIRSCH BALLIN (E.), MEEUWSE (A.),
- *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017.

ALEXY (R.),
- *Theory of Constitutional Rights*, trad., J. RIVERS, Oxford University Press, 2010.

ALTER (K. J.), ROMANO (C.), SHANY (Y.),
- *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013.

ALTER (K.J.),
- *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001.

AUVRET-FINK (J.),
- *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, LGDJ, 2002.

AZOULAI (L.), BURGUORGUE-LARSEN (L.),
- *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006.

BAILLEUX (A.), BERNARD (E.), JACQUOT (S.),
- *Les récits judiciaires de l'Europe. Concepts et typologie*. Bruxelles, Bruylant, 2019.

BARAV (A.),
- *Etudes sur le renvoi préjudiciel en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

BECKER (U.), HATJE (A.), POTACS (M.) WUNDERLICH (N.),
- *Verfassung und Verwaltung in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 2014.

BIAD (A.), LOUVEL-PARISOT (V.), BURGORGUE-LARSEN (L.),
- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : bilan d'application*, Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2018.

BRAIBANT (G.),

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, témoignage et commentaires de Guy Braibant*, éd. Le Seuil, coll. Point Essai, 2001.

BREMS (E.),
- *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp, 2008.

BRIBOSIA (E.), SCHEECK (L.), UBEDA DE TORRES (A.),
- *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

BROBERG (M.), FENGER (N.),
- *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013.

CALLIESS (C.),
- *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Nomos, 2015.

CARIAT (N.),
- *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruylant, 2016.

CARLIER (J.-Y.), DE SCHUTTER (O.),
- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

CARPANO (E.),
- *Le revirement en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- *L'exception en droit de l'Union européenne*, PUR, 2019.

CASU (G.),
- *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016.

CLEMENT-WILZ (L.),
- *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2018.

CLOSA (C.), KOCHENOV (D.),
- *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016.

COLELLA (S.-U.),
- *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne : Notions, cadre et régime*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

COUTRON (L.),
- *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : Une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014.

COUTRON (L.), PICHERAL (C.),
- *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2012.

DE BURCA (G.), WEILER (J.H.H.),
- *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001.

DE KERCHOVE (G.), WEYEMBERGH (A.),

- *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005.

DERO-BUGNY (D.),
- *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

DONY (M.), BRIBOISIA (E.),
- *L'avenir du système juridictionnel de l'UE*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002.

FØLLESDAL (A.), PETERS (B.), ULFSTEIN (G.),
- *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013.

FULLER (L.),
- *La moralité du droit*, 2e éd ., 1969, trad. J. VAN MEERBEECK, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2017.

GILLAUX (P.),
- *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

GRIMM (D.),
- *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017.

JAKAB (A.), KOCHENOV (D.),
- *The Enforcement of EU Law and Values, Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017.

KLAMERT (M.), KELLERBAUER (M.), TOMKIN (J.),
- *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights a Commentary*, Oxford, 2019.

KLIP (A.),
- *European Criminal Law. An integrative approach*, Intersentia, 3ème ed., 2016.

KOCHENOV (D.),
- *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, CUP, 2015.

LECOURT (R.),
- *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

LEISNER (W.),
- *Grundrechte und Privatrecht*, München, Beck, 1960.

LICHERE (F.), POTVIN-SOLIS (L.), RAYNOUARD (A.),
- *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant-Némésis, 2004.

MESTRE (C.),
- *Europe(s), Droit(s) européen(s) - Une passion d'universitaire - Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

MEYER (J.), HÖLSCHEIDT (S.), BERNSDORFF (N.), BOROWSKY (M.), ESER (A.),
- *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. ed., NomosKommentar, 2019.

MORELLI (G.),
- *Studi sul processo internazionale*, A. Giuffrè, Milan, 1963.

NEFRAMI (E.),
- *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015.

PAULUSSEN (C.), TAKACS (T.), LAZIC (V.), VAN ROMPUY (B.),
- *Fundamental Rights in International and European Law : Public and Private Law Perspectives*, Springer, 2016.

PEERS (S.), WARD (A.), HERVEY (T.), KENNER (J.),
- *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Beck/Hart Publishing, 2014.

PERTEK (J.),
- *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE : le renvoi préjudiciel*, Bruylant 2013.

PESCATORE (P.),
- *L'ordre juridique des Communautés européennes : Étude des sources du droit communautaire*, Bruylant, 2006.

PICHERAL (C.),
- *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, 2012.

PICOD (F.), RIZCALLAH (C.), VAN DROOGHENBROECK (S.),
- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, 2ème édition, Bruxelles, Larcier, 2020.

PINGEL (I.), ROSENBERG (D.),
- *Sanctions contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006.

POIARES MADURO (M.), AZOULAI (L.),
- *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty,* Oxford, Hart Publishing, 2010.

RAZ (J.),
- *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

RENUCCI (J.-F.),
- *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007.

RIDEAU (J.),
- *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998.

SELVIK (G.), CLIFTON (M-J.), HASS (T.) LOURENÇO (L.), SCHWIESOW (K.),
- *The Art of Judicial Reasoning: Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*, Springer, 2019.

SHETREET (S.), DESCHENES (J.),
- *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 1985.

SHETREET (S.), FORSYTH (C.),
- *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

TINIERE (R.), VIAL (C.),
- *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

TRIDIMAS (T.),
- *The General Principles of EU Law*, 2e éd. Oxford European Union Law Library, 2006.

VAN DROOGHENBROECK (S.),
- *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL/Bruylant, Bruxelles, 2001.

VANDERSANDEN (G.),
- *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VON BOGDANDY (A.), SONNEVEND (P.),
- *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015.

WEILER (J.H.H.),
- *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and other Essays on European Integration*, New York, Cambridge University Press, 1999.

WILDEMEERSCH (J.),
- *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne, le mythe du droit à un recours effectif*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

3- OUVRAGES NON JURIDIQUES

ARISTOTE,
- *Éthique à Nicomaque, Livre II – La vertu*, trad. J. TRICOT, Éditions Les Échos du Maquis, 2014.

AXELROD (R.),
- *The Evolution of Cooperation*. New York, Basic Books, 1984.

GAMBETTA (D.),
- *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, Blackwell, New York, 1998.

RABELAIS (F.),
- *Pantagruel*, 1532.

II. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ADAM (S.), VAN ELSUWEGE (P.),
- *L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comme union de droit*, J.D.E., 2018, n° 253, p. 334-343.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.),
- *La Cour européenne des droits de l'Homme, cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne – Quelques réflexions sur les protocoles n°15 et n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, LPA, 2014, p. 6.

AZOULAI (L.),
- « Les formes de la sanction juridictionnelle », in I. PINGEL ET D. ROSENBERG (dir.), *Sanctions contre les États en droit communautaire*, Pedone, 2006.

BAILLEUX (A.),
- *Les récits judiciaires de l'Europe*, Revue de l'Union européenne, 2018, n° 614, p. 5-17.

BAQUERO CRUZ (J.),
- « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne », in L. AZOULAI, L. BURGUORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006. p. 241.

BARD (P.), KOCHENOV (D.),
- *The Last Soldier Standing? Courts vs Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of The EU*, European Yearbook of Constitutional Law, 2019.

BELL (J.),
- *Judicial Cultures and Judicial Independence*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 4, 2001, p. 47-60.

BERROD (F.),
- *L'Union européenne par le dialogue des juges : une affaire de jugements*, Revue de l'Union européenne, 2018, p. 18.

BERTRAND (B.),
- *La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge*, RFDA, 2011 p. 367.

BESSELINK (L.F.M.),
- « Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights ? Some Remarks on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice », in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, p. 301-333.

BIERNAT (S.),
- *How to Assess the Independence of Member State Courts?*, VerfBlog, 2018.

BIERNAT (S.), KAWCZYNSKA (M.),
- *Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, VerfBlog, 2018.
- *Why the Polish Supreme Court's Reference on Judicial Independence to the CJEU is Admissible after all*, VerfBlog, 2018.

BLATIERE (L.),
- *Le bilan du renvoi préjudiciel : un succès menacé par l'avis consultatif devant la CEDH ?,* Revue de l'Union européenne, 2019, p. 479.

BLAUBERGER (M.), DANIEL KELEMEN (R.),
- *Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU*, Journal of European Public Policy, 2017, p. 321-336.

BOBEK (M.),
- *Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries*, European Public Law, n°1, 2008, p. 99-124.

BONELLI (M.), CLAES (M.),

- *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, AssociacAo Sindical dos Juizes Portugueses,* European Constitutional Law Review, n°14, 2018, p. 622-643.

BONICHOT (J.-C.),

- « Préface » in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : Une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, p. 5-7.

BONICHOT (J.-C.), AUBERT (M.),

- *Les limites du principe de confiance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice : comment naviguer entre Charybde et Scylla*, RUDH, vol. 22, n° 1, 2016. 5.

BOROWSKY (M.),

- « Artikel 51 Anwendungsbereich » in J. Meyer (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 24

BOULOUIS (J.),

- « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 23.

BRIBOSIA (E.),

- « Le dilemme du juge national face à des obligations contradictoires en matière de protection des droits fondamentaux issus des deux ordres juridiques européens », in M. DONY, E. BRIBOISIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'UE*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 265.

BRITTAIN (S.),

- *The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis*, European Constitutional Law Review, 2015, Vol. 11, p. 482-511.

BRKAN (M.),

- *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, European Constitutional Law Review, Vol. 14 (2), 2018, p. 332-368.

BUTLER (G.),

- *Standing the Test of Time: Reference for a Preliminary Ruling*, Irish Journal of European Law, Vol. 20 (1), 2017, p. 103-116.

CALLEWERT (J.),

- *Paris, Luxembourg, Strasbourg : Trois juges, une discrimination*, RTDH, 2005, p. 159.

CANIVET (G.),

- *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la 'bénévolance' des juges*, Revue des sciences criminelles et de droit comparé, n°4, 2005, p. 799-817.

CANOR (I.),

- *My Brother's Keeper: Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust among the Peoples of Europe*, Common Market Law Review 50, no. 2, 2013, p. 383-422.

CARRERA (S.), MITSILEGAS (V.),
- *Upholding the Rule of Law by Scrutinising Judicial Independence: The Irish Court's Request for a Preliminary Ruling on the European Arrest Warrant*, CEPS Commentary, 2018.

CARTABIA (M.),
- *Europe as a Space of Constitutional Interdependence : New Questions about the Preliminary Ruling*, German Law Journal, Vol. 16, n°6, 2015.

CHABANOL (D.),
- *Théorie de l'apparence ou apparence de théorie*, AJDA, 2002, p. 9.

CLEMENT-WILZ (L.),
- *La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ?*, Cahiers de droit européen, Vol. 48 (1), 2012, p. 135-166.
- *Le modèle de la Cour de justice de l'Union européenne en question*, Revue de l'Union européenne, 2019, p. 288.

CLOSA (C.), KOCHENOV (D.), WEILER (J.H.H.),
- *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, EUI Working Papers, n°2014/25, 2014, p. 10.

COMBREXELLE (J-D.),
- *Sur l'actualité du dialogue des juges*, AJDA, 2018 p. 1929.

CONSTANTINESCO (V.),
- « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in *Actes du colloque : le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, p. 33-46.

COUTRON (L.),
- « La motivation des questions préjudicielles » in E. NEFRAMI, *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 101-155.
- « L'hypothèse du dépassement du standard conventionnel » in L. COUTRON, C. PICHERAL, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2012, p. 21-43.
- *Chronique contentieux de l'UE - En attendant la Pologne, la Cour au secours de l'indépendance des juges portugais...*, RTDEur., 2019, n°2, p. 459.
- « L'articulation entre la nouvelle procédure consultative et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne » in *Séminaire : Protocole n°16 - Convention Européenne des droits de l'Homme*, Montpellier, 2019.

CRAIG (P.),
- « The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered » in G. DE BURCA, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001.

DE SCHUTTER (O.),
- « L'Europe des droits de l'homme : un concerto à plusieurs mains », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK, A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des Cours. Loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 259.

DE WERD (M.),
- *Dynamics at Play in the EU Preliminary Ruling Procedure*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, n°1, 2015, p. 149-157.

DELMAS-MARTY (M.),
- *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Recueil Dalloz, Dalloz, 2006, p. 951-957.

DOUGAN (M.),
- *Judicial Review of Member State Action Under the General Principles and the Charter: Defining the "Scope of Union Law"*, Common Market Law Review, Vol. 52, 2015, p. 1201-1246.
- *The Treaty of Lisbon 2007 : Winning Minds, not Hearts*, 45, Common Market Law Review, 2008, p. 617.

DUBOUT (E.),
- *De la primauté « imposée » à la primauté « consentie ». Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe*, FIDE XX. Congrès, Londres, 2002.
- *Integration Through the Rule of Law ? La judiciarisation de l'État de droit dans l'Union européenne*, Rev. Aff. Eur., n°4, 2019, p. 51-66.
- *Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire*, RTD Eur. 2007 p. 427.

DUPRE (C.),
- *Individuals and Judges in Defense of the Rule of Law*, VerfBlog, 2018.

FERNANDEZ ESTEBAN (M. L.),
- *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1999.

FILIPEK (P.),
- *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court: The ECJ's Independence Test as an Incomplete Tool to Assess the Lawfulness of Domestic Courts*, VerfBlog, 2020.

FLORE (D.),
- « La notion de confiance mutuelle : l''alpha' ou l''omega' d'une justice pénale européenne ? », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17.

FRACKOWIAK-ADAMSKA (A.),
- *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, VerfBlog, 2018.

GAMBETTA (D.),
- « Can We Trust Trust ? » in GAMBETTA (D.) (ed.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, Blackwell, New York, 1998, p. 213-237.

GAUDIN (H.),
- *Quelle stratégie contentieuse de protection des droits fondamentaux devant le juge national en période de crise : réflexe constitutionnel et réflexe européen ?*, Revue générale du droit on line, n°52207, 2020, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52207.
- *Renvoi préjudiciel - Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ?,* Europe n° 6, étude 5, 2019.

GIEGERICH (T.),
- « Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU : Zum 'neuen Rechtsstaatsmechanismus' der Europäischen Kommission" » in C. CALLIESS (ed.),

Herausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag, Nomos, 2015, p. 535-536.

GIRARD (C.),

- « La règle et l'exception en philosophie du droit », in E. CARPANO (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, PUR, 2019, p. 28-31.

GREMMELPREZ (F.),

- *Arrest Associaçao Sindical Dos Juizes Portugueses : Een Nieuwe Dimensie Aan De Handhaving Van Het Rechtsstaatsbeginsel in EU-lidstaten,* Sociaal-economische Wetgeving, n°11, 2018, p. 469-474.

GROUSSOT (X.), PECH (L.), PETURSSON (G.T.),

- *The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication*, Eric Stein Working Paper 1/2011.

GUTMAN (K.),

- *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, German Law Journal, Vol. 20, 2019, p. 884-903.

HÄBERLE (P.),

- *Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht*, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Vol. 131, 2006, p. 621-642.

HALBERSTAM (D.),

- *It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, German Law Journal, Vol. 16, 2015.

HELFER (L. R.),

- « The effectiveness of international adjudicators » in K. J. ALTER, C. ROMANO, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013, p. 464-482.

HOLMØYVIK (E.), SANDERS (A.),

- *A Stress Test for Europe's Judiciaries*, VerfBlog, 2017.

HOLOUBEK (M.),

- « Ein Grundrechtskatalog für Europa », in U. BECKER, A. HATJE, M. POTACS *et al.* (eds), *Verfassung und Verwaltung in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 121.

ILIOPOULOU-PENOT (A.),

- *La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel*, RFDA, 2019, p.139
- « Revirement et citoyenneté de l'Union », in E. CARPANO (dir.), *Le revirement en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 161.

JACQUE (J.-P.),

- « Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme » in *Séminaire sur le dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, p. 18-24.
- « Conclusions » in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : Une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, p. 497-502.
- *Union européenne et Conseil de l'Europe. À propos des droits de l'homme en Europe*, RTD eur. 2013, p. 199.

- *Après l'avis 2/13 de la Cour de Justice. Que faire ?*, Droit de l'Union européenne, http://www.droit-union-europeenne.be/421312988.

JAEGER (M.),
- « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN *et al.* (eds), Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler, Baden-Baden, 1999, p. 233-253.

JAKAB (A.),
- « The EU Charter of Fundamental Rights as the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against EU Member States » in C. CLOSA, D. KOCHENOV, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016, p. 187-205.
- *Supremacy of the EU Charter in National Courts in Purely Domestic Cases*, VerfBlog, 2013.

KAUFMAN (I. R.),
- *The Essence of Judicial Independence*, Columbia Law Review, Vol. 80, No. 4, 1980, p. 671-701.

KECK (S.) KARELAIA (N.),
- *Does Competition Foster Trust? The Role of Tournament Incentives*, Experimental Economics, Vol. 15, No. 1, 2012, p. 204-228.

KOCHENOV (D.),
- « The EU and the Rule of Law – Naïveté or a Grand Design ? » in M. ADAMS, E. HIRSCH BALLIN, A. MEEUWSE (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017, p.419-444.
- *On Policing Article 2 TEU Compliance: Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, Polish Yearbook of International Law, XXXIII, 2014, p. 145-170.

KONCEWICZ (T.T.),
- *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, Review of Central and East European Law, vol. 43 (2), 2018, p. 138.

KOSAR (D.),
- *The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On*, VerfBlog, 2018.

KOVAR (R.),
- « La notion de juridiction en droit européen », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 606.

KRAJEWSKI (M.),
- *Associação Sindical Dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*,' European Papers, Vol. 3, 2018, p. 395.
- *The AG Opinion in the Celmer Case: Why the Test for the Appearance of Independence is Needed*, VerfBlog, 2018.
- *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges*, European constitutional law review 14, 2018, p. 792-813.

KRAJEWSKI (M.), ZIOLKOWSKI (M.),
- *The Power of 'Appearances'*, VerfBlog, 2019.

LABAYLE (H.),
- « Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle ? » in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 472-485.

LABAYLE (H.), SUDRE (F.),
- *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 p.3.

LACCHI (C.),
- *Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References*, Common Market Law Review, Vol. 53 (3), 2016, p. 679-708.

LADENBURGER (C.),
- *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Rev. trim. dr. eur., 2011, p. 20-26.

LARROUTUROU (T.),
- *Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité*, RDP, 2018, p. 475.

ŁAZOWSKI (A.),
- *Decoding the Legal Enigma : the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Infringement Proceedings*, ERA Forum, Vol. 14 (4), 2013, p. 573-587.
- *The Sky Is Not the Limit: Mutual Trust and Mutual Recognition Apres Aranyosi and Caldararu,* Croatian Yearbook of European Law and Policy 14, 2018.

LE BOT (O.),
- *Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 55, 2003, p. 781-811.

LEBRUN (G.),
- *De l'utilité de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Vol. 27, nº 106, 2016, p. 433-459.

LEFEUVRE (J.-D.),
- *L'arrêt de la CJUE du 4 octobre 2018, Commission c/ France, vertus et limites du dialogue des juges au Palais-Royal*, GDR-ELSJ, 2018.

LENAERTS (K.),
- « On Judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice », in G. SELVIK, M-J. CLIFTON, T. HASS *et al.,* (eds.), *The Art of Judicial Reasoning: Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher*, Springer, 2019, p. 155.
- *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, Vol. 8 (3), 2012, p. 375-403.
- *La vie après l'avis : Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, Common Market Law Review, 2017, n° 3, p. 805.
- *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, German Law Journal, Vol. 20, 2019, p. 779-793.
- *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, Columbia Journal of European Law, Vol. 6 (1), 2000.

LENAERTS (K.), DE SMIJTER (E.),
- *The Charter and the Role of the European Courts*, M.J., 2001, vol. 8, n° 1, pp. 90-101.

LENAERTS (K.), GUTIERREZ-FONS (A.),
- « The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice », in S. PEERS, A. WARD, T. HERVEY *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Beck/Hart Publishing, 2014, p. 1559.

LOCK (T.),
- *The ECJ and the ECtHR : the Future Relationship between the Two European Courts*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 8, 2009, p. 375-398.
- *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable ?*, European Constitutional Law Review, Vol. 11 (2), 2015, p. 239-273.

MAITREPIERRE (A.),
- *Le droit de l'Union européenne et le juge français : circonstances et incidences d'une rencontre*, R.A.E., 2007-2008/3, p. 539.

MARCISZ (P.),
- *Creating a Safe Venue of Judicial Review: AG Tanchev on the Admissibility of Preliminary References re Polish Disciplinary Proceedings*, VerfBlog, 2019.
- *Discipline and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary*, VerfBlog, 2019.

MARTI (G.),
- *L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ?*, Revue de l'Union européenne, 2015 p. 638.

MAYORAL (J.A.), ORDOÑEZ SOLIS (D.), BERBEROFF (D.),
- *Los jueces españoles como jueces de la Unión Europea*, Civitas. Revista Española de Derecho Europeo, Vol. 48, 2013, p. 127-152.

MAYORAL (J.A.),
- *In the CJEU Judges Trust: A New Approach in the Judicial Construction of Europe,* Journal of Common Market Studies, Vol. 55, n°3, 2017, p. 551-568.
- *The Politics of Judging EU Law: A New Approach to National Courts in the Legal Integration of Europe*, Madrid: Instituto Juan March de Estudios e Inv., 2015.

MORELLI (G.),
- « La Cour de justice des Communautés européennes comme juge interne », in G. MORELLI, *Studi sul processo internazionale*, A. Giuffrè, Milan, 1963, p. 93-101.

MÜLLER (J.-W.),
- *Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states?*, European Law Journal 21(2), 2015, spéc. p. 147-149.

O'LEARY (S.),
- *The Relationship Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law*, Common Market Law Review, Vol. 32, 1995, p. 549.

ODINET (G.), ROUSSEL (S.),
- *Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexé*, AJDA, 2017 p.740.

OVADEK (M.),
- *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, VerfBlog, 2018.

PAMBOUKIS (C.),
- « État de droit et intégration européenne » in V. HEUZE, J. HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit,* Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, LGDJ, 2012.

PAPROCKA (A.), ZIOLKOWSKI (M.),
- *Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*, European Constitutional Law Review, Vol. 11 (2), 2015, p. 274-292.

PECH (L.),
- *'A Union Founded on the Rule of Law': Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, European constitutional law review, Vol. 6 (3), 2010, p. 359-396.

PECH (L.), PLATON (S.),
- *Judicial independence under threat : The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, Common Market Law Review, Issue 6, 2018, p. 1827-1854., spéc. p. 1839.
- *Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, EU Law Analysis, 2018.

PECH (L.), WACHOWIEC (P.),
- *1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part II)*, VerfBlog, 2019.
- *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, VerfBlog, 2020. // *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, VerfBlog, 2020.

PEERS (S.), PRECHAL (S.),
- « Article 52: Scope and Interpretation of Rights and Principles », in S. PEERS, A. WARD, T. HERVEY *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*, Beck/Hart Publishing, 2014, p. 1455-1522.

PEREGO (A.),
- *La jurisprudence de la Cour de justice sur l'indépendance judiciaire*, R.D.U.E., 2019, n°4, p. 129-142.

PESCATORE (P.),
- « Van Gend en Loos, 3 February 1963: A view from within » in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and the Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Oxfor*d, Hart Publishing, 2010, p. 3-8.

PICOD (F.),
- « Article 51 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, 2ème édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p.1223-1248.
- « La coopération juridictionnelle », in J. AUVRET-FINK, *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, LGDJ, 2002, p. 199.
- *Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit*, RDLF, chron. n°02, 2015.
- « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 907-920.
- « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 43-65.
- « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 141 à 170.

PODSTAWA (K.),
- *Living on the edge – how the Poles hang in there whilst the Court deliberates*, VerfBlog, 2019 ; J. IGREJA MATOS, *Judicial independence in Poland and Hungary – Going, Going, Gone?*

Preliminary Requests and Disciplinary Procedures – A shocking development, The Official Blog of UNIO-EU Law Journal, 2019.

POSNER (R. A.),

- *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, California Law Review, Vol. 100, No. 3, 2012, p. 519-556.

PRECHAL (S.),

- « The Court of Justice and Effective Judicial Protection : What Has the Charter Changed ? », in C. PAULUSSEN, T. TAKACS, V. LAZIC, et al., (éds.), *Fundamental Rights in International and European Law : Public and Private Law Perspectives*, 2016, p. 143-157. spéc. p. 146.

RASI (A.),

- *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, European Papers, Vol. 4, n°2, 2019, p. 615-628.

RASMUSSEN (H.),

- *The European Court's Act Clair Strategy in CILFIT Or : Act Clair, of course ! But what does it mean ?*, European Law Review, 1984, p. 242.

RIGAUX (A.),

- *Droits fondamentaux - Champ d'application de la Charte des droits fondamentaux*, Europe n° 1, 2011, comm. 1. ; *Notion de juridiction nationale*, Europe, avril 2017, comm. 133.

RITLENG (D.),

- *Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ?*, Revue de l'Union européenne, 2015 p.630.
- « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable » in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles-Limal, Nemesis-Anthemis, 2012, p. 103-157.

RIVERS (J.),

- *Proportionality and Variable Intensity of Review*, Vol. 65 (1), The Cambridge Law Journal, 2006, p. 174-207.

RIZCALLAH (C.), DAVIO (V.),

- *L'article 19 du Traité sur l'Union européenne : sésame de l'Union de droit - Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des juges nationaux*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2019.

RIZCALLAH (C.),

- *Dear Colleague, Are You Independent Enough? The Fate of the Principle of Mutual Trust in Case of Systemic Deficiencies in a Member State's System of Justice*", EU Law Analysis, 2018.
- *La notion d'autorité judiciaire d'émission dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la " procéduralisation " du principe de confiance mutuelle*, Obs. Bxl., 2020, n°1, p. 36-39.
- *Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ?*, Revue trimestrielle des droits de l'Homme 2019, n° 118, pp. 297-322, p. 317.

ROEBEN (V.),

- *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, Hague Journal on the Rule of Law, Springer Asser Press, 2019, p. 29-62.

ROSAS (A.),

- *When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level ?*, Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas, 19 (4), 2012, p. 1269.

SAFJAN (M.), DÜSTERHAUS (D.),

- *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, Yearbook of European Law, Vol. 33, No. 1, 2014, p. 3-40.

SARMIENTO (D.),

- « CILFIT and Foto-frost : Constructing and deconstructing judicial authority in Europe » in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds), *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome treaty*, Hart, 2010, p. 192.
- *Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law: Tribunal Constitucional*, Common Market Law Review, Vol. 50 (3), 2013, p. 875-881 // *The Polish Dilemma*, Blog Despite our Differences, 2017.
- *Who's afraid of the charter; the court of justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in europe*, Common Market Law Review, 50(5), 2013, p. 1267-1304.

SCHEPPELE (K. L.),

- « Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions » in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016.
- *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) "Celmer" Decision*, VerfBlog, 2018.

SCHMIDT (M.), BOGDANOWICZ (P.),

- *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis*, Common Market Law Review, Vol 55 (4), p. 1061-1100.

SHETREET (S.),

- « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges » in S. SHETREET, J. DESCHENES (eds), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, 1985, p. 590-681.

SICILIANOS (L.-A.),

- *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°97, 2014, p. 27.

SILVA DE LAPUERTA (R.),

- « La décentralisation du système juridictionnel de l'Union européenne » in A. TIZZANO, A. ROSAS, K. LENAERTS, *et al.*, *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 591-601.

SILVEIRA (A.), FROUFE (P.), PEREZ (S.), ABREU (J. R.),

- *União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão*, Julgar, 2018.

SIMON (D.),

- *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ?*, Pouvoirs, n° 96, 2001, p. 31-49.

SINOU (D.),
- « Le respect de l'État de droit comme condition de participation à l'Union européenne », in *L'État de droit en droit international*, Actes du 42e colloque de la Société française pour le droit international, Bruxelles, 5-7 juin 2008, 2009, p. 245.

SONNEVEND (P.),
- *A Clever Compromise or a Tectonic Shift? The LM Jugment of the CJEU*, VerfBlog, 2018.

SOULARD (C.),
- « La Cour de cassation et le dialogue des juges », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant-Némésis, 2004, p. 102.

SPAVENTA (E.),
- « Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through its Scope » in D. KOCHENOV (ed), *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, CUP, 2015, p. 204.

SPIEKER (L. D.),
- *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis,* German Law Journal n°20, 2019, p. 1182-1213.
- *From Moral Values to Legal Obligations – On How to Activate the Union's Common Values in the EU Rule of Law Crisis*, MPIL Research paper, n°. 2018.
- *Commission v. Poland – A Stepping Stone Towards a Strong "Union of Values"?*, VerfBlog, 2019.
- *The Court gives with one hand and takes away with the other: The CJEU's judgment in Miasto Łowicz*, VerfBlog, 2020.

STONE SWEET (A.),
- *The European Court of Justice and the judicialization of EU governance*, Living Reviews in European Governance, Vol. 5 (2), 2010.

STORME (M.),
- « Independence of the Judiciary: The European Perspective » in S. SHETREET, C. FORSYTH (eds.), *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 85-95.

SUDRE (F.),
- *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?*, JCP G, 1998, p. 12.
- *Le mystère des "apparences" dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 2009, n°79, p. 633.
- *Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ?*, JCP, 2018, p. 473.

SUNSHINE (J.), TYLER (T.R.),
- *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing*, Law & Society Review, Vol. 37, n°3, 2003, p. 513-548.

TABOROWSKI (M.),
- *The Commission takes a step back in the fight for the Rule of Law,* VerfBlog, 2018.

TAUPIAC-NOUVEL (G.),
- « L'espace pénal de l'Union européenne et le mandat d'arrêt européen », in L. Clement-Wilz (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2018, p. 379-401.

TINIERE (R.),
- « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'union européenne », in *Mélanges en hommage au professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015.
- *La délicate question de la détermination des sanctions pour violation de l'État de droit*, RTDEur., 2019, n°2, p. 293.
- *Le rôle de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'avis 2/13 : vers un modus vivendi avec le droit de la Convention ?*, Rev. UE, 2016, n° 600, p. 400.

TIZZANO (A.),
- *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, Rev. trim. dr. eur., 2011, p. 9-19.

TRIDIMAS (T.),
- *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 361-392.
- *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, Common Market Law Review, Vol. 40, n°1, 2003, p. 9-50.

TRIDIMAS (T.), GENTILE (G.),
- *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*, German Law Journal, Vol. 20, 2019 p. 794-816.

TULKENS (F.), CALLEWAERT (J.),
- « Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 226.

TURMO (A.),
- « L'Europe des valeurs communes et la confiance mutuelle dans le droit pénal de l'Union européenne : Analyse de l'impact de la résistance nationale à un récit judiciaire européen » in A. BAILLEUX, E. BERNARD, S. JACQUOT, *Les récits judiciaires de l'Europe. Concepts et typologie*. Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 145-168.

VAN BALLEGOOIJ (W.), BARD (P.),
- *The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU*, VerfBlog, 2018.

VAN BOCKEL (B.), WATTEL (P.),
- *New Wine into Old Wineskins : The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, European Law Review, 2013, p. 877.

VAN DANWITZ (T.), PARASCHAS (K.),
- *A Fresh Start for the Charter Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, Fordham International Law Journal, Vol. 35 (5), 2017, p. 1425.

VAN DEN BRINK (M.),
- « The Origins and the Potential Federalising Effects of the Substance of Rights Test » in D. KOCHENOV, *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, CUP, 2015.

VAN DER SCHYFF (G.),
- « Cutting to the core of conflicting rights: The question of inalienable cores in comparative perspective », in E. BREMS (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp, 2008, p. 131-147.

VAN DROOGHENBROECK (S.), RIZCALLAH (C.),
- *The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk ?*, German Law Journal (2019), 20, p. 904-923.

VAN ELSUWEGE (P.), GREMMELPREZ (F.),
- *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, European Constitutional Law Review, Vol. 16 (1), 2020, p. 8-32.

VAN PATTEN (J. K.),
- *Judicial Independence and the Rule of Law*, Benchmark 2, n° 3 & 4, 1986, p. 117-130.

VASSILEVA (R.),
- *The Disheartening Speech by the President of Bulgaria's Supreme Court Which Nobody in Brussels Noticed*, VerfBlog, 2018.

VON BOGDANDY (A.), ANTPÖHLER (C.), DICKSCHEN (J.), HENTREI (S.), KOTTMANN (M.), SMRKOLJ (M.),
- « A European Response to Domestic Constitutional Crisis: Advancing the Reverse Solange Doctrine » in A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015, p. 235

VON BOGDANDY (A.), ANTPÖHLER (C.), IOANNIDIS (M.),
- « Protecting EU Values - Reverse Solange and the Rule of Law Framework » in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values, Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017, p. 218-233.

VON BOGDANDY (A.), BOGDANOWICZ (P.), CANOR (I.), TABOROWSKI (M.), SCHMIDT (M.),
- *A potential constitutional moment for the European rule of law – The importance of red lines*, Common Market Law Review, Vol. 55 (4), 2018.

VON BOGDANDY (A.), KOTTMANN (M.), ANTPOHLER (C.), DICKSCHEN (J.), HENTREI (S.),
- *Reverse Solange–Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU member states*, Common Market Law Review, 2012, p. 489-519.

VON BOGDANDY (A.), SPIEKER (L. D.),
- *Countering the Judicial Silencing of Critics: Novel Ways to Enforce European Values*, VerfBlog, 2019.
- *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, European Constitutional Law Review, n°15, 2019, p. 391-426.

VON DANWITZ (T.),
- *The Rule of Law in the recent jurisprudence of the ECJ*, Fordham International Law Journal, Vol. 37 (5), p. 1311-1346.

WARD (A.),
- « Evaluation » in S. PEERS, A. WARD, T. HERVEY *et al*. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Beck/Hart Publishing, 2014.

WEILER (J.H.H.),
- *On the power of the Word: Europe's constitutional iconography*, International Journal of Constitutional Law, Vol 3, 2005, p. 173-190.

WENDEL (M.),
- *Indépendance judiciaire et confiance mutuelle : à propos de l'arrêt LM*, Cahiers de droit européen, 2019, p.189-215.

WEYEMBERGH (A.), SELLIER (E.),
- *Criminal Procedural Laws Across the Union – A Comparative Analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU Legislation*, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2018, p. 10.

WIEACKER (F.),
- *Foundations of European Legal Culture*, American Journal of Comparative Law, Vol. 38, n°1, 1990, p. 1-29.

WILDEMEERSCH (J.),
- *La condition de l'article 263, alinéa 4, TFUE relative à l'absence de mesures d'exécution et l'arrêt Telefonica : de l'inutilité d'une réforme*, Revue des Affaires Européennes, p. 861-871.

WISCHMEYER (T.),
- *Generating Trust Through Law ? Judicial Cooperation in the European Union and the Principle of Mutual Trust*, German Law Journal, vol. 17, n° 3, 2016, p 347.

ZILLER (J.),
- « Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in G. COHEN-JONATHAN *et al*. (dir.), *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 765-781.

ZINONOS (P.),
- *Judicial Independence & National Judges in the Recent Case Law of the Court of Justice,* European Public Law, n°4, 2019, p. 615-636.

ZOLL (F.), WORTHAM (L.),
- *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, Fordham Int'l L.J, Vol. 42, Issue 3, 2019, p. 875.

III. MELANGES ET ACTES DE COLLOQUES

1- MELANGES

- *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010.

- *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, A. Pedone, 2010.

- *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

- *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018.

- *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999.

- *Mélanges en hommage au professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015.

- *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002.

- *Mélanges P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984.

2- COLLOQUES, SEMINAIRES ET CONGRES

- *Construction européenne et État de droit,* Actes du colloque organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, Paris, LGDJ, 2012.

- *European Union law and National Constitutions*, The FIDE XX Congress, Londres, 2002.

- *Le traité d'Amsterdam - Réalités et perspectives*, Actes du colloque organisé à Paris du 27 et 28 février 1998, Paris, Pedone, 1999.

- *L'État de droit en droit international*, Actes du 42e colloque de la Société française pour le droit international, Bruxelles, 5-7 juin 2008, 2009.

- *Protocole n°16 - Convention Européenne des droits de l'Homme*, Séminaire organisé par l'IDEDH, Montpellier, 2019.

- *Séminaire sur le dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012.

IV. DISCOURS

BARROSO (J.M.D.),
- *Discours sur l'état de l'Union*, 2013.

JOUROVA (V.),
- Speech at the High level seminar: Finland 100 years – Finnish and European perspectives to the Rule of Law, 2017.

LENAERTS (K.),
- *The ECHR and the CJEU: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection*, Discours devant la Cour EDH pour l'ouverture de l'année judiciaire 2018.
- *The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence*, Speech at the Supreme Administrative Court of the Republic of Poland, Warsaw, 2018.

REDING (V.),
- Discours, *Safeguarding the rule of law and solving the "Copenhagen dilemma" : Towards a new EU-mechanism*, 2013.

SPIELMANN (D.),
- CCDH, 78e réunion, Discours du 27 juin 2013.

VON DANWITZ (T.),
- *Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ*, Discours d'ouverture à la Conférence annuelle sur le droit européen, King's College Londres, 2018.

V. RAPPORTS, AVIS, COMMUNIQUES ET PUBLICATIONS OFFICIELLES

1- COMMUNIQUES ET COMMUNICATIONS

- Commission de Venise, « Roumanie : avis sur les projets d'amendements de la loi n°303/2004 sur le statut des juges et des procureurs, la loi n°304/2004 sur l'organisation judiciaire et la loi n°317/2004 sur le conseil supérieur de la magistrature », Avis n°924/2018, 20 octobre 2018.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement, Reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale, COM(2000) 495 final, 26 juill. 2000.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », COM(2014) 158 final, 11 mars 2014.
- Communication de T. Hammarberg, Commissaire aux Droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, dans sa communication du 15 mars 2011.
- Communiqué de presse n° 36/18 du 23 mars 2018 de la Cour de Justice.
- European Commission, 'Tables of Results', Standard Eurobarometer 78, autonome 2012, disponible sur http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb78/eb78_anx_bd_fr.pdf.

2- RAPPORTS, RESOLUTIONS ET AVIS

- « Le Programme de La Haye : Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne », JO, C 53, 3 mars 2005.
- « Le Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », JO, C 115, 4 mai 2010.
- Liste des critères de l'état de droit, Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), CDL-AD(2016)007.
- CEDH, session plén., 2 avr. 2007, avis sur le rapport du groupe des sages.
- Rapport annuel 2013 de la FRA : « Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2013 ».
- Rapport de Batory-ESI, « Poland's deepening crisis - When the rule of law dies in Europe », 2019.
- Rapport de E. Spaventa, *The Interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: The Dilemma of Stricter or Broader Application of the Charter to National Measures*, Parlement européen, Bruxelles, 2016.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, depuis 2007, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, 11 avril 2011, COM(2011) 175 final.
- Rapport du CCJE et du CCPE sur les principaux défis à relever en ce qui concerne l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États membres du Conseil de l'Europe, 2016.
- Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL).
- Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système judiciaire européen (2007/2027(INI)), sur la base du « rapport Wallis ».

3- TRAITES, TEXTES ET PUBLICATIONS OFFICIELLEES

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européennne.
- Décision d'application du Conseil 2014/234/UE du 23 avril 2014 modifiant la décision d'application 2011/344/UE concernant l'octroi d'une aide financière de l'Union au Portugal.
- Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JOCE, n° L. 190, 18 juill.
- Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007 J.O. (C 303/02) 17.
- Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, COM(2017) 835 final.
- Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 2.X.2013
- Protocole n° 30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, JO, C 202, 7 juin 2016.
- Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (2018/C 257/01).
- Règlement de procédure de la Cour de justice, version consolidée du 25 septembre 2012.
- Traité sur l'Union européenne.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

INDEX DE JURISPRUDENCE

I. JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPEENNE

Cour de justice

Arrêts :

- CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos*, aff. 26-62.
- CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. jtes 28 à 30/62.
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64.
- CJCE, 1er décembre 1965, *Schwarze*, aff.
- CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65.
- CJCE, 4 avril 1974, *Commission c. France (code du travail maritime)*, aff. 167/73.
- CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73.
- CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, 36/75.
- CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG*, aff. C-33/76.
- CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-La Roche*, aff. C-107/76.
- CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. C-106/77.
- CJCE, 13 septembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-44/79.
- CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia c. Mariella Novello*, aff. 104/79.
- CJCE, 16 juin 1981, *Maria Salonia*, aff. 126/80.
- CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81.
- CJCE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien c/SpA San Giorgio*, aff. C-199/82.
- CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, aff. 294/83.
- CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84.
- CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò*, C-14/86.
- CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86
- CJCE, 22 octobre 1987, *Fotofrost*, aff. 314/85.
- CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88.
- CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88.
- CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. jtes 46/87 et 227/88.
- CJCE, 22 mars 1990, *Triveneta Zuccheri e.a. c. Commission*, aff. C-347/87.
- CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff.C-213/89.
- CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrick*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89.

- CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89.
- CJCE, 1er octobre 1991, *Vidrányi c. Commission*, aff. C-283/90 P,
- CJCE, 4 octobre 1991, *SPUC c. Grogan*, aff. C-159/90.
- CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90.
- CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90.
- CJCE, 30 mars 1993, *Corbiau c/ Administration des contributions*, aff. C-24/92.
- CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente Almelo*, C-393/92.
- CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, aff. C-321/94.
- CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95.
- CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96.
- CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*, aff. C-309/96.
- CJCE, 16 juillet 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, aff. C-93/97.
- CJCE, 22 octobre 1998, *Jokela et Pitkäranta*, aff. jtes C-9/97 et C-118/97.
- CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97.
- CJCE, 7 septembre 1999, *Beck and Bergdorf*, aff. C-355/97.
- CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98.
- CJCE, 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, aff. C-110/98 à C-147/98.
- CJUE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99.
- CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline e.a.*, aff. C-143/99.
- CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00.
- CJCE, 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01.
- CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01.
- CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00.
- CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02.
- CJCE, 31 mai 2005, *Syfait*, aff. C-53/03.
- CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04.
- CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04, pt 71.
- CJCE, 1er juillet 2008, *Chronopost et La Poste c. UFEX*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P.
- CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P.
- CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06.
- CJUE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07.
- CJCE, 6 octobre 2009, *Wolzenburg*, aff. C-123/08.
- CJUE, 14 janvier 2010, *Kyrian*, aff. C-233/08.

- CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07.
- CJUE, 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08.
- CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10.
- CJUE, 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota e.a.*, aff. C-515/08.
- CJUE, 5 octobre 2010, *McB*, aff. C-400/10 PPU.
- CJUE, 16 décembre 2010, *Skoma-Lux*, aff. C-339/09.
- CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09.
- CJUE, 1 mars 2011, *Chartry*, aff. C-457/09.
- CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09.
- CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09.
- CJUE, 22 juin 2011, *Landtová*, aff. C-399/09.
- CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11.
- CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E. e.a.*, aff. jtes C-411 et C-493/10.
- CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10.
- CJUE, 6 novembre 2012, *Otis e.a*., C-199/11.
- CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11.
- CJUE, 22 novembre 2012, *M.M.*, aff. C-277/11.
- CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12
- CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. C-356/11.
- CJUE, 15 janvier 2013, *Križan*, aff. C-416/10
- CJUE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11.
- CJCE, 31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. C-175/11.
- CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10.
- CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11.
- CJUE, 28 février 2013, *Arango Jaramillo*, aff. C-334/12 RX-II.
- CJUE, 14 mars 2013, *Česká spořitelna*, aff. C-419/11.
- CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU.
- CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, aff. C-583/11 P.
- CJUE, 7 novembre 2013, *Lorrai*, aff. C-224/13.
- CJUE, 6 mars, 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13.
- CJUE, 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, aff. C-265/13.
- CJUE, 8 avril 2014 *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12.
- CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger*, aff. C-390/12.
- CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, aff. C-131/12.

- CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández*, aff. C-198/13.
- CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14.
- CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Lihaveis*, aff. C-562/12.
- CJCE, 9 octobre 2014, *TDC*, aff. C-222/13, pt 32.
- CJUE, 23 octobre 2014, *Olainfarm*, C-104/13, pts 33 à 40.
- CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13.
- CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler*, aff. C-62/14.
- CJUE, 3 septembre 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami*, aff. C-398/13 P.
- CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco*, aff. C-105/14.
- CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14.
- CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14.
- CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.
- CJUE, gr.ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.
- CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.
- CJUE, 1er juin 2016, *Bob-Dogi*, aff. C-241/15.
- CJUE, 30 juin 2016, *Toma et Birou*l, aff. C-205/15.
- CJUE, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-543/14.
- CJUE, 8 novembre 2016, *Lesoochranárske zoskupenie*, aff. C-243/15.
- CJUE, 10 novembre 2016, Kovalkovas, aff. C-477/16 PPU.
- CJUE, 10 novembre 2016, *Özçelik*, aff. C-453/16 PPU.
- CJUE, 10 novembre 2016, Poltorak, aff. C-452/16 PPU.
- CJUE, 21 déc. 2016, *Vervloet*, aff. C-76/15.
- CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15.
- CJUE, 16 février 2017, *C. K.*, aff. C-578/16 PPU.
- CJUE, 16 février 2017, *Margarit Panicello*, aff. C-503/15.
- CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15.
- CJUE, 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, aff. C-682/15.
- CJUE, 13 juin 2017, *Florescu*, aff. C-258/14.
- CJUE, 5 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16.
- CJUE, 6 juillet 2017, *Marcu*, aff. C-392/16.
- CJUE, 26 juillet 2017, *Sacko*, aff. C-348/16.
- CJUE, 10 août 2017, *Tupikas*, aff. C-270/17 PPU.
- CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, aff. C-73/16.
- CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17.

- CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16.
- CJUE, 6 mars 2018, *Achmea*, aff. C-284/16.
- CJUE, 17 avril 2018, *Commission c. Pologne (Forêt de Białowieża)*, aff. C-441/17.
- CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, aff. C-414/16.
- CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU.
- CJUE, 25 juillet 2018, *ML*, C220/18 PPU.
- CJUE, 4 octobre 2018, Commission c. France, aff. C-416/17.
- CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. C-569/16.
- CJUE, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, aff. C-684/16.
- CJUE, 7 février 2019, Carlos Escribano Vindel, aff. C-49/18.
- CJUE, 19 mars 2019, *Jawo*, C-163/17.
- CJUE, 27 mai 2019, *OG et PI*, aff. jtes C-508/18 et C-82/19 PPU.
- CJUE, 27 mai 2019, *PF*, aff. C-509/18.
- CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18.
- CJUE, 26 juin 2019, *Craeynest*, aff. C-723/17.
- CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.
- CJUE, 12 décembre 2019, *Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles)*, aff. C-627/19 PPU.
- CJUE, 12 décembre 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)*, aff. C-566/19 PPU.
- CJUE, 15 janvier 2020, *Corporate Commercial Bank*, aff. C-647/18.
- CJUE, 21 janvier 2020, *Banco de Santander*, aff. C-274/14.
- CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, aff. C-558/18.

Avis :

- CJCE, 14 décembre 1991, *Avis n° 1/91*.
- CJUE, 8 mars 2011, *avis 1/09 Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, aff. C-1/09.
- CJUE, 18 décembre, 2014, *avis 2/13*.

Ordonnances :

- CJCE, ord. 26 janvier 1990, *Falciola*, aff. C-286/88.
- CJUE, ord. 14 décembre 2011, *Cozman*, aff. C-462/11.
- CJUE, ord., 7 mars 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*, aff. C-128/12.

- CJUE, ord., 26 juin 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, aff. C-264/12.
- CJCE, ord. 16 novembre 2017, *Air Serbia et Kondic*, aff. C-476/16.

Affaires pendantes :

- CJUE*, Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, aff. C-83/19.
- CJUE, *Prokurator Generalny*, aff. C-563/18.
- CJUE, *Prokuratura Rejonowa w Słubicach*, aff. C-623/18.
- CJUE, *UNIPARTS sàrl*, aff. C-668/18.
- CJUE, *YV*, aff. C-537/17.
- CJUE, *Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, aff. C-522/18.
- CJUE, *DO*, aff. C-625/18.
- CJUE, *DŚ*, aff. C-522/18.
- CJUE, *CP*, aff. C-624/18.
- CJUE, *Krajowa Rada Sądownictwa*, aff. jtes. C-537/18, C-585/18, C-824/18.
- CJUE, *Prokuratura Okręgowa w Płocku*, aff. C-563/18.
- CJUE, *Prokuratura Rejonowa w Słubicach*, aff. C-623/18.

Tribunal de l'Union européenne

- TFPUE, 20 septembre 2011, *De Buggenoms e.a. c. Commission*, F-45/06 REV.

Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne

- TPICE, 2 avril 2004, *Bertelli Gálvez c. Commission*, aff. T-337/03.
- TUE, 28 mai 2013, *Trabelsi c. Conseil*, aff. T-187/11.

Prise de position et conclusions d'avocats généraux

- Conclusions de l'Avocat général Lagrange sous CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. C-13/61.
- Conclusions de l'Avocat général Roemer sous CJCE, 13 décembre 1967, *Firma Max Neumann*, aff. 17/67.
- Conclusions de l'Avocat général Reischl sous CJCE, 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, aff. C-246/80.
- Conclusions de l'Avocat général Jacobs sous CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, aff. C-168/91.
- Conclusions de l'Avocat général La Pergola sous CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow c. Republik Österreich*, aff. C-299/95.

- Conclusions de l'Avocat général Tesauro sous CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96.
- Conclusions de l'Avocat général Saggio sous CJCE, 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, aff. C-110/98 à C-147/98.
- Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00.
- Conclusions de l'Avocat général Tizzano sous CJCE, 4 juin 2002, *Lyckeskog*, aff. C-99/00.
- Conclusions de l'Avocat général Léger sous CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01,
- Conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl sous CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04.
- Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro sous CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, aff. C-380/05.
- Conclusions de l'Avocat général Sharpston sous CJCE, 23 septembre 2008, *Bartsch*, aff. C-427/06.
- Conclusions de l'Avocat général Maduro sous CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06.
- Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous CJUE, 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09.
- Conclusions de l'avocat général Sharpston sous CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09.
- Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, aff. C-69/10.
- Conclusions de l'Avocat général Bot sous CJCE, 6 septembre 2011, *Scattolon*, aff. C-108/10.
- Conclusions de l'Avocat général Trstenjak sous CJUE, 6 novembre 2012, *K*, aff. C-245/11.
- Conclusions de l'Avocat général Sharpston sous CJUE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11.
- Conclusions de l'avocat général Bot sous CJUE, 31 janvier 2013, *H.I.D. et B.A. c. Refugee Applications Commissioner*, aff. C-175/11.
- Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalón sous CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12.
- Prise de position de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 18 décembre, 2014, *avis 2/13*.
- Conclusions de l'Avocat général Campos Sánchez-Bordona sous CJUE, 10 novembre 2016, *Özçelik*, aff. C-453/16 PPU.
- Conclusions de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 16 février 2017, *Margarit Panicello*, aff. C-503/15.
- Conclusions de l'Avocat général Kokott sous CJUE, 27 septembre 2017, *Peter Puškár*, C-73/16.
- Conclusions de l'Avocat général Bobek sous CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16.
- Conclusions de l'Avocat général Saugmandsgaard Øe sous CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juíes Portugueses*, aff. C-64/16.

- Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU.
- Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18.
- Conclusions de l'Avocat général Bobek sous CJUE, 29 juillet 2019, *Torubarov*, aff. C-556/17.
- Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, aff. C-192/18.
- Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18.
- Conclusions de l'Avocat général Tanchev sous CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, C-558/18.

II. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, req. n°1474/62.
- CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65.
- CEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n°6301/73.
- CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. jtes n°6878/75 et n°7238/75.
- CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n°8790/79.
- CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n°14038/88.
- CEDH, 12 mai 1993, *Société Divagsa c. Espagne*, req. n°20631/92.
- CEDH, 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, req. n°17358/90.
- CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°17488/90.
- CEDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. n° 22678/93.
- CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et a. c. France*, req. jtes n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96.
- CEDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n°39594/98.
- CEDH, 27 septembre 2001, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n°48553/99.
- CEDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n°58442/00.
- CEDH, 26 mai 2005, *Majorana c. Italie*, req. n°75117/01.
- CEDH, 30 novembre 2005, *Zolotas c. Grèce*, req. n°38240/02.
- CEDH, 20 juillet 2006, *Sokourenko et Strygoun c. Ukraine*, req. jtes n°29458/04 et n°29465/04
- CEDH, 9 février 2007, *Sacilor-Lormines c. France*, req. n°65411/01.
- CEDH, 3 octobre 2007, *Flux c. Moldova (n°2)*, req. n°31001/03.
- CEDH, 9 juillet 2009, *Ilatovskiy c. Russie*, req. n° 6945/04.
- CEDH, 28 juillet 2009, *Savino et autres c. Italie*, req. jtes n°17214/05, n°20329/05 et n°42113/04.

- CEDH, 22 décembre 2009, *Parlov-Tkalc˘ic´ c. Croatie*, req. n° 24810/06, pt. 82.
- CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Grèce et Belgique*, req. n° 30696/09.
- CEDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, req. n°8139/09.
- CEDH, 27 mai 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, req. n°21722/11.
- CEDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. n° 17120/09.
- CEDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, req. n°28761/11.
- CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n°29217/12.
- CEDH, 21 juillet 2015, *Schipani c. Italie*, req. n°38369/09.
- CEDH, 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, req. n°17502/07.
- CEDH, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n°20261/12.
- CEDH, 18 octobre 2018, *Thiam c. France*, req. n°80018/12.
- CEDH, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, req. n°55391/13, 57728/13 et 74041/13.
- CEDH, 2 août 2019, *Pasquini c. Saint-Marin*, req. n°50956/16.
- CEDH, 8 janvier 2020, *Grace Gatt c. Malte*, req. n°46466/16.
- CEDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Iceland*, req. n° 26374/18
- CEDH, *Żurek c. Pologne*, req. n°39650/18.

III. JURIDICTIONS NATIONALES

Allemagne

- BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL52/71.
- BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, 2 BvR 197/83.
- BVerfG, 24 avril 2013, Antiterrordateigesetz, 1 BvR 1215/07.
- BVerfG, 6 juillet 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06.

Espagne

- Tribunal Supremo, 27 avril 1998, *Asociacidn de Empresas Frigorificas de la Ria de Vigo v. Administraci6n General del Estad*, req. n° 3328.

États-Unis

- Supreme Court of the United States, 8 juillet 1925, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652.

France

Conseil d'État

- CE, Ass., 11 décembre 2006, *Sté De Groot en Slot Allium*, n°234560
- CE, Ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426.

Cour de cassation

- Cass, Ass., 5 octobre 2018, n° 638 (10-19.053).

Grèce

- Conseil d'État grec, 25 septembre 1998, *Katsarou*, req. n°3458/1998.

Hongrie

- Cour suprême hongroise, 10 septembre 2019, arrêt n° Bt.838 / 2019.

Irlande

- High Court irlandaise, 19 novembre 2018, *The Minister for Justice and Equality -v- Celmer n°5*, [2018] IEHC 639.

Pays-Bas

- District Court of Amsterdam, 4 octobre 2018, aff. 13/751441-18 RK 18/3804.

Pologne

- Demande de décision préjudicielle présentée par le Sąd Najwyższy (Pologne) le 26 juin 2019 – *W. Ż.*, aff. C-487/19
- Demande de décision préjudicielle présentée par le Sąd Najwyższy (Pologne) le 3 juillet 2019 – *M. F./J.M.*, aff. C-508/19.

République Tchèque

- Cour constitutionnelle tchèque, 8 janvier 2009, *Obecne Soudy*, ÚS 1009/08.

Roumanie

- Demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunalul Olt (Roumanie), 5 février 2019, *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, aff. C-83/19.

Royaume-Uni

- Cour suprême du Royaume-Uni, 30 mai 2012, *Assange c. The Swedish Prosecution Authority*, [2012] UKSC 22.
- House of Lords, 15 mai 2000, *Three Rivers District Council v. Governor of the Bank of England*, [2000] 2 WLR 1220; [2000] 3 CMLR 205.
- House of Lords, 1924, *R. v. Sussex Justices, Ex Parte McCarthy*, 1 KB 256.
- High Court of Justice Queen's Bench, 31 octobre 2018, Pawel Lis et al., EWHC 2848 (Admin).

Slovénie

- Cour constitutionnelle slovène, 21 novembre 2013, Up-1056/11.

TABLE DES MATIERES

Introduction : 1

Partie I. Une contribution passive – l'élaboration d'un fondement renouvelé du droit à un tribunal indépendant 15

Titre I. L'indépendance, condition *sine qua non* du juge national dans l'accomplissement de sa fonction européenne 16

Chapitre 1. La place centrale du renvoi préjudiciel dans l'architecture décentralisée de l'Union 16

Section 1. Un instrument de coopération par la confiance 16

Paragraphe 1. La voie d'une métamorphose européenne 16

Paragraphe 2. Le prérequis d'une confiance réciproque 19

Section 2. Une définition malléable de « juridiction » 23

Paragraphe 1. Une appréciation laxiste propice à l'ouverture du prétoire préjudiciel 23

Paragraphe 2. Une appréciation raffermie aux fins de la protection juridictionnelle effective 26

Chapitre 2. La mue de l'indépendance judiciaire au service de l'efficience préjudicielle 29

Section 1. Une notion d'indépendance adaptée à ses défis 29

Paragraphe 1. Un contenu enrichi autour de l'article 19 TUE 29

Paragraphe 2. Une évaluation ajustée autour de la « théorie des apparences » 33

Section 2. Une évolution altérée sous la précipitation 36

Paragraphe 1. Une conceptualisation désordonnée 36

Paragraphe 2. Une évaluation perfectible 40

Titre II. Les limites de la contribution du renvoi préjudiciel à l'article 47 de la CDFUE 45

Chapitre 1. L'imperceptible apport de l'article 47 CDFUE dans la préservation de l'indépendance des juges 45

Section 1. L'apparence d'une autonomie chimérique par rapport à la CED 45

Paragraphe 1. Une équivalence synonyme de dépendance interprétative 45

Paragraphe 2. Une émancipation timide en matière d'indépendance des juges 49

Section 2. L'apparence d'une disposition accessoire à l'article 19 TU 54

Paragraphe 1. Un champ d'application prisonnier du carcan de la Charte 54

Paragraphe 2. Une vocation divergente 57

Chapitre 2. La portée circonscrite de l'instrument préjudiciel dans la préservation de l'indépendance des juges 61

Section 1. Des obstacles poreux inhérents à l'instrument préjudiciel 61

Paragraphe 1. Un déclenchement facultatif du mécanisme préjudiciel 61

Paragraphe 2. Une séparation fonctionnelle incommode 66

Section 2. Des obstacles étanches propres à la recevabilité des questions préjudicielles 70

Paragraphe 1. Une conception large de la compétence de la Cour de justice 70

Paragraphe 2. Une approche stricte du lien avec le litige 73

Partie II. Une contribution active – la perspective d'un puissant levier au service du droit à un tribunal indépendant 81

Titre I. La nécessité d'un rôle renouvelé de l'article 47 CDFUE 82

Chapitre 1. La mise en relief de l'influence de l'article 47 CDFUE à la lumière du mandat d'arrêt européen 82

Section 1. L'article 47 CDFUE, nouveau pivot d'une exception Solange horizontale 82

Paragraphe 1. L'indépendance comme caractère inhérent à l'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen 82

Paragraphe 2. L'indépendance comme motif légitime de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen 87

Section 2. L'article 47 CDFUE, simple pivot d'une exception Solange horizontale 91

Paragraphe 1. Une démarche inaboutie 91

Paragraphe 2. Une démarche préjudiciable 95

Chapitre 2. Plaider pour une garantie d'indépendance judiciaire forgée sur l'article 47 CDFUE 101

Section 1. Les motifs du changement – une construction jurisprudentielle fragile 101

Paragraphe 1. Une confusion dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux 101

Paragraphe 2. Une incohérence dans l'élévation du droit fondamental à un tribunal indépendant en contenu essentiel du droit à un procès équitabl 106

Section 2. La forme du changement – la Charte comme force motrice 111

Paragraphe 1. Une montée en puissance par le prisme paradoxal de l'article 19 TUE 111

Paragraphe 2. Pour une extension mesurée du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux 115

Titre II. La nécessité d'un rôle rénové du renvoi préjudiciel 122

Chapitre 1. L'usage du renvoi préjudiciel par les juges nationaux au service de leur propre cause 122

Section 1. L'impératif d'une manipulation éclairée du renvoi préjudiciel par les juges nationaux 122

Paragraphe 1. Une pratique intensive et homogène 122

Paragraphe 2. Une pratique pertinente et motivée 126

Section 2. La mise en place d'une conjoncture propice à une fertilité préjudiciell 130

Paragraphe 1. Le postulat d'une obligation de renvoi préjudiciel en cas d'atteinte aux valeurs de l'article 2 TUE 130

Paragraphe 2. Le postulat d'un droit au renvoi préjudiciel au titre de l'article 47 CDFUE. 133

Chapitre 2. L'usage du renvoi préjudiciel par les différents acteurs du système européen au service du droit à un tribunal indépendant 137

Section 1. Un contrôle indirect extérieur – pour une mobilisation fructueuse de la CEDH 137

Paragraphe 1. L'hypothétique secours de la demande d'avis consultatif 137

Paragraphe 2. La protection de l'indépendance judiciaire sous le mythe de l'adhésion 141

Section 2. Un contrôle indirect ascendant – pour une mobilisation réfléchie par les citoyens de l'Union 144

Paragraphe 1. La voie inusitée d'une doctrine « Reverse Solange » 144

Paragraphe 2. L'adaptation de la doctrine « Reverse Solange » sur la base de l'article 47 CDFUE 147

Conclusion – De chaîne en chêne 152