



HAL
open science

Humpty Dumpty à Babel? Les juges et le vocabulaire juridique européen

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Humpty Dumpty à Babel? Les juges et le vocabulaire juridique européen. Petites affiches, 2008, pp.7-12. <halshs-00333310>

HAL Id: halshs-00333310

<https://shs.hal.science/halshs-00333310v1>

Submitted on 22 Oct 2008

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Texte paru à la chronique de droit européen & comparé N° 17, Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC – Université Paris Ouest – Nanterre La Défense), Les Petites Affiches, août 2008 : «APPROCHE CRITIQUE DU VOCABULAIRE JURIDIQUE EUROPEEN : LE POUVOIR DES JUGES »

Sommaire :

I - Humpty Dumpty à Babel ? Les juges et le vocabulaire juridique européen par Pierre BRUNET

[II - L'Empire de la Cour de justice sur le vocabulaire juridique européen : le combat de la chèvre contre le chou ou de l'art d'être mi-chèvre, mi-chou par Olivier DUBOS]

I - HUMPTY DUMPTY À BABEL ? LES JUGES ET LE VOCABULAIRE JURIDIQUE EUROPEEN

Les perspectives ouvertes par le thème de l'approche critique du vocabulaire juridique européen sont immenses et donnent le vertige. On se contentera ici de soulever un coin du problème sans du tout prétendre à l'exhaustivité. Mais quel problème ? Celui de la concurrence entre les juridictions en essayant de montrer comment les juges dessinent leur propre sphère de compétence en s'appropriant (ou en refusant) les termes utilisés par les uns et les autres.

Un danger guette l'observateur : celui de se lancer dans un discours très général qui ne capturerait que des ombres. Avant toute chose, et sans vouloir sombrer dans le pathos de la méthode ni décourager d'improbables lecteurs, qu'il me soit permis quelques remarques d'ordre méthodologique.

Dès lors qu'on s'intéresse au vocabulaire, il convient de se défaire de l'idée que les mots « ont un sens » indépendamment de ceux qui les utilisent. Pour le dire brièvement mais précisément : d'une part, ils n'en « ont » pas, on le leur donne et d'autre part, ils n'en ont pas « un », on leur en donne plusieurs. Dans ces conditions, le problème est de savoir qui mais aussi comment.

Qui ? Là encore, la réponse mérite clarification : ce ne sont pas les textes qui, par eux-mêmes, donnent leur sens aux termes qui les constituent. Ce sont leurs interprètes c'est-à-dire ceux qui doivent en faire application. On en arrive ainsi au « comment » : les interprètes des textes juridiques ont eux-mêmes recours à des énoncés linguistiques pour interpréter d'autres énoncés linguistiques. Sans rentrer plus avant dans le vaste débat sur l'interprétation en droit, encore faut-il ajouter que puisque les textes ne parlent pas d'eux-mêmes, les interprètes doivent, pour déterminer la signification des termes employés, puiser dans un éventail aussi large que possible, empruntant au langage ordinaire comme au langage spécialisé, utilisant les ressources rhétoriques de certaines expressions volontiers métaphoriques. Et puisqu'il n'existe aucun critère susceptible d'imposer une signification plutôt qu'une autre, ces interprètes doivent faire des choix parmi les diverses significations possibles d'un même énoncé et leurs choix ne sont jamais déterminés une fois pour toutes et par avance. Bref, activité incontournable, l'interprétation consiste en la détermination de la signification des énoncés et non en la découverte d'une signification préexistante qui s'imposerait à l'interprète comme la révélation divine au mystique fervent.

On mesure ainsi combien appliquer le droit c'est exercer un pouvoir : le pouvoir de décider du sens des mots. De ce point de vue, les juges ressembleraient tous à Humpty Dumpty qui, pour mémoire, prétendait être le maître en la matière¹.

Le problème que ne cesse de poser le droit européen est le suivant : un système juridique peut-il instituer plusieurs maîtres du sens sans se transformer en une Tour de Babel ? à dire vrai, la réponse est dans la question. Pour ce qui est de décider du sens des mots, de deux choses l'une : ou bien aucun de ceux qui se croient le maître ne l'est réellement à lui seul, ou bien ils le sont tous, mais chacun dans un sens différent.

On a longtemps pu croire que grâce à l'argument de la primauté du droit communautaire, relayé ensuite par celui de la protection des droits fondamentaux, la CJCE était devenu le maître incontesté de l'ordre communautaire. Par ces biais argumentatifs, elle semblait avoir réussi à arracher l'ordre communautaire, à la fois, à l'ordre international et aux ordres constitutionnels internes.

Il est par la suite apparu que les réticences manifestées par certaines cours nationales conduisaient la CJCE à tempérer ses ardeurs. Ainsi, de la passe d'armes sur la question de l'effet direct des directives, on a pu conclure que les choses n'étaient pas aussi univoques qu'on pouvait l'espérer ou le craindre : le sens du terme « transposition », par exemple, a cessé d'apparaître comme le seul apanage des juges européens.

C'est très évidemment pour rendre compte de cette situation que l'on s'est aidé de cette métaphore du « dialogue des juges » d'un œcuménisme rassurant – comme il y aurait un dialogue des religions ou des cultures. Mais peut-être n'attache-t-on pas assez d'importance à la fonction que remplit cette métaphore laquelle sert autant à décrire ce qui est qu'à prescrire ce qui doit être. Or quand bien même elle serait utilisée pour seulement décrire ces échanges et jeux d'influence entre les cours nationales et supranationales, elle est tellement imprécise qu'elle apparaît comme une clef qui ouvre toutes les serrures. On comprend que les juges eux-mêmes y adhèrent volontiers car cette métaphore présente l'incontestable mérite de ménager la chèvre de la primauté du droit communautaire enfin admise et le chou de la primauté constitutionnelle interne toujours maintenue. Or, à la réflexion, il n'y a ni dialogue, duquel découlerait un ordre juridique cohérent et pacifique propre à recréer un droit commun médiéval ou imaginaire, ni guerre. Il n'y a que des choix interprétatifs auxquels procèdent les juridictions en poursuivant des objectifs quelque peu différents et parfois contradictoires.

Certes, le terrain a bien changé depuis 1975 et 1989. Désormais, on le sait, les juridictions françaises font prévaloir le droit européen sur le droit interne et ont renoncé à utiliser l'argument tiré de la chronologie – qui avait, un temps, servi de fondement aux solutions antérieures – au profit du critère hiérarchique tiré de l'article 55 de la Constitution. Il demeure qu'en France c'est toujours sur le fondement du droit interne que le droit européen prévaut et c'est toujours par le biais d'un vocabulaire tiré des sources internes que les juridictions nationales intègrent les solutions européennes. Par ailleurs, cette intégration n'est ni systématique ni immédiate. On serait même tenté de dire que les juges n'intègrent les solutions européennes qu'à la condition que ces dernières confortent le droit positif interne ou à la condition qu'ils soient parvenus à élaborer une justification tirées du droit interne. C'est sans doute ce qui explique cette dissociation entre forme et fond que l'on observe assez

¹ « Lorsque moi j'emploie un mot, répliqua Humpty Dumpty d'un ton de voix quelque peu dédaigneux, il signifie exactement ce qu'il me plaît qu'il signifie... ni plus, ni moins.

« – La question, dit Alice, est de savoir si vous avez le pouvoir de faire que les mots signifient autre chose que ce qu'ils veulent dire.

« – La question, riposta Humpty Dumpty, est de savoir qui sera le maître... un point, c'est tout. »

L. Carroll, *De l'autre côté du miroir et ce qu'Alice y trouva*, trad. fçse H. Parisot, in *Œuvres*, Paris, La Pléiade, Gallimard, 1990, p. 316.

souvent dans la jurisprudence administrative française, laquelle tend fréquemment à habiller des solutions matériellement nouvelles de formes anciennes. La technique a le mérite de donner les apparences d'une continuité et donc d'une stabilité du droit.

Il est à cet égard frappant de voir qu'en matière de directives communautaires, le Conseil d'État contourne sa propre jurisprudence *Cohn-Bendit* sans pour autant l'écartier formellement. Ainsi par le biais de cet écran de fumée que sont les « règles nationales applicables » sur le fondement desquelles est censé reposer un acte administratif non réglementaire contraire à une directive communautaire, le Conseil d'État semble en apparence rappeler l'exigence formelle d'un acte de transposition pour toute application d'une directive. Or, matériellement parlant, et simultanément, il annihile cette même exigence (v. CE, Ass., 6 février 1998, *M. Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, concl. Savoie, AJ, 1998, p. 458, chron., p. 403). En effet, puisque c'est au juge qu'il revient d'identifier le fondement interne d'un tel acte en dissimulant sa propre jurisprudence sous l'expression de « règles nationales applicables », il lui est toujours loisible d'opposer une directive à un acte unilatéral non réglementaire fondé sur ces fameuses règles nationales. Pour autant, le Conseil d'État ne semble pas encore avoir renoncé à l'exigence de transposition pour faire prévaloir une directive sur un acte unilatéral explicitement individuel qui lui serait contraire. On mesure ainsi combien l'évolution jurisprudentielle est affaire de choix plus que de déterminisme.

On pourrait encore illustrer cette démarche avec l'arrêt *Tropic* du 16 juillet 2007 (CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, chr AJ 2007, p. 1577, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, BJCP, 54, 2007, p. 391, concl. Casas, obs. C.M., R.S, Ph.T.) dans lequel le Conseil d'État a créé, de toutes pièces, un recours de plein contentieux original contre les contrats dont il a réservé l'usage à ce qu'il appelle des « concurrents évincés ». Il faut s'arrêter un instant sur cette expression que n'emploie pas la jurisprudence communautaire : la CJCE parle, elle, de « tiers lésés ». Cette dernière expression, par son indétermination, dessine une catégorie de requérants virtuels plus vaste que la première. On pourrait certes n'accorder que peu de crédit à une telle considération sémantique en retenant que l'innovation jurisprudentielle à elle seule marque pleinement la (bonne) influence de la jurisprudence communautaire sur celle nationale puisque le Conseil d'État a rendu cet arrêt deux jours avant que la CJCE n'en rende un autre sur une question similaire (CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-503/04, BJCP 55, 2007.406 concl. Trstenjak, obs. Ph. T). Quel beau dialogue des juges, n'est-ce pas ? Il reste que la divergence entre les deux juridictions ne semble pas seulement verbale. Le choix de l'expression « concurrent évincé » par le Conseil d'État manifeste la nette volonté de limiter cette nouvelle voie de recours aux seuls cocontractants potentiels de l'administration et non aux tiers en général c'est-à-dire aux usagers du service public.

Il est un autre exemple désormais bien connu tiré de la « sécurité juridique » (cf. CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG et autres*, Rec., p. 154 ; AJDA 2006. 1028, chron. Landais et Lenica ; RFDA 2006. 463. concl. Aguila). On a fait remarquer à quel point la signification de l'expression ressemblait, sous la plume du Conseil d'État, à celle que la CJCE donne au principe dit de « confiance légitime ». Dans les deux cas, il s'agit de mettre en balance la stabilité des situations juridiques constituées et la mutabilité d'une réglementation nécessairement évolutive et d'imposer des mesures transitoires que justifieraient des perturbations excessives des premières par la seconde. Que le Conseil d'État n'ait manifestement pas voulu utiliser l'expression de « confiance légitime » est incontestable. Les raisons de ce refus demeureront toujours inaccessibles à l'observateur extérieur. On peut de là conclure que « peu importe le mot pourvu qu'on ait la chose » (D. Simon, *Europe* n°5, Mai 2006, comm. 142). Mais c'est peut-être trahir le présupposé que la valeur ultime à l'aune de laquelle on évalue les décisions des juges réside dans leur aptitude à réaliser la cohérence et la

complétude du système juridique, condition *sine qua non* d'un droit digne de ce nom : prévisible, stable, sûr. Ne peut-on pas se passer d'une telle évaluation et s'intéresser à ce que fait le Conseil d'État plutôt qu'à ce qu'il devrait faire ? Or, en adoptant un concept de sécurité juridique plus extensif que celui de la CJCE, le Conseil d'État se dote d'un concept autonome et se donne les moyens de ne plus faire application d'un principe de confiance légitime, principe dont il pourra, à l'avenir toujours dire qu'il demeure « applicable uniquement dans le champ du droit communautaire », en sachant que cela ne mange pas de pain. C'est ce qui s'appelle devenir le maître de sa propre catégorie. Ainsi a-t-on la chose, certes, mais un peu plus que la chose... et le droit qui en résulte apparaît pour ce qu'il est : le masque élégant de cette gorgone du pouvoir qui nous regarde que rappelait Kelsen.

Qu'il nous soit permis une autre illustration des moyens dont se dotent les juges pour décider du sens des mots. Lorsqu'il s'est agi de déterminer le champ d'application des directives encadrant les procédures de passation des marchés publics, la CJCE en a dispensé les contrats dits « *in house* ». Ce sont ces contrats où « à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, C-107/98, concl. Cosmas, Rec 1999, I-8121, §50).

Est-il présomptueux de penser que le Conseil d'État a fort bien su s'approprier ce concept de contrat *in house* pour régénérer le concept de service public (administratif) en admettant récemment que les collectivités publiques doivent être considérées comme gérant elles-mêmes un service public lorsqu'elles se trouvent placées dans une relation contractuelle avec une personne morale à laquelle ce juge administratif dénie la qualité d'« opérateur sur un marché concurrentiel » sans parler explicitement de contrat *in house* (v. Conseil d'État, Sect., 6 avril 2007, req. 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*, BJCP n°53 2007.283 concl. Séners ; RFDA 2007.812 concl. Séners et note Douence ; AJ 2007.1020 chr. Landais et Lenica : « lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques (...) doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service (...) ») ? Encore une fois, la forme ne traduit pas toujours le fond. L'avenir démentira peut-être cette interprétation mais, en attendant, il semble bien que la forme contractuelle proposée par la CJCE ait donné quelques idées au Conseil d'État et ce, non pas seulement pour se transformer en un bon exécutant d'une jurisprudence communautaire mais pour développer, à partir d'elle, des normes nouvelles qui ne conduisent pas nécessairement à la fin des particularismes nationaux.

Il n'en demeure pas moins que la généralité de ces propos laisse insatisfait celui qui les tient. À supposer qu'ils ne soient pas complètement erronés, encore faut-il souligner combien, selon l'angle sous lequel on envisage de les regarder, les rapports entre les juridictions nationales et supranationales reflètent la très grande ambiguïté politique du « projet » européen qui continue d'hésiter entre fédération et confédération d'États.

Pierre BRUNET,
Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense
(UMR CNRS 7074, Centre de Théorie et d'Analyse du Droit)

Après en avoir pris connaissance, je ne peux que souscrire à la thèse défendue par Olivier Dubos et je tiens à souligner que je partage largement son diagnostic quant à l'impérialisme de la CJCE et la capacité de cette dernière à imposer ses solutions. Bref, je ne nourris aucune illusion quant à la « résistance » des cours nationales et je crois que nous sommes tous deux parfaitement d'accord pour dire que les rapports entre les juridictions sont bel et bien des rapports de force où chacun tente de tirer la couverture à soi tout en sachant pertinemment que la force n'est pas la même d'un côté ou de l'autre. Mieux encore : au risque de faire preuve d'une ignorance impardonnable, l'article d'Olivier Dubos me semble éclairer un aspect du problème trop rarement souligné.

On a en effet coutume de raisonner – sans parfois en avoir pleinement conscience – comme si les systèmes juridiques, qu'ils soient communautaire ou étatique, tendaient vers une fin identifiée et identifiable, comme si les juges savaient où ils allaient peut-être à notre insu (et sans doute cette représentation des choses explique les angoisses de certains devant le développement du droit communautaire). Ce qui sans doute motive une telle approche est, comme le dit très bien Olivier Dubos, que nous raisonnons avec des siècles de construction étatique dans la tête et une peur (parfois panique) des lendemains incertains.

Et si pourtant cette idée finaliste n'avait aucun fondement ? Si, au fond, la « bonne » application du droit communautaire n'existait pas ? Bref, pourquoi ne pas lire dans le marc des relations entre les juridictions rien d'autre que des rapports de force plutôt que d'y introduire une rationalité, qu'elle soit de l'ordre du dialogue ou de la guerre des juges ? Bien qu'insatisfaisante, cette conclusion semble la seule défendable si l'on veut bien faire l'effort d'admettre que cette construction communautaire n'a guère de fin déterminée ; car, aussi considérable soit-il, le pouvoir politique qu'exercent les juges en matière d'interprétation reste un pouvoir sinon aveugle du moins borgne et toujours susceptible de se retourner contre eux. De ce point de vue, ils ne maîtrisent leurs catégories juridiques que pour un temps. Le temps que les individus s'en emparent et cherchent à les tordre ou les contourner. Le temps que les rapports politiques débouchent enfin sur une fin tangible.