

AJDA 2019 p.150**CJUE et cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ?****Stéphane Gervasoni, Conseiller d'Etat, juge au Tribunal de l'Union européenne****L'essentiel**

La coopération préjudicielle entre la Cour de justice de l'Union européenne et les cours suprêmes des Etats membres repose sur un malentendu sur la portée de la jurisprudence *Cilfit* : alors que les cours suprêmes estiment pouvoir trancher nombre de questions de droit de l'Union ne méritant pas la saisine de la Cour, celle-ci ne leur consent qu'une marge d'appréciation très réduite. Par un arrêt du 4 octobre 2018, la Cour, rappelant sa lecture stricte de cette jurisprudence, a constaté pour la première fois qu'un Etat membre avait manqué à ses obligations en droit de l'Union faute pour une cour suprême d'avoir respecté son obligation de renvoi. Cet arrêt et les réactions qu'il a suscitées invitent à réexaminer les termes du dialogue des juges, aux fins d'un approfondissement de la nécessaire relation de confiance entre la CJUE et les cours suprêmes nationales.

Le 4 octobre 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), statuant sur un recours en manquement formé par la Commission, a constaté pour la première fois qu'un Etat membre avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 267, 3^e alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TFUE - (aff. C-416/17, *Commission c/ France*, AJDA 2018. 2280, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser¹). Rappelons, s'il en était besoin, que cette disposition, essentielle à l'uniformité et l'effectivité de l'application du droit de l'Union dans les Etats membres, fait obligation à toute juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, lorsqu'une question d'interprétation du droit de l'Union est soulevée dans une affaire pendante devant elle, de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel(1).

L'Etat membre concerné était la France, la juridiction ayant omis de saisir la Cour était le Conseil d'Etat. Il a été mis en cause pour avoir retenu, en matière d'imposition des dividendes et de remboursement de taxes prélevées en méconnaissance de la liberté d'établissement et de la liberté des mouvements de capitaux, garanties par les articles 49 et 63 du TFUE, une interprétation de ces dispositions qui ne s'imposait pas avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable (v., AJDA 2018. 2280, préc.).

La solution ainsi dégagée, rendue dans une formation de jugement de cinq juges seulement, apparaît, de prime abord, assez classique, au regard de la jurisprudence établie de longue date par la Cour de justice, et peu contestable, compte tenu du caractère délicat de la question qui était posée au Conseil d'Etat et de la réponse que celui-ci lui a apportée, divergente de celle dégagée par un arrêt de la Cour relatif à un autre régime d'imposition et rendu juste avant son intervention.

La Cour juge, en effet, constamment depuis 1982 qu'une juridiction de dernier ressort n'est exonérée de son obligation de renvoi préjudiciel, s'agissant d'une question n'ayant pas encore été soumise à la Cour, que si la réponse à cette question « s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (CJCE 6 oct. 1982, aff. 283/81, *Cilfit e. a.*). Cette jurisprudence *Cilfit*, de celles qui paraissent gravées dans la matière marmoréenne du droit primaire, a souvent été présentée comme le meilleur équilibre possible entre l'efficacité du mécanisme de renvoi préjudiciel, clef de voûte du système juridictionnel institué par les traités (CJUE, avis, 18 déc. 2014, aff. 2/13, pt 198, AJDA 2015. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser² ; RFDA 2015. 3, étude H. Labayle et F. Sudre³), et le respect de la responsabilité des cours suprêmes nationales, elles-mêmes juges de droit commun du droit de l'Union, dans la mise en oeuvre de ce droit.

Comme toute obligation prescrite aux Etats membres par le TFUE, quand bien même reposerait-elle sur un organe juridictionnel, il était prévisible que sa méconnaissance soit susceptible de « sanction », c'est-à-dire

d'une forme de censure juridictionnelle. Cela était apparu clairement lorsque la Cour de justice avait dit pour droit, dans son arrêt *Köbler*, que la violation manifeste du droit de l'Union par une juridiction suprême nationale était de nature, dans certaines hypothèses, à ouvrir droit à réparation au profit de la personne lésée, la méconnaissance de son obligation de renvoi par une telle juridiction pouvant être l'un des indices du caractère manifeste de la violation (CJCE 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, AJDA 2003. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert^[1] ; 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert^[2] ; et 423, étude J. Courtial^[3]). En outre, la Cour avait déjà reconnu l'existence d'un « manquement judiciaire », dans une affaire dans laquelle la méconnaissance du droit de l'Union par un Etat membre résultait exclusivement de la jurisprudence d'une cour suprême (CJCE 12 nov. 2009, aff. C-154/08, *Commission c/ Espagne*, AJDA 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat^[4]).

Pourtant, l'arrêt de la Cour a suscité de vives réactions au Conseil d'Etat, mêlées d'étonnement et d'irritation, qui ont trouvé leur synthèse, fait inédit, dans une tribune signée par le président de la section du contentieux, publié à l'Actualité juridique droit administratif (J.-D. Combrexelle, Sur l'actualité du dialogue des juges, AJDA 2018. 1929^[5]). Il n'est rien moins question, dans cette tribune, que d'inquiétude sur le maintien de la relation de confiance patiemment bâtie entre les juridictions nationales et la CJUE. L'auteur invite celle-ci, au nom du maintien d'un fructueux dialogue des juges, à prendre en considération la marge d'appréciation nécessaire des juridictions suprêmes nationales, qui ne sauraient être cantonnées à l'interprétation de l'évidence.

On aurait tort de lire à travers les lignes de cette tribune l'expression d'une susceptibilité froissée ou un quelconque billet d'humeur à l'attention des commentateurs réjouis que le Conseil d'Etat ne se voie accorder aucun traitement de faveur (v., not., P. Cassia, qui note que l'arrêt de la Cour a été prononcé le jour du 60^e anniversaire de la Constitution, circonstance qui, à notre sens, n'a pas effleuré les membres de la Cour ; *Camouflet européen pour le Conseil d'Etat*, Blog Médiapart, oct. 2018). Sans doute y a-t-il dans cette prise de position la marque d'une déception et le regret d'une forme d'injustice : était-il bien nécessaire et opportun, outre la censure d'une application erronée de la jurisprudence de la Cour sur un point de droit matériel précis, de constater un manquement à l'obligation de renvoi de la part d'une institution qui, en France, a si activement contribué à la défense et à la promotion du droit de l'Union et qui a su, avec la Cour de justice, renouer les fils du dialogue ? On répondra à juste titre à cette analyse trop subjective que la Cour ne choisit pas ses cibles, n'ayant pas l'initiative des actions en manquement, et qu'elle est tenue d'examiner tous les griefs qui lui sont soumis. En outre, il est légitime de penser qu'un message de rigueur et de resserrement de la discipline préjudicielle a d'autant plus de chances d'être accepté par toutes les cours suprêmes de l'Union qu'il est rappelé à la cour suprême d'un « grand » Etat membre.

Mais ces supputations, pour intéressantes qu'elles soient, ne cernent pas l'essentiel. Une telle prise de position du président de la section du contentieux révèle un malaise plus profond qu'il n'y paraît et qui pourrait, si l'on en analyse pas les raisons, avoir des conséquences dommageables sur la coopération que doivent entretenir la Cour de justice et les cours suprêmes nationales.

Plutôt qu'un commentaire focalisé sur cet arrêt du 4 octobre 2018, dont l'effet de loupe serait déformant et réducteur, il est, à notre sens, plus pertinent de prendre un peu de distance, de quitter le registre des émotions du court terme et de resituer cette décision dans une histoire jurisprudentielle plus ancienne. Cette mise en perspective est plus riche d'enseignements pour comprendre les fondements de ce qui ressemble fort à un malentendu sur la portée de la jurisprudence *Cilfit*. Comment et pourquoi un tel malentendu a-t-il pu s'enraciner si durablement, souvent de bonne foi, dans les consciences juridiques ? Longtemps sous-jacent et toléré, pourquoi est-il aujourd'hui devenu intenable ? Faut-il, ce malentendu identifié, le surmonter par la modification des termes de la jurisprudence *Cilfit* ? Ou par d'autres voies ?

Les réflexions qui suivent, qui n'engagent que leur auteur, s'efforceront d'exposer sommairement les origines de ce malentendu, de souligner les tensions et difficultés que suscitent les nouveaux modes de sanction de la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel, en dépit de leurs apports positifs à l'application uniforme du droit de l'Union et d'explorer quelles évolutions pourraient contribuer à une relation confiante et apaisée entre la Cour et les cours suprêmes nationales(2).

I - Arrêt *Cilfit* : un malentendu persistant qui n'a pas empêché le développement de la coopération

La coopération entre la Cour de justice de l'Union européenne et les cours suprêmes nationales ne cesse de s'affirmer. Il n'est que de voir l'accroissement continu des renvois préjudiciels qui lui sont adressés, notamment de la part des cours suprêmes. De janvier à novembre 2018, onze renvois émanaient du

Tribunal Supremo espagnol, vingt-quatre du *Consiglio di Stato* italien, vingt-cinq des cours suprêmes allemandes, onze du Conseil d'Etat, sept des hautes juridictions du Royaume-Uni (*Supreme Court* et *Court of Appeal*). L'étroitesse des relations a été saluée tout autant que confortée par le lancement officiel du réseau judiciaire de l'Union européenne, à Luxembourg, à l'occasion du soixantième anniversaire du traité de Rome, en mars 2017. Le dialogue des juges, tant de fois vanté et célébré, repose pourtant sur des lectures très différentes de la portée de la jurisprudence *Cilfit*, selon que l'on se place du côté de la CJUE ou des cours nationales. Ces différences d'interprétation, pour évidentes qu'elles soient lorsque l'on se penche sur les modes de raisonnement des juridictions concernées, entretiennent un malentendu sur la nature exacte du partage de compétences entre la Cour et les cours suprêmes nationales ainsi que sur l'étendue de la marge d'appréciation laissée à ces dernières dans l'interprétation du droit de l'Union. Ce malentendu a pu persister aussi longtemps que la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel restait sans sanction effective, autorisant une sorte de *modus vivendi* entre les acteurs de la coopération préjudicielle.

Examinons successivement l'interprétation de l'arrêt *Cilfit* prévalant à Luxembourg, la lecture « accommodante » qu'en font les cours suprêmes nationales, notamment le Conseil d'Etat, et le *modus vivendi* sur lequel repose la coopération préjudicielle.

A. L'arrêt *Cilfit* ne consent qu'une marge d'appréciation des plus réduites

Bien avant l'arrêt *Cilfit*, aux origines de la jurisprudence de la Cour, il y eut l'arrêt *Da Costa* (CJCE 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62). Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit qu'une cour statuant en dernier ressort n'était pas tenue au renvoi si la question soulevée devant elle était « matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ». Ainsi que l'a montré la doctrine (R.-M. Chevallier, S. 1963, p. 311 ; H. Rasmussen, *The European Court strategy in Cilfit. Or : Acte Clair, of Course ! But What does it Mean ?*, 9, *European Law Review* 1984, pp. 242-259 ; D. Edward, *Cilfit and Foto-Frost in their historical context*, in P. Maduro et Azoulay [Eds], *The Past and Future of EU Law*, Hart Publishing, 2010, pp. 173-184), la Cour n'a pas, par cet arrêt, entendu reprendre à son compte la théorie de l'« acte clair », bien connue de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle a, alors qu'elle avait la possibilité de rendre deux arrêts le même jour dans deux affaires soulevant une question identique, décidé de prononcer ultérieurement son arrêt dans l'affaire *Da Costa* pour mettre en relief l'autorité de la chose jugée s'attachant à son premier arrêt. Même si ce choix de la Cour a eu pour effet de consacrer une exception à l'obligation de renvoi préjudiciel, il n'était en réalité que le prix à payer pour que la Cour affirme l'autorité de la chose interprétée dont sont revêtus ses arrêts à l'égard d'autres juridictions que la juridiction de renvoi. Comme la Cour le souligne expressément, « l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 peut cependant priver cette obligation de sa cause et la vider ainsi de son contenu ». Si la Cour n'avait pas reconnu une telle exception, elle aurait en effet sapé elle-même l'autorité de sa propre jurisprudence. Elle a d'ailleurs précisé dans cet arrêt qu'une juridiction, si elle l'estimait nécessaire à la solution du litige pendant devant elle, était toujours libre de s'adresser à la Cour sur les questions déjà réglées par elle.

La portée de l'arrêt *Da Costa* a été reprise dans le même esprit par l'arrêt *Cilfit*, en tant qu'il confirme l'exception à l'obligation de renvoi portant sur les questions ayant déjà fait l'objet d'une décision préjudicielle. La formulation est cependant un peu plus large, ce qui a pu permettre à la doctrine de parler, à juste titre, de la reconnaissance de la théorie de l'« acte éclairé ». Au point 14, il est ainsi énoncé que la même exception à l'obligation de renvoi « peut résulter d'une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige ».

Mais la question centrale du débat dans l'affaire *Cilfit* était ailleurs et portait sur la possibilité d'un assouplissement de la lecture littérale du traité imposant à chaque juridiction statuant en dernier ressort confrontée à toute question d'interprétation du droit de l'Union de saisir la Cour à titre préjudiciel. Cette lecture littérale, confirmée par l'arrêt *Da Costa*, a été défendue avec force arguments par l'avocat général Capotorti. Dans ses conclusions, celui-ci a fermement critiqué la réticence des cours suprêmes à respecter leur obligation de renvoi préjudiciel, en pointant notamment la théorie de l'acte clair forgée par le Conseil d'Etat, et mis en garde la Cour contre une tentative de décentralisation de l'interprétation du droit de l'Union de nature à nuire à l'unité de ce droit (concl. de l'avocat général F. Capotorti présentées le 13 juill. 1982, *Cilfit*, aff. 283/81, préc.). Pour comprendre les rigueurs de cette argumentation et le refus de toute marge d'appréciation discrétionnaire de la part des cours suprêmes nationales, il faut lire l'éclairante présentation de l'article 177 du traité, devenu depuis lors l'article 234 du CE puis 267 du TFUE, que fit en 1971 le juge Pescatore (L'interprétation du droit communautaire et la doctrine de l'acte clair, *Bulletin des Juristes européens* : Aspects juridiques de l'extension de la Communauté européenne, 1971, n° 33-34, pp. 49-72).

Dans cette contribution, l'éminent auteur plaidait, certes, pour l'existence d'une marge d'appréciation raisonnable de ces cours, mais qui se trouvait limitée à la seule analyse de la pertinence de la question pour la solution du litige et n'avait pas d'assise dans une quelconque théorie de l'acte clair. Cette théorie, appliquée par le Conseil d'Etat à propos de l'interprétation des conventions internationales, avait été, selon lui, importée de manière inappropriée par le Conseil d'Etat dans le domaine du droit de l'Union : « L'usage d'une telle doctrine peut être un simple voile sous lequel on dissimule un empiètement judiciaire au détriment de l'autorité [de la Cour] à laquelle le droit d'interprétation a été réservé, un moyen pratique par lequel le juge impose unilatéralement [...] son propre point de vue sur la signification de la loi. » Selon ces auteurs, l'unité d'interprétation du droit de l'Union commandait donc une centralisation entre les mains de la Cour de justice de la réponse à toute question de droit de l'Union nécessaire à la résolution d'un litige porté devant une cour statuant en dernier ressort.

On sait que ces thèses n'ont pas été suivies jusqu'à cette ultime conclusion par la Cour. Deux aspects de la motivation de l'arrêt *Cifit* le révèlent. D'une part, la Cour a abandonné l'exigence de renvoi « sans restriction » qui figurait dans l'arrêt *Da Costa*. D'autre part, et surtout, la Cour a ouvert une marge d'appréciation aux cours statuant en dernier ressort, dans le sens que recommandait d'ailleurs la Commission, leur permettant désormais de régler elles-mêmes les questions ne soulevant pas de difficulté d'interprétation.

C'est cette exception à l'obligation de renvoi qui est la source du malentendu évoqué. En effet, alors que les cours suprêmes nationales ont lu dans cette exception la reconnaissance à leur profit d'une marge d'appréciation raisonnable, la Cour n'a consenti qu'avec la plus grande prudence, dans un cadre strict, à l'exercice de cette faculté d'appréciation.

D'abord, le simple motif de l'arrêt est parfaitement explicite : il n'y a dérogation à l'obligation de renvoi que lorsque l'application du droit de l'Union « s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée ». Les termes sont précis et ne renvoient pas à l'esprit du juge ni à une appréciation subjective et individuelle. Il faut qu'au terme du délibéré, le plus souvent collégial dans une cour suprême, une solution recueille un consensus ou que les éventuelles hésitations des membres de la formation de jugement aient été dissipées. Même si un effort d'interprétation est possible, la réponse doit être évidente au point d'évacuer les doutes. La mention de doutes raisonnables doit s'entendre comme visant des doutes qu'un juge ou juriste de bonne foi pourrait entretenir. Il n'est pas ici envisagé que des doutes pourraient être entretenus par des plaideurs de mauvaise foi ou des arguments que condamne nécessairement leur faiblesse intrinsèque. En revanche, si le doute s'appuie, par exemple, sur une autre interprétation possible de la jurisprudence de la Cour, sur une conception différente de l'étendue d'une liberté fondamentale garantie par les traités, sur une analyse divergente des finalités d'une disposition, en d'autres termes s'il existe un authentique débat et que la solution dégagée ne recueille pas, à l'évidence, un soutien clair de l'ensemble des membres d'une formation de jugement, il faut en déduire que la question doit être soumise à la Cour.

Ensuite, la Cour, c'est un point parfois oublié dans la compréhension de la jurisprudence *Cifit*, assortit cette exception d'un encadrement tellement strict qu'elle est placée le plus souvent hors de portée. La juridiction nationale doit ainsi être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice, ce qui peut impliquer un exercice de droit comparé dont la mise en oeuvre, même trente-six ans après l'arrêt *Cifit*, s'avère exigeante, y compris pour une cour suprême. La juridiction nationale doit, en outre, raisonner comme le ferait la Cour, à savoir prendre en considération les différentes versions linguistiques du texte en cause (pts 18 et 19 de l'arrêt) et appliquer la méthode d'interprétation contextuelle et téléologique que retient la Cour.

Enfin, la Cour n'a, contrairement à ce que la doctrine a pu considérer, pas assoupli depuis lors les rigueurs de cette jurisprudence. Trois arrêts sont parfois cités comme ayant affiné celle-ci dans un sens plus favorable à la responsabilité des cours nationales. S'il est vrai que ces arrêts ont fourni d'utiles précisions, aucun d'eux n'a pourtant touché à la substance de l'exception et à son mode d'emploi, tels qu'ils viennent d'être décrits.

Dans l'arrêt *Intermodal Transports*, en 2005, la Cour s'est bornée à préciser que la seule circonstance que la juridiction concernée ne partage pas la position retenue par les autorités administratives d'un autre Etat membre - en l'occurrence le classement tarifaire d'une marchandise similaire - n'a pas pour conséquence d'obliger cette juridiction à saisir la Cour de justice. La Cour a invité ladite juridiction à un examen attentif de la question mais à la lumière des critères de la jurisprudence *Cifit* (CJCE 15 sept. 2005, aff. C-495/03, *Intermodal Transports BV*, aux concl. de l'avocate générale C. Stix-Hackl). Dans l'arrêt *Ferreira da Silva e Brito*, en 2015, la Cour a conforté le rôle des cours suprêmes nationales à l'égard des seules juridictions

subordonnées, non de la Cour de justice, en estimant que l'existence, à elle seule, de décisions contradictoires rendues par d'autres juridictions nationales ne saurait constituer un élément déterminant susceptible d'imposer un renvoi préjudiciel (CJUE 9 sept. 2015, aff. C-160/14). Se trouve ainsi valorisée l'autonomie d'appréciation de la cour suprême nationale mais toujours à l'aune des critères de la jurisprudence *Cilfit*. La solution d'espèce retenue dans cette affaire renforce d'ailleurs une lecture classique de cette jurisprudence. La Cour relève que des difficultés d'interprétation récurrentes dans les Etats membres de la notion de transfert d'entreprise au sens de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 relative aux transferts d'entreprise impliquaient le renvoi préjudiciel. S'il est vrai que la Cour n'a pas formellement réaffirmé, dans son rappel de jurisprudence, l'exigence que l'évidence de la réponse s'imposerait de la même manière à la Cour et aux juridictions des autres Etats membres, l'appréciation des circonstances du litige par le juge de Luxembourg confirme que cette exigence n'est en rien devenue caduque. L'avocat général Bot, dans ses conclusions, estimait d'ailleurs que le *Supremo Tribunal de Justiça* portugais aurait dû saisir la Cour. Dans l'arrêt *X. et T. A. van Dijk*, rendu le même jour que l'arrêt *Ferreira da Silva e Brito*, la Cour a réaffirmé, de la même manière, l'autonomie d'appréciation de la cour suprême nationale dans l'application des critères de la jurisprudence *Cilfit* à l'égard des juridictions qui lui sont subordonnées ; la seule circonstance qu'une de ces juridictions avait saisi la Cour dans une affaire semblable n'imposait à la cour suprême concernée ni un autre renvoi préjudiciel ni la suspension de la procédure dans l'attente de l'arrêt de la Cour (CJUE 9 sept. 2015, aff. C-72/14 et C-197/14). La seule véritable innovation résultant de ce dernier arrêt, à savoir la mention inédite, aux points 56 et 59, de l'existence d'un « acte clair » susceptible de fonder une exonération à l'obligation de renvoi, se trouve cependant immédiatement limitée dans sa portée par le rappel de la « clause » *Cilfit*, la Cour précisant qu'un tel acte peut exister, notamment, lorsque l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.

Si les arrêts *Ferreira da Silva e Brito* et *X. et T. A. van Dijk* ont paru amorcer, selon certains commentateurs (v., not., A. Kornezov, *The new format of the acte clair doctrine and its consequences*, *Common Market Law Review* 53, 2016, pp. 1317-1342), un mouvement de décentralisation de l'application du droit de l'Union, avec une marge d'appréciation plus étendue conférée aux cours suprêmes nationales, force est de constater que cette lecture de la jurisprudence récente ne trouve pas d'écho dans l'arrêt du 4 octobre 2018, qui applique dans sa rigueur la plus classique le mode de raisonnement de l'arrêt *Cilfit*. Aucune marge d'appréciation particulière n'est reconnue à cet égard au Conseil d'Etat. S'il s'est fourvoyé dans l'application du droit de l'Union, comme le constate la Cour s'agissant de l'un des griefs de fond soulevés par la Commission dans son recours, cela implique, ainsi que le souligne la Cour au point 112, que l'existence d'un doute raisonnable ne pouvait être exclue au moment où le Conseil d'Etat a statué. Les circonstances particulières de cette affaire, tenant à l'introduction d'un précédent renvoi préjudiciel par le Conseil d'Etat et le risque éventuel de méconnaissance du délai raisonnable de jugement, ne sont pas prises en considération dans l'analyse du grief tiré de la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel.

Un praticien avisé du renvoi préjudiciel - le greffier adjoint de la Cour -, présentant en 2016 les nouvelles recommandations de la Cour de justice aux juridictions nationales en la matière, n'a pas manqué de rappeler la portée de l'arrêt *Cilfit*, sans valoriser l'apport des arrêts de 2015 (M.-A. Gaudissart, *Les recommandations de la Cour de justice aux juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, *Journal de Droit européen*, 2017, pp. 42-47).

Les deux seules réelles atténuations à l'obligation de renvoi concernent, en définitive, d'une part, l'appréciation du critère de la pertinence de la question pour la solution du litige, la Cour s'en remettant sur cet aspect entièrement à la sagesse de la cour nationale, et, d'autre part, les procédures de référé, pour d'évidentes contraintes d'urgence (avec le tempérament toutefois que l'instance de référé soit accompagnée ou suivie d'une instance de fond dans le cadre de laquelle le renvoi préjudiciel est possible ; v., not., CJCE 24 mai 1977, aff. C-107/76, *Hoffmann-La Roche c/ Centrafarm*, pts 5 et 6).

B. La pratique des cours suprêmes ne correspond pas aux critères de la jurisprudence *Cilfit*

A en juger par le nombre de renvois préjudiciels en provenance des cours suprêmes nationales, qui reste relativement limité au regard de l'effet structurant et transversal du droit de l'Union sur le droit des Etats membres, il faut se rendre à l'évidence : ces juridictions n'appliquent pas la jurisprudence *Cilfit* dans l'acception restrictive que la Cour lui a donnée. Dans nombre d'affaires, l'exception relative à l'absence de doute raisonnable leur permet de s'affranchir de leur obligation de renvoi (v., not., M. Broberg et N. Fenger, *L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des Etats membres*, *RTD eur.* 2010. 861-884 ; A.

Kornezov estime que les conditions de l'application de la jurisprudence *Cilfit* reçoivent « *at best, only the occasional lip service* ». Le constat généralement répandu est qu'une cour suprême, compte tenu de sa place dans le système juridictionnel national, de la pleine conscience de son rôle et de sa mission de juge « de droit commun » du droit de l'Union et du niveau d'expérience et d'autorité de ses membres, est en mesure de s'acquitter de ses devoirs d'interprétation de ce droit sans recourir systématiquement, même confrontée à une difficulté objective, à la saisine de la Cour de justice. Une telle cour, dès lors qu'elle a réglé la question qui lui était posée, ne saurait prétendre conserver des doutes sur le sens de la réponse qu'elle a fournie. Concevoir des doutes après le prononcé d'un arrêt n'est pas dans l'ADN d'une cour suprême. Entendons-nous bien : chaque membre d'une formation de jugement, au niveau individuel, peut entretenir des doutes raisonnables sur le bien-fondé de ce qui a été jugé ; en revanche, la formation de jugement, en tant qu'entité collégiale investie d'une fonction de régulation juridictionnelle, d'autant plus si les opinions dissidentes ne sont pas permises, ne peut s'autoriser ce type de dilemme.

On peut noter que, selon ces conceptions « accommodantes », l'évidence qui ne laisse place à aucun doute raisonnable est envisagée *ex post* ; puisque la question a été résolue, c'est bien qu'il n'était pas insurmontable de le faire sans l'éclairage de la Cour, et dès lors qu'elle est résolue, il n'y a plus matière à entretenir des doutes... Or, l'exception relative à l'absence de doutes raisonnables s'entend, dans l'acception restrictive que retient la Cour, *ex ante* ; en présence d'une difficulté d'interprétation, quel que soit son degré, la Cour postule, conformément à la lettre de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE, qu'elle a le monopole du travail d'exégèse du texte et de sa propre jurisprudence. Le juge Pescatore a très bien explicité cette divergence de perspective dès 1971 (préc.) : « La fonction de l'interprétation étant précisément d'élucider le sens d'un texte juridique, c'est évidemment poser une pétition de principe que d'écarter l'interprétation sous prétexte que le texte est clair, puisque seul un effort d'interprétation pourrait montrer si ceci est le cas ou non. »

Tandis que la Cour souligne le critère de l'évidence de la réponse, la cour nationale l'écoute mais entend plus distinctement le paramètre de l'absence de doute raisonnable. On est là au coeur du malentendu, entretenu en général de bonne foi, croyons-nous.

En effet, dans bien des cas d'omission de renvoi préjudiciel, les cours suprêmes nationales privilégient une approche plus souple et fonctionnelle, notamment pour des raisons de bonne administration de la justice, dans le souci de décharger le prétoire de la Cour de questions ayant peu d'impact et de juger dans un délai raisonnable les questions que leur qualité de juge du droit de l'Union leur assigne de traiter. La seule synthèse disponible des pratiques nationales, malheureusement ancienne, rédigée à l'occasion du colloque de l'Association des Conseils d'Etat et des cours suprêmes administratives (ACA-Europe), tenu en 2002 à Helsinki, entérine cette analyse. Le rapporteur général, Heikki Kanninen, notait que « les rapports nationaux montrent que les critères *Cilfit* constituent la base sur laquelle les juridictions suprêmes appuient leur évaluation de leur obligation de recours. Les problèmes apparus dans la pratique portent manifestement avant tout sur la question de savoir comment concilier cette obligation et l'exigence de traitement rapide de l'affaire [...]. La marge de manoeuvre incluse dans les critères *Cilfit* a visiblement permis une sorte d'application "souple et fonctionnelle" de l'alinéa 3 de l'article 234 du CE, encore qu'il soit évident que dans certains cas, le juge national a pu être confronté à des problèmes de conciliation quasiment insurmontable dans le cas d'affaires urgentes » (sur ces questions, v. aussi, H. Kanninen, *La marge de manoeuvre de la juridiction suprême nationale pour procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes, in Une Communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV. Berliner Wissenschafts - Verlag, 2003, pp. 611-620). La crainte peut encore exister, qui ne doit pas être sous-estimée, que le renvoi préjudiciel ne s'avère, *a posteriori*, pas absolument nécessaire, que la Cour statue sur la question par ordonnance - sur le fondement de l'article 99 du règlement de procédure de la Cour -, et que le détour par le plateau du Kirchberg ait généré des délais et des coûts disproportionnés pour les parties. La prudence en la matière est donc de mise, qui peut conduire à une autocensure excessive mais bien compréhensible.

En outre, les cours suprêmes nationales estiment être encouragées à assumer davantage de responsabilités en droit de l'Union par la Cour de justice elle-même. Vont dans ce sens l'affirmation de la responsabilité des juges nationaux, au premier chef les cours suprêmes, dans la mise en oeuvre du droit de l'Union, la constitution du réseau judiciaire de l'Union européenne, dont la finalité semble correspondre en partie à celle du fonctionnement en réseau construit depuis une quinzaine d'années en droit de la concurrence, ainsi que le fameux dialogue des juges. Le développement de cette coopération en réseau et les relations de confiance tissées entre la CJUE et les cours suprêmes nationales contribuent à la perception, du côté des capitales judiciaires des Etats membres, que lesdites cours sont déléguaires et dépositaires d'une mission de garantie de la bonne application du droit de l'Union, non pas sous le contrôle tutélaire de la Cour de justice mais à ses côtés ou sous sa bannière. Comme l'a relevé Jean-Denis

Combrexelle dans la tribune déjà citée, cette mission et une telle relation de confiance ne sont pas en harmonie avec le rôle de juge de l'évidence dans lequel seraient cantonnées les juridictions de dernier ressort.

S'il est des isolements du Conseil d'Etat qui ont pu risquer, après avoir été splendides, de devenir pathétiques (pour reprendre la formule des conclusions de M. Guyomar, rapporteur public sur CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *M^{me} Perreux*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2009. 2391 [📄](#), chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi [📄](#) ; 2010. 1412, étude L. Coutron [📄](#) ; 2014. 120, chron. F. Raynaud [📄](#) ; RFDA 2009. 1125, concl. M. Guyomar [📄](#) ; 1146, note P. Cassia [📄](#) ; et 2010. 126, note M. Canedo-Paris [📄](#), à propos de l'invocabilité des directives à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel), la haute juridiction administrative ne se démarque pas de ses homologues européennes, s'agissant de l'obligation de renvoi préjudiciel, par une attitude de repli ou d'omission de renvoi abusive. Certes, sa jurisprudence en la matière continue de reposer, depuis 1990, sur un paramètre qui ne découle nullement des critères de la jurisprudence *Cilfit* : n'est renvoyée à la Cour de justice de l'Union européenne qu'une question soulevant une « difficulté sérieuse » (CE, ass., 26 oct. 1990, n° 69726, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Lebon [📄](#) ; RFDA 1991. 159, concl. O. Fouquet [📄](#) ; CE 6 déc. 2012, n° 347870, *Société Air Algérie*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2012. 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau [📄](#) ; RFDA 2013. 653, note P. Cassia [📄](#) ; pour un ex. récent de décision de renvoi du Conseil d'Etat fondée sur la même notion de difficulté sérieuse, aff. C-672/18, pendante devant la Cour). Toutefois, le maniement de ce paramètre, qui a le mérite de la franchise et de la transparence, une fois la première impression négative dissipée, aboutit à un nombre de renvois équivalent sinon plus élevé que ceux émanant des cours suprêmes comparables respectueuses de la lettre des critères de la jurisprudence *Cilfit* (depuis l'arrêt *X. et T. A. van Dijk*, préc., le Conseil d'Etat peut faire valoir à bon droit que l'exercice de sa marge d'appréciation en cas d'« acte clair » a trouvé une correspondance explicite dans la jurisprudence de la CJUE). Les juridictions britanniques revendiquent, elles aussi, une conception plus souple et pragmatique de l'obligation de renvoi. Dans le rapport de l'ACA-Europe de 2002, il était indiqué, dans la section concernant l'Angleterre et le Pays de Galles que dans ses « *guidelines* », la *Court of Appeal* n'estimait devoir renvoyer à la Cour de justice que les affaires qu'elle n'estimait pas en mesure de juger « *with complete confidence* » et portant sur des points de droit suffisamment importants.

C. L'émergence d'un *modus vivendi* entre les cours suprêmes nationales et la CJUE

Etrangement, la différence de lecture de la jurisprudence *Cilfit* n'a longtemps suscité aucune vraie difficulté institutionnelle ou politique. Est pourtant en cause la pièce maîtresse, voulue par les auteurs des traités, du dispositif juridictionnel de garantie d'unité et d'effectivité d'application du droit de l'Union, qui a pu être présentée comme d'essence fédérale (v. T. Von Danwitz, *Le dialogue de juge à juge, Considérations sur les devoirs réciproques des juges dans le cadre de la coopération préjudicielle instaurée par l'article 267 du TFUE*, in *Liber Amicorum Vassilios Skouris*, Larcier, 2015, pp. 713-725).

L'explication en est relativement simple : elle réside dans l'absence, durant de longues années, de toute sanction possible de la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel. Cette situation présentait l'avantage de placer la relation entre la Cour et les cours suprêmes des Etats membres sur le seul terrain du dialogue, de la bonne volonté et de la bonne foi, avec les limites inhérentes résultant d'un tel contexte, caractérisé par des cas de défaillances dans l'application correcte du droit de l'Union ou des attitudes de refus de coopération. La Cour subissait cette situation plus qu'elle ne l'acceptait, comme le confirment les rigueurs de sa jurisprudence *Cilfit*, non démenties depuis lors (v., not., les concl. de l'avocat général A. Tizzano incitant la Cour à maintenir la jurisprudence *Cilfit*, sous l'arrêt de la CJCE 4 juin 2002, aff. C-99/00, AJDA 2003. 377, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert [📄](#)). Les cours suprêmes nationales y trouvaient leur compte, confortées dans leur inclination à user d'une marge d'appréciation autonome. La coopération juridictionnelle imposée par l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE empruntait les atours plus diplomatiques et consensuels du dialogue des juges, dans l'esprit ouvert et pragmatique qu'avait souhaité l'auteur de la formule (v. B. Genevois, *Retour sur le dialogue des juges, Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. Bonnet [dir.], LGDJ, 2016, pp. 1809-1821).

Il est vrai que des hypothèses de manquement sérieux au respect du droit de l'Union dans les Etats membres ont pu découler de la violation persistante de l'obligation de renvoi préjudiciel. En l'absence de recours à la Cour de justice et de toute voie de droit susceptible de remettre en cause l'omission d'une cour suprême, les parties intéressées se trouvaient démunies et privées de la protection juridictionnelle prévue par les auteurs du TFUE.

Il est néanmoins permis de penser que, durant cette période, de grands progrès ont été réalisés dans la mise en oeuvre effective du droit de l'Union par les Etats membres (auxquels ne sont pas étrangers les mécanismes de contrainte financière de l'amende et de l'astreinte prévus par l'article 260 du TFUE en cas de non-respect des arrêts de manquement de la Cour, v., not., CJCE 12 juill. 2005, aff. C-304/02, *Commission des Communautés européennes c/ France*, AJDA 2005. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert¹), en particulier à travers l'engagement des cours suprêmes nationales, comme l'exemple du Conseil d'Etat l'a si bien montré (discours du 28 mai 2018 de K. Lenaerts, président de la CJUE, à l'occasion de la fin des fonctions de J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat). La magistrature de la Cour de justice, faite d'influence, de force de persuasion, déduite d'arrêts solidement argumentés et de contacts informels et personnels noués au fil des ans, a eu des résultats tangibles sur le respect du droit de l'Union par les législateurs nationaux et les gouvernements, les cours suprêmes échafaudant patiemment avec la Cour de justice une justice en réseau, multipolaire mais non moins efficace qu'une construction bâtie sur un système coercitif assorti de « sanctions ». Durant la même période, il est d'ailleurs significatif que le nombre de recours en manquement introduits devant la Cour de justice ait fortement baissé⁽³⁾ ; la Commission semble avoir favorisé le règlement des difficultés par la discussion et une responsabilisation plus grande des juridictions nationales à leur niveau en qualité de juges du droit de l'Union.

En outre, ce *modus vivendi*, quelles que soient ses limites, a eu le grand mérite de ménager les susceptibilités naturelles des cours suprêmes nationales et leur légitimité à la tête des juridictions qui leur sont rattachées. Un élément cardinal doit en effet conditionner l'examen des conditions d'application de l'article 267 du TFUE : la nécessaire indépendance des cours suprêmes nationales, garantie tant par les constitutions des Etats membres que par la Cour elle-même. La Cour de justice peut ainsi être conduite à statuer sur les atteintes alléguées à l'indépendance de ces juridictions susceptibles de nuire à la portée du droit de l'Union (CJUE, ord., 17 déc. 2018, aff. C-619/18, *Commission c/ Pologne*, par laquelle la Cour a ordonné le sursis à l'exécution de la législation polonaise modifiant la composition de la cour suprême). De telles cours ont pour réflexe et pour vocation de défendre leur indépendance et l'autorité de leurs décisions. Le respect de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à leurs arrêts leur est consubstantiel. Le renvoi préjudiciel a, au demeurant, toujours été célébré comme la meilleure conciliation possible entre la compétence d'interprétation réservée à la Cour de justice et la responsabilité ultérieure de la juridiction nationale dans la décision à intervenir. Il a longtemps semblé, en raison de sa nature même, en ce qu'il fait intervenir la Cour préalablement à la solution sur le fond du litige, qu'un tel dispositif s'accommoderait mal de mécanismes, mis en oeuvre *a posteriori*, susceptibles de remettre en cause l'autorité de la chose jugée.

Bien sûr, l'indépendance statutaire des cours suprêmes ne saurait en rien affecter la portée de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE ni limiter l'application fonctionnelle de l'obligation de renvoi préjudiciel. Nul ne prétend, par exemple, que les mécanismes de renvoi préjudiciel à une cour constitutionnelle, destinés à vérifier la constitutionnalité des lois, remettraient en cause l'indépendance de la cour suprême tenue au renvoi. Il n'en demeure pas moins que l'indépendance et l'autorité dont doivent jouir les cours suprêmes constituent des données centrales, qui commandent une approche prudente et nuancée, respectueuse des particularités de leur office, qui ne saurait être complètement assimilé à celui du législateur ou de l'administration. L'enseignement des années récentes le confirme : c'est grâce à cette culture du dialogue avec les cours suprêmes nationales que la Cour a obtenu que celles-ci prennent plus volontiers le chemin du renvoi préjudiciel.

Or, ce *modus vivendi* pourrait être déjà remis en cause, avec des effets tant positifs que négatifs, encore mal discernables.

II - Une sanction plus effective mais à quel prix ?

La doctrine et, plus généralement, les praticiens avisés du droit de l'Union, ont souvent stigmatisé les attitudes de refus de coopération des cours suprêmes nationales, bien après que le Conseil d'Etat et d'autres de ses homologues eurent renoncé à leurs penchants les plus autonomistes. A juste titre, de nombreuses contributions ont attiré l'attention sur les risques parfois systémiques que la méconnaissance de l'obligation de renvoi faisait peser sur l'unité d'application du droit de l'Union. Des auteurs ont ainsi appelé de leurs vœux l'institution de mécanismes permettant d'assurer le respect effectif de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE (v., par ex., J. Vandersanden, *La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. 1, Bruylant, 1999, pp. 619-630 ; D. Blanchet, *L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français du fait de la fonction juridictionnelle ?*, RTD eur. 2001. 397¹ ; A. Kornezov, préc. ; L. Coutron, *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, coll. Droit de

l'Union européenne, 2014 ; F.-V. Guiot, La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel : With great(er) power, (at last) comes great responsibility ?, CDE 2016, n° 2, pp. 575-630).

Au cours des quinze dernières années, de tels mécanismes ont été progressivement mis en oeuvre et précisés dans leurs modalités, au plus grand bénéfice de l'effectivité d'application du droit de l'Union. Le maniement de ces mécanismes s'avère néanmoins délicat et peut soulever de réelles difficultés, susceptibles, dans certaines situations, de nuire à l'esprit de dialogue qui doit présider aux relations entre la CJUE et les cours suprêmes des Etats membres.

A. Des mécanismes effectifs de censure du non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel

On brossera ici à grands traits ces voies de droit, que d'autres auteurs ont savamment décrites (v., not., L. Coutron, préc. ; et A. Kornezov, préc.). Elles se distinguent selon leur niveau de mise en oeuvre, national ou européen.

Au niveau national, existe de longue date, dans certains Etats membres, une possibilité de contestation devant la cour constitutionnelle de la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. Dans ces Etats, la cour suprême se sait sous le regard du juge constitutionnel et a naturellement tendance à lever une autocensure excessive dans sa pratique de renvoi. Le cas le plus connu est celui du *Bundesfinanzhof* en Allemagne qui, on le sait, se trouve être la cour suprême régulièrement la plus active dans sa relation avec la CJUE. Depuis une ordonnance du 9 novembre 1987, la Cour constitutionnelle allemande considère qu'il lui appartient de sanctionner, comme contraire à l'article 101 de la Loi fondamentale qui garantit le droit à un juge légal, la violation de l'obligation de renvoi. Il faut rappeler que cette ordonnance était intervenue dans le contexte particulier d'une action en manquement introduite par la Commission contre l'Allemagne en 1985 en raison du refus du *Bundesfinanzhof* de respecter certaines décisions de la Cour de justice (action qui n'a pas abouti à la saisine de la Cour de justice : v. réponse à question écrite n° 1907/85, JOCE C 137/7 du 4 juin 1986). Cette possibilité de censure par la cour constitutionnelle a été effectivement exercée à plusieurs reprises (v., not., BverfG, 9 janv. 2001, EU.GR.Z. 150). Les cours constitutionnelles d'autres Etats membres se sont engagées sur la même voie. En Belgique, la méconnaissance de l'obligation de renvoi constitue ainsi une violation de l'article 13 de la Constitution. Dans les Etats membres influencés par la tradition allemande de respect du principe dit du « juge légal », par exemple, en Autriche et en Slovaquie, les cours constitutionnelles sont vigilantes sur la question du renvoi (Lacchi, *Review by constitutional courts of the obligation of national courts of last instance to refer a preliminary question to the Court of Justice of the EU*, German Law Journal 2016, pp. 1663-1700, qui cite également des décisions rendues en Espagne et en République tchèque).

Ce premier mécanisme est donc efficace et a suscité une politique de renvoi moins frileuse de la part de certaines juridictions, mais il présente l'inconvénient évident d'une diffusion limitée à quelques Etats membres, ce qui, vu de Luxembourg, souligne de plus fort les carences des Etats membres où un tel dispositif n'a pas été institué.

Egalement au niveau national, les potentialités des jurisprudences *Köbler/Traghetti del Mediterraneo* peuvent être déployées (CJUE, *Köbler*, préc. ; CJCE 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ Italie*, AJDA 2006. 2271, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert^[1]). Il résulte, en effet, de cette jurisprudence que les violations du droit de l'Union commises par une juridiction nationale même suprême peuvent donner lieu à réparation sur le fondement d'un recours en indemnité introduit devant la juridiction compétente de l'Etat membre concerné. Après quelques hésitations en France, cette voie de droit a été précisée dans ses contours. A la différence des hypothèses d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation du délai raisonnable de jugement par les juridictions, qui relève de la compétence du Conseil d'Etat en vertu de l'article R. 311-1 du code de justice administrative (CE 18 juin 2008, n° 295831, *Gestas, Lebon*^[2] ; AJDA 2008. 1237^[3] ; RFDA 2008. 755, concl. C. de Salins^[4] ; et 1178, note D. Pouyaud^[5]), l'action en responsabilité *Köbler* ressortit au tribunal administratif territorialement compétent (CE 21 sept. 2016, n° 394360, *SNC Lactalis Ingrédients, Lebon*^[6] ; AJDA 2016. 1776^[7]).

Les conditions d'engagement très restrictives de cette action indemnitaire, qui ne peut être accueillie que lorsque sont établies la violation manifeste du droit de l'Union et l'existence d'un dommage en relation directe avec cette faute, en minimisent toutefois considérablement la portée. En France, par exemple, aucune condamnation n'a, à ce jour, été prononcée sur ce fondement. Dans certains Etats membres, une condition supplémentaire est parfois introduite, tenant à l'annulation préalable de la décision juridictionnelle

fautive, ce qui rend quasiment impossible la mise en jeu de la responsabilité d'une cour suprême. Telle était la condition légale en litige dans l'affaire *Ferreira da Silva e Brito* (préc.), qu'a censurée la Cour comme contraire à l'effectivité du droit de l'Union. De plus, le lien entre la méconnaissance de l'obligation de renvoi, en tant que telle, et l'existence d'un dommage en résultant n'est guère évident. En effet, l'obligation de renvoi peut avoir été méconnue sans que, pour autant, la juridiction ait entaché d'erreur, moins encore d'erreur manifeste, l'application du droit de l'Union dans le règlement de la question de droit matériel qui lui était soumise. En outre, il est probable que l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE ne soit pas regardé comme une disposition ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, dont la méconnaissance, seule, est de nature à engager la responsabilité de l'Etat à raison d'une décision juridictionnelle. Cela ressort de l'arrêt *Cilfit* lui-même, dont le point 9 énonce que « l'article 177 du CE ne constitue pas une voie de recours ouverte aux parties à un litige pendant devant un juge national ». Tout au plus peut-on imaginer que la violation de l'obligation de renvoi soit à l'origine directe d'une perte de chance, mais dont on peine à concevoir la concrétisation indemnitaire en l'absence d'une faute caractérisée de la juridiction en cause dans l'application du droit de l'Union. S'ajoute à cela le positionnement inconfortable du juge de première instance pour connaître des erreurs manifestes de la cour qui est habituellement régulatrice de sa fonction juridictionnelle.

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est efforcée de prendre en considération les dommages causés aux requérants individuels et résultant de la méconnaissance par une cour de dernier ressort de son obligation de renvoi. Cette jurisprudence a été peu à peu ciselée, avec prudence, par la Cour de Strasbourg, qui a d'emblée considéré que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) ne garantissait pas un droit absolu à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par une juridiction interne devant une instance telle que la Cour de justice (CEDH 18 oct. 2000, n° 32492/96, *Coëme et autres c/ Belgique*, pt 114). La Cour de Strasbourg estime néanmoins qu'un refus de renvoi peut s'avérer à ce point arbitraire qu'il affecte l'équité de la procédure, au sens de l'article 6 de la convention. Pour ce motif, la CEDH considère qu'il lui appartient de constater une violation de cet article lorsque le refus de renvoi n'est assorti d'aucune motivation au regard des exceptions prévues par la jurisprudence *Cilfit*. Sont en revanche placés à l'abri de toute critique les motifs de fond retenus par la cour suprême concernée pour régler la question d'interprétation du droit de l'Union portée devant elle. La CEDH a conclu, pour la première fois, à la violation de l'article 6 sur le fondement de cette jurisprudence dans l'affaire *Dhahbi c/ Italie*. Dans cette affaire, la cour de cassation italienne n'avait pas fait référence à la demande de renvoi préjudiciel formée par le requérant ni, par définition, fourni les raisons de ne pas lui donner suite, ce qui ne permettait pas de savoir quelle exception à l'obligation de renvoi avait motivé ce refus, l'absence de pertinence de la question pour l'issue du litige ou l'évidence de la réponse à lui apporter (CEDH 8 avr. 2014, n° 17120/09, *Dhahbi c/ Italie*).

Cette corde de rappel européenne est indispensable pour éliminer le risque d'arbitraire et a pour vertu d'inviter les cours suprêmes à se montrer vigilantes dans leur devoir de motivation, tout en n'interférant pas dans la relation entre la Cour de justice et les destinataires de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE. Elle n'a toutefois pas pour fonction de contraindre ces cours au renvoi, la Cour de Strasbourg s'interdisant, du moins en l'état de sa jurisprudence, de vérifier le respect, dans un cas d'espèce, des critères de la jurisprudence *Cilfit*.

Le rapide examen des voies de droit qui précèdent souligne leur effectivité toute relative, ce dont la doctrine spécialisée s'inquiétait depuis plusieurs années, allant, par exemple, jusqu'à présenter la jurisprudence *Köbler* comme un « éléphant blanc » (A. Kornezov, préc.). Sensible à ces appels, la Cour de justice a saisi la première occasion qui lui a été donnée de concrétiser la mise en oeuvre d'un autre mécanisme, fondé sur la procédure classique de manquement d'Etat, instituée par l'article 258 du TFUE. Telle est la portée de l'arrêt du 4 octobre 2018.

Cet autre mécanisme européen, propre au droit de l'Union, a longtemps semblé inapproprié dans les hypothèses où le manquement à des obligations résultant de ce droit était attribuable à une juridiction nationale. Dans une première affaire en 2003, la question de savoir si la Cour pouvait constater un véritable « manquement judiciaire » avait été quelque peu esquivée. La motivation de l'arrêt n'avait pas dissocié la responsabilité du législateur, de l'administration et de la cour suprême dans la commission du manquement, alors qu'il était clair que le manquement prenait principalement sa source dans la jurisprudence de la cour de cassation et la pratique administrative qui s'y conformait (CJCE 9 déc. 2003, aff. C-129/00, AJDA 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert¹ ; RTD eur. 2004. 200, note Z. Peerbux-Beaugendre²). Dans une autre affaire, en 2009, la Cour a pu constater un premier manquement attribuable exclusivement à la jurisprudence d'une cour suprême (CJCE 12 nov. 2009, aff. C-154/08, AJDA 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat³). Mais cet arrêt avait surtout mis en relief la volonté de la Cour de banaliser autant que possible le traitement de ce litige, l'affaire étant jugée à cinq juges et sans

conclusions. La doctrine regrettait d'ailleurs que la Cour n'ait pas tenté de préciser davantage quel pourrait être le mode d'emploi d'une action en manquement de ce type (v., not., M. López Escudero, aff. C-154/08, *Commission c/ Spain*, Judgment of the Court [Third Chamber] of 12 nov. 2009, *Common Market Law Review*, 2011, 48, pp. 227-242) : était-elle ouverte contre une décision juridictionnelle isolée ou limitée à une jurisprudence bien établie ? La cour concernée pouvait-elle se voir reconnaître une certaine marge d'appréciation comme le prévoyait la jurisprudence *Köbler* ? De plus, ce précédent portait sur une question de fond et non sur la violation de l'obligation, à caractère procédural, de renvoi préjudiciel, qui ne faisait pas l'objet d'un grief de la Commission.

L'arrêt du 4 octobre 2018 est donc le premier de son espèce. Et il est d'une portée, croyons-nous, assez considérable, en ce qu'il livre quatre enseignements essentiels, révélateurs de l'intention de la Cour de conférer une efficacité maximale à cette voie de droit.

D'abord, il ne fait aucune mention, pas davantage que l'arrêt *Commission c/ Espagne* (aff. C-154/08, préc.), de la jurisprudence *Köbler*. Il déconnecte ainsi les deux lignées jurisprudentielles *Köbler* et *Cilfit* en se référant seulement aux critères de l'arrêt *Cilfit*. Les cours suprêmes nationales qui estimaient pouvoir bénéficier d'une forme de clémence dans l'application de cette dernière jurisprudence, au moyen d'une grille d'analyse centrée sur le contrôle d'éventuelles erreurs manifestes, inspirée de la jurisprudence *Köbler*, en seront pour leurs frais. A la différence de cette jurisprudence, la Cour de justice ne témoigne aucune révérence particulière pour l'exercice de la fonction juridictionnelle ; un manquement peut être constaté objectivement, quel que soit l'organe à l'origine de la violation du droit de l'Union, selon les termes d'une jurisprudence on ne peut plus classique en ce domaine.

Ensuite, ainsi qu'il a été dit, l'arrêt se fonde sur une application pour ainsi dire mécanique du raisonnement *Cilfit*, sans prendre en considération le contexte dans lequel était placée la juridiction de renvoi à la date de sa décision : le souci de régler le litige dans un délai raisonnable, la circonstance qu'un renvoi préjudiciel avait déjà été formé dans la même affaire, le fait que le raisonnement de la juridiction de renvoi ne soit finalement erroné que sur un aspect très limité du dossier ne sont pas abordés dans l'arrêt.

Par ailleurs, autre enseignement important, la Cour examine le grief tiré de la violation de l'obligation de renvoi non pas de manière séparée, à la lumière des critères de l'arrêt *Cilfit*, mais en lien avec la réponse qu'elle apporte aux griefs de fond soulevés par ailleurs par la Commission. Il y a manquement à l'obligation de renvoi car la réponse à la question posée est erronée. Cela peut surprendre ; on aurait pu en effet considérer que le respect de l'obligation de renvoi doit être apprécié à l'aune d'autres éléments, indépendants du sens de la réponse donnée par le juge national, tels que le caractère délicat ou non de la question ou le fait que subsistent des difficultés d'interprétation sur d'autres questions que celles qui avaient été soumises à la Cour par le renvoi préjudiciel. Il semble résulter de cette approche, en l'absence d'autres précisions fournies par l'arrêt, que la Cour autorise la Commission à intenter une action en manquement à chaque fois qu'une juridiction suprême méconnaît le droit de l'Union, quand bien même cette juridiction aurait déjà saisi la Cour à titre préjudiciel dans la même affaire, et à assortir ses griefs de fond d'un grief tiré de la violation de l'obligation de renvoi, lequel sera reconnu fondé dès que l'un des griefs de fond aura été accueilli. Cette orientation n'est pas exactement celle qu'avaient pu suggérer certains commentateurs, qui privilégiaient l'introduction d'actions en manquement ciblées sur la seule méconnaissance structurelle de l'obligation de renvoi et déconnectées de l'examen du bien-fondé des appréciations retenues par la cour suprême en cause (v. A. Kornezov, préc.).

Enfin, la Cour ne manifeste aucune hésitation à examiner le recours sur le fond alors qu'il n'a été introduit qu'en juillet 2017, près de cinq ans après le prononcé de la décision nationale à l'origine du manquement. Là encore, la circonstance que le manquement soit constitué par une décision de justice ne justifie pas, selon la Cour, un examen spécifique des conditions d'introduction du recours ou d'analyse de son bien-fondé. La même logique objective s'applique, de nature à maximiser les possibilités de remédier aux défaillances dans l'application du droit de l'Union, qu'elles portent sur le choix du législateur, une pratique administrative ou une décision juridictionnelle.

A l'aune des considérations qui précèdent, force est de reconnaître l'existence aujourd'hui, en droit de l'Union, d'une voie de recours contre les décisions des cours suprêmes nationales entre les mains de la Commission, à laquelle est reconnue une marge d'appréciation discrétionnaire à l'effet de saisir la Cour. Cette voie de recours, ouverte sans condition de délai, est une nouvelle épée de Damoclès surplombant les hautes juridictions des Etats membres, qui devrait s'avérer, par sa force dissuasive, d'une pleine efficacité dans la prévention des attitudes de repli et dans l'incitation au renvoi préjudiciel.

B. Des mécanismes néanmoins porteurs de tensions nouvelles

Il faut se féliciter que la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel puisse désormais, par l'effet conjugué des voies de droit qui viennent d'être exposées, être dûment censurée. La possibilité de prévenir des violations systémiques ou graves du droit de l'Union est mieux assurée. Rappelons encore que, sans la garantie effective que la cour suprême d'un Etat membre coopère comme elle le doit avec la Cour de justice, tout le régime de protection juridictionnelle voulue par les auteurs des traités est atteint dans ses fondements. En effet, les restrictions à l'accès du prétoire de Luxembourg pour les requérants non privilégiés, qui ne sont le plus souvent pas recevables à contester un acte de portée générale devant le Tribunal de l'Union européenne, ne sont tolérables que si ces requérants bénéficient d'une application du droit de l'Union par le juge national pleinement conforme à la jurisprudence de la CJUE.

Doivent toutefois être prises en considération les tensions dont sont porteurs ces mécanismes dans la relation entre la Cour de justice et les cours suprêmes nationales, en particulier celui dont la Cour a inauguré l'usage par l'arrêt du 4 octobre 2018. Ce risque de tensions pourrait se concrétiser de trois manières, selon que l'on examine l'impact de ces mécanismes sur le principe du respect de l'autorité de la chose jugée, la responsabilité des cours suprêmes et la mission unificatrice de la Cour.

En premier lieu, en ce qui concerne le principe du respect de la chose jugée, consubstantiel à la fonction juridictionnelle des cours statuant en dernier ressort, la Cour avait sobrement énoncé, dans son arrêt *Köbler*, que le respect du principe de l'autorité de la chose jugée n'excluait pas, dans les Etats membres, la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés par des décisions juridictionnelles erronées. La Cour avait admis qu'il existait, au nom de ce principe, des restrictions aux conditions d'engagement d'une telle responsabilité, parfois même sévères, mais elle pouvait estimer, comme la doctrine, que le versement d'une indemnité en raison d'une décision n'est pas la même chose que l'annulation de ladite décision. Le principe était donc sauf. On ne peut que souscrire à une telle analyse. Peuvent également être considérées comme respectueuses de l'autorité de la chose jugée les voies de droit susmentionnées organisées par la Constitution de chaque Etat membre ou par la convention européenne des droits de l'homme. Ces mécanismes peuvent jouer dans des délais prévisibles, fixés par des textes (notamment le délai de six mois prévu par l'article 35, § 1 de la CEDH), et sont placés dans les mains exclusives d'une juridiction, sur le recours des parties lésées par la violation alléguée de l'obligation de renvoi.

Il n'en va pas de même pour le recours en manquement dirigé contre une décision d'une cour suprême, qui n'est encadré par aucun délai global, comme l'a illustré l'arrêt du 4 octobre 2018, n'est pas formé par les parties concernées, lesquelles n'agissent tout au plus que dans les couloirs de la Commission, dont l'introduction est subordonnée à la seule sagesse de la Commission (précisons que le refus de la Commission, saisie d'une plainte, de former un recours en manquement n'est pas un acte susceptible de recours, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union : v., not., CJUE, ord., 12 juin 1992, aff. C-29/92, *Asia Motor France c/ Commission*, pt 21 ; et CJUE, ord., 14 juill. 2011, aff. C-111/11, *Ruipérez Aguirre et ATC Petition c/ Commission*, pt 12), et dont l'effet sur la décision nationale concernée n'est pas aisément identifiable. Cette décision est-elle censée n'avoir pas existé sur le point de droit tranché par la Cour dans un sens différent de celui de la juridiction de renvoi ? La question est notamment posée de savoir comment l'arrêt de la Cour peut être exécuté. Est-il concevable, sans texte en ce sens, que la procédure devant la juridiction de renvoi soit rouverte, pour permettre au juge de corriger les conséquences de son erreur ? Le Conseil d'Etat ne l'a pas envisagé après des arrêts de la CEDH condamnant la France pour violation de la convention (CE, sect., 4 oct. 2012, n° 328502, *Baumet*, Lebon ¹ ; AJDA 2012. 2162 ², chron. X. Domino et A. Bretonneau ³ ; RFDA 2013. 103, note F. Sudre ⁴ ; et 576, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ⁵ ; CE, ass., 30 juill. 2014, n° 358564, Lebon avec les concl. ⁶ ; AJDA 2014. 1929 ⁷, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ⁸ ; RFDA 2014. 945, concl. S. von Coester ⁹). Faut-il rouvrir la procédure de réclamation devant l'administration compétente, en considérant que l'arrêt de la Cour crée un fait nouveau ? On comprend ici que la décision de la juridiction de renvoi ne bénéficie, pour la CJUE, d'aucune immunité pour ceux de ses aspects jugés erronés, à la différence de l'incidence de la jurisprudence *Köbler*, qui est sans effet sur les décisions passées en force de chose jugée.

Certes, la Cour a pu, dans la conciliation entre, d'une part, le respect de l'autorité de la chose jugée et, d'autre part, l'effectivité et l'unité d'application du droit de l'Union, faire pencher la balance du côté de ce second plateau. Ainsi a-t-elle déjà estimé en grande chambre, exemple significatif, que le droit de l'Union s'opposait à l'application d'une disposition législative nationale consacrant le principe de l'autorité de la chose jugée si cette disposition était de nature à faire obstacle à la récupération d'une aide d'Etat octroyée

en violation du droit de l'Union et déclarée incompatible avec le marché commun par une décision de la Commission devenue définitive (CJCE 18 juill. 2007, aff. C-119/05, *Ministero dell'industria, del Commercio e dell'Artigianato c/ Lucchini SpA*, AJDA 2007. 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert⁽¹⁾). Mais cette hypothèse était exceptionnelle en ce qu'elle confrontait une décision de la Commission à caractère définitif et des décisions juridictionnelles postérieures rendues en méconnaissance flagrante de la portée de cet acte. La situation est différente s'agissant d'une action en manquement directement formée contre une décision nationale, qui a pour objet autant que pour effet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée dans tous les cas et dans la mesure où elle est déclarée fondée.

La sensibilité qui s'attache au respect de l'autorité de la chose jugée ne fait donc pas obstacle, en principe, à la saisine de la Cour d'une action en manquement « judiciaire » mais elle implique une prudence particulière dans le maniement de ce type d'instrument (sur l'importance et la portée de l'autorité de la chose jugée en droit de l'Union, v., not., A. Turmo, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Prix de thèse de l'université Paris-II - Panthéon-Assas, Bruylant, 2017).

En deuxième lieu, les tensions peuvent se manifester, et la tribune du président de la section du contentieux du Conseil d'Etat en est le reflet, dans la perception mutuelle de leurs rôles par la Cour de justice et les cours suprêmes des Etats membres. Si la Cour, comme elle en a donné l'impression dans son arrêt du 4 octobre, persiste dans une lecture restrictive des exceptions à l'obligation de renvoi, il est à craindre que le malentendu exposé plus haut ne prenne un tour plus aigu et que le *modus vivendi* soit remis en cause.

Il est en effet difficile de plaider aujourd'hui, avec la même force de conviction que ne le firent en leur temps Pierre Pescatore et d'autres éminents praticiens, que la marge d'appréciation d'une cour suprême dans l'application du droit de l'Union devrait se borner à l'examen de la pertinence de la question de droit posée et à sa résolution autonome dans les seuls cas où la réponse à y apporter s'impose avec évidence. Deux raisons paraissent militer en faveur d'une marge d'appréciation plus réaliste, sinon raisonnable, et pour un usage parcimonieux et encadré de la procédure de manquement lorsqu'est en cause une décision ou une jurisprudence d'une cour suprême.

D'une part, l'empreinte du droit de l'Union sur la vie juridique nationale et les procès est devenue considérable. Pour prendre le seul exemple du contentieux administratif, alors que le droit de l'Union était autrefois invoqué principalement dans les contentieux agricoles, quelques affaires de droit des étrangers ou de concurrence, ce droit est devenu beaucoup plus structurant dans ses principes et ses modes de raisonnement pour le contentieux fiscal, le droit de l'asile et de l'immigration au sens large, les marchés publics, le droit de l'environnement et même certains pans du droit social ou du droit de la fonction publique. Dans un grand nombre d'affaires portées devant une juridiction administrative, un avocat est en mesure de soulever des moyens tirés du droit de l'Union. Il résulte de cette situation une réelle expertise en droit de l'Union dans les juridictions nationales, en particulier de dernier ressort, dont les membres scrutent les évolutions de la jurisprudence de la Cour dans les matières qui leur sont familières. Estimer que ces juges devraient saisir la Cour à la moindre difficulté - qui dit difficulté dit hésitation et place au doute -, dans des affaires soulevant des interrogations non pas sur les critères de la jurisprudence de la Cour mais sur leur application dans des cas d'espèce, revient à porter un regard excessivement sévère sur leur aptitude à exercer, en conscience et responsabilité, leurs fonctions de juges de l'Union. Le maintien d'une relation de confiance dans le partenariat entre la Cour de justice suppose un minimum de décentralisation de l'application du droit de l'Union, chacun s'accordant sur le partage de compétences entre la Cour, en charge de la fixation de la jurisprudence, et les juridictions nationales, investies de sa bonne application.

D'autre part, l'engagement d'une action en manquement contre une décision ou une jurisprudence d'une cour suprême, outre qu'elle fait intervenir un tiers acteur dans le dialogue avec la Cour de justice en la personne de la Commission, peut placer la cour suprême en cause dans une relation institutionnelle délicate avec le gouvernement de son Etat, dont elle n'a pas l'habitude et qui ne sied pas aisément à sa légitimité naturelle, indissociable de son indépendance par rapport à l'exécutif. En effet, les membres de cette cour peuvent être tentés d'entreprendre un travail de conviction du bien-fondé de leur position auprès de leurs autorités nationales ou même être sollicités par celles-ci pour élaborer l'argumentaire qui sera développé en défense devant la CJUE. En outre, il n'est pas exclu qu'un gouvernement ne souhaite pas défendre la position de « sa » cour suprême ou qu'il ne soutienne que modérément celle-ci. L'hypothèse d'un conflit ouvert entre une cour suprême et un gouvernement n'est malheureusement pas une hypothèse d'école. Dans un tel cas, comment la cour concernée peut-elle faire entendre ses vues et souligner les contraintes particulières dans lesquelles elle était, le cas échéant, placée avant de rendre sa décision ? Si une cour suprême peut admettre que ses décisions soient remises en cause dans un cadre strictement juridictionnel, régi par des règles claires et prévisibles, comme c'est le cas devant la Cour de Strasbourg ou une cour

constitutionnelle nationale, il est moins naturel pour elle de se retrouver l'enjeu d'une discussion bilatérale entre le gouvernement et la Commission, qui ne repose pas nécessairement sur de strictes considérations juridiques.

Ces difficultés n'avaient pas échappé aux praticiens les plus autorisés qui estimaient que l'action en manquement n'était pas *a priori* le mécanisme le plus adapté aux fins d'assurer le respect de l'obligation de renvoi et qui soulignaient, notamment, que l'Etat membre défendeur concerné était lui-même mis en cause pour une situation sur laquelle il n'avait pas de prise, en raison de l'indépendance de sa cour suprême (K. Lenaerts, I. Maselis et K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford European Union Law Library, 2014, pp. 102-103). L'avocat général Antonio Tizzano, dans ses conclusions sur l'affaire C-99/00 (CJCE 4 juin 2002, préc.), considérait pour sa part, il est vrai en 2002, que « il est en effet notoire que la Commission [et pas seulement elle] considère à juste titre que, [dans les cas de non-respect de l'obligation de renvoi], la voie du recours en manquement au titre de l'article 226 du CE est peu praticable et encore moins opportune ».

En troisième lieu, en ce qui concerne la mission unificatrice de la Cour, l'adage selon lequel le mieux peut être l'ennemi du bien pourrait avoir ici quelque résonance.

Si l'on postule que les cours suprêmes nationales, réceptives au message de rigueur délivré par l'arrêt du 4 octobre, s'engagent dans une politique plus active de renvoi, strictement conforme aux critères de l'arrêt *Cilfit*, la Cour pourrait se retrouver surchargée d'affaires ne portant pas sur des points de principe ou d'une certaine envergure, et dont l'enjeu se limite aux difficultés d'application des critères de sa jurisprudence dans chaque cas d'espèce.

La contrainte pour la Cour serait d'abord d'ordre managérial(4). La Cour est, en effet, aujourd'hui dans une situation délicate, le nombre d'affaires introduites devant son prétoire atteignant, en 2018, des niveaux inégalés(5). L'objectif de maintenir le délai moyen de traitement des renvois préjudiciels en deçà de dix-huit mois ne peut être que difficilement atteint, au prix d'efforts constants de célérité dans la gestion de l'instance et en dépit des résultats spectaculaires obtenus dans le traitement, dans des délais exceptionnellement brefs, des affaires éligibles à la procédure préjudicielle d'urgence ou la procédure accélérée. La proposition présentée en 2018 par la Cour aux autorités législatives, consistant à instituer un mécanisme de filtrage des pourvois dans certains domaines, est le fruit de ce constat. En outre, la Cour a renoncé, en juillet 2018, à sa proposition législative relative au transfert au Tribunal de l'Union de la compétence pour statuer sur les recours en manquement. Sa marge de manoeuvre serait donc des plus réduites si elle était confrontée à un afflux plus important encore de questions préjudicielles.

Il convient d'insister également sur un aspect, moins souvent avancé, mais non moins préoccupant, d'ordre jurisprudentiel.

Sans doute une jurisprudence gagne-t-elle en précision et en raffinement au fil des litiges, les données factuelles et juridiques de certaines affaires pouvant contribuer à l'affiner ou la réorienter. Mais il est aussi des situations dans lesquelles la clarté et l'accessibilité de la jurisprudence ne gagnent pas à ce genre de casuistique. Sur ce point, il est permis de s'interroger sur l'enseignement de l'arrêt *Ferreira da Silva e Brito*, dans lequel la Cour a paru renforcer l'obligation de renvoi pesant sur les cours suprêmes au vu de l'abondance des contentieux portés devant les juridictions nationales et l'existence de divergences entre elles, alors que la matière concernée, la notion de transfert d'entreprise, avait fait déjà l'objet d'une jurisprudence très fournie à Luxembourg. Une cour suprême est-elle tenue au renvoi dans chaque affaire dans laquelle elle n'est pas raisonnablement sûre que la solution d'espèce serait celle qu'adopterait la Cour, alors même que les critères mis en oeuvre seraient ceux de la jurisprudence de la Cour ?

On aura compris que le dialogue des juges pourrait traverser certaines zones de turbulence si des réflexions n'étaient pas conduites sur le meilleur usage possible des mécanismes de censure évoqués et si les fondements de la coopération entre la Cour de justice et les cours suprêmes des Etats membres n'étaient pas consolidés.

III - Quelles évolutions pour une relation confiante et apaisée ?

La première question qui se pose est celle de l'opportunité de reconsidérer les critères de la jurisprudence *Cilfit*, dont on a vu les rigueurs et les inconvénients avec la remise en cause du *modus vivendi* qui prévalait entre la Cour et les juridictions nationales de dernier ressort. La tentation pourrait exister de suggérer une réécriture de l'exception à l'obligation de renvoi consacrée par cet arrêt. Il paraît cependant plus sage de ne pas y céder. L'heure n'est pas venue d'une remise en cause radicale de ce repère totémique : la Cour doit

rester la vigie du système, conformément à la volonté des auteurs des traités.

D'autres pistes de réflexion sont à la fois plus mesurées et effectives, mais aussi plus respectueuses de l'esprit de responsabilité des acteurs du dialogue et de la confiance qui doit présider à leurs échanges. Elles portent sur une possible lecture plus consensuelle de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE, sans besoin de réécriture de l'exception dite *Cilfit*, des précisions sur l'utilisation des mécanismes de censure du non-respect de l'obligation de renvoi et un engagement actif de chacun des acteurs de la coopération préjudicielle dans sa bonne marche.

A. Une possible lecture plus consensuelle de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE

Revenons, une fois encore, aux origines de la jurisprudence *Cilfit*. Quelle était l'intention de la Cour ? Il s'agissait de desserrer, aussi prudemment que possible, la contrainte au renvoi pesant sur les juridictions suprêmes dans les affaires ne justifiant pas, à l'évidence, la saisine de la Cour (acte déjà interprété ou « éclairé » par la Cour et réponse évidente à la question posée), sans sacrifier l'essentiel, c'est-à-dire l'unité d'interprétation du droit de l'Union. La Cour avait été sensibilisée aux dangers des forces centrifuges par l'avocat général Capotorti qui, dans ses conclusions, craignait que le « noyau dur » de la jurisprudence nationale formé par les arrêts rendus en dernière instance ne se substitue à la seule interprétation autorisée et certaine, celle de la Cour de justice. Garantir le monopole d'interprétation des questions de droit de l'Union par cette dernière, ainsi que le soulignait dans le même sens le juge Pescatore (préc.), devait permettre d'éliminer les jurisprudences nationales dissidentes fragmentant la portée du droit de l'Union. L'assouplissement apporté par la Cour dans son arrêt, que n'avait pas préconisé l'avocat général, a néanmoins répondu à ces craintes, tout en prenant en compte des considérations de bon sens (« *in claris non fit interpretatio* », comme l'avait relevé l'avocat général M. Lagrange dans ses concl. sur l'arrêt du 27 mars 1963, *Da Costa*), soulignées par la Commission, sans affecter la jurisprudence de la Cour de justice. Le dispositif de l'arrêt se concluait d'ailleurs par la mention du risque de divergences de « jurisprudences » à l'intérieur de la Communauté. La fin de la controverse paraissait alors envisageable sur cette base (J. Masclat, *Vers la fin d'une controverse ? La Cour de justice tempère l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation faite aux juridictions européennes* [art. 177, al. 3, CEE], RMCUE 1983. 363).

Mais qu'a-t-on entendu ensuite par « jurisprudence » ou « question », au sens de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE ? Au fil des ans, il est apparu que la Cour, selon l'approche restrictive de l'arrêt *Cilfit*, a inclus dans la notion de « question » tout point de droit dont l'issue déterminait la correcte application de sa jurisprudence aux données particulières de l'espèce. Selon cette conception, elle a estimé qu'elle était la seule en mesure d'appliquer sans erreur le droit de l'Union aux faits de la cause et donc comme le seul juge autorisé à régler toute question autre que celles appelant une réponse évidente. Cette interprétation large de la notion de « question » semble encore prévaloir à Luxembourg, comme l'a confirmé l'affaire *Ferreira da Silva e Brito*, dans laquelle l'avocat général Bot considérait que la juridiction de renvoi, en n'appliquant pas correctement les critères de la jurisprudence de la Cour, avait méconnu l'office de cette dernière et son obligation de renvoi. La même impression se dégage de l'arrêt du 4 octobre 2018, en ce qu'il fait reposer le constat de non-respect de l'obligation de renvoi sur l'erreur d'application par le Conseil d'Etat de la jurisprudence de la Cour et non sur la nature de la question posée et son degré de difficulté. Peut-être la jurisprudence *Köbler* a-t-elle ici un effet collatéral : son raisonnement s'appuie en effet sur un examen, dans le cas d'espèce, par le juge de l'action en indemnité, du bien-fondé de l'application du droit de l'Union aux faits de la cause par la cour suprême concernée.

L'avocat général Jacobs avait très bien perçu le risque d'une dérive casuistique, amenant la Cour à se pencher sur des questions n'ayant guère de portée jurisprudentielle et n'ayant pas d'autre effet que de préciser l'application concrète de la jurisprudence au gré des renvois et des données factuelles de chaque espèce. Dans une affaire de classification douanière, elle avait précisé, s'agissant de vêtements féminins, que devaient être classés comme pyjamas non seulement les vêtements qui, en raison de leur apparence extérieure, étaient destinés à être exclusivement portés au lit mais aussi les sous-vêtements essentiellement utilisés à cette fin (CJCE 9 août 1994, aff. C-395/93, *Neckermann Versand*). Peu de temps après, la Cour a été saisie par une autre juridiction - une cour suprême cette fois - d'une question voisine, relative à des chemises de nuit. F. Jacobs, inquiet que la Cour ne fixe aucune limite à l'accès à son prétoire préjudiciel, releva que « le recours excessif aux décisions préjudicielles affecte la qualité, la cohérence et même l'accessibilité de la jurisprudence et peut s'avérer contreproductif par rapport à l'objectif final qui vise à garantir l'application uniforme du droit de l'ensemble de l'Union européenne » (concl. présentées le 10 juill. 1997 dans l'aff. C-338/95, *Wiener Sl*). S'abstenant de proposer la réécriture des critères *Cilfit*, il suggéra plutôt de considérer que l'obligation de renvoi ne devrait s'appliquer que « lorsque la saisine de la Cour est

réellement propre à réaliser les objectifs de l'article 177, c'est-à-dire lorsqu'une question d'ordre général se pose et qu'un réel besoin d'interprétation uniforme existe ». Ces lignes, qui n'ont pas pris une ride, n'ont pas reçu d'écho dans l'arrêt de la Cour, qui a pris position sans autre développement sur la classification douanière des chemises de nuit en litige au principal.

Ce précédent confirme les excès et inconvénients possibles, pour les cours suprêmes comme pour la CJUE, d'une « casuistique du pyjama », si l'on nous permet cette formule. Il ressort du raisonnement de l'avocat général Jacobs qu'une interprétation de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE, plus souple et fonctionnelle, pour reprendre les termes du juge Kanninen, est possible pour peu qu'on veuille s'en saisir (dans le même sens que l'avocat général F. Jacobs, v. M. Broberg et N. Fenger, préc.). La marge d'interprétation ne se situerait pas dans la notion d'« évidence ne laissant place à aucun doute raisonnable », qui resterait inchangée mais dans la notion même de « question ». Ne devraient ainsi être posées à la Cour que les questions engageant sa jurisprudence, exigeant que le « la » juridique soit donné à Luxembourg : pas nécessairement les seules questions importantes ou d'ordre général, et c'est une nuance par rapport à l'approche de F. Jacobs, mais les questions inédites, les questions mettant en jeu la fixation des critères d'un raisonnement ou d'une grille d'analyse, les questions d'appréciation de compatibilité de lois nouvelles, en bref, les affaires dont l'enjeu ne se limite pas à appliquer les critères d'une jurisprudence établie aux faits de la cause et dans lesquelles la jurisprudence de la Cour est vierge ou insuffisamment étoffée.

A cette aune, pour donner une illustration concrète, une question du type de celle que le Conseil d'Etat a cru pouvoir trancher sans renvoi préjudiciel, à tort, comme la Cour l'a jugé dans son arrêt du 4 octobre, relèverait encore de la notion de « question » au sens de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE. En effet, la jurisprudence de la Cour sur ce point (la neutralisation de la double imposition des dividendes jusqu'au niveau des sous-filiales) n'avait donné lieu qu'à un seul arrêt relatif à un impôt particulier, au Royaume-Uni, et les conséquences à tirer de ce raisonnement pour la législation française n'étaient pas claires. Il s'agissait donc bien d'une question d'ordre général, en ce qu'était en cause la grille d'analyse à appliquer à cette partie du litige. D'aucuns regretteront néanmoins que la CJUE n'ait fait aucune mention dans son arrêt des deux éléments qui, sans justifier nécessairement l'omission de renvoi, auraient pu expliquer le renoncement du Conseil d'Etat à y procéder et, peut-être, inciter la Cour à plus d'indulgence (v., AJDA 2018. 2280, préc., selon les auteurs de la chronique de jurisprudence de la CJUE, la Cour aurait pu, après avoir accueilli le grief de fond tiré de l'erreur d'application du droit de l'Union, estimer qu'il n'était pas nécessaire, dans les circonstances de l'espèce, de statuer sur le grief distinct tiré de la méconnaissance de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE) : d'une part, le respect du délai raisonnable de jugement et, d'autre part, la circonstance que la Cour avait déjà été saisie dans la même affaire (la circonstance que la procédure préjudicielle retarde l'issue du procès devant le juge national n'est, bien sûr, pas de nature, en tant que telle, à justifier l'omission de renvoi, dès lors que la question de droit posée est de celles qui doivent être soumises à la Cour : v., dans un sens contraire, les concl. de H. Savoie sur CE 20 mai 1998, n° 188239, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, Lebon avec les concl. [▮](#) ; AJDA 1998. 632 [▮](#) ; et 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur [▮](#) ; RFDA 1998. 609, concl. H. Savoie [▮](#)). L'allongement de la durée de l'instance avait une importance particulière dans ce litige, dans lequel les requérants soutenaient que l'écoulement du temps avait rendu plus difficile la production des pièces justifiant leurs demandes de remboursement (les impositions en litige concernaient les années 1999 à 2001). Le rapporteur public n'avait d'ailleurs pas conclu à ce que la formation de jugement saisisse à nouveau la Cour (concl. N. Escaut sur CE 10 déc. 2012, n° 317074, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ Société Rhodia*, Lebon [▮](#)). De telles précisions auraient pu atténuer la sécheresse des motifs de l'arrêt de la CJUE - nous ne savons pas si ces circonstances, qui ne sont pas mentionnées dans les arguments du gouvernement français repris dans l'arrêt du 4 octobre, ont été exposées lors de l'audience devant elle. En outre, le règlement de procédure de la Cour semble reconnaître une certaine marge d'appréciation aux juridictions nationales lorsqu'elle a déjà statué sur leurs questions préjudicielles. En vertu de l'article 104, § 2 de ce règlement, il appartient à ces juridictions d'apprécier si elles s'estiment suffisamment éclairées par une décision préjudicielle ou s'il leur apparaît nécessaire de la saisir à nouveau.

Le renvoi des questions ayant une réelle portée pour le droit de l'Union permettrait à la Cour de conserver son rayonnement jurisprudentiel, qui pourrait être mis à mal par la multiplication des contentieux portant sur des cas d'espèce plus ou moins analogues, et de conforter les cours suprêmes nationales dans leur responsabilité première d'appliquer ce droit conformément aux lignes de force de la jurisprudence de la CJUE. Certes, il est probable que cette décentralisation, toute relative, s'accompagne de solutions d'espèce parfois contrastées. Toutefois, telle est la réalité de l'application de la règle de droit en général, le droit de l'Union n'étant, de ce point de vue-là, ni mieux ni moins bien loti que le droit national. Espérer atteindre l'objectif de l'application uniforme d'une même règle à toute situation comparable en Europe est une

ambition commune à la Cour de justice et aux cours suprêmes nationales mais ne suppose pas que l'analyse transite toujours par le plateau du Kirchberg. L'exemple du droit de la concurrence depuis 2003 a bien montré que l'on pouvait reconnaître davantage de responsabilités aux autorités nationales selon une logique de réseau, dans un domaine où l'exigence d'unité d'application, en ce qu'elle vise à homogénéiser les conditions de la concurrence entre les opérateurs économiques, est essentielle.

La reconnaissance du rôle que jouent d'ores et déjà les cours suprêmes n'entraînerait pas de risques sérieux pour le respect de la jurisprudence de la Cour, car il est une autre vertu du mécanisme de renvoi préjudiciel qui demeurerait intacte : la faculté pour toute juridiction d'un Etat membre de s'adresser librement à elle(6). En effet, l'équilibre du système ne réside pas dans la seule relation entre la Cour et les juridictions de dernier ressort mais dans la faculté pour les juridictions de première instance ou d'appel, y compris si elles ne partagent pas l'analyse de leur cour suprême ou perçoivent, à leur niveau, des dissonances jurisprudentielles, de s'adresser à la Cour de justice. La préservation de cette faculté est l'un des piliers les plus importants du système des voies de droit prévu par les traités. La jurisprudence de la CJUE veille au plus grand respect de cette liberté reconnue à toute juridiction, en protégeant cette dernière des entraves qu'une cour supérieure nationale pourrait lui apporter. Aussi longtemps qu'une question préjudicielle n'est pas retirée, la Cour considère qu'elle doit y répondre, y compris lorsque la décision de renvoi préjudiciel est contestée devant une juridiction supérieure (CJCE 16 déc. 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, pts 96 et 97, AJDA 2009. 245, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert  ; v. égal., l'article 100 du règlement de procédure de la Cour de justice).

On relèvera au passage que le protocole n° 16 à la convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, qui permet aux plus hautes juridictions des Etats parties à la convention de demander un avis consultatif à la Cour de Strasbourg, est limité aux « questions de principe ». Ces juridictions pourraient d'autant plus aisément s'engager dans ce dialogue qu'il est facultatif et porte sur les questions les plus fondamentales de protection des droits. La Cour de cassation a été la première juridiction à solliciter un tel avis de la CEDH, dans une affaire relative à la transcription dans les registres de l'état civil de la naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui (Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30.138). Les mêmes juridictions pourraient estimer, au fil des ans, que le format du dialogue que la Cour de Luxembourg leur assigne est, en droit de l'Union, moins valorisant que celui du protocole n° 16. Le fait que la mission de la CEDH ne soit pas ancrée dans la même logique unificatrice que celle de la Cour de justice et que les comparaisons en la matière soient parfois hasardeuses n'interdit pas de souligner le contraste entre les deux décors du dialogue européen des juges.

Il peut, enfin, être intéressant de rappeler qu'en 1999, l'introduction d'un système de filtrage avait été envisagée par la Cour pour sélectionner les questions préjudicielles dont la complexité ou l'importance justifiait qu'elles soient tranchées à son niveau (v., not., le communiqué de presse n° 36/99 du 28 mai 1999 du président de la Cour de justice). Pour leur part, en avril 2000, les auteurs du rapport du groupe de réflexion présidé par Ole Due, ancien président de la Cour, consacré à l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, estimaient que les juridictions nationales de dernier ressort ne devraient être tenues à une obligation de renvoi qu'à propos de questions présentant « une importance suffisante pour le droit communautaire » et pour la solution desquelles il subsiste, après examen par les juridictions inférieures, un « doute raisonnable » (rapp. du groupe de réflexion sur *L'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes*, p. 15). Il n'est donc pas si iconoclaste, en 2018, de songer à mettre l'accent sur les renvois méritant l'intervention de la Cour.

B. Préciser les modalités d'utilisation de l'action en manquement « judiciaire »

Le lecteur aura déduit des observations qui précèdent (v., *Il supra*) qu'un besoin de précision se fait sentir, ce n'est pas une surprise, pour le mécanisme inauguré par l'arrêt du 4 octobre 2018. Les autres mécanismes abordés sont éprouvés dans leur maniement, encadrés par des textes (la Conv. EDH ou les constitutions et jurisprudences des cours constitutionnelles) ou une jurisprudence stabilisée (*Köbler*) et n'appellent pas d'aménagement particulier.

L'action en manquement judiciaire suscite, elle, plusieurs commentaires.

Ainsi qu'il a été dit, à la différence de l'action en responsabilité fondée sur la jurisprudence *Köbler*, une action en manquement dirigée contre la décision d'une cour suprême de ne pas déférer un renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne est plus directement attentatoire au principe du respect de l'autorité de la

chose jugée. Une telle décision se trouve directement remise en cause, tant dans sa rectitude procédurale - le juge a statué au mépris de l'un de ses devoirs - que dans son bien-fondé. Or, les conséquences à tirer pour l'Etat membre en cause d'un arrêt de manquement, tel que l'arrêt du 4 octobre, ne sont pas explicitées à ce jour par la Cour. L'arrêt constitue-t-il un fait nouveau susceptible de rouvrir la procédure devant la juridiction de renvoi ou, ce qui semble plus probable, de donner la possibilité au requérant d'introduire une nouvelle réclamation devant l'administration nationale compétente ? Ou la seule voie de droit ouverte aux fins de réparer les éventuels dommages causés est-elle celle prévue par la jurisprudence *Köbler* ?

Ces incertitudes sont d'autant plus grandes que la Cour de justice, peu après l'arrêt du 4 octobre 2018, a rendu, en grande chambre, un important arrêt dans lequel elle a manifesté son attachement au respect du principe de l'autorité de la chose jugée (CJUE 24 oct. 2018, aff. C-234/17). La Cour a considéré que le droit de l'Union n'exigeait pas que, pour tenir compte de l'interprétation d'une disposition pertinente de ce droit adoptée par la Cour postérieurement à la décision d'un organe juridictionnel revêtu de l'autorité de la chose jugée, celui-ci doive, par principe, revenir sur cette décision. Elle a, par ailleurs, rappelé qu'une autre voie de droit était ouverte dans sa jurisprudence aux personnes lésées par la violation du droit de l'Union : celle découlant de la jurisprudence *Köbler*.

Cette réaffirmation récente de la portée du principe du respect de l'autorité de la chose jugée place l'utilisation de l'action en manquement dans un cadre contraint, lorsqu'elle est dirigée contre une décision juridictionnelle.

A cela s'ajoute une interrogation sur la portée des griefs susceptibles d'être formés par la Commission dans ce cadre. On peut notamment se demander quelle valeur ajoutée représente le constat de la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel lorsque, dans le même arrêt, la Cour accueille l'argumentation de la Commission relative à l'erreur commise par la juridiction concernée dans l'application de la règle de fond qui était en débat devant elle. Ce constat a, certes, le mérite de délivrer un message dépourvu d'ambiguïté à ladite juridiction, en sanctionnant ce qui, aux yeux de la Cour, constitue un dérapage mais il n'accorde, *a priori*, pas de bénéfice aux requérants au principal autre que celui résultant de la censure de l'erreur de fond. Inversement, demander à la Cour de constater une méconnaissance de l'obligation de renvoi dans un cas d'espèce en dehors de toute critique de l'application d'une règle de fond du droit de l'Union paraît d'une utilité réduite. Une déclaration de manquement de ce type serait platonique en ce qu'elle ne permettrait pas aux parties de savoir si, au-delà de la perte de chance d'être correctement éclairée par la Cour, la juridiction nationale aurait accueilli leurs prétentions.

Il résulte de ce qui précède que tant le respect, dans toute la mesure du possible, des décisions passées en force de jugée que l'impératif de garantir l'acceptabilité et l'effectivité de cette nouvelle voie de droit plaident pour qu'elle soit utilisée avec prudence et parcimonie, dans un délai raisonnable - dont la Cour pourrait, au cas par cas, apprécier le respect par la Commission. C'est la raison pour laquelle il apparaîtrait approprié que la Commission en privilégie l'usage dans des situations de manquement structurel d'une cour suprême à son obligation de renvoi, comme cela a déjà été proposé avant l'arrêt du 4 octobre 2018, en déconnectant la violation de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE de la méconnaissance du droit de l'Union sur le fond (A. Kornezov, préc.). Le refus par principe ou trop systématique du dialogue préjudiciel devrait constituer le coeur de cible d'actions de cette nature, davantage qu'une décision traduisant un dérapage occasionnel ne remettant pas en cause la coopération entre la Cour et son interlocutrice nationale. En outre, l'examen de l'attitude des juridictions concernées serait effectué sur le fondement le plus approprié, celui des critères de la jurisprudence *Cifit*, non sur la base de règles de fond.

Rappelons que la Commission a déjà eu recours avec profit à l'action en manquement dans cet esprit, en 2004, à l'égard de la Suède, dont le *Högsta domstolen* (cour suprême) ne s'était pas signalé par un engagement actif dans le dialogue avec la Cour. A la suite de l'ouverture de la procédure de manquement et de l'envoi d'un avis motivé de la Commission, la Suède a amendé sa législation en 2005 pour prévoir que, désormais, un refus de renvoi devrait être dûment motivé (avis motivé 2003/2161 de la Commission du 12 oct. 2004, C(2004)3899 ; M. Schmauch, *Lack of preliminary references as an infringement of Article 234 EC ?*, European Law Reporter, 2005, pp. 445-454 ; U. Bernitz, *The Duty of Supreme Courts to Refer Cases to the CJ : The Commission's Action Against Sweden*, Swedish Studies in European Law, N. Wahl et P. Cramer [dir.] Hart, 2006, vol. I, 3, p. 44). Cette modification a convenu à la Commission et a fait depuis lors la preuve de sa pertinence. En 2017, le *Högsta domstolen* a adressé quatre renvois préjudiciels à la Cour.

Peut-être n'est-il pas malvenu de songer, par ailleurs, à l'élaboration par la Commission, sinon de lignes directrices, à tout le moins d'une doctrine d'emploi de cet instrument dont elle pourrait rendre les termes publics. La Commission a, par exemple, déjà précisé dans des communications les modalités de mise en

oeuvre des compétences en matière de manquement d'Etat que lui attribue l'article 260 du TFUE, qui lui permet de demander à la Cour d'infliger une astreinte ou une somme forfaitaire à l'Etat membre qui n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution d'un arrêt de la Cour (communication du 13 déc. 2005 concernant la mise en oeuvre de l'article 228 du CE, devenu article 260 du TFUE, SEC (2005) 1658 ; communication du 15 janv. 2011 relative à la mise en oeuvre de l'article 260, § 3 du TFUE).

Une telle communication, relative aux manquements à l'obligation de renvoi préjudiciel, contribuerait à la sécurité juridique, à la transparence et au climat de confiance qui doit guider les relations entre la CJUE et les cours suprêmes des Etats membres. Elle évacuerait l'impression que la décision de la Commission d'engager ou non une procédure de manquement est le fruit d'actions de lobbying particulièrement insistantes et fixerait un cadre au regard duquel les cours suprêmes les plus réticentes à la coopération préjudicielle pourraient faire évoluer leur pratique de renvoi. Il n'est pas souhaitable que l'état actuel d'indétermination des conditions d'utilisation de cette voie de droit perdure, alors que sont en cause des décisions de justice passées en force de chose jugée.

C. Pour un nouveau contrat de confiance

Les appels au dialogue et l'entretien d'un climat de confiance et de respect mutuel grâce aux rencontres informelles entre les juges sont naturellement essentiels. Ils doivent aussi s'accompagner de démarches concrètes, structurantes, de nature à renforcer la coopération préjudicielle entre la Cour et les cours suprêmes des Etats membres.

Pour sa part, la Cour de justice de l'Union s'y emploie avec ardeur depuis de longues années, d'abord par une attitude constante de réceptivité au besoin d'interprétation exprimé par les juridictions qui la saisissent. Par un effort permanent d'explication, elle parvient à limiter les rejets de question préjudicielle pour irrecevabilité aux cas extrêmes de litiges artificiels, d'absence manifeste de précision suffisante des décisions de renvoi (sur les attentes de la CJUE à l'égard des juridictions nationales, v., not., T. Von Danwitz, préc.), ou d'absence d'introduction d'un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union européenne contre la décision dont la validité est mise en doute par le renvoi (à condition, bien sûr, que le requérant dans l'affaire au principal aurait été sans aucun doute recevable à introduire un recours devant le Trib. UE : v., not., CJUE 25 juill. 2018, aff. C-135/16, *Georgsmarienhütte e. a.*). Pour ce qui a trait à la pertinence de la question posée, la Cour accorde une grande confiance à la juridiction de renvoi ; les questions posées, leur importance pour le règlement du litige au principal et la présentation des données juridiques et factuelles de ce litige bénéficient d'une présomption de sérieux et d'exactitude, que le gouvernement concerné ne saurait renverser (v., not., CJUE 22 juin 2010, aff. C-188/10, *Melki, Abdeli*, pts 24 et 30, AJDA 2010. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat^[1] ; RFDA 2010. 458, note P. Gaïa^[2]). Même lorsque la juridiction de renvoi laisse entendre que la décision de la Cour pourrait ne pas la lier, circonstance qui pourrait mettre en doute la recevabilité du renvoi, la Cour ménage les susceptibilités en répondant sur le fond tout en rappelant clairement le caractère contraignant de sa réponse (hypothèse concernant, il est vrai, le Bundesverfassungsgericht [Tribunal constitutionnel allemand] : CJUE 16 juin 2015, aff. C-62/14, *Gauweiler c/ Deutscher Bundestag*).

Ensuite, la Cour de justice est parvenue à réduire significativement la durée moyenne de la procédure devant elle, en la faisant passer de deux ans à seize mois au cours des années 2000. La principale contrainte au renvoi a été, de ce fait, largement atténuée. De plus, la Cour a su relever le défi de l'urgence, en instituant une procédure préjudicielle d'urgence (ou « PPU ») permettant de régler des affaires même complexes et sensibles dans des délais de trois à quatre mois, ce qui est un véritable tour de force, compte tenu des contraintes linguistiques avec lesquelles elle doit compter. La procédure accélérée permet également de répondre à certaines situations ne relevant pas de la PPU mais commandant une solution dans des délais très brefs. Le Conseil constitutionnel en a bénéficié, par exemple, à l'occasion du renvoi préjudiciel qu'il avait soumis à la CJUE dans une affaire relative au mandat d'arrêt européen (CJUE 30 mai 2013, aff. C-168/13, *Premier ministre*, AJDA 2013. 1684, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère^[3] ; RFDA 2013. 691, note H. Labayle et R. Mehdi^[4])

Enfin, *last but not least*, la Cour déploie des moyens inédits, en particulier budgétaires et informatiques, pour que, le 1^{er} janvier 2020, le réseau judiciaire de l'Union européenne soit accessible à toutes les juridictions européennes, au-delà des cours suprêmes nationales qui l'ont déjà porté sur les fonts baptismaux. Cet outil, utilisable par Internet, a notamment pour objectif de mettre à la disposition des juridictions des Etats membres toute l'information requise sur les renvois pendants devant elle, pour que les décisions en matière de renvoi soient pleinement éclairées et sur l'application du droit de l'Union par les cours nationales.

Il est difficile d'imaginer quelles démarches supplémentaires la Cour de justice pourrait mettre en oeuvre pour contribuer à une coopération plus effective avec les juridictions nationales. Tout au plus peut-on émettre le regret qu'elle ait décidé, en 2016, d'abandonner la pratique de rédaction des sommaires destinés à refléter, par de brèves et rigoureuses synthèses, l'apport en droit de ses arrêts publiés au recueil électronique de jurisprudence - équivalent des abstracts du recueil de jurisprudence du Conseil d'Etat. En choisissant de ne conserver, en guise de sommaire, que le dispositif de ses arrêts préjudiciels, la CJUE a renoncé à une partie de ses outils du « porter à connaissance » de ses décisions et pris le risque d'affaiblir l'utilité et la pertinence de son répertoire de jurisprudence. En effet, ces sommaires, substance dont se nourrit un tel répertoire, étaient d'autant plus importants que les arrêts de la Cour demeurent relativement longs au regard de certains standards nationaux. En outre, ils contribuaient à cultiver un réflexe de généralisation des solutions au-delà des données d'un cas d'espèce, en mettant en relief les étapes essentielles du raisonnement ou les critères retenus au soutien des réponses fournies au juge de renvoi. Il n'est pas sûr que les effets de cette nouvelle orientation, curieusement adoptée alors que la Cour mettait en oeuvre le projet de réseau judiciaire de l'Union européenne, soient compensés par le recours aux bases de données numériques qui valorisent la recherche par mots clés ou en mode « *full text* » et qui ne donnent pas à l'utilisateur d'informations aussi aisément accessibles sur les évolutions fines de la jurisprudence.

De leur côté, les cours suprêmes des Etats membres ont déjà manifesté leur pleine ouverture à la coopération préjudicielle en adhérant toutes au projet de réseau judiciaire de l'Union européenne.

Encore faut-il que cet outil de communication contribue dans les faits à une pleine application de l'obligation de renvoi, respectueuse de la compétence de la Cour. La loyauté que celle-ci est en droit d'attendre des cours suprêmes - qui est une des composantes du devoir de coopération loyale inscrit à l'article 4, § 3 du TUE - lui sera, comme par le passé, durablement acquise, à tout le moins de la part de ses interlocuteurs les plus fidèles, si les pôles du dialogue préjudiciel renouvellent leur contrat de confiance en l'ancrant dans deux piliers solides : d'une part, une lecture plus souple et fonctionnelle de l'article 267, 3^e alinéa du TFUE ; d'autre part, un usage des mécanismes de censure respectueux des spécificités de la fonction juridictionnelle.

Ce contrat de confiance suppose aussi que les cours suprêmes s'astreignent, dans leur activité quotidienne, à un recours prudent et raisonnable aux exceptions que l'article 267, 3^e alinéa du TFUE, même interprété de manière plus ouverte, ménage à l'obligation de renvoi. Un *vade-mecum* du renvoi pourrait ainsi être utilement élaboré, à l'initiative de chaque cour suprême, pour son usage interne, définissant, avec quelques exemples, les situations dans lesquelles un renvoi à Luxembourg s'impose et celles dans lesquelles, au contraire, la juridiction peut exercer sereinement sa responsabilité de juge de droit commun du droit de l'Union.

Ce *vade-mecum* pourrait mettre en relief quelques règles de bon comportement, au nombre desquelles figure d'abord la motivation de la décision de ne pas procéder au renvoi, en particulier lorsqu'une partie au litige demande qu'une question préjudicielle soit renvoyée à la Cour. Une telle motivation, fondée sur l'application des critères de la jurisprudence *Cilfit* et, le cas échéant, sur l'interprétation plus ouverte de la notion de « question » au sens de l'article 267, 3^e alinéa, du TFUE, est essentielle pour la partie concernée, ainsi que l'a jugé à juste titre la Cour de Strasbourg. Il ne paraît plus possible de se borner à relever, en incise dans les motifs d'un arrêt, que des conclusions peuvent être rejetées « sans qu'il soit besoin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice ». Par son caractère sibyllin, une telle mention entretient une forme de mystère et peut laisser planer des supputations inutiles. Outre l'obligation de motivation, le document pourrait rappeler que le règlement d'une question de droit de l'Union, lorsqu'elle porte sur l'interprétation d'une disposition d'un acte de ce droit, suppose que la juridiction prenne effectivement les habits du juge du droit de l'Union, dont elle revendique l'appellation et la fonction. Cela implique qu'elle raisonne comme le ferait la CJUE si elle était saisie de cette question, en se méfiant notamment d'une interprétation trop littérale de la disposition, en ayant recours autant que possible au droit comparé si la question le mérite et à l'analyse des autres versions linguistiques du même texte, en se souciant de donner à la disposition l'effet utile qu'ont visé à lui conférer ses auteurs.

Il n'est pas nécessaire de poser comme règle de principe que l'existence du moindre doute devrait, en quelque sorte, profiter au renvoi. Dans certaines situations, la juridiction nationale doit pouvoir considérer, après un examen attentif, qu'une question préjudicielle ne s'impose pas. Il peut en aller ainsi notamment lorsque l'interprétation qu'il convient de donner à une disposition d'un acte de droit de l'Union ne suscite pas de véritable débat ou lorsque la résolution de la question posée, par exemple, celle de savoir si un acte

national est ou non compatible avec un principe ou une liberté fondamentale du droit de l'Union, trouve des éléments suffisants de réponse par application d'une grille d'analyse fixée par la Cour, quand bien même quelques voix dissonantes se seraient exprimées en faveur d'une solution d'espèce différente, fondée sur les mêmes critères.

Une illustration concrète de la marge d'appréciation dont une cour suprême doit pouvoir disposer sans attenter à la fonction régulatrice de la CJUE ni à l'unité du droit de l'Union, est fournie, pour s'en tenir à la jurisprudence des années récentes du Conseil d'Etat, par la décision rendue par l'assemblée du contentieux dans l'affaire *Quintanel* (CE, ass., 27 mars 2015, n° 372426, Lebon ¹ ; AJDA 2015. 1761 ², note G. Alberton ³ ; RFDA 2015. 550, concl. B. Dacosta ⁴). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat, s'il a paru s'écarter des orientations données par un arrêt de la Cour a, en réalité, respecté les principes d'analyse tracés par celle-ci et en a tiré les conséquences comme juge du fond, à la lumière des éléments dont il disposait, spécifiques à la politique sociale conduite par le législateur national. Ainsi que l'a rappelé l'assemblée du contentieux dans sa décision, si la Cour donne des indications au juge de renvoi pour lui permettre de statuer et que celui-ci doit respecter, il revient au juge national, seul compétent pour apprécier les faits et pour interpréter la législation nationale, de déterminer si et dans quelle mesure les dispositions législatives concernées sont justifiées par l'objectif légitime de politique sociale poursuivi par le législateur.

Une autre variable devrait être prise en considération dans la rédaction d'un tel *vade-mecum*, dans les Etats membres où a été institué un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois auquel participent les cours suprêmes. Celles-ci peuvent être placées devant le choix, parfois délicat sur le plan institutionnel, de déterminer la voie de droit qu'il convient de privilégier, lorsqu'elles sont saisies à la fois d'une contestation de la conformité d'un acte à la Constitution et d'une question de droit de l'Union justifiant la saisine de la Cour de justice. La jurisprudence de Luxembourg est on ne peut plus constante sur cette question, depuis l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Rheinmühlen-Düsseldorf* (CJCE 16 janv. 1974, aff. C- 166/73 ; CJUE 22 juin 2010, *Melki, Abdeli*, préc.). Le juge national ne saurait voir sa faculté ou son devoir de s'adresser à la Cour limité ou entravé par des dispositions imposant la saisine d'une cour constitutionnelle ou le règlement d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cette jurisprudence rappelle à juste titre aux cours suprêmes dans cette situation qu'elles demeurent, à la différence des cours constitutionnelles, des juges de droit commun du droit de l'Union. Il faut espérer que, sur cette question, la plupart des cours suprêmes fassent preuve du même loyalisme que celui qu'a manifesté le Conseil d'Etat à l'égard de la Cour, en allant jusqu'à nier, de manière presque artificielle, le caractère sérieux d'une QPC pour être en mesure de saisir la Cour de la question délicate de droit de l'Union que soulevait une affaire (CE 31 mai 2016, n° 393881, Lebon avec les concl. ⁵ ; AJDA 2016. 1392 ⁶, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ⁷ ; RFDA 2016. 989, concl. E. Cortot-Boucher ⁸ ; et 1003, note H. Labayle et R. Mehdi ⁹ ; N. Labrune, Discrimination à rebours, inconstitutionnalité et inconstitutionnalité : deux procédures, trois juges, un casse-tête, RJF 2016, n° 8-9, pp. 929-934). Avant même l'institution, en 2010, du système des questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil d'Etat avait même « converti » une pure question de constitutionnalité d'un acte du droit de l'Union en question de droit de l'Union pour obtenir l'éclairage nécessaire de la Cour (CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Lebon avec les concl. ¹⁰ ; AJDA 2007. 577 ¹¹, chron. F. Lenica et J. Boucher ¹² ; et 1097, tribune P. Cassia ¹³ ; RFDA 2007. 384, concl. M. Guyomar ¹⁴ ; 564, note A. Levade ¹⁵ ; et 578, note X. Magnon ¹⁶).

Une réflexion interne à chaque cour suprême sur la pratique du renvoi préjudiciel, intégrant les paramètres qui viennent d'être énoncés, apporterait sans doute plus de cohérence dans la prise de décision, trop dépendante des cas d'espèce et de la variété des compositions des formations de jugement. Elle pourrait donner lieu à des échanges avec la Cour de justice pour que se consolide, ou se reconstruise sur des fondations solides, la maison commune du droit de l'Union au sein de laquelle doit être patiemment entretenue la culture de l'écoute entre les juges.

Dans ses conclusions sur l'affaire *X. et T. A. van Dijk*, l'avocat général Wahl estimait que si l'on adoptait une lecture stricte de la jurisprudence *Cifit*, l'on trouverait au mieux autant de cas de figure d'un « véritable » acte clair que l'on risque de rencontrer de licorne. Dans le prolongement de ce trait d'humour, on peut souhaiter que les cours suprêmes nationales aient plus souvent la chance, telle la *Dame à la licorne* des tapisseries du musée de Cluny, de croiser en toute quiétude cette créature merveilleuse et d'exercer effectivement les responsabilités qui découlent de leur mission de juge du droit de l'Union, tout en maintenant le cap d'une relation loyale à l'égard de la CJUE, seule autorisée à fixer le cadre d'analyse et la jurisprudence qui s'imposent aux juridictions des Etats membres. Il faut pour cela plaider en faveur d'une conception plus souple et fonctionnelle de la coopération préjudicielle. A cette condition, le contrat de confiance entre la Cour de justice de l'Union européenne et les cours suprêmes nationales pourra être

exempt de malentendus ou d'arrière-pensées et refondé sur des bases authentiques de respect mutuel.

Mots clés :

DROIT EUROPEEN * Droit de l'Union européenne * Cour de justice de l'Union européenne * Question préjudicielle * Recours en manquement

CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Question préjudicielle * Cour de justice de l'Union européenne

(1) La présente contribution se concentre sur le renvoi préjudiciel en interprétation, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité soulevant des questions en partie différentes.

(2) La présente contribution considérera comme synonymes, pour les besoins de l'analyse, les « cours suprêmes » et les « juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». Elle n'abordera pas la question des conditions d'application de l'article 267, 3^e alinéa du TFUE par les cours constitutionnelles des Etats membres.

(3) 147 recours en manquement en 2001 (231 affaires préjudicielles la même année), 41 en 2017 (533 affaires préjudicielles la même année).

(4) Dans la proposition de réforme de son statut qu'elle a soumise le 26 mars 2018 au Conseil de l'Union et au Parlement européen, la Cour n'a pas proposé le transfert au Tribunal de l'Union de la compétence pour statuer sur les questions préjudicielles dans certaines matières. Voir, dossier interinstitutionnel 2018/0900 (COD), ainsi que l'avis de la Commission sur cette proposition rendu le 11 juillet 2018 (COM/2018/534 final).

(5) Probablement plus de 800 affaires, à l'heure où ces lignes sont écrites.

(6) En Pologne, cette liberté fondamentale est actuellement menacée : après un renvoi préjudiciel de la cour suprême de Pologne (aff. C-522/18) portant sur la nouvelle loi organisant cette cour, le ministère de la justice a décidé de contester la constitutionnalité de l'article 267 du TFUE devant la cour constitutionnelle.

Copyright 2019 - Dalloz – Tous droits réservés