

## AJDA 2015 p.260

**La pratique du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne**(1)**Sébastien Platon, Professeur de droit public, université de Bordeaux, CRDEI, Centre d'Excellence Jean Monnet d'Aquitaine****L'essentiel**

Depuis 2006, le Conseil d'Etat s'est engagé dans une politique de convergence avec le droit de l'Union européenne, s'efforçant d'adapter sa jurisprudence aux exigences de ce droit. Cette adaptation doit s'accompagner d'une véritable coopération juridictionnelle avec la Cour de justice, par la voie du renvoi préjudiciel. Il est indéniable que le Conseil d'Etat a fait sauter certains des verrous qui nuisaient à cette coopération, comme la théorie de l'acte clair ou les limites à l'autorité des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel. La vigilance reste cependant de mise, même lorsque la haute juridiction administrative estime, de bonne foi, faire une application pure et simple des solutions issues du droit de l'Union. S'il est vrai que le manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel n'est que rarement sanctionné, il peut quand même l'être, et pas forcément devant le juge que l'on croit...

L'objet du présent article pourrait paraître excessivement ambitieux, tant il semble embrasser un champ vaste. Vaste et, qui plus est, arpenté encore récemment par Claire Vocanson dans sa thèse intitulée *Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, soutenue en 2012 et publiée aux éditions Dalloz en 2014 (coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses). Il va de soi que la présente analyse n'entend pas atteindre le même niveau d'exhaustivité que l'ouvrage précédemment mentionné. Il s'agira bien plus modestement ici - et de façon volontairement provocatrice - d'utiliser la pratique du Conseil d'Etat en matière de renvoi préjudiciel à la Cour de justice comme un prisme à travers lequel questionner la profession de foi europhile qui semble caractériser la haute juridiction administrative française depuis quelques années, et plus précisément depuis la nomination de Jean-Marc Sauvé à la vice-présidence du Conseil d'Etat.

Jusqu'à une époque récente, l'attitude de la haute juridiction administrative envers les normes internationales, de manière générale, pouvait en effet être sans trop d'exagération qualifiée de réticente. Il suffirait, pour s'en convaincre, de rappeler que le Conseil d'Etat n'a accepté de contrôler la compatibilité des lois françaises avec une convention internationale antérieure qu'en 1989 (ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, Lebon ; AJDA 2014. 100, entretien M. Long ; D. 1990. 135, note P. Sabourin, 57, chron. R. Kovar ; RFDA 1990. 267, chron. D. Ruzié ; Rev. crit. DIP 1990. 125, concl. P. Frydman, et 139, note P. Lagarde ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch), alors même que le Conseil constitutionnel avait, dès 1975, (15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*) indiqué, implicitement mais nettement, que ce contrôle relevait du juge ordinaire - ce que la Cour de cassation a très rapidement intégré (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Société des cafés Jacques Vabre*). L'on pourrait aussi, à ce titre, rappeler la limitation de l'invocabilité des dispositions conventionnelles à la condition que celles-ci soient dotées de l'effet direct (CE, sect., 23 avr. 1997, n° 163043, *GISTI*, Lebon avec les concl. ; AJDA 1997. 482, et 435, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1998. 15, concl. R. Abraham ; RFDA 1997. 585, concl. R. Abraham ; RDSS 1998. 194, obs. M. Badel, I. Daugareilh, J.-P. Laborde et R. Lafore), contre l'opinion du commissaire du gouvernement Ronny Abraham qui estimait, quant à lui, que l'absence d'effet direct n'influe que sur la densité normative de la disposition conventionnelle et non sur son invocabilité. Cette limitation a d'ailleurs été rappelée récemment et n'a pas été remise en cause sur son principe même si elle a fait l'objet de certaines salutaires précisions (CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI*, *Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, Lebon ; AJDA 2012. 936, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 729, tribune Y. Aguila ; *ibid.* 2014. 125, chron. T.-X. Girardot ; D. 2012. 1712, note B. Bonnet ; *ibid.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2013. 489, étude F. Zitouni ; Dr. soc. 2012.

1014, étude J.-F. Akandji-Kombé<sup>[1]</sup> ; RFDA 2012. 547, concl. G. Dumortier<sup>[2]</sup> ; *ibid.* 560, note M. Gautier<sup>[3]</sup> ; *ibid.* 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci<sup>[4]</sup> ; *ibid.* 2013. 367, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci<sup>[5]</sup> ; *ibid.* 417, chron. C. Santulli<sup>[6]</sup> ; RDSS 2012. 940, note S. Biagini-Girard<sup>[7]</sup> ; Constitutions 2012. 297, obs. A. Levade<sup>[8]</sup> ; Rev. crit. DIP 2013. 133, note F. Jault-Seseke<sup>[9]</sup> ; RTD civ. 2012. 487, obs. P. Deumier<sup>[10]</sup> ; RTD eur. 2012. 928, obs. D. Ritleng<sup>[11]</sup>).

Le droit communautaire, devenu droit de l'Union européenne, n'a pas échappé à cette réticence. L'on pourrait même s'aventurer à estimer qu'en la matière, la question était encore compliquée par la présence d'une autre juridiction, la Cour de justice des Communautés européennes devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Cette juridiction est en effet chargée d'interpréter, avec non seulement la force obligatoire qui s'attache à ses arrêts mais également la primauté qui s'attache à toutes les normes de droit de l'Union, un droit « externe » que les juges internes, y compris les cours suprêmes dont le Conseil d'Etat fait partie, sont chargés d'appliquer. A pu en résulter une tension entre, d'une part, la volonté du Conseil d'Etat de « jouer sa partition » dans ce concert et, d'autre part, celle de ne pas se soumettre totalement et de faire entendre sa « petite musique ».

L'épisode de l'effet direct des directives en est une illustration topique. Prenant frontalement à revers la jurisprudence de la Cour de justice (4 déc. 1974, aff. C-41/74, *Van Duyn c/ Home Office*), le Conseil d'Etat estima dans son célèbre arrêt *Cohn-Bendit* (CE, ass., 22 déc. 1978, n° 11604, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, Lebon<sup>[12]</sup>) que les directives, fussent-elles claires, précises et inconditionnelles, ne pouvaient être dotées de l'effet direct. Il lui fallut par la suite déployer des trésors d'ingéniosité et de subtilité pour parvenir à concilier cette solution avec la nécessaire effectivité contentieuse des directives dont l'absence aurait exposé la France, au mieux, à une stigmatisation par la Cour de justice (en cas de renvoi préjudiciel), au pire, à une condamnation (en cas de recours en manquement).

En particulier, le Conseil d'Etat s'efforça de réduire à la portion congrue les conséquences de l'absence d'effet direct des directives, à savoir l'impossibilité d'invoquer directement une directive contre un acte administratif individuel. Il restait malgré tout possible d'invoquer directement une directive contre un acte réglementaire (7 déc. 1984, n° 41971, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Lebon<sup>[13]</sup>), et même indirectement contre un acte individuel, par voie d'exception, pour peu que le règlement (ass., 28 févr. 1992, n° 56776, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, Lebon avec les concl.<sup>[14]</sup> ; AJDA 1992. 210<sup>[15]</sup>, concl. M. Laroque<sup>[16]</sup>, et 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz<sup>[17]</sup> ; D. 1992. 207<sup>[18]</sup>, chron. R. Kovar<sup>[19]</sup> ; RFDA 1992. 425, note L. Dubouis<sup>[20]</sup> ; RTD com. 1992. 600, obs. G. Orsoni<sup>[21]</sup> ; RTD eur. 1992. 265, étude D. Simon<sup>[22]</sup>), la loi (ass., 30 oct. 1996, n° 45126, *SA Cabinet Revert et Badelon*, Lebon<sup>[23]</sup> ; AJDA 1996. 1044<sup>[24]</sup> et 980, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot<sup>[25]</sup> ; RFDA 1997. 1056, concl. G. Goulard<sup>[26]</sup> ; RTD eur. 1997. 103, chron. D. Berlin<sup>[27]</sup> ; *ibid.* 171, concl. G. Goulard<sup>[28]</sup> ; *ibid.* 299, chron. D. Berlin<sup>[29]</sup>) ou même la simple règle jurisprudentielle (ass., 6 févr. 1998, n° 138777, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, Lebon avec les concl.<sup>[30]</sup> ; AJDA 1998. 458<sup>[31]</sup> et 403, chron. F. Raynaud et P. Fombeur<sup>[32]</sup> ; D. 1998. 76<sup>[33]</sup> ; RDI 1998. 225, obs. J.-B. Auby et C. Maugué<sup>[34]</sup> ; *ibid.* 240, obs. F. Llorens et P. Terneyre<sup>[35]</sup> ; RFDA 1998. 407, concl. H. Savoie<sup>[36]</sup> ; RTD com. 1998. 584, obs. G. Orsoni<sup>[37]</sup>) sur laquelle se fondait ledit acte fût incompatible avec la directive.

Il n'a pas échappé à la doctrine que la nomination de Jean-Marc Sauvé à la vice-présidence du Conseil d'Etat a coïncidé avec un changement de cap tout à fait notable dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de droit de l'Union européenne. Le premier grand acte de cette « nouvelle ère » - ou de cette « fin de cycle » (pour reprendre l'intitulé de l'étude de M. Gautier et F. Melleray, *Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? A propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007*, Dr. adm. 2007. Etude 7) - a eu lieu le 8 février 2007. Ce jour-là, deux grands arrêts, accompagnés d'une inhabituelle conférence de presse, étaient rendus.

Par son arrêt *Arcelor* (CE, ass., 3 juin 2009, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Lebon<sup>[38]</sup> ; AJDA 2009. 1068<sup>[39]</sup>, et 1710<sup>[40]</sup>, note F. Lafaille<sup>[41]</sup> ; D. 2009. 2448, obs. F. G. Trébulle<sup>[42]</sup> ; RFDA 2009. 800, concl. M. Guyomar<sup>[43]</sup>, et 1031, chron. C. Santulli<sup>[44]</sup> ; Constitutions 2010. 58, obs. A. Levade<sup>[45]</sup>), le Conseil d'Etat définissait les modalités spécifiques du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs de transposition d'une directive européenne. Ces modalités tendaient en particulier à concilier, d'une part, la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne (CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286, *Sarran et Levacher*, Lebon<sup>[46]</sup> ; AJDA 1998. 1039<sup>[47]</sup> et 962, chron. F. Raynaud et P. Fombeur<sup>[48]</sup> ; *ibid.* 2014. 114, chron. P. Fombeur<sup>[49]</sup> ; D. 2000. 152<sup>[50]</sup>, note E. Aubin<sup>[51]</sup> ; RFDA 1998. 1081, concl. C. Maugué<sup>[52]</sup> ; *ibid.* 1094, note D. Alland<sup>[53]</sup> ; *ibid.* 1999. 57, étude L. Dubouis<sup>[54]</sup> ; *ibid.* 67, note B. Mathieu et M. Verpeaux<sup>[55]</sup> ; *ibid.* 77, étude O. Gohin<sup>[56]</sup> ; RTD civ. 1999. 232, obs. N. Molfessis<sup>[57]</sup>) et, d'autre part, la primauté du droit de l'Union européenne et le monopole de la Cour de justice pour contrôler la légalité des actes de droit dérivé (22 oct.

1987, aff. C-314/85, *Foto-Frost*).

Par son arrêt *Gardedieu* (CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, Lebon avec les concl. ; AJDA 2007. 585 ; chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1097, tribune P. Cassia ; D. 2007. 659, et les obs. ; *ibid.* 1214, chron. G. Clamour ; RFDA 2007. 361, concl. L. Derepas ; *ibid.* 525, note D. Pouyau ; *ibid.* 789, note M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 297, obs. J.-P. Marguénaud), le Conseil d'Etat consacrait un nouveau cas de responsabilité administrative, la responsabilité de l'Etat du fait des lois incompatibles avec une convention internationale. Bien que ce nouveau régime de responsabilité ne soit pas applicable spécifiquement aux lois incompatibles avec le droit de l'Union européenne, la solution est nettement inspirée par une volonté de rendre le droit français compatible avec les exigences du droit de l'Union européenne, et notamment le droit pour tout justiciable de demander réparation des préjudices qui lui seraient causés par une loi incompatible avec le droit de l'Union européenne (CJCE 5 mars 1996, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame III*, AJDA 1996. 489, étude D. Simon, et 1997. 342, chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues ; RFDA 1996. 583, note L. Dubouis ; RSC 1996. 674, obs. J.-C. Fourgoux ; RTD eur. 1997. 299, chron. D. Berlin). Ce premier acte fut suivi de bien d'autres, dont le plus symbolique fut certainement l'abjuration de la jurisprudence *Cohn-Bendit* par l'arrêt *Perreux* (CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *M<sup>me</sup> Perreux*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2009. 2385, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi, et 2010. 1412, étude L. Coutron ; *ibid.* 2014. 120, chron. F. Raynaud ; D. 2010. 553, obs. M.-C. de Montecler, note G. Calvès ; *ibid.* 351, note P. Chrestia ; AJFP 2010. 76, et les obs. ; RFDA 2009. 1125, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 1146, note P. Cassia ; *ibid.* 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; *ibid.* 2010. 126, note M. Canedo-Paris ; *ibid.* 201. chron. C. Santulli ; *ibid.* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RTD eur. 2010. 223, note D. Ritleng ; *ibid.* 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar).

L'eupéanisation de la jurisprudence du Conseil d'Etat est donc indéniable. Pourtant, avec le mauvais esprit - ou l'indépendance d'esprit, chacun jugera - dont les universitaires ont le loisir, voire le devoir, de faire preuve, il est possible de s'interroger sur l'étendue de cet engagement. L'ouverture du Conseil d'Etat envers le droit de l'Union européenne s'accompagne-t-elle d'un plein et entier dialogue avec la CJUE ? Ou bien se fait-elle à son détriment, à la manière de Manicamp étouffant tellement Folleville de ses démonstrations d'affection que celui-ci s'en trouve empêché d'avouer sa réticence à l'encontre du mariage auquel le premier le voue avec sa fille (2) ? C'est ici, bien évidemment, la procédure préjudicielle, en tant que canal privilégié de ce dialogue, qui est en question. Or, s'il est indéniable que le vent europhile qui souffle au sein du Palais-Royal n'a pas négligé la question préjudicielle, la vigilance reste de mise.

## I - L'ouverture du Conseil d'Etat à la question préjudicielle

Les réticences « classiques » du Conseil d'Etat en ce qui concerne la procédure de renvoi préjudiciel étaient au nombre de deux, et toutes deux, de façon variablement spectaculaire, semblent avoir été levées. La première réticence, en amont, tenait aux limites que le Conseil d'Etat avait opposées à son obligation de renvoi par la théorie de l'acte clair. En aval, il a également levé les limites qu'il avait pu opposer à l'autorité juridique des arrêts préjudiciels.

### A. L'allègement discret de l'hypothèque de « l'acte clair »

La théorie de l'acte clair a été développée par le Conseil d'Etat à partir de son arrêt *Société des pétroles Shell-Berre* (19 juin 1964, Lebon 344). Cette théorie est indéniablement un produit *made in France*. A tel point d'ailleurs que dans d'autres langues comme l'anglais et l'allemand, cette théorie est désignée en utilisant les mots français. Ainsi, la doctrine anglophone parle-t-elle d'« *acte clair doctrine* » cependant que la doctrine germanophone utilise l'expression « *acte-clair Doktrin* ».

On notera que les termes mêmes d'acte clair suggèrent que cette théorie limite l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation : l'idée, simple, est que si le sens d'une norme de droit de l'Union européenne est suffisamment clair, si sa signification apparaît avec netteté et évidence et, donc, s'il n'existe aucun doute, la juridiction suprême d'un Etat - en l'occurrence, le Conseil d'Etat - n'est pas soumise à l'obligation de renvoi préjudiciel que prévoit en l'état actuel du droit l'article 267 TFUE. Par extension, la théorie de l'acte clair englobe cependant également l'hypothèse dans laquelle il n'existe aucun doute sur la légalité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne (v., not., en ce sens, L. Coutron, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 335-341). La conséquence en est la même, c'est-à-dire une dispense de l'obligation de renvoyer une question préjudicielle à la Cour. La portée en est cependant plus large, puisque cette obligation, en vertu de la jurisprudence *Foto-Frost* précitée, s'impose non seulement aux juridictions suprêmes mais également à toute juridiction nationale. En revanche, en raison de cette

jurisprudence *Foto-Frost*, même une certitude absolue (si tant est que cela puisse exister) sur l'illégalité d'un acte de droit dérivé ne permet pas au juge interne de la constater tant qu'elle n'a pas été déclarée par la Cour de justice.

Il est à noter que, en soi et dans l'absolu, la théorie de l'acte clair n'est pas incompatible avec le droit de l'Union européenne. L'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation ne s'impose que lorsqu'il existe un doute raisonnable sur le sens d'une norme de droit de l'Union, de sorte que l'absence de doute dissout naturellement l'obligation (CJCE 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT*, ). De même, la jurisprudence *Foto-Frost* permet au juge national de rejeter de lui-même un grief tiré de l'illégalité d'un acte de droit dérivé lorsqu'il n'existe aucun doute sur la légalité de l'acte en question.

Là où le bât blesse, c'est quant aux conditions de recours à cette théorie. La Cour de justice n'en permet l'utilisation que lorsque les termes de l'acte ne laissent place à aucune équivoque (théorie de l'acte « clair ») ou qu'il existe une jurisprudence permettant sans aucun doute d'interpréter l'acte ou d'en affirmer la légalité (27 mars 1963, aff. jtes C-28 à C-30/62, *Da Costa en Schaake* : théorie de l'acte « éclairé »). Le Conseil d'Etat, dans la ligne jurisprudentielle issue de son arrêt *Shell-Berre*, estimait quant à lui que l'obligation de poser une question préjudicielle ne s'impose pas lorsque le juge national peut, de lui-même, parvenir à une interprétation de l'acte ou conclure à sa légalité, même lorsque cette conclusion nécessite un effort interprétatif.

Il s'agit donc fondamentalement d'une divergence quantitative d'appréciation, entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice, sur un critère accepté par les deux juridictions et permettant d'exonérer les juridictions nationales de leur obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Cette divergence, pour autant, était notable. A tel point que l'avocat général Capotorti, concluant sur l'affaire *CILFIT* ayant donné lieu à l'arrêt précité du même nom, n'hésitait pas à parler de pratique « aberrante » en référence à l'utilisation par le Conseil d'Etat français de la théorie de l'acte clair.

Cette divergence, cependant, semble désormais aplanie. Certes, il n'existe pas de jurisprudence de principe qui revirerait clairement l'approche large de l'acte clair originellement retenue par le Conseil d'Etat. Les statistiques judiciaires de la Cour de justice sont cependant assez parlantes : le Conseil d'Etat français a posé presque une fois et demi plus de questions préjudicielles à la Cour de justice de 2006 à 2013 qu'il n'en avait posées de 1952 à 2006<sup>(3)</sup>. Certes, cette évolution à elle seule ne suffit pas à établir de manière irréfutable la « meilleure volonté » du Conseil d'Etat : elle pourrait être la conséquence directe de l'augmentation croissante des normes de droit de l'Union et de leur invocation par les parties. Néanmoins, il nous semble que l'importance quantitative de cette augmentation statistique révèle également une meilleure disposition de la haute juridiction administrative à l'endroit de la procédure préjudicielle.

## B. L'acceptation explicite de l'autorité de l'ensemble des arrêts rendus à titre préjudiciel

Si les arrêts *Arcelor* et *Gardedieu* précités sont considérés comme le premier grand acte de la stratégie d'alignement maximal du Conseil d'Etat sur la jurisprudence de la Cour de justice, ils n'en sont pas pour autant le tout premier acte. Dès la fin 2006, le Conseil d'Etat avait déjà abjuré, dans l'arrêt dit « *des échalotes* » (11 déc. 2006, n° 234560, *Société De Groot En Slot Allium BV, Société Bejo Zaden BV, Lebon* avec les concl.<sup>(4)</sup> ; AJDA 2007. 136<sup>(5)</sup>, chron. C. Landais et F. Lenica<sup>(6)</sup> ; D. 2007. 994<sup>(7)</sup>, note O. Steck<sup>(8)</sup> ; RFDA 2007. 372, concl. F. Séners<sup>(9)</sup> ; RTD civ. 2007. 299, obs. P. Remy-Corlay<sup>(10)</sup> ; RTD eur. 2007. 473, étude F. Dieu<sup>(11)</sup> ; *ibid.* 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar<sup>(12)</sup>), sa jurisprudence antérieure relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de justice sur renvoi préjudiciel.

Au nom de l'efficacité de la coopération juridictionnelle et de l'impératif d'interprétation uniforme du droit de l'Union, la Cour a développé une conception assez libérale du principe du dispositif et n'a jamais hésité à reformuler, re-rédiger, restreindre ou, au contraire, élargir les questions qui lui sont posées. Il en résulte que la Cour répond fréquemment au-delà de la question posée. Pour autant, cet *ultra petita* ne restreint aucunement l'autorité juridique qui s'attache à l'arrêt rendu par la Cour : il s'impose dans son ensemble au juge *a quo*.

Le Conseil d'Etat, pendant longtemps, ne l'acceptait pas. Dans un arrêt *Office national interprofessionnel des céréales c/ Maïseries de la Beauce* du 26 juillet 1985 (sect., n° 42204, Lebon<sup>(13)</sup>) et avec, qui plus est, la solennité des arrêts de section, la haute juridiction administrative a affirmé avec force que les appréciations faites par la Cour de justice dans le cadre d'un arrêt préjudiciel qui n'entrent pas dans les limites de la

question posée par le juge, ne peuvent s'imposer à celui-ci avec l'autorité de la chose jugée. Le Conseil d'Etat a par la suite essayé de justifier cette pratique dans un rapport de 2002 rédigé dans le cadre d'un colloque de l'Association des Conseils d'Etats et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (*Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes*, rapport pour le colloque de l'Association des Conseils d'Etats et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne des 20 et 21 mai 2002 à Helsinki, [www.juradmin.eu/colloquia/2002/france.pdf](http://www.juradmin.eu/colloquia/2002/france.pdf)). Il y était invité, comme les autres juridictions, à répondre à un questionnaire sur sa pratique du renvoi préjudiciel. A la question « Avez-vous connu des cas où l'arrêt rendu par la CJCE n'a finalement pas pu être pris en considération ? » ([http://www.juradmin.eu/images/media\\_kit/colloquia/2002/questionnaire\\_fr.pdf](http://www.juradmin.eu/images/media_kit/colloquia/2002/questionnaire_fr.pdf) p. 6), la réponse du Conseil d'Etat comporte l'édifiante phrase suivante : « conformément à la théorie générale des questions préjudicielles [*sic !*], le Conseil d'Etat juge que la réponse de la Cour ne s'impose au juge que dans la mesure où elle n'excède pas la question qui lui avait été soumise » (rapp. préc., p. 26).

Certes, la pratique de la Cour de justice n'est pas exempte de critiques. Elle pose en particulier un certain nombre de questions, on l'a mentionné, au regard du principe du dispositif. Néanmoins, l'on ne sache pas que l'autorité d'une décision de justice ou d'une jurisprudence dépend de ce qu'elle serait juridiquement irréprochable. Toutes considérations juridiques mises de côté, il s'agissait clairement d'une motion de défiance opposée à la Cour de justice, peu compatible avec une coopération juridictionnelle sereine.

Il aura fallu attendre 2006 pour que le Conseil d'Etat amende sa position. En l'espèce, il était saisi de l'importante question de savoir si la notion d'échalote pouvait être limitée aux variétés d'*allium cepa L. var. ascolonicum* à multiplication végétative par bulbes présentant les caractéristiques suivantes : de nombreux bourgeons auxiliaires (bulbes inclus), une cicatrice du plateau de la touffe et une asymétrie par rapport à l'axe de la touffe et à la coupe transversale du bulbe. La Cour de justice, saisie par voie préjudicielle de l'interprétation de plusieurs dispositions de droit communautaire dans le cadre de ce litige, avait répondu, comme souvent, au-delà de la question posée. Or, le Conseil d'Etat a clairement accepté l'autorité juridique de cette réponse *ultra petita*.

Il faut insister ici sur la solennité de cette position. D'une part, le Conseil d'Etat s'est réuni en assemblée, et l'on peut, sans trop prendre de risques, estimer que ce n'est pas le périmètre de la notion d'échalote qui a motivé la réunion de la plus haute formation contentieuse de la juridiction administrative suprême. D'autre part, le Conseil d'Etat aurait pu se contenter de se soumettre discrètement à l'*ultra petita* de la Cour de justice : son revirement en aurait été tout autant consommé sans que sa retraite apparaisse au grand jour. Au contraire, la haute juridiction a fait le choix d'une véritable apostasie sous la forme d'un quasi-considérant de principe en affirmant « qu'alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, cette interprétation du traité et des actes communautaires, que la Cour était compétente pour donner en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE, s'impose au Conseil d'Etat ».

Le Conseil d'Etat semble donc avoir amendé ses anciennes réticences, en matière de renvoi préjudiciel comme ailleurs. Pour autant, la vigilance doit rester de mise pour satisfaire à la coopération exigeante qu'impose le droit de l'Union.

## II - La nécessaire vigilance du Conseil d'Etat en matière de renvoi préjudiciel

Une précision méthodologique s'impose immédiatement : il ne sera pas ici question de procéder à un recensement exhaustif des hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat aurait manqué à l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité qui lui incombe en vertu des traités. Plusieurs raisons militent en faveur de ce choix.

D'une part, un tel recensement excéderait notablement le cadre de la modeste étude ici entreprise. D'autant que, pour être réellement instructif, ce recensement devrait nécessairement s'accompagner non seulement d'une étude tendancielle sur le long terme mais également d'une comparaison avec d'autres juridictions suprêmes, laquelle comparaison nécessiterait elle-même de notables précautions méthodologiques, ne serait-ce que pour tenir compte des différences de nombre d'affaires portées devant chaque juridiction suprême concernée et de la date à laquelle l'Etat dont elles relèvent a adhéré aux Communautés ou à l'Union européenne.

D'autre part, un tel recensement serait nécessairement empreint d'une certaine subjectivité. Cela est vrai, dans une certaine mesure, en ce qui concerne le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, même si la nécessité de celui-ci peut être établie sur la base de critères assez aisément vérifiables. Mais cela est

surtout vrai pour le renvoi préjudiciel en interprétation. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation ne pèse sur les juridictions dont les décisions sont insusceptibles de recours que lorsqu'il existe un « doute raisonnable » sur l'interprétation correcte du droit de l'Union (arrêt *CILFIT* de la Cour de justice, préc.). Or, un tel standard est évidemment lui-même difficile à interpréter - un comble - de sorte qu'en la matière, la subjectivité de l'observateur n'est pas forcément plus légitime que celle du juge.

Il serait certes possible de se limiter aux hypothèses dans lesquelles une partie de la doctrine a estimé que le Conseil d'Etat a manqué à son obligation de renvoi préjudiciel. Par exemple, relativement à un arrêt aussi célèbre que l'arrêt *Jean Bouin* (sect., 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Lebon avec les concl.* ; AJDA 2010. 2343 ; *ibid.* 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou ; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. Kovar), F. Brenet et F. Melleray ont pu estimer que la question de la soumission de la passation d'une convention domaniale aux exigences de publicité et de mise en concurrence découlant du droit de l'Union « était suffisamment sérieuse et importante pour justifier qu'une question préjudicielle en interprétation soit posée à la Cour de justice » et que « si le Conseil d'Etat ne l'a pas fait, c'est peut-être qu'il craignait le sens de la réponse » (Conventions domaniales, délégations de service public, mise en concurrence : l'affaire du stade Jean Bouin, Dr. adm. 2011. Comm. 17). Ce travail de recensement doctrinal a déjà été réalisé par Claire Vocanson, dans sa thèse précitée. Elle en conclut qu'« il ressort de la lecture des chroniques, notes et commentaires relatifs à la jurisprudence du Conseil d'Etat portant application du droit de l'Union européenne, que, dans l'ensemble, le Conseil d'Etat use, à présent, correctement du droit de l'Union européenne malgré l'existence de quelques décisions douteuses » (C. Vocanson, th. préc., spéc. p. 337). Nous ne voyons pas de raison de nous écarter de cette conclusion. Néanmoins, il faut relever qu'évaluer le degré de respect par le Conseil d'Etat de son obligation de renvoi préjudiciel au regard des appréciations de la doctrine reviendrait à abandonner la détermination des manquements de ce dernier au hasard (relatif) des critiques doctrinales, et ne pourrait pas davantage prétendre à une quelconque représentativité.

A défaut de pouvoir démontrer, l'on se contentera ainsi, modestement et en assumant par avance le caractère contestable de la démarche, d'illustrer deux propositions convergeant dans le sens d'une nécessaire vigilance du Conseil d'Etat dans sa pratique du renvoi préjudiciel. La première de ces deux propositions est que, même lorsque la haute juridiction administrative s'efforce de se conformer aux normes et principes de l'Union européenne, elle n'est pas à l'abri d'une méconnaissance de ses obligations au regard de la coopération avec la Cour de justice. Cette proposition sera illustrée par l'arrêt *Fédération Sud Santé Sociaux* (CE 23 mars 2012, n° 331805, Lebon avec les concl. ; AJDA 2012. 1583, note E. Marc ; Just. & cass. 2013. 118, concl. C. Landais ; RDT 2012. 376, obs. H. Tissandier ; RFDA 2012. 429, concl. C. Landais ; *ibid.* 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; Constitutions 2012. 294, obs. A. Levade ; RTD eur. 2012. 926, obs. D. Rittleng). La seconde de ces deux propositions est relative au fait qu'un manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel peut avoir des conséquences jusque devant... la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Elle sera illustrée par l'affaire *Michaud c/ France* (6 déc. 2012, n° 12323/11, AJDA 2013. 165, chron. L. Burgogue-Larsen).

## **A. L'arrêt *Fédération Sud Santé Sociaux* : l'enfer est-il pavé de bonnes intentions ?**

Il peut arriver que le Conseil d'Etat, dans son effort pour aligner sa jurisprudence sur les exigences du droit de l'Union européenne, néglige ses devoirs de coopération juridictionnelle. Ce constat n'est pas sans précédent. Ainsi, dans l'arrêt *Gestas* (18 juin 2008, n° 295831, Lebon ; AJDA 2008. 1237 ; RFDA 2008. 755, concl. C. de Salins, et 1178, note D. Pouyaud), la haute juridiction reconnut la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat du fait du contenu même d'une décision de justice, dans le cas où celui-ci est entaché d'une violation manifeste du droit de l'Union ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Cette solution déroge à la jurisprudence *Darmont* (CE, ass., 29 déc. 1978, n° 96004, Lebon), qui ne permet pas d'engager la responsabilité de l'Etat en raison du contenu même d'une décision de justice administrative, mais est conforme aux exigences du droit de l'Union européenne, telles que définies par l'arrêt *Köbler* (CJCE 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, AJDA 2003. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, et 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 423, étude J. Courtial ; D. 2003. 2546, et les obs. ; RSC 2004. 178, chron. L. Idot) et précisées par l'arrêt *Traghetti del Mediterraneo* (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 ; D. 2006. 1987 ; RTD civ. 2006. 728, obs. P. Remy-Corlay). Cependant, il conserva la condition d'une faute lourde, dont il était possible de se demander si elle était identique à la condition de « violation suffisamment caractérisée » exigée par la

Cour de justice. Claire Vocanson, dans sa thèse précitée, estime que le Conseil d'Etat aurait dû interroger la Cour de justice à titre préjudiciel sur ce point (spéc. p. 329-330).

L'arrêt *Fédération Sud Santé Sociaux* nous fournit un exemple plus récent et, peut-être, encore plus topique. En l'espèce, était en cause un arrêté ministériel agréant un accord de branche. Or, en vertu de la jurisprudence *Le Peignage de Reims*, « la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'une convention collective de travail est nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause », de sorte que « lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur ladite validité, la juridiction administrative [...] est [...] tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle » (CE, sect., 4 mars 1960, Lebon 168). Cependant, dans l'arrêt *Fédération Sud Santé Sociaux*, le Conseil d'Etat estime que le juge administratif peut de lui-même, et sans renvoi au juge judiciaire, procéder à l'examen de la compatibilité d'une convention collective avec une règle du droit de l'Union européenne.

Cette solution est la « réciproque » de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* du Tribunal des conflits (17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chéneau c/ INAPORC, Cherel et CNIEL*, Lebon <sup>1</sup> ; AJDA 2012. 27<sup>1</sup>, chron. M. Guyomar et X. Domino<sup>1</sup> ; *ibid.* 2011. 2041<sup>1</sup> ; D. 2011. 3046, et les obs.<sup>1</sup>, note F. Donnat<sup>1</sup> ; *ibid.* 2012. 244, obs. N. Fricero<sup>1</sup> ; RFDA 2011. 1122, concl. J.-D. Sarcelet<sup>1</sup> ; *ibid.* 1129, note B. Seiller<sup>1</sup> ; *ibid.* 1136, note A. Roblot-Troizier<sup>1</sup> ; *ibid.* 2012. 339, étude J.-L. Mestre<sup>1</sup> ; *ibid.* 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier<sup>1</sup> ; Constitutions 2012. 294, obs. A. Levade<sup>1</sup> ; RTD civ. 2011. 735, obs. P. Remy-Corlay<sup>1</sup> ; RTD eur. 2012. 135, étude D. Ritleng<sup>1</sup>), dans laquelle le juge des conflits, se fondant - sinon expressément, en tout cas par la voie d'une reprise quasi *verbatim* - sur la jurisprudence *Simmenthal* de la Cour de justice (9 mars 1978, aff. C-106/77), décida que, par exception à la jurisprudence *Septfonds* (16 juin 1923, n° 0732, *Septfonds c/ Compagnie des Chemins de fer du Midi*, Lebon<sup>1</sup> 498), le juge judiciaire peut, de lui-même, écarter un acte administratif contraire au droit de l'Union européenne sans avoir à renvoyer cette question, à titre préjudiciel, au juge administratif.

Le Tribunal des conflits se fondait en particulier sur l'affirmation de la Cour de justice, dans l'arrêt *Simmenthal*, de ce que « le juge national, chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ». Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Fédération Sud Santé Sociaux*, précité, reprend presque mot pour mot le considérant de principe de l'arrêt *SCEA du Chéneau* - et donc de l'arrêt *Simmenthal* - et fonde, tout comme le Tribunal des conflits, sa solution sur le « principe d'effectivité issu des dispositions [des] traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne ».

On ne peut *a priori* ici que constater un effort louable, tant de la part du Tribunal des conflits que du Conseil d'Etat, pour s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice. Pourtant, à bien y regarder, l'interprétation ici faite du droit de l'Union européenne n'était peut-être pas aussi évidente qu'il y paraît. On laissera de côté la question de savoir si la jurisprudence *Simmenthal* impliquait réellement une exception à la jurisprudence *Septfonds* : le doute en la matière a déjà été développé par une partie de la doctrine, notamment deux anciens référendaires auprès de la Cour de justice (v. F. Donnat, Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ?, D. 2011. 3046<sup>1</sup>, et D. Ritleng, Le juge français se veut bon élève de l'Union. L'arrêt *SCEA du Chéneau* du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011, RTD eur. 2012. 134<sup>1</sup>). Quoi qu'il en soit, et *a fortiori*, il existait indéniablement un doute sur le point de savoir si la jurisprudence *Simmenthal* impliquait la solution « inverse », à savoir la remise en cause de toute question préjudicielle vers le juge judiciaire chaque fois qu'une convention collective est incompatible avec le droit de l'Union.

L'exégèse de l'arrêt *Simmenthal* laisse planer le doute, puisque la Cour de justice oblige simplement le juge national à laisser immédiatement inappliquée toute « législation » nationale incompatible avec le droit communautaire. Or, le terme « législation » ne peut que difficilement recouvrir les actes de droit privé. Par ailleurs, si l'on remonte à l'arrêt *Costa c/ ENEL*, il apparaît que l'un des fondements rationnels du principe de primauté est le transfert de compétences opéré par les Etats au profit de l'Union européenne<sup>1</sup>(4). Or, cette logique ne trouve guère à jouer en ce qui concerne les actes privés : pour résumer de façon un peu caricaturale, si l'Etat a transféré ses compétences, les particuliers n'ont pas, eux, transféré leur autonomie de la volonté à l'Union.

Certes, un arrêt de 1991, *Helga Nimz*, affirme expressément que la jurisprudence *Simmenthal* « s'impose [...] également dans le cas où la disposition contraire au droit communautaire résulte d'une convention collective de travail. En effet, il serait incompatible avec la nature même du droit communautaire que le juge

compétent pour appliquer ce droit se voie refuser le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions d'une convention collective formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » (CJCE 7 févr. 1991, aff. C-184/89, *M<sup>me</sup> Nimz c/ Freie und Hansestadt Hambourg*, pt 20, D. 1992. 301<sup>III</sup>, obs. M.-T. Lanquetin<sup>III</sup> ; RTD eur. 1993. 81, chron. E. Traversa<sup>III</sup>). Cependant, cette solution, pour intéressante qu'elle soit, paraît isolée. Par ailleurs, même si l'on acceptait que la jurisprudence *Simmenthal* s'applique aux conventions collectives, demeurerait toujours la question de savoir si cette jurisprudence *Simmenthal* a bien pour effet d'interdire un renvoi préjudiciel entre ordres juridictionnels. Dans l'affaire *Nimz*, ce n'est d'ailleurs pas du tout un problème de coopération juridictionnelle qui a suscité cette précision de la Cour. En l'espèce, le juge national s'interrogeait sur le point de savoir s'il devait de lui-même écarter les dispositions de la convention collective qui étaient contraires au droit de l'Union, ou bien s'il pouvait, au nom de l'autonomie de la volonté, laisser aux partenaires sociaux le soin de tirer les conséquences de l'incompatibilité relevée. On voit donc bien ici que l'affirmation de la Cour a pour but de réaffirmer la nécessité d'une garantie *juridictionnelle* de l'application du droit de l'Union, qui ne peut être abandonnée aux soins des partenaires sociaux. Il est évident que, dans l'hypothèse du renvoi préjudiciel à un autre *juge*, cette garantie juridictionnelle est parfaitement préservée.

Au regard de tous ces éléments, il semble donc bien que la portée exacte de la jurisprudence *Simmenthal* pouvait nourrir un doute raisonnable, au sens de la jurisprudence *CILFIT* précitée, et qu'elle aurait pu (dû ?) donner lieu à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

On admettra bien volontiers qu'il y a une rudesse bien tatillonne à faire grief au Conseil d'Etat de ne pas avoir interrogé la Cour de justice quant à ce qui pouvait sembler, en toute bonne foi, une application pleine et entière de sa jurisprudence. Et on admettra tout aussi volontiers que la solution adoptée par le Conseil d'Etat, tout comme celle posée par le Tribunal des conflits, ne « viole » bien sûr pas le droit de l'Union européenne : même s'il était avéré que le droit de l'Union européenne n'exige pas de dérogation aux règles relatives au renvoi préjudiciel entre ordres juridictionnels quand est en cause le droit de l'Union, l'on ne pourrait reprocher au Conseil d'Etat que d'avoir été plus royaliste que le roi, alors qu'on peut par contre lui savoir gré d'avoir renforcé l'efficacité du droit de l'Union européenne en épargnant au justiciable un aller-retour fastidieux entre juridictions.

Il n'en reste pas moins que le Conseil d'Etat, plus encore peut-être que le Tribunal des conflits, s'est livré à une interprétation du droit de l'Union européenne - quant à ses effets sur l'office du juge interne - alors qu'il existait un indéniable doute raisonnable sur cette interprétation, et que cette interprétation était utile à la résolution du litige - ne serait-ce qu'indirectement, en vue de connaître la juridiction compétente pour examiner la compatibilité de l'accord de branche avec le droit de l'Union européenne. Dans une lecture certes rigoureuse des traités et de la jurisprudence, cela suffit à qualifier un manquement à l'obligation incombant aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de poser une question préjudicielle à la Cour lorsque la résolution du litige soumis auxdites juridictions dépend de l'application d'une norme de droit de l'Union sur le sens de laquelle il existe un doute.

Une remarque terminale s'impose : le but des développements précédents n'est pas d'affirmer que le Conseil d'Etat a effectivement violé son obligation de renvoi préjudiciel, mais plus modestement qu'une telle interprétation est possible et que, par conséquent, la vigilance de la haute juridiction administrative doit être de mise, même lorsque les juges du Palais-Royal estiment, de bonne foi, tirer toutes les conséquences du droit de l'Union. Cette vigilance est d'autant plus cruciale que les conséquences préjudiciables d'un tel manquement, pour rares qu'elles soient, n'en sont pas moins possibles, comme l'illustre l'affaire *Michaud*.

## **B. L'affaire *Michaud c/ France* : quand la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel a des répercussions à Strasbourg**

La sanction d'un manquement, par le Conseil d'Etat, à son obligation de renvoi préjudiciel doit, nous semble-t-il, être recherchée essentiellement dans les mécanismes extra-étatiques. C'est qu'en effet, toute sanction d'un tel manquement, y compris une éventuelle mise en jeu de la responsabilité de l'État (v., not., arrêts *Darmont* et *Gestas*, préc.), ne peut être *in fine* prononcée... que par le Conseil d'Etat ! On doit admettre que l'on peine quelque peu à imaginer que la haute juridiction administrative puisse estimer un jour qu'un renvoi préjudiciel n'est pas nécessaire pour réaliser, quelque temps plus tard, qu'elle était dans l'erreur. Sauf peut-être, précisément, à être aiguillonnée en ce sens par une juridiction européenne...

Paradoxalement, l'on peinerait à trouver auprès de la Cour de justice un gardien sévère, au titre de la



procédure de manquement d'Etat, des obligations de renvoi préjudiciel pesant sur le juge national. Il faut dire que la doctrine de la Commission européenne est marquée, depuis les années 60, par une réticence à engager une procédure en manquement contre un Etat du fait de violations imputables à une juridiction (L. Coutron, L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif, in L. Coutron [dir.], *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Une obligation sanctionnée ?*, Bruylant, 2014, p. 13, spéc. p. 20). Tout au plus la Commission européenne estimait-elle, en 1979, que « l'application de cette procédure ne pourrait être envisagée que si la non-application de l'article 177 résultait d'une méconnaissance manifeste ou d'une attitude délibérée » (réponse de la Commission à la question écrite n° 608/78 de M<sup>me</sup> Krieg, JOCE n° C28, 31 janv. 1979, p. 8). Il peut ainsi être signalé que, le 2 mai 1986, la Commission a introduit devant la CJUE un recours en manquement contre la France, dont l'un des griefs était l'article 38 V de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981, transférant de l'ordre judiciaire aux tribunaux administratifs le contentieux des contributions indirectes. Eu égard à la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de contrôle de conventionnalité des lois postérieures (encore refusé par la haute juridiction administrative à l'époque) et à la rareté des renvois préjudiciels que celui-ci opérait, la Commission considérait qu'un tel transfert aggraverait l'état d'application du droit communautaire en France (V. Coussirat-Coustere, *Le juge administratif et le droit communautaire. Difficultés anciennes et résistances nouvelles*, Pouvoirs 1988, n° 48, p. 85). La Commission a toutefois retiré son recours après l'abrogation par la France de la disposition contestée (CJCE, ord. de radiation, 11 nov. 1987, aff. C-105/86, *Commission c/ France*).

Il a fallu attendre 2003 pour que la Cour de justice énonce le principe selon lequel les Etats doivent répondre des manquements imputables à leurs juridictions (9 déc. 2003, aff. C-129/00, *Commission c/ Italie*, AJDA 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert<sup>▣</sup> ; RTD eur. 2004. 200, note Z. Peerbux-Beaugendre<sup>▣</sup> ; *ibid.* 2005. 711, chron. D. Berlin<sup>▣</sup>), tout en prenant soin cependant, en l'espèce, de désigner la législation nationale plutôt que la jurisprudence nationale comme étant la cause du manquement (v., not., en ce sens, R. Mehdi, note sous l'arrêt *Commission c/ Italie*, JDI 2004. 564-568). Ce ne fut finalement qu'en 2009 qu'un premier manquement judiciaire fut explicitement constaté (CJCE 12 nov. 2009, aff. C-154/08, *Commission c/ Espagne*, AJDA 2010. 248, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat<sup>▣</sup>). Le seul manquement identifié dans cet arrêt était cependant une violation du droit matériel de l'Union par la jurisprudence nationale, et non une méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel, alors même que le *Tribunal supremo* s'était abstenu de solliciter la Cour de justice à titre préjudiciel avant d'interpréter le droit de l'Union de façon erronée. La Commission, en effet, n'avait pas inclus ce manquement dans le champ des griefs.

Les organes de la convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) constituent-ils de meilleurs gardiens des traités que la Cour de justice ? Certes, la Conv. EDH ne garantit pas un droit à renvoi préjudiciel à la Cour de justice (23 mars 1999, n° 41358/98, *Desmots c/ France*). Cependant, en vertu d'une jurisprudence inaugurée par la Commission européenne des droits de l'homme (12 mai 1993, n° 20631/92, *Divagsa c/ Espagne*, AJDA 1994. 16, chron. J.-F. Flauss<sup>▣</sup>) et reprise par la CEDH (20 sept. 2011, n° 3989/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c/ Belgique*, D. 2011. 2338, et les obs.<sup>▣</sup> ; RFDA 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano<sup>▣</sup> ; RTD eur. 2012. 394, obs. F. Benoît-Rohmer<sup>▣</sup>), dans la mesure où le refus d'un tel renvoi peut affecter l'équité de la procédure, le respect de l'article 6, §1, de la convention exige que les décisions portant rejet d'une demande de renvoi préjudiciel vers la CJUE soient motivées.

Cette jurisprudence prometteuse n'a pourtant porté que peu de fruits, la Cour n'ayant à ce jour procédé qu'à une seule condamnation sur ce chef (8 avr. 2014, n° 17120/09, *Dhahbi c/ Italie*). De l'analyse de la jurisprudence des organes de la convention sur ce point (L. Coutron, L'irénisme des cours européennes, rapp. introductif, préc., spéc. p. 18), il semble résulter que la convention n'exige que l'existence d'une motivation du refus, peu important sa pertinence. Pour autant, la carence d'une juridiction à poser une question préjudicielle à la CJUE peut avoir d'autres conséquences devant le juge de Strasbourg. Et c'est précisément la France qui a failli en faire les frais, en raison d'un manquement par le Conseil d'Etat à son obligation de renvoi préjudiciel, dans l'affaire *Michaud c/ France*.

Rappelons, ici, qu'en vertu de la jurisprudence *Bosphorus* de la CEDH (30 juin 2005, n° 45036/98, AJDA 2005. 1886, chron. J.-F. Flauss<sup>▣</sup> ; RFDA 2006. 566, note J. Andriantsimbazovina<sup>▣</sup> ; RTD eur. 2005. 749, note J.-P. Jacqué<sup>▣</sup>), il y a lieu de présumer que les Etats respectent les exigences de la convention lorsqu'ils ne font qu'exécuter des obligations juridiques résultant de leur adhésion à une organisation internationale qui accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente - c'est-à-dire non pas identique mais « comparable » - à celle assurée par la convention. Tel est le cas, globalement, de l'Union européenne. Par conséquent, lorsqu'un Etat partie à la convention ne fait

qu'exécuter les obligations qui découlent de sa participation à l'Union européenne, il est présumé respecter la convention.

L'affaire *Michaud c/ France* mettait en cause la législation européenne relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux, en particulier trois directives visant à prévenir l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux. La première (91/308/CEE du 10 juin 1991) vise les établissements et institutions financières. Elle a été amendée par une directive du 4 décembre 2001 (2001/97/CE) qui, notamment, élargit son champ d'application à divers professionnels ne relevant pas du secteur financier, dont les « membres des professions juridiques indépendantes ». La troisième (2005/60/CE ; 26 oct. 2005) abroge la directive du 10 juin 1991 amendée, en reprend le contenu et le complète. De ces textes résulte notamment pour les avocats une « obligation de déclaration de soupçon ». La contestation de cette législation a donné lieu à deux arrêts du Conseil d'Etat. Le premier est l'arrêt *Conseil national des barreaux*, en date du 10 avril 2008 (sect., n° 296845, *Conseil national des barreaux, Conseil des barreaux européens, Lebon avec les concl.* ; AJDA 2008. 1085, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RFDA 2008. 575, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 603, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud ; *ibid.* 711, obs. H. Labayle et R. Mehdi ; *ibid.* 780, chron. T. Haas et C. Santulli ; RTD civ. 2008. 444, obs. P. Deumier). Le deuxième, qui est celui ayant conduit à l'arrêt de la CEDH, est l'arrêt *Michaud* (23 juill. 2010, n° 309993, Lebon T.).

Les autorités françaises n'ayant fait que tirer les conséquences nécessaires des directives mentionnées, il y avait tout lieu de penser que la présomption *Bosphorus* trouverait à jouer en l'espèce. Tel n'a pourtant pas été le cas. Or, la principale raison en est que le Conseil d'Etat s'est abstenu d'interroger la Cour de justice sur la compatibilité des directives en cause avec les droits fondamentaux. Certes, avant même l'arrêt *Conseil national des Barreaux*, la Cour de justice s'était déjà prononcée sur la compatibilité de la directive 91/308/CEE, et plus particulièrement celle de l'obligation de déclaration de soupçon des avocats, avec les droits fondamentaux dans l'arrêt *Ordre des barreaux francophone et germanophone* (26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophone et germanophone c/ Conseil des ministres*, AJDA 2007. 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert). Mais elle n'avait alors examiné ladite directive qu'au regard du droit à un procès équitable, et non du droit à la vie privée.

Or, comme le rappelle la Cour dans l'arrêt *Michaud*, la présomption *Bosphorus* n'est pas irréfragable. En particulier, elle peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si la protection des droits garantis par la convention y a été entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale. En l'espèce, pour la CEDH, le refus du Conseil d'Etat de saisir la Cour de justice a empêché la mise en oeuvre du mécanisme juridictionnel de protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union. Prenant acte de ce que la Cour de justice ne s'est donc jamais prononcée sur la question, la Cour en déduit que, en l'espèce, la protection par le droit de l'Union européenne des droits garantis par la convention avait été entachée d'une « insuffisance manifeste », au sens de la jurisprudence *Bosphorus* et, donc, que la présomption de protection équivalente ne pouvait pas jouer.





Certes, en l'espèce, la levée de la présomption *Bosphorus* n'a pas eu d'effet préjudiciable pour la France, la Cour ayant estimé que l'obligation de déclaration s'imposant aux avocats était entourée de suffisamment de garanties pour que le droit à la vie privée soit respecté. Cependant, en eût-elle décidé autrement que la France (de même, indirectement, que l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne) se serait trouvée dans la situation inconfortable de devoir choisir entre le respect de la convention et le respect du droit de l'Union européenne. Or, cette situation inconfortable aurait alors résulté très directement de la carence du Conseil d'Etat à renvoyer à la Cour de justice la question de validité des directives en cause.

Des quelques propos - volontairement provocateurs, on le répète - qui précèdent pourrait résulter l'impression d'une injustice rendue au Conseil d'Etat, dont les efforts d'ouverture envers le droit de l'Union européenne et la Cour de justice ne seraient payés que d'ingratitude. Telle n'est pas l'intention qui sous-tend ces lignes. Le processus d'ouverture au droit de l'Union européenne enclenché par la haute juridiction administrative depuis 2006 est réel et profond. Il n'en reste pas moins que la coopération avec la Cour de justice est une coopération exigeante - trop peut-être, mais c'est alors aux seuls Etats membres, maîtres des traités, de corriger d'éventuels excès - et il appartient aux juridictions françaises d'en tirer toutes les conséquences. Le Conseil d'Etat français s'est résolument engagé dans ce chemin. Il lui appartient de persévérer.

**Mots clés :**

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Question préjudicielle \* Cour de justice de l'Union européenne \* Pratique du Conseil d'Etat

(1) L'AJDA, dans son n° 5/2015, a publié un dossier intitulé « Actualité des questions préjudicielles », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Xavier Magnon, La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une « question préjudicielle » ?, p. 254  ;
- David Szymczak, Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles, p. 268  ;
- Jean Lessi, Les questions préjudicielles du juge administratif à l'autorité judiciaire, p. 274  ;
- Alice Minet, La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion, p. 279 .

(2) *Embrassons-nous Folleville*, pièce d'Eugène Labiche et Auguste Lefranc, 1850.

(3) 83 questions préjudicielles de 1952 à 2013 (Rapp. annuel 2013, p. 106) contre 34 questions préjudicielles de 1952 à 2006 (Rapp. annuel 2006, p. 102), soit 49 entre 2006 et 2013.

(4) CJCE 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ ENEL* : « Le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté ».

Copyright 2019 - Dalloz – Tous droits réservés