

Une approche particulière du dialogue des juges au sein de l'espace économique européen

Eleftheria Neframi

Professeur, Université du Luxembourg

Clelia Lacchi*

Docteur en droit européen, Administrateur juriste, CJUE

SOMMAIRE

- I. Le rapport entre la Cour de justice de l'Union et la Cour AELE sous l'angle de l'objectif d'homogénéité
 - A. Un rapport intersystémique malgré l'objectif d'homogénéité
 - B. Un dialogue constructif fondé sur l'objectif d'homogénéité
- II. La dynamique de l'objectif d'homogénéité dans le cadre du pilier AELE
 - A. La constitutionnalisation du pilier AELE au nom de l'homogénéité
 - B. Les effets de la constitutionnalisation du pilier AELE dans le rapport vertical entre la Cour AELE et les juges nationaux
 - 1. De la faculté à l'obligation de demander un avis consultatif à la Cour AELE
 - 2. L'autorité des arrêts de la Cour AELE dans le cadre de la procédure d'avis consultatif

L'accord sur l'Espace économique européen (accord EEE), accord d'association entre l'Union européenne (ancienne Communauté) et ses États membres, d'une part, et les États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) à l'exception de la Suisse, d'autre part¹, met en place un cadre particulier pour le dialogue des juges. La particularité résulte du caractère *sui generis* de l'accord EEE : accord d'association d'un point de vue formel, il vise à étendre les règles du marché intérieur aux trois pays AELE actuellement parties à l'accord (Islande, Lichtenstein, Norvège) sans pour autant étendre l'ordre juridique de l'Union européenne (UE). Il crée ainsi un espace au sein duquel les pays AELE ont un statut particulier d'État tiers : ils participent au marché intérieur sans

* Les opinions exprimées sont purement personnelles.

1. L'accord EEE a été signé à Porto le 2 mai 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, JO L 1 du 3 janvier 1994.

être membres de l'Union, à travers l'extension à leur égard de l'application de certaines règles de l'Union reprises dans l'accord EEE, lequel ne crée pas de nouvelles règles. Cette construction particulière est fondée sur l'objectif d'homogénéité, inscrit dans l'accord EEE. Selon son article 1^{er}, « Le présent accord d'association a pour objet de favoriser un renforcement continu et équilibré des relations économiques et commerciales entre les parties contractantes, dans des conditions de concurrence égales et le respect des mêmes règles, en vue de créer un Espace économique européen homogène, ci-après dénommé "EEE" ».

La question qui se pose naturellement au regard de l'objectif d'homogénéité est celle de son juge. Après le rejet, par la Cour de justice de l'Union dans son avis 1/91, du projet d'une Cour commune, au nom du principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union², l'EEE comporte deux piliers : le pilier AELE et le pilier UE. Le pilier AELE est fondé sur un accord qui coexiste avec l'accord EEE, conclu entre les pays AELE, et qui institue une autorité de surveillance et une Cour de justice des États de l'AELE (Cour AELE)³ auxquelles sont conférées des compétences similaires à celles de la Commission européenne, dans son rôle de gardienne des Traités, et à celles de la Cour de justice de l'Union⁴. Le pilier UE désigne l'application de l'accord EEE au sein de l'ordre juridique de l'Union en tant qu'accord d'association, conformément à l'article 216, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁵, et sous le contrôle et la compétence de la Cour de justice. Or, l'objectif d'homogénéité concerne les deux piliers, ce qui signifie que l'application effective de l'accord EEE et la garantie d'un espace homogène dépend tant de la Cour AELE que de la Cour de justice de l'Union. Cela crée un rapport particulier entre les deux Cours, fondé sur le dialogue (I). En même temps, l'obligation qui incombe à la Cour AELE d'assurer l'homogénéité au sein du pilier AELE justifie une jurisprudence dynamique qui met en évidence une double dimension du dialogue entre juges, comprenant le rapport vertical entre la Cour AELE et les juges nationaux des pays AELE (II).

I. Le rapport entre la Cour de justice de l'Union et la Cour AELE sous l'angle de l'objectif d'homogénéité

Dans l'affaire *Opel*, le Tribunal de l'Union a considéré que « (...) en instituant une Autorité de surveillance AELE et une Cour AELE, avec des pouvoirs et des compétences similaires à ceux de la Commission et de la Cour, il a été créé un système à deux piliers, dans lequel l'Autorité de surveillance AELE et la Cour AELE veillent à la mise en application de l'accord du côté des États AELE, tandis que la Commission, la Cour et le Tribunal veillent à sa mise en application du côté de

2. Avis de la Cour du 14 décembre 1991, 1/91, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, EU:C:1991:490.

3. Accord SCA (The Surveillance and Court Agreement), JO L 344 du 31 décembre 1994. Aux termes de l'article 108, paragraphe 2, de l'accord EEE « Les États de l'AELE instituent une Cour de justice, ci-après dénommée « Cour AELE ». Conformément à un accord séparé conclu entre les États de l'AELE, la Cour AELE est compétente, en ce qui concerne l'application du présent accord, notamment pour : a) les actions concernant la procédure de surveillance à l'égard des États de l'AELE ; b) les recours contre les décisions prises par l'Autorité de surveillance AELE dans le domaine de la concurrence ; c) le règlement des différends entre deux ou plusieurs États de l'AELE ».

4. S. Magnusson, "Cour AELE", *Jurisclasseur Europe*, fascicule 4000, 5, 2011. T. Blanchet, M. Westman-Clement, « La Cour de l'AELE dans le cadre de l'accord sur l'espace économique européen », *Annuaire français de droit international*, 1995, pp. 743-753.

5. « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ».

la Communauté. Ce système est renforcé par un grand nombre d'éléments qui ont pour objet d'en assurer l'homogénéité »⁶.

Le rapport entre la Cour de justice de l'Union et la Cour AELE se situe ainsi dans un cadre juridique particulier, marqué par la dualité des objectifs poursuivis, qui donne audit rapport un caractère intersystémique (A). Toutefois, le dialogue entre les deux Cours étant imposé par l'accord EEE même, il doit permettre de surmonter l'éventuelle concurrence des juges (B).

A. Un rapport intersystémique malgré l'objectif d'homogénéité

L'espace économique européen homogène se met en place par la reproduction, dans l'accord EEE, de règles identiques aux règles de l'Union. Ainsi, l'accord EEE reprend les dispositions du droit de l'Union relatives aux libertés de circulation, à la concurrence, à l'environnement, au renforcement de la coopération dans les domaines de la recherche et le développement, à l'éducation et la politique sociale. En outre, la nouvelle législation de l'Union est incorporée sous forme de modifications des annexes à l'accord EEE par le Comité mixte de l'EEE⁷. Cependant, les pays AELE parties à l'accord EEE n'ont pas consenti au transfert des compétences au profit d'organes supranationaux et, par conséquent, les principes fondamentaux issus du transfert des compétences, à savoir la primauté et l'effet direct, ne trouvent pas application⁸ et relèvent de l'ordre constitutionnel national⁹. Ainsi, il ne s'agit pas de l'extension de l'ordre juridique de l'Union aux pays AELE, ni de la création d'un ordre juridique propre et commun aux co-contractants. L'objectif d'homogénéité se comprend dans la coexistence des piliers et des juges, qui doivent assurer la poursuite d'objectifs propres et distincts.

Plus précisément, comme la Cour de justice l'a affirmé, « l'un des principaux objectifs de l'accord EEE est de réaliser de la manière la plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'EEE, de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de la Communauté soit étendu aux États de l'AELE »¹⁰. Toutefois, l'extension du marché intérieur aux États de l'AELE est un objectif issu d'un accord international, auquel l'Union a souscrit, et il ne s'agit pas, par conséquent, d'un objectif de l'Union.

En effet, la Cour de justice de l'Union a déjà souligné la différence des objectifs de l'Union et de l'EEE dans son avis 1/91, lorsqu'elle a rejeté, au nom du principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, le projet de création d'une seule Cour EEE commune aux États membres de l'Union et aux pays AELE. Selon la Cour de justice, « l'Espace EE doit être réalisé sur la base d'un traité international qui ne crée, en substance, que des droits et obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoit aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il

6. Arrêt du Tribunal du 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH c. Conseil de l'Union européenne*, T-115/94, EU:T:1997:3, point 108.
7. Voir les articles 102, paragraphe 1 et 105 de l'accord EEE.

8. P. Hreinsson, « General Principles », in C. Baudenbacher (dir.), *The Handbook of EEA Law*, Heidelberg New York Dordrecht London, Springer, 2016, pp. 349-389 ; F. Sejersted, « Between Sovereignty and Supranationalism in the EEA Context-On the Legal Dynamics of the EEA Agreement », in P-C. Müller-Graff, E. Selvig (dir), *The European Economic Area –Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe*, Berlin, Berlin Verlag A. Spitz, 1997, p. 45 ; L. Sevon, « Primacy and Direct Effect in the EEA, Some Reflections », in *Festschrift til Ole Due*, Copenhague, Gads Forlag, 1994, p. 339.

9. Selon le protocole 35 de l'accord EEE, en cas de conflit entre les règles de l'EEE et d'autres dispositions législatives, les États de l'AELE s'engagent à adopter, en cas de besoin, une disposition législative selon laquelle les règles de l'EEE prévalent. Concernant l'effet direct, la Cour AELE considère qu'il ne résulte pas de l'accord EEE que les actes de l'Union, reprises dans l'accord EEE, sont directement applicables. Voir Cour AELE, 28 septembre 2012, *Irish Bank*, E-18/11, points 118-119.

10. Arrêt de la Cour du 23 septembre 2003, *Ospelt*, C-452/01, EU:C:2003:493, point 29.

institue. En revanche, le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants (...). Il résulte de ces considérations que l'homogénéité des règles de droit dans l'ensemble de l'Espace EE n'est pas garantie par l'identité de contenu ou de rédaction des dispositions du droit communautaire et des dispositions correspondantes de l'accord »¹¹. Par conséquent, pour la Cour de justice, l'accord EEE ne conduit pas à l'extension partielle de l'ordre juridique de l'Union au profit des pays AELE, car les règles « exportées » sont détachées du contexte constitutionnel auquel elles sont rattachées dans l'ordre juridique de l'Union.

Il convient de noter que, à l'égard des pays AELE parties à l'accord EEE, l'application des règles substantielles de l'Union qui sont adoptées par les institutions de celle-ci ne se produit pas directement, mais à travers l'intervention des organes supranationaux. Il y a notamment un Comité mixte, composé par les représentants de l'Union et des pays AELE, qui a pour objectif de reprendre les règles adoptées au niveau de l'Union qui présentent un intérêt pour l'EEE et d'adopter des décisions qui seront annexées à l'accord EEE afin de les appliquer aux pays AELE. Il s'agit donc un système dualiste, caractérisé par la transformation des règles de l'Union par le biais du Comité mixte. Ainsi, ce ne sont pas les règles de l'Union qui s'appliquent aux pays AELE, mais les règles reprises, matériellement identiques, en vertu de l'accord EEE. La bonne application de ces règles, qui constituent des règles de droit international pour les pays AELE, est assurée par l'Autorité de Surveillance¹² et la Cour AELE. Ces considérations nous amènent à relever que l'ordre juridique de l'Union n'est pas étendu aux pays AELE à travers l'accord EEE.

En outre, la Cour de justice considère, dans le même avis 1/91, que l'accord EEE ne crée pas de nouvel ordre juridique commun à l'Union et aux pays AELE. Elle affirme que l'homogénéité implique, selon l'article 6 de l'accord EEE, que les règles de l'accord soient interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour de justice relative aux règles correspondantes du droit de l'Union. Cependant l'interprétation doit être adaptée à l'objectif de l'accord EEE, et ne pas s'étendre à des éléments de la jurisprudence de la Cour qui sont liés aux caractéristiques constitutionnelles de l'ordre juridique de l'Union et à la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres¹³. En revanche, dans son application dans l'ordre juridique de l'Union, l'accord EEE implique l'interprétation des règles du droit de l'Union qui sont reprises dans l'accord, mais dans leur contexte constitutionnel. Dans l'ordre juridique de l'Union, l'accord EEE a le statut d'un accord mixte, qui nécessite à la fois l'interprétation de la répartition des compétences de mise en œuvre, et l'interprétation des règles de l'Union en vue de leur application aux ressortissants des pays AELE. Par conséquent, l'attribution de compétence à une juridiction créée par l'accord EEE serait incompatible avec le principe d'autonomie, puisque cette juridiction serait amenée à interpréter le droit de l'Union au détriment

11. Avis de la Cour du 14 décembre 1991, *op. cit.* note 2, points 20-22.

12. Selon article 108, paragraphe 1, de l'accord EEE, « Les États de l'AELE instituent une autorité de surveillance indépendante, ci-après dénommée "Autorité de surveillance AEL", et instaurent des procédures analogues à celles qui existent dans la Communauté, y compris des procédures en vue d'assurer le respect des obligations prévues par le présent accord et de contrôler la légalité des actes de l'Autorité de surveillance AELE en matière de concurrence ». Voir *supra* note 3.

13. Avis de la Cour du 14 décembre 1991, *op. cit.* note 2, points 24-28.

de la compétence exclusive de la Cour de justice¹⁴. Il résulte de cette prise de position centrée sur le principe d'autonomie que l'accord EEE ne crée pas un nouvel ordre juridique commun : il s'agit bien d'un ordre juridique pour les pays AELE, qui doivent appliquer les règles de l'accord EEE selon la jurisprudence de la Cour de justice, avec les nécessaires adaptations, et d'un accord international pour l'Union et ses États membres, qui étend l'application des règles du marché intérieur aux cocontractants¹⁵. De cette double dimension résulte la structure en piliers.

En effet, la Cour de justice, dans son avis 1/92¹⁶, a confirmé la compatibilité avec l'ordre juridique de l'Union de la structure en piliers de l'EEE. Aux termes de la Cour de justice, « il convient de constater que l'accord ne prévoit plus l'institution de la Cour EEE, mais envisage la mise en place d'une Cour AELE par un accord séparé à conclure entre les États de l'AELE. À cet égard, il suffit d'observer que, contrairement à ce qui avait été envisagé pour la Cour EEE, la Cour AELE ne connaîtra pas des différends entre les parties contractantes et n'exercera ses compétences qu'à l'intérieur de l'AELE »¹⁷.

Par conséquent, le rapport entre la Cour de justice de l'Union et la Cour AELE ne se situe pas dans un seul ordre juridique ; les deux juridictions relevant d'ordres juridiques distincts, leur rapport est intersystémique. Cependant, ce rapport intersystémique est placé au sein de l'accord EEE, ce qui implique que les deux Cours sont liées par l'objectif commun d'homogénéité. Cela signifie, par conséquent qu'elles doivent surmonter le rapport de concurrence au profit d'un dialogue garantissant l'application effective de l'accord EEE dans les deux piliers.

B. Un dialogue constructif fondé sur l'objectif d'homogénéité

Le rapport entre la Cour de justice de l'Union et la Cour AELE est organisé par l'accord EEE mais est également développé dans la jurisprudence des deux Cours.

Il convient tout d'abord de souligner que la Cour AELE ne présente pas de liens personnels et fonctionnels avec la Cour de justice¹⁸. Toutefois, elle a l'obligation, issue de l'article 6 de l'accord EEE, d'interpréter les dispositions de l'accord EEE (y compris les règles introduites par le Comité mixte), dans la mesure où elles sont identiques en substance aux règles correspondantes du droit de l'Union, de manière uniforme. Cette obligation s'impose aussi à la Cour de justice de l'Union, qui est également liée par l'objectif d'homogénéité¹⁹.

À une première lecture des dispositions de l'accord EEE, on aurait pu considérer que les deux Cours se positionnent dans un rapport de concurrence, avec prééminence de la Cour de justice de l'Union.

Tout d'abord, l'article 6 de l'accord EEE prévoit l'obligation pour la Cour AELE de s'aligner à la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature de l'accord EEE. En ce qui concerne

14. *Idem*, points 41-43.

15. E. Neframi, « L'accord sur l'espace économique européen, porteur d'un statut propre d'État tiers », in I. Bosse-Platière, C. Rapport (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 313.

16. Avis de la Cour du 10 avril 1992, 1/92, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, EU:C:1992:189.

17. *Idem*, point 19.

18. Avis de la Cour du 10 avril 1992, *op. cit.*, note 16, point 13. C. Baundenbacher, « The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together », in A. Rosas, E. Levits, Y. Bot (dir.), *La Cour de justice et la construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de soixante ans de Jurisprudence*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2013, pp. 183-203.

19. Arrêt de la Cour du 28 octobre 2010, *Etablissements Rimbaud SA*, C-72/09, EU:C:2010:645, point 29.

la jurisprudence postérieure, l'article 3, paragraphe 2, de l'accord instituant une Autorité de surveillance de l'AELE et une Cour de justice des États de l'AELE (accord SCA), prévoit que la Cour AELE, ainsi que l'Autorité de surveillance, en interprétant l'accord EEE, doivent tenir compte des principes consacrés par la Cour de justice de l'Union. Toutefois, en cas de divergence d'interprétation, le Comité mixte doit prendre une décision²⁰. Or, le rôle du Comité mixte ne consiste pas dans l'adoption de sa propre décision, mais dans la préservation de la jurisprudence de la Cour de l'Union.

En outre, afin de neutraliser les divergences d'interprétation entre les deux Cours, il existe la possibilité pour les parties contractantes de se fier à l'autorité interprétative de la Cour de justice de l'Union. Les États de l'AELE peuvent en effet autoriser leurs juridictions, conformément à l'article 107 de l'accord EEE et au protocole 34, à demander à la Cour de justice de rendre une décision sur l'interprétation d'une disposition de l'accord. Enfin, seule la Cour de justice de l'Union a compétence pour connaître des différends entre les parties contractantes, selon l'article 111 de l'accord EEE.

Au vu de ces éléments, il peut être noté que les deux Cours se trouvent dans un rapport de concurrence, avec prééminence de la Cour de justice de l'Union.

Toutefois, l'alignement de l'interprétation de la Cour AELE à celle de la Cour de justice ne fait qu'exprimer la quête d'uniformité en vue de l'exigence d'homogénéité issue de l'accord EEE. Un tel alignement n'affecte pas l'autonomie institutionnelle des deux Cours. Selon les articles 105 et 106 de l'accord EEE l'interprétation doit être aussi uniforme que possible, ce qui préserve l'indépendance et exclut la subordination fonctionnelle²¹. En outre, aucun État de l'AELE n'a utilisé la voie du dialogue avec la Cour de justice de l'Union, ce qui confirme que le dialogue entre les deux piliers de l'EEE ne peut qu'être horizontal²². Enfin, l'objectif d'homogénéité et les exigences qui en découlent concernent également l'interprétation de l'accord EEE par la Cour de justice de l'Union. Ainsi, la concurrence doit céder la place au dialogue, qui seul peut garantir l'objectif d'homogénéité, lequel ne consiste pas dans l'application des mêmes règles, mais dans l'interprétation uniforme en prenant en considération la différence des objectifs entre le pilier AELE et le pilier UE de l'accord EEE.

Le dialogue s'effectue en effet premièrement à travers le suivisme par la Cour AELE de la jurisprudence de la Cour de l'Union afin de garantir une homogénéité d'application de l'accord EEE dans le pilier AELE²³. Il est significatif que l'homogénéité a été également consacrée au niveau procédural, en ce qui concerne l'interprétation des conditions de recevabilité du recours en annulation ou de la notion de tribunal dans le cadre du renvoi préjudiciel de manière conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union²⁴. Mais le suivisme n'est pas aussi systématique. Ainsi, la Cour AELE, dans l'affaire *L'Oréal*, a considéré que malgré la nécessité, issue de l'objectif d'homogénéité, d'une interprétation des règles EEE conforme à celle des règles communautaires, la différenciation entre la portée et les objectifs de l'Espace économique européen et ceux des traités communautaires, peut,

20. C. Baudenbacher, « The Relationship between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union », in C. Baudenbacher (dir.), *The Handbook of EEA Law*, op. cit., note 8, pp. 190-191.

21. C. Baudenbacher, « Between Homogeneity and Independence: the Legal Position of the EFTA Court in the European Economic Area », *Columbia Journal of European Law*, n° 3/1997, pp. 169-227.

22. A. E. Angelaki, « Radiographie d'un système juridictionnel à deux piliers, ou la garantie de la vitalité de l'Espace économique européen par le dialogue des juges », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, n° 18/2016, p. 9.

23. Cour AELE 12 décembre 2003, *ESA c. Islande*, E-1/03, point 27; la Cour AELE a également affirmé qu'elle tendrait aussi compte de la jurisprudence du Tribunal, voir par exemple, Cour AELE 21 février 2008, *Scottish Salmon Growers Association Ltd*, E-2/94, point 13.

24. E. Neframi, « L'accord sur l'espace économique européen, porteur d'un statut propre d'État tiers », op. cit., note 15.

sous certaines circonstances conduire à des interprétations différentes²⁵. La Cour AELE a en outre considéré que, si la jurisprudence de la Cour de justice est ancienne et des nouvelles circonstances ou des innovations scientifiques ont été développées, elle ne suivra pas la Cour de l'Union²⁶. Malgré les revirements de sa jurisprudence afin de s'aligner sur celle de la Cour de justice, la Cour AELE considère que la divergence d'interprétation est une conséquence inhérente à la structure institutionnelle de l'EEE, comprenant deux Cours appelées à interpréter de règles matériellement identiques.

Cette structure duale implique la réciprocité du dialogue²⁷. Aux termes de la Cour de justice de l'Union, « tant la Cour que la Cour AELE ont reconnu la nécessité de veiller à ce que les règles de l'accord EEE identiques en substance à celles du Traité soient interprétées de manière uniforme »²⁸.

La Cour de justice a ainsi reconnu un statut particulier aux ressortissants des pays AELE dans ce sens qu'ils ne sont pas considérés comme ressortissants des pays tiers mais ils ont un statut spécifique découlant de l'accord EEE. Dans l'affaire *Royaume-Uni et Irlande du Nord c. Conseil*, afin de vérifier si la décision 2011/497/UE du Conseil relative à la position à adopter par l'Union au sein du comité mixte était fondée sur la bonne base juridique, la Cour de l'Union a affirmé que la libre circulation des travailleurs entre les États membres et les États AELE relève des articles 45 à 48 TFEU et non pas des dispositions relatives à la politique migratoire aux termes de l'article 79 TFEU²⁹. En outre, dans l'affaire *Kellogg's*, la Cour de l'Union n'a pas suivi sa propre jurisprudence, mais elle s'est conformé à larrêt de la Cour AELE³⁰.

Il découle de l'objectif d'homogénéité, qui implique l'uniformité dans l'application des règles de l'accord EEE, que ce n'est pas seulement la Cour AELE qui se réfère à la jurisprudence de la Cour de l'Union, mais aussi cette dernière se réfère à la jurisprudence de la Cour AELE lors de l'application de l'accord EEE³¹, malgré l'absence d'obligation explicite. Les avocats généraux de la Cour de justice font par ailleurs, dans leurs conclusions, souvent référence à la jurisprudence de la Cour AELE³². Il convient de noter que l'accord EEE et l'accord SCA organisent le dialogue réciproque à travers la possibilité d'intervention de la Commission devant la Cour AELE et de l'Autorité de Surveillance et

25. Cour AELE 8 juillet 2008, E 9/07 et E-10/07. Voir également V. Skouris, « The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions », in C. Baudenbacher, P. Tresselt, T. Orlygsson (dir.), *The EFTA Court: Ten Years on*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 123-129; C. Baudenbacher, « The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue », *Fordham International Law Journal*, vol. 28, n° 2 / 2004, pp. 366-391.

26. Cour AELE 5 avril 2001, *ESA c. Norvège*, E-3/00.

27. C. Baudenbacher, « The Relationship between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union », *op. cit.*, note 20, p. 188. Voir aussi les conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire C-277/12, EU:C:2013:888, point 58. Voir arrêt de la Cour du 24 octobre 2013, *Drozdovs*, C-277/12, EU:C:2013:685.

28. Arrêt de la Cour du 23 février 2006, *Keller Holding*, C-471/04, EU:C:2006:143, point 48 ; arrêt de la Cour du 23 septembre 2003, *Ospelt et Schlössle Weissenberg*, C-452/01, EU:C:2003:493, point 29 ; arrêt de la Cour du 1^{er} avril 2004, *Bellio F.lli*, C-286/02, EU:C:2004:212, point 34. Voir également arrêt de la Cour AELE du 12 décembre 2003, *EFTA Surveillance Authority c. Iceland*, E-1/03, point 27.

29. Arrêt de la Cour du 26 septembre 2013, *Royaume-Uni et Irlande du Nord c. Conseil*, C-431/11, EU:C:2013:589, points 60-61. Voir également arrêt de la Cour du 24 juin 2011, *Pepic*, C-476/10, EU:C:2011:422 ; arrêt de la Cour du 11 février 2011, *Fokus Invest*, C-541/08, EU:C:2010:74.

30. Arrêt de la Cour du 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, C-192/01, EU:C:2003:492, points 47-53.

31. Arrêt de la Cour 23 février 2006, *op. cit.* note 28, point 48.

32. Voir par exemple, les conclusions de l'avocat général Mengozzi, dans l'affaire *Fonrship*, C-83/13, EU:C:2009:88, point 100. Voir P. Mengozzi, « The Advocates General and the EFTA Court », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 53-61 ; C. Baudenbacher, « The EFTA Court, the ECJ, and the Latter's Advocates General – a Tale of Judicial Dialogue », in A. Arnulf, P. Eeckhout, T. Tridimas (dir.), *Continuity and Change in EU Law, Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 90-122.

des pays AELE devant la Cour de justice de l'Union³³. Mais c'est surtout à travers la jurisprudence dynamique, à la lumière de l'objectif d'homogénéité, que le dialogue a pris véritablement forme.

II. La dynamique de l'objectif d'homogénéité dans le cadre du pilier AELE

L'objectif d'homogénéité découlant d'un accord international, il comporte une obligation d'effectivité. Or, afin qu'elle soit effective, l'homogénéité conduit la Cour AELE à combler la lacune issue du fait que l'accord EEE n'a pas été révisé. En effet, une interprétation uniforme des règles issues de l'accord EEE identiques à celles du droit de l'Union n'est pas possible sans la prise en compte de leur contexte constitutionnel, même si celui-ci ne fait pas partie de l'accord EEE. Ainsi, la Cour AELE, en suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, a progressivement attribué des traits de constitutionnalisation au pilier AELE (A). En outre, l'interprétation uniforme comporte une dimension verticale, celle de l'application uniforme de l'accord EEE au sein des pays AELE. Cela nécessite l'extension de l'homogénéité procédurale au dialogue entre la Cour AELE et les juges nationaux des pays AELE parties à l'accord EEE (B).

A. La constitutionnalisation du pilier AELE au nom de l'homogénéité

Malgré l'absence de transfert de compétences au sein du pilier AELE, l'accord EEE consacre le principe de loyauté. Selon l'article 3 de l'accord EEE, « [l]es parties contractantes prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent accord. Elles s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent accord. En outre, elles facilitent la coopération dans le cadre du présent accord ». Dans l'ordre juridique de l'Union, le principe de loyauté, consacré dans l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE), lu à la lumière du principe d'attribution des compétences, est à la base des principes fondamentaux tels la primauté, l'effectivité, l'autonomie³⁴. L'accord EEE étant pour l'Union un engagement international, l'article 3 EEE n'a pas de portée autonome dans l'ordre juridique de l'Union. L'obligation de loyauté d'application effective du droit de l'Union issue de l'article 4 TUE couvre également les accords internationaux conclus par l'Union. L'article 3 EEE développe ainsi ses effets au sein du pilier AELE. Lu à la lumière de l'objectif d'homogénéité, l'obligation de loyauté a permis à la Cour AELE de s'approprier des principes que la Cour de justice de l'Union a fondés sur l'article 4 TUE, et de compenser l'écart entre le texte de l'accord EEE et l'évolution du droit de l'Union. Elle a ainsi introduit dans le pilier AELE des éléments de constitutionnalisation qui témoignent de la difficulté de détacher les règles du marché intérieur de leur contexte constitutionnel. En outre, elle a qualifié l'accord EEE de traité international *sui generis* comportant un ordre juridique qui lui est propre³⁵. Toutefois, l'article 3 EEE a permis à la Cour AELE de

33. I. Kawka, « The Dialogue between the ECJ and the EFTA Court from the Perspective of the Homogeneity Principle », *Geneva Jean Monnet Working Papers*, n° 10/2016.

34. Pour une vue d'ensemble voir M. Blanquet, *L'article 5 du Traité CEE*, Paris, LGDJ, 1994; M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

35. Cour AELE 10 décembre 1998, *Sveinbjörnsdottir*, E-09/97, point 59; Cour AELE 30 mai 2002, *Karlsson*, E-04/01, point 25; Cour AELE, 12 décembre 2003, *Asgeirsson*, E-02/03, point 28.

préserver les caractéristiques essentielles de l'accord EEE et la différenciation de ses objectifs par rapport à ceux des traités de l'Union.

Le processus de constitutionnalisation qui résulte de la jurisprudence de la Cour AELE sur la base du principe de loyauté a conduit l'ancien président de la Cour AELE, le juge Baudenbacher, à qualifier l'accord EEE de base de l'ordre constitutionnel de l'Espace économique européen³⁶. Comme il a déjà été précisé, ledit ordre n'est pas commun aux pays AELE et à l'Union européenne, mais doit être vu dans la spécificité du pilier AELE, au sein duquel le processus de constitutionnalisation découle du principe d'effectivité d'un accord international, y compris son article 3 consacrant le principe de loyauté.

Ainsi, la Cour AELE a considéré que le bon fonctionnement de l'accord EEE dépend de la capacité des individus et des opérateurs économiques à se prévaloir de droits devant les juges nationaux, et à bénéficier du même accès à la justice³⁷. L'objectif d'homogénéité procédurale est ainsi à la base d'un principe de protection juridictionnelle, qui n'est pas consacré en tant que tel, mais au nom de l'application effective de l'accord EEE servi par le principe de loyauté. Toutefois, la Cour AELE a reconnu la protection des droits fondamentaux en tant que principes généraux³⁸. Elle a considéré que, selon l'objectif d'homogénéité, un acte normatif doit être appliqué conformément à l'interprétation donnée par la Cour de justice qui prenne en compte la protection des droits fondamentaux selon la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁹. Toutefois, la Cour AELE n'applique pas la Charte, qui ne fait pas partie du droit issu de l'accord EEE⁴⁰, mais s'inspire de la Convention européenne de droits de l'Homme (CEDH)⁴¹.

En outre, en appliquant le principe de loyauté à la lumière de l'objectif d'homogénéité, la Cour AELE a consacré le principe d'interprétation conforme⁴², de responsabilité de l'État pour violation du droit

36. C. Baudenbacher, « Facets of an EEA Constitutional Order », in N. Colneric, D. Edward, J. Puissochet, D. R. Colomer (dir.), *Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 343.

37. Cour AELE 22 février 2002, *Einarsson*, E-01/01; Cour AELE 28 juin 2011, *ESA c. Norvège*, E-18/10, point 26; Cour AELE 31 janvier 2011, *Aleris Ungplan*, E-13/10, point 24; Cour AELE 22 août 2011, *Konkurrenten.no AS*, E-14/10, point 9. Voir M. Johansson, « Judicial Protection in the EEA EFTA States-Direct Effect of EEA Law Revisited », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, *op. cit.*, note 32, pp. 311-318; V. Kronenberger, « Ensuring Compliance with EFTA Court's Judgments and Procedural Homogeneity within the EEA (ERA Surveillance Authority/The Kingdom of Norway, ERA Court, Judgment of 28 June 2011, E-18/10) », *European Law Reporter*, n° 9/2011, pp. 278-282.

38. Cour AELE 26 juillet 2011, *Arnulf Clauder*, E-4/11, point 49.

39. N. Wahl, « Uncharted Waters: Reflections on the Legal Significance of the Charter under EEA Law and Judicial Cross-Fertilisation in the Field of Fundamental Rights », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, *op. cit.*, note 32, pp. 291-298.

40. S. Teigum, « Doing Justice in the EFTA Court - Some Reflections on Procedural Fundamental Rights », in C. Baudenbacher (dir.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, German Law Publishers, 2012, pp. 161-166; D. Björgvinsson, « Fundamental Rights in EEA Law », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, *op. cit.*, note 32, pp. 263-280.

41. Cour AELE 22 mars 2002, *Norwegian Federation of Trade Unions and Others v Norwegian Association of Local and Regional Authorities and Others*, E-8/00; Cour AELE 18 avril 2012, *Posten Norge*, E-15/10, point 100. C. Baudenbacher, « The Relationship between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union », *op. cit.* note 20, p. 186; A. Rosas, « Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts », in C. Baudenbacher, P. Tresselt, T. Orlygsson, (dir.), *The EFTA Court: Ten Years on*, *op. cit.* note 25, p. 163; C. Timmermans, « Creative Homogeneity », in M. Johansson, N. Wahl et U. BERNITZ (dir.), *A European for all Seasons, Liber amicorum in honor of Sven Norberg*, Bruxelles, Bruylants, 2006, p. 471.

42. Cour AELE, *Karlsson*, *op. cit.* note 35, point 28.

issu de l'accord EEE⁴³, y compris la responsabilité pour le fait du juge⁴⁴, l'encadrement de l'autonomie procédurale du juge national par les principes d'équivalence et d'effectivité⁴⁵. À cet égard, il est intéressant de noter que l'Autorité de surveillance AELE a envoyé une lettre motivée à l'Islande, mettant en cause les règles procédurales nationales relatives au principe de *res judicata*, qui ne permettaient pas l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'interprétation erronée du droit de l'EEE par la Cour suprême d'Islande⁴⁶.

Si la constitutionnalisation du pilier AELE est fondée sur le principe de loyauté issu de l'accord EEE et lu à la lumière de l'objectif d'homogénéité, la limite entre obligation conventionnelle et suivismus constitutionnaliste conduisant à la reprise du contexte constitutionnel des règles du droit de l'Union n'est pas toujours claire. L'exemple le plus marquant est celui de la citoyenneté européenne. Liée à la liberté de circulation et de séjour des personnes, la directive 2004/38⁴⁷, relative aux droits des citoyens européens, est incorporée dans l'accord EEE par décision du Comité mixte EEE⁴⁸ et qualifiée de « directive séjour » (Residence Directive)⁴⁹. Or, cette incorporation ne conduit pas à l'acceptation d'une citoyenneté EEE. Selon le considérant 8 de la décision du Comité mixte EEE, la citoyenneté européenne en tant que concept ne fait pas partie du droit issu de l'accord EEE et le terme « citoyen » est remplacé par celui de « ressortissant ». La jurisprudence de la Cour AELE témoigne toutefois de la difficulté de distinguer entre le concept constitutionnel de citoyenneté et les droits issus de la directive et liés au marché intérieur.

Plus précisément, la Cour AELE a accepté l'application par analogie des dispositions de la directive 2004/38 à l'égard du pays d'origine, y compris concernant les membres de famille ressortissants d'un pays tiers, alors que de tels droits découlent, dans l'ordre juridique de l'Union, directement de l'article 21 TUE et non pas de la directive. L'interprétation dynamique au nom de l'effectivité de la directive incorporée dans l'accord EEE, et dans l'objectif de compenser l'écart entre les deux piliers de l'EEE, a conduit la Cour AELE à consacrer certains droits issus du concept de citoyenneté, pourtant ancré dans le contexte constitutionnel de l'ordre juridique de l'Union. Dans l'affaire *Gunnarson*⁵⁰, la Cour AELE a admis le droit de circulation et de séjour d'un ressortissant EEE inactif, et l'obligation pour l'État d'origine de ne pas entraver leur exercice, sur la base de l'article 7 de la directive 2004/38, même si de tels droits découlent dans l'ordre juridique de l'Union directement de l'article 21 TUE. En outre, dans l'affaire *Yankuba Jabbé*⁵¹, la Cour AELE a reconnu le droit de séjour d'un ressortissant d'un État tiers, conjoint d'un norvégien, à l'égard de l'État d'origine de celui-ci, sur la base de l'article 7 de la directive et étant donné que le ressortissant norvégien avait déjà exercé son droit de libre circulation. Or, dans l'ordre juridique de l'Union, les droits dérivés des membres de famille dans un tel cas découlent de l'article 21 TUE. Toutefois, la Cour AELE s'est fondée sur

43. Cour AELE, *Sveinbjörnsdóttir*, op. cit. note 35. S. M. Stefánsson, « State Liability in Community Law and EEA Law », in C. Baudenbacher, P. Tresselt, T. Orlygsson (dir.), *The EFTA Court: Ten Years on*, op. cit. note 25, pp. 145-159.

44. Cour AELE 10 décembre 2010, *Kolbeinsson*, E-2/10.

45. Cour AELE 29 août 2014, *Casino Admiral*, E-24/13, point 69; Cour AELE 2 octobre 2015, *Liechtensteinische Gesellschaft für Umweltschutz*, E-3/15, point 82.

46. Lettre motivée du 20 janvier 2016 n° 75004, document n° 775380, décision n° 016/16/COL.

47. Directive du 24 avril 2004, JO L 158 du 30 avril 2004, p. 77.

48. Décision n° 158/2007 du 7 décembre 2007.

49. K. Björgvinsson, « Free Movement of Persons », in C. Baudenbacher, *The Handbook of EEA Law*, op. cit. note 8, pp. 473-500.

50. Cour AELE 27 juin 2014, E-26/13.

51. Cour AELE 26 juillet 2016, E-28/15.

une interprétation dynamique de la directive 2004/38, à la lumière du principe d'homogénéité, et a considéré que de tels droits découlent du principe de loyauté selon l'accord EEE, consacrant la libre circulation des personnes, et en prenant en compte le droit fondamental à une vie familiale selon l'article 8 de la CEDH. La Cour AELE a ainsi réussi à détacher la directive 2004/38 de son contexte constitutionnel. Elle a toutefois confirmé la constitutionnalisation du pilier AELE⁵², ce qui n'est pas sans conséquences dans le dialogue entre la Cour AELE et les juges nationaux des États AELE parties à l'accord EEE.

B. Les effets de la constitutionnalisation du pilier AELE dans le rapport vertical entre la Cour AELE et les juges nationaux

Le dialogue entre la Cour AELE et les juges des pays de l'AELE est institutionnalisé à travers l'article 34 de l'accord SCA qui établit la procédure d'avis consultatif. Ce mécanisme, similairement à la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union, permet aux tribunaux des pays AELE de poser des questions à la Cour AELE concernant l'interprétation de l'accord EEE⁵³. Toutefois, à la différence de l'article 267 TFUE, les juges des pays AELE de dernière instance n'ont pas l'obligation de renvoi préjudiciel et les décisions de la Cour AELE en vertu de l'article 34 de l'accord SCA n'ont pas de force contraignante. En outre, le renvoi préjudiciel devant la Cour AELE ne concerne que l'interprétation et non pas l'appréciation de validité du droit issu de l'accord EEE. Cette dernière limite résulte logiquement du fait que le rapport vertical entre la Cour AELE et les juges nationaux ne vise que l'application uniforme de l'accord EEE et non pas la protection juridictionnelle effective⁵⁴. Cependant, les deux autres limites, à savoir l'absence d'obligation de renvoi et l'absence d'effet contraignant des décisions préjudiciales sont surmontées dans la jurisprudence de la Cour AELE, au nom du principe de loyauté lu à la lumière de l'objectif d'homogénéité. Il est toutefois significatif que les juges nationaux des pays AELE n'ont pas de mission qui leur est attribuée directement, comme c'est le cas des juges nationaux des États membres de l'Union en vertu de l'article 19 paragraphe 1, alinéa 2, TUE⁵⁵, et qui consiste dans la protection juridictionnelle à travers l'application effective du droit de l'Union, y compris du mécanisme de renvoi préjudiciel. Il est ainsi intéressant de voir dans quelle mesure la constitutionnalisation du pilier AELE au nom de l'objectif d'homogénéité affecte la discréption des juges nationaux (1) et la force des arrêts préjudiciaux (2) et contribue à son tour au renforcement de la constitutionnalisation par la protection juridictionnelle effective.

52. C. Burke, O.I. Hannesson, « Citizenship by the Back Door? Gunnarsson », *Common Market Law Review*, vol. 52, n° 4/2015, pp. 1111-1134.

53. T. Björnsson, « Inside and Outside the EFTA Court: Evaluating the Effectiveness of the EFTA Court through its Structures », *Israel Law Review*, 2013, pp. 78-80 ; T. Blanchet, M. Westmann-Clément, « La Cour de l'AELE dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen », *Annuaire français de droit international*, 1995, p. 750 ; P. Graver, « The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States », in C. Baudenbacher, P. Tresselt, T. Orlygsson (dir.), *The EFTA Court: Ten Years on*, op. cit. note 25, en particulier pp. 81-90.

54. C. Barnard, « Reciprocity, Homogeneity and Loyal Cooperation: Dealing with Recalcitrant National Courts? », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, op. cit. note 32, pp. 153-155.

55. « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

1. De la faculté à l'obligation de demander un avis consultatif à la Cour AELE

Dans l'arrêt *Irish Bank*, la Cour AELE a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si une juridiction suprême peut annuler ou modifier la décision de renvoi d'une cour d'instance inférieure⁵⁶. Elle a souligné que, bien que les juges nationaux ne soient pas liés par une obligation procédurale de poser des questions préjudiciales, comme dans le cadre du droit de l'Union, le devoir de loyauté, aux termes de l'article 3 de l'accord EEE constitue la base d'une obligation pour les cours suprêmes des pays AELE d'introduire des questions à la Cour AELE afin d'assurer une protection juridictionnelle effective⁵⁷. En outre, une telle obligation est fondée sur le principe de réciprocité, en vertu duquel les citoyens et les opérateurs économiques de l'EEE doivent jouir des mêmes droits au sein du pilier de l'Union et au sein du pilier AELE⁵⁸.

L'obligation d'adresser une question préjudiciale à la Cour AELE, bien qu'absente de l'accord EEE, est ainsi consacrée, lorsque le droit issu de l'accord EEE a besoin d'interprétation, et cela sur la base de l'obligation de loyauté d'assurer l'application de l'accord EEE dans le respect des principes d'homogénéité et de réciprocité⁵⁹. La Cour AELE a lu l'obligation de loyauté sous l'angle de l'homogénéité procédurale, qui implique le même accès des particuliers à la Cour AELE, à travers le renvoi préjudiciel, ce qui fait de la protection juridictionnelle un principe inhérent⁶⁰.

Il est intéressant de noter à cet égard que la Cour AELE a fait référence à l'article 6, paragraphe 1, CEDH et à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu de laquelle le refus non motivé de poser une question préjudiciale à la Cour de justice de l'Union peut entraîner une violation du droit à un procès équitable⁶¹. Selon la Cour AELE, une violation de l'article 6, paragraphe 1, CEDH résulterait également du refus non motivé de demander un avis consultatif⁶². La constitutionnalisation du pilier AELE issue de l'interprétation dynamique fondée sur l'objectif d'homogénéité permet ainsi à la Cour AELE d'envisager la coopération verticale avec les juges nationaux sous l'angle de la protection juridictionnelle, ce qui confirme la difficulté de l'exportation des règles du droit de l'Union détachées de leur contexte constitutionnel.

Dans ce contexte, la question se pose de savoir comment les cours suprêmes nationales perçoivent une telle interprétation de l'article 34 SCA. Il convient de relever que la Cour suprême du Luxembourg et la Cour suprême d'Islande ont dernièrement consacré l'existence d'une obligation de poser des

56. Cour AELE, *Irish Bank*, *op. cit.* note 9.

57. *Idem*, points 58-59. J. Temple Lang, « The Duty of National Courts to Provide Access to Justice in the EEA », in C. Baudenbacher (dir.), *Judicial Protection in the European Economic Area*, *op. cit.* note 40, pp. 100-135; S. Magnússon, « Efficient Judicial Protection of EEA Rights in the EFTA Pillar—Different Role for the National Judge? », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, *op. cit.* note 32.

58. Cour AELE 21 décembre 2012, *DB Schenker*, E-14/11.

59. C. Baudenbacher « The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders », *Tex. Int'l LJ*, 2004, p. 412; E. Neframi, « L'accord sur l'espace économique européen, porteur d'un statut propre d'État tiers », *op. cit.* note 15, pp. 317-318. Voir également: Cour AELE, *Autorité de surveillance de l'AELE c. Norvège*, *op. cit.* note 37; Cour AELE 11 décembre 2012, *HOB-vín*, E-2/12.

60. Cour AELE 13 juin 2013, *Koch*, E-11/12.

61. C. Lacchi, « The ECtHR's Interference in the Dialogue between National Courts and the Court of Justice of the EU: Implications for the Preliminary Reference Procedure », *Review of European Administrative Law*, 2015, pp. 95-125. Voir Cour EDH 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, Req. n° 3989/07 et 38353/07; Cour EDH 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, Req. n° 17120/09; Cour EDH 21 juillet 2015, *Schipani c. Italie*, Req. n° 38369/09.

62. Cour AELE, *Irish Bank*, *op. cit.* note 9.

questions à la Cour AELE lorsque l'interprétation de l'accord EEE n'est pas claire⁶³. En revanche, la relation entre la Cour AELE et la Cour suprême de Norvège est plus complexe. D'une part, la Cour suprême de Norvège n'a pas demandé des avis consultatifs à la Cour AELE pendant treize ans, d'autre part, elle a souvent fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union au lieu de celle de la Cour AELE⁶⁴. Cette situation semble avoir eu deux conséquences. Premièrement, la Cour AELE a souligné l'importance du renvoi préjudiciel pour la cohérence et la réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord EEE⁶⁵. Deuxièmement, l'Autorité de surveillance de l'AELE a adressé une lettre motivée au gouvernement norvégien concernant le refus systématique d'introduire une requête d'avis à la Cour AELE⁶⁶, ce qui a conduit la Cour suprême norvégienne à recourir au mécanisme de l'article 34 SCA⁶⁷. Néanmoins, l'approche constitutionnelle du dialogue vertical au sein du pilier AELE serait incomplète en l'absence de valeur contraignante des décisions de la Cour AELE.

2. L'autorité des arrêts de la Cour AELE dans le cadre de la procédure d'avis consultatif

Aux termes de l'article 34 de l'accord SCA, les avis consultatifs de la Cour AELE ne sont pas contraignants. Toutefois, la Cour AELE qualifie ses avis d'arrêts et les cours nationales des pays AELE ont tendance à les suivre⁶⁸, et cela au nom à la fois du principe de loyauté et de la protection juridictionnelle effective⁶⁹.

Il convient de noter que le refus d'une cour nationale de suivre l'avis consultatif de la Cour AELE peut conduire l'Autorité de surveillance de l'AELE à ouvrir une procédure en manquement selon l'article 31 de l'accord SCA au nom de l'homogénéité procédurale dans l'application de l'article 34 SCA. Ainsi, l'Autorité de surveillance de l'AELE a adressé une lettre motivée au gouvernement norvégien, en vertu de l'article 31 SCA, en raison du refus de la Cour suprême de Norvège de suivre l'interprétation de la Cour AELE pour des « raisons spéciales »⁷⁰. La Cour AELE a par ailleurs considéré que l'obligation d'application effective de l'accord EEE comprend l'obligation de

63. 7 avril 2014, StGH 2013/172. Voir également D. T. Björgvinsson, « Application of Article 34 of the ESA/Court Agreement by the Icelandic Courts », in M. Monti et al. (dir.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2007, pp. 37-50.

64. H. Fredriksen et F. Franklin, « Of Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years on », *Common Market Law Review*, vol. 52, n° 3/ 2015, pp. 629-684.

65. Cour AELE, *HOB-vín*, *op. cit.* note 59 ; Cour AELE 20 mars 2013, *Jonsson*. E-3/12 ; Cour AELE, *Koch*, *op. cit.* note 60 ; Cour AELE, *DB Schenker*, *op. cit.* note 58.

66. HR-2010-02081. Lettre du 21 janvier 2013, réf. 72962.

67. Cour AELE, *DB Schenker*, *op. cit.* note 58 ; Cour AELE 22 décembre 2016, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS*, E-03/16 ; Cour AELE 27 novembre 2017, *Torbjørn Selstad Thue and the Norwegian Police Federation*, E-19/16.

68. C. Baudenbacher, « The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in Member States' Domestic Legal Orders », *op. cit.* note 59, p. 411. Voir également A. Rosas, « The Content of Requests for Preliminary Rulings to the European Court of Justice and the EFTA Court-What are the Minimum Requirements ? », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, *op. cit.* note 32, pp. 83-93.

69. S. Magnússon : « Efficient Judicial Protection of EEA Rights in the EFTA Pillar - Different Role for the National Judge ? », *op. cit.* note 57, p. 128 ; « On the Authority of Advisory Opinions: Reflections on the Functions and the Normativity of Advisory Opinions of the EFTA Court », *Europarätslig Tidskrift*, 2010, p. 551 ; G. Baur, « Preliminary Rulings in the EEA-Bridging (Institutional) Homogeneity and Procedural Autonomy by Exchange of Information », in EFTA Court (dir.), *The EEA and the EFTA Court Decentred Integration*, *op. cit.* note 32, p. 179.

70. Cour suprême de Norvège, *Finanger* (n° 1), Rt. 2000 p. 1811. Voir la lettre motivée de l'Autorité de surveillance de l'AELE : www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2015/brev_fra_esa_10_juli_2015.pdf. S'agissant de la réponse du gouvernement : www.regjeringen.no/contentassets/0589c51a3eda4abc8bc0d7694485f81c/complaint_against_norway_concerning_posting_of_workers_reply_from_the_norwegian_government.pdf.

se conformer à ses arrêts, sans distinguer entre ceux qui sont rendus sur la base de recours directs et ceux qui concernent la demande d'un avis consultatif⁷¹.

Il en résulte que le dialogue vertical au sein du pilier AELE, en principe non-constrainment, emprunte les caractéristiques du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE. L'interprétation de l'article 34 SCA selon le principe de loyauté, à la lumière de l'objectif d'homogénéité et du principe de réciprocité, ont conduit la Cour AELE à s'imposer face aux juges nationaux des pays AELE. La constitutionnalisation du pilier AELE de l'accord EEE comprend ainsi la protection juridictionnelle effective par le biais du dialogue vertical⁷². Une telle approche n'est pas étrangère à la logique de l'accord EEE. Comme il a été mentionné précédemment, selon la Cour AELE, le bon fonctionnement de l'accord EEE dépend, conformément à son préambule, de la capacité des individus et des opérateurs économiques de s'appuyer sur les droits destinés à leur bénéfice⁷³. La protection juridictionnelle peut ainsi être considérée comme résultant du principe d'effectivité dans la mise en œuvre de l'accord EEE. Mais cette interprétation dynamique, qui affecte la procédure d'avis consultatif en lui donnant les traits du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE, a pour effet de lui permettre d'agir en tant qu'outil de préservation de cet ordre juridique constitutionnalisé au sein du pilier AELE. La procédure de l'article 34 SCA devient ainsi un instrument déterminant pour la constitutionnalisation du pilier AELE de l'EEE et dépasse les limites institutionnelles de l'absence de répartition de compétences entre la Cour AELE et les juges nationaux. Le rôle du juge des États AELE se rapproche ainsi au rôle du juge des États membres de l'Union⁷⁴, ce qui pourrait remettre en question la dissociation des règles issues de l'accord EEE du contexte constitutionnel de l'ordre juridique de l'Union. La préservation des limites entre les effets du principe de loyauté lu à la lumière du principe d'homogénéité et l'autonomisation du principe de protection juridictionnelle dans la coopération verticale avec les juges nationaux dépend ainsi de l'évolution de la jurisprudence de la Cour AELE et de l'attitude des juridictions des pays AELE.

En guise de conclusion, nous pouvons considérer que l'approche particulière du dialogue des juges au sein de l'EEE, tant sur le plan horizontal, que sur le plan vertical, résulte de la spécificité normative de cet accord. Sa mise en œuvre effective nécessite l'appréhension d'un objectif qui lui est propre, celui d'homogénéité, et qui permet d'envisager la dissociation des règles du droit de l'Union de leur contexte constitutionnel. La difficulté d'une telle entreprise incombe sur le dialogue de juges autonomes. Un tel dialogue peut servir de modèle pour une future coopération entre la Cour de justice de l'Union et les juges britanniques, dans la perspective de l'après-Brexit et au regard de la préservation des droits issus de la citoyenneté⁷⁵. En outre, le modèle du dialogue des juges au sein

71. Cour AELE 16 novembre 2016, *ESA c. Norvège*, E-4/16, point 28.

72. G. Baur, *op. cit.* note 69, pp. 177-179 ; P. Graver, *op. cit.* note 53, p. 90 ; S. Magnússon, « Judicial Homogeneity in the European Economic Area and the Authority of the EFTA Court. Some Remarks on an Article by Halvard Haukeland Fredriksen », *Nordic Journal of International Law*, 2011, pp. 523-526.

73. Cour AELE, *Sveinbjörnsdóttir*, *op. cit.* note 35, point 58. C. Baudenbacher, « If Not EEA State Liability, Then What? Reflections Ten Years after the EFTA Court's *Sveinbjörnsdóttir* Ruling », *Chicago Journal of International Law*, vol. 10, n° 1/2009-2010, p. 133.

74. S. Magnússon, « Efficient Judicial Protection of EEA Rights in the EFTA Pillar - Different Role for the National Judge ? », *op. cit.* note 57, p. 117.

75. Voir *Joint technical note expressing the detailed consensus of the UK and EU positions on Citizens' Rights*, disponible au lien suivant: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/citizens_rights_-_comparison_table.pdf.

de l'EEE pourra inspirer le futur rapport entre le Royaume-Uni et l'Union européenne⁷⁶, dans le sens qu'il confirme, malgré les difficultés et le questionnement, la possibilité de détacher, au moins partiellement, les règles du droit de l'Union de leur contexte constitutionnel. Toutefois, cette entreprise n'est pas envisageable, comme la jurisprudence de la Cour AELE le montre, sans une certaine constitutionnalisation du nouvel espace malgré ses fondements conventionnels.

76. S. Blockmans, G. Van Der Loo, « Brexit: Towards an “EFTA-Like” Dispute Settlement Mechanism », <https://www.ceps.eu/publications/brexit-towards-efta-dispute-settlementmechanism>; O. Garner, “A Joint EU-UK Court for Citizens Rights: A Viable Option after and beyond Brexit?”, <http://europeanlawblog.eu/2017/08/03/a-joint-eu-uk-court-for-citizens-rights-viable-option-after-and-beyond-brexit/>.

