

## *LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE EN DROIT EUROPEEN ET COMPARE*

*Colloque Université Jean Moulin Lyon 3 – Centre d'études européennes – 22 et 23 novembre 2010*

---

### *Revirement de jurisprudence ou casuistique jurisprudentielle ? A propos de la confrontation devant la Cour de justice des libertés européennes de circulation et du droit national.*

Intervention de Jean-Sylvestre Bergé<sup>(\*)</sup>

#### *Présentation*

A l'occasion de la publication des *Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne* (Thémis Droit, éd. Puf, oct. 2010), ce colloque se donne pour ambition d'approfondir la notion de revirement de jurisprudence dans le contexte européen et comparé.

La confrontation du droit européen des libertés de circulation (UE – Marché intérieur notamment) et du droit national des États membres donne lieu, devant la Cour de justice, à d'importants développements jurisprudentiels. Les solutions retenues par la juridiction européenne sont largement commentées et discutées. Elles font souvent l'objet d'interprétations ou d'applications différentes, éventuellement divergentes.

Pour expliciter ces développements jurisprudentiels, la figure du revirement de jurisprudence est assez rarement sollicitée par les juges eux-mêmes et les commentateurs. Si l'on excepte quelques cas célèbres passés ou en cours (on songe, par exemple, aux discussions sur la fonction essentielle de la marque [revirement Hag I / Hag II], sur la notion de mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives [revirement Dassonville / Keck et Mithouard], sur le traitement des discriminations à rebours [affaire Zambrano (C-34/09) actuellement discutée]), c'est plus volontiers l'idée de « casuistique » qui semble le mieux correspondre à la réalité.

La casuistique n'interdit pas le revirement de jurisprudence. Mais elle en relativise considérablement la portée, puisque le juriste porte principalement ses efforts sur la différenciation et la théorisation des présupposés susceptibles de former autant de cas d'application jurisprudentielle distincts de la règle de droit, plutôt que sur la mise en opposition frontale des solutions jurisprudentielles.

Cette communication ambitionne d'expliquer pourquoi la notion de « casuistique » l'emporte, de notre point de vue, sur celle de « revirement » de jurisprudence dans le

---

<sup>(\*)</sup> Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense (CEJEC) – [www.cejec.eu](http://www.cejec.eu) – [jsberge@gmail.com](mailto:jsberge@gmail.com)

domaine de la confrontation du droit européen des libertés de circulation et du droit national des États membres.

Outre les raisons historiques (le jeune âge d'un droit européen en construction qui explore des solutions nouvelles plus qu'il ne corrige ses solutions (dé)passées), institutionnelles (la posture singulière d'une Cour de justice qui dit le droit sans avoir nécessairement à juger d'un cas ; les difficultés d'accès à la Cour de justice et donc à la rhétorique du revirement pour faire évoluer les solutions), deux explications qui tiennent à la nature « non circulaire » du droit européen du marché intérieur peuvent asseoir cette analyse :

- la casuistique s'explique par le dédoublement du juge ;
- la casuistique s'explique par le dédoublement de la loi.

Au final, il nous apparaît que si revirements de jurisprudence il y a dans ce domaine d'application du droit européen, c'est plus du côté de la jurisprudence de source nationale et non européenne qu'il faut les rechercher. Cette observation est une indication précieuse pour ceux qui considèrent que le droit européen d'aujourd'hui se fabrique également (essentiellement ?) par le bas.

---

## Introduction

### Remerciements

### Accroche

### La question posée par le colloque : la notion de « revirement de jurisprudence » en droit européen et comparé

### La question qui nous proposons de traiter : la confrontation des libertés européennes de circulation et du droit national devant la Cour de Justice, revirement ou casuistique ?

### Définition des termes du sujet

- « libertés européennes de circulation »
- « droit national »
- « confrontation devant la Cour de Justice »
- « revirement » ou « casuistique » ?

### Une première observation : peu de revirements de la Cour de Justice en droit du marché intérieur

- quelques exemples tirés du passé & quelques questions actuellement discutées devant la Cour de justice

### Une seconde observation : une grande diversité des solutions dégagées par la Cour de Justice en droit du marché intérieur

- quelques exemples tirés du passé & quelques questions actuellement discutées devant la Cour de justice

### Recherche d'une explication

- explication par le contexte historique (insuffisante)
- explications institutionnelles (non traitées)
- explications fondées sur la nature « non circulaire » du droit européen

## **Plan : deux pistes : le dédoublement du juge et le dédoublement de la loi**

### **I – Le dédoublement du juge**

#### **La question**

La condition du revirement : approche circulaire du juge

Un dédoublement du juge... à double détente

#### **Le juge qui statue n'est pas tout seul : la figure du dialogue des juges dans le cadre du renvoi**

#### **préjudiciel**

Question d'un juge à un autre juge

Réponse d'un juge à un autre juge

Deux juges pour une seule et même jurisprudence ?

#### **L'affirmation d'un juge national, juge européen de droit commun**

Le dédoublement fonctionnel du juge national

Une solution pour éviter le dédoublement des ordres juridiques

#### **Le jeu fréquent en droit du marché intérieur d'une subsidiarité judiciaire**

La subsidiarité judiciaire

Un outil au service de la confrontation du droit européen de la libre circulation et du droit national

#### **Deux juges pour une même jurisprudence ou la figure difficile du revirement**

### **II – Le dédoublement de la loi**

#### **La question**

La condition du revirement : une seule et même loi interprétée et appliquée différemment

Le dédoublement de la loi par confrontation de deux droits différents

#### **L'hypothèse en droit du marché intérieur : deux lois s'appliquent en même temps**

L'application de la loi européenne – son interprétation

L'application du droit national – son interprétation

#### **L'affirmation de la primauté du droit européen sur le droit national**

La primauté des libertés de circulation

L'analyse du droit national comme un fait

#### **La subsistance d'un rapport de mise en œuvre entre le droit européen et le droit national**

La coexistence durable de deux niveaux de droit

Sauf cas exceptionnel de disparition d'un niveau de droit

#### **Deux lois pour une même jurisprudence ou la figure difficile du revirement**

### **En guise de conclusion**

-----