

Le renvoi préjudiciel ne serait donc pas un droit pour le justiciable ? A propos de l'arrêt du CE, 1^{er} avril 2022, Soc. Kermadec



Héléne Gaudin

Agrégée de droit public
Professeure à l'Université Toulouse I-Capitole
Directrice de l'IRDEIC

Le renvoi préjudiciel, connu pour être un instrument au service du dialogue des juges, ne peut-il, et ne doit-il, pas être mis au service du justiciable? Ce n'est, semble-t-il, pas ce que le Conseil d'Etat français a estimé dans son arrêt du 1^{er} avril 2022, *Société Kermadec*.

« Le renvoi préjudiciel, connu pour être un instrument au service du dialogue des juges, ne peut-il, et ne doit-il, pas être mis au service du justiciable ? »

En indiquant qu'« il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et notamment de son arrêt *Köbler* (C-224/01) du 30 septembre 2003, que (si) la méconnaissance par une juridiction nationale, statuant en dernier ressort, de l'obligation prévue par l'article 267 TFUE, laquelle ne crée pas de droit au renvoi préjudiciel dans le chef des particuliers, constitue un des éléments que le juge national doit prendre en considération pour statuer sur une demande en réparation fondée sur la méconnaissance manifeste du droit de l'Union par une décision juridictionnelle (...) » (point 11), le Conseil d'Etat rejette, de manière lapidaire, l'existence d'un droit

au renvoi préjudiciel. Il se prononce ainsi par la même occasion sur la nature du renvoi préjudiciel.

La décision *Société Kermadec* pourrait paraître se situer dans la lignée de la jurisprudence historique de la Cour notamment en ce que le renvoi ne constitue pas « une voie de recours ouverte aux parties à un litige pendant devant un juge national » (CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit*, 283/81). Néanmoins, se prononçant sur la nature de la procédure de l'article 267 TFUE, sa position aurait justifié, à n'en pas douter, une question préjudicielle à la Cour de justice.

Les raisons en sont nombreuses. La première est que la Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'existence de ce droit au renvoi. La question préjudicielle et les pouvoirs du juge national font d'ailleurs l'objet de nombreux débats, notamment en son sein (en ce sens, notamment, concl. M. Bobek sur CJUE, Gde Ch., 6 octobre 2021, *Consorzio Italian Management Catania Multiservizi Spa*, C-561/19; ou, plus anciennement, concl. P. Cruz Villalon, sur CJUE, Gde Ch., 5 octobre 2010, *Elchinov*, C-173/09). On peut douter, enfin, à la lumière des principes posés depuis l'avis 1/09, *Jurisdiction des brevets* (Ass. plén., 8 mars 2011, point 68), et dans le respect des droits fondamentaux, que la Cour suive le chemin dessiné par le Conseil d'Etat.

Le droit comparé introduit un trouble supplémentaire. Il justifie, d'autant plus, un tel renvoi. On se contentera de rappeler ici la décision *Solange 2*, du 22 octobre 1986, du Tribunal constitutionnel fédéral allemand qui affirme la

qualité de juge légal de la Cour de justice « au sens de l'article 101.I.2 LF », et, surtout reconnaît le droit à ce juge légal dans le cadre de la question préjudicielle : « la procédure de renvoi préjudiciel à la CJCE fait partie d'un litige global, pour l'issue duquel la question posée – dans la mesure où elle est pertinente – est déterminante. Le droit dont dispose chacun dans la procédure de base, à la préservation des garanties de l'article 101.I.2 LF, s'étend également à la satisfaction de l'obligation fondée par l'article 177 CEE, de déclencher un renvoi préjudiciel, indépendamment de la nature juridique de cette procédure et des normes qui en forment l'objet ».

Le droit constitutionnel français, plus faiblement, a également reconnu, par la décision *Traité de Maastricht du 8 avril 1992* (déc. n° 92-308 DC), la qualité de la Cour de justice comme juge légal notamment dans le cadre préjudiciel (point 17).

La double dissociation que le Conseil d'Etat opère – obligation (de renvoi) et absence de droit (au renvoi) (I), d'une part, et obligation de motivation d'un refus de renvoi et absence de droit au renvoi (II), d'autre part – mérite donc d'être questionnée *a fortiori* au regard de la nature renouvelée du renvoi préjudiciel (III).

I. Obligation de renvoi préjudiciel et droit au renvoi

Il faut l'admettre : en réminiscence – sans doute – de l'arrêt de condamnation en manquement de 2018 (CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, C-416/17), le Conseil d'Etat reconnaît l'obligation qui lui incombe de renvoyer une question préjudicielle, dans les conditions posées par la Cour de justice depuis la jurisprudence *Cilfit* de 1982, et constamment réaffirmées (par ex., *Consorzio Italian Management Catania Multiservizi Spa*, préc.).

Revers de la médaille, assimilant le renvoi préjudiciel à une simple procédure institutionnelle et non à l'expression procédurale d'un droit au service d'autres droits, le rejet d'un droit (subjectif) au renvoi préjudiciel ne convainc guère à divers égards.

On y retrouve la philosophie du raisonnement qui avait été le sien à propos des directives dans le vieil arrêt *Cohn-Bendit* de 1978. Interprétant le traité aux lieux et place de la Cour de justice, dans une logique internationalisante, le Conseil d'Etat regarde le renvoi préjudiciel comme une obligation à sa charge et non comme un droit conféré aux justiciables. C'est là, bien sûr, méconnaître les particularités de l'ordre juridique de l'Union tourné vers les droits des particuliers.

On sait ce qu'il est advenu des suites de la jurisprudence de 1978 : l'obligation à la charge de l'Etat s'est progressivement enrichie, à la suite de la jurisprudence euro-

péenne, de sa face subjective de protection des droits (CE, Ass., 30 octobre 2009, *M^{me} Perreux*). Gageons que l'arrêt *Société Kermadec* suivra la même évolution, ... dans des délais plus rapides, il faut l'espérer.

Comme pour la directive, c'est le regard porté sur le renvoi préjudiciel qui est en cause.

Obligation du juge et droit du justiciable ne viennent pas s'exclure mais se combinent (par ex., CJUE, Gde Ch., 27 février 2018, *Association syndicale des juges portugais*, C-64/16, points 34-35) pour se renforcer mutuellement : « Au vu des jurisprudences constitutionnelles nationales (désormais) bien établies ainsi que de la jurisprudence de la Cour EDH selon laquelle, s'il est satisfait aux critères (objectifs) de l'existence d'une obligation de renvoi préjudiciel, les parties au litige en question jouissent du droit (subjectif) au renvoi devant la Cour, droit qui est inhérent à leur droit à un procès équitable » (M. Bobek, concl., préc., point 112). Si, pour l'avocat général, obligation (de) et droit (au) renvoi sont bien liés, reste le problème identique de la sanction de l'une et l'autre (manquement ? responsabilité ? selon quel régime ? national ? européen ? autre ?).

Reconnaître le droit au renvoi préjudiciel ne suppose pas de reconnaître un droit absolu à ce renvoi, faisant du juge national une simple « boîte aux lettres de renvoi ». Il suppose plus modestement de transposer à ce droit les conditions posées pour l'obligation de renvoi (*Cilfit*), le choix de la décision de renvoyer restant aux mains de ce même juge.

Reconnaître le droit au renvoi préjudiciel, c'est aussi constater que l'article 267 TFUE bénéficie, à l'instar de l'article 19, § 1, second alinéa, TUE (Gde Ch., 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, C-558/18), de l'effet direct. Il confère, à ce titre, des droits aux particuliers, que ceux-ci peuvent invoquer en justice et que les juridictions nationales sont dans l'obligation de protéger. Comment pourrait-il en être autrement dès lors que le renvoi préjudiciel explique, justifie et protège depuis l'origine le principe de l'effet direct (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62) ?

II. Motivation du refus de renvoi et droit au renvoi préjudiciel

Il faut l'admettre, encore, la décision *Société Kermadec* semble se parer aux couleurs d'une double Europe (UE et Conv. EDH) en rappelant que « (...) il appartient au Conseil d'Etat de motiver son refus de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ». Elle précise immédiatement que « l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne garantit pas un droit à ce qu'une question préjudicielle soit transmise à une autre juridiction » (point 11).



C'est donc la jurisprudence de la Cour EDH relative au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union qui est ici invoquée par le Conseil d'Etat. La Cour de Strasbourg affirme en effet une obligation de motivation des décisions de refus de renvoi dont elle assure la sanction: « les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne qui refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union soulevée devant elles, sont tenues de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice (*Cifit*) » (Cour EDH, *Ullens de Schooten et Rezabek c/ Belgique* du 21 septembre 2011 (§§60-62)). L'arrêt *Dhabi c/ Italie* du 8 avril 2014 vient concrétiser cette jurisprudence en condamnant l'Italie pour violation de l'article 6, § 1, CEDH (voir également, concernant la France, *Sanofi Pasteur c/ France*, 13 février 2020).

Il est vrai aussi que le second volet de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg semble venir en appui de son refus de reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dès lors que « la convention ne garantit pas, comme tel, un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par le juge interne devant une autre juridiction qu'elle soit nationale ou supranationale » (*Ullens de Schooten et Rezabek*, §57, position confirmée spécifi-

quement pour la CJUE, par l'arrêt Cour EDH, *Sanofi Pasteur*, §69).

Pourtant, si la jurisprudence de la Cour EDH peut se comprendre lorsqu'elle vise, comme dans l'arrêt *Ullens de Schooten*, les renvois préjudiciels en général, elle est plus difficile à admettre lorsqu'elle cible spécifiquement le renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union, comme dans l'affaire *Sanofi Pasteur*. Si les premiers – renvoi préjudiciel entre juges nationaux – peuvent être considérés comme relevant de questions institutionnelles, ne touchant pas à des droits subjectifs, tel n'est pas le cas pour le renvoi préjudiciel devant la CJUE. La procédure préjudicielle de l'article 267 TFUE conditionne l'accès à des droits subjectifs, relevant d'un ordre juridique distinct et intégré à l'ordre juridique national, comme se plait à le rappeler la Cour de justice. En ce sens, l'arrêt préjudiciel s'intègre à la décision nationale pour permettre une bonne application/interprétation du droit de l'Union (CJCE, 1^{er} décembre 1965, *Firma G. Schwarze*, 16/65).

En suivant, sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'Etat méconnaît une part non négligeable de la nature du renvoi préjudiciel comme procédure d'accès à des droits subjectifs. Le volet simplement institutionnel ou objectif du renvoi préjudiciel ne saurait exister seul, comme pourrait le prouver

la protection des droits fondamentaux de l'Union. Dès lors qu'il n'existe pas en droit de l'Union de voie juridictionnelle spécifique de protection, celle-ci est assurée très majoritairement par le renvoi préjudiciel (on n'épilouerna pas sur cette longue jurisprudence dont le point de départ effectif est, bien sûr, l'arrêt préjudiciel, CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, et pour la Charte, l'arrêt préjudiciel, CJUE, Gde Ch., 9 novembre 2010, *Schecke et Eifert*, C-92 et C-93/09). Comment pourrait-il exister une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux dès lors que ne serait pas reconnu un droit d'accès au renvoi préjudiciel ?

III. La nature renouvelée du renvoi préjudiciel

Peut-on convenir que le droit au renvoi préjudiciel existe déjà ... au titre de la protection juridictionnelle au provisoire ? Il a été reconnu comme tel par la Cour de justice à destination des juges nationaux que ce soit s'agissant d'une protection juridictionnelle provisoire que le juge national doit assurer contre les actes nationaux (CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-231/89) ou contre les actes de l'Union (CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrick*, C-143/88 et C-92/89).

Peut-on supposer également que ce droit est implicitement présent dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence – art. 267, dernière phrase, TFUE : « si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais » – qui, sans lui, n'aurait pas de sens ?

Surtout, et au-delà, l'ordre juridique de l'Union a changé de paradigme. La Cour de justice l'a acté de manière solennelle dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, *Projet d'adhésion de l'UE à la Conv. EDH* : « figurent d'ailleurs au cœur de cette construction juridique les droits fondamentaux, tels que reconnus par la Charte – laquelle, en vertu de l'article 6, § 1, TUE, a la même valeur juridique que les traités –, le respect de ces droits constituant une condition de la légalité des actes de l'Union, de sorte que ne sauraient être admises dans l'Union des mesures incompatibles avec ces mêmes droits (voir *ERT*, C-260/89, point 41; *Kremzow*, C-299/95, point 14; *Schmidberger*, C-112/00, point 73, ainsi que *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, points 283 et 284) » (point 69). L'ordre juridique de l'Union fondé sur les valeurs de l'article 2 TUE et les droits fondamentaux (art. 6 TUE et Charte) fait prévaloir ceux-ci à l'encontre des institutions et des Etats membres. La première voie de ce respect est bien évidemment juridictionnelle (CJUE, Gde Ch., 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, C-619/18).

La lecture du système juridictionnel de l'Union par la Cour de justice ne saurait – ne peut – échapper à ce mouvement, qui s'applique *a fortiori* au renvoi préjudiciel, « clé de voûte » du système européen de juridictions (avis 2/13) dessiné par la Cour depuis l'arrêt *UPA* (CJCE, 25 juillet 2002, C-50/00 P) et conforté par l'article 19 § 1^{er} TUE. En vertu de celui-ci, « les Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

« Dès lors les juges nationaux, dans le cadre préjudiciel, participent, avec la Cour de justice, d'une double mission européenne : assurer le respect du droit de l'Union ET garantir la protection juridictionnelle effective des droits des justiciables. »

Dès lors les juges nationaux, dans le cadre préjudiciel, participent, avec la Cour de justice, d'une double mission européenne : assurer le respect du droit de l'Union ET garantir la protection juridictionnelle effective des droits des justiciables. C'est là l'apport de l'avis 1/09, *Juridiction des brevets* : « il incombe aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des Etats membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit ».

La marche vers le droit au renvoi préjudiciel a connu des avancées somme toute décisives ces dernières années dans la jurisprudence de la Cour de justice. Elle suit deux chemins distincts mais naturellement convergents, liés au droit au juge.

Le premier est celui de la garantie systémique de ce droit au juge tourné vers le juge national, fondé sur l'article 19 § 1^{er}, second alinéa, TUE. Il a été initié par le célèbre arrêt *Association syndicale des juges portugais* (CJUE, Gde Ch., 27 février 2018, préc.) : « L'Union est une Union de droit dans laquelle les justiciables ont le droit de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union. L'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de

l'Etat de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie la charge d'assurer le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales » (point 32).

Le second est celui de la nécessaire protection casuistique du droit – subjectif – garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux – *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial*. Le chemin vient de loin remontant aux vieux arrêts sur la Communauté de droit (CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, 294/83) et plus précisément l'arrêt *Marguerite Johnston* (15 mai 1986, 222/84, lu à la lumière des conclusions de l'avocat général Darmon). Avec la reconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif, la Cour met en place la double facette – objective et subjective – de l'Union de droit, confirmée depuis (notamment, CJUE, Gde Ch., 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company*, C-72/15). Dans le souci de son renforcement,

elle lie les droits de l'article 47 CDF à la protection de l'Etat de droit tiré de l'article 2 TUE et/ou à l'article 19 TUE (par ex. *Consorzio Italian Management Catania Multiservizi Spa*, point 51).

* * *

Dans un contexte européen mouvant, l'arrêt *Société Kermadec* semble bien figé. Le cadre de la réparation avec une transposition – étonnante – de la jurisprudence de la Cour de justice n'explique rien. Si le Conseil d'Etat s'y montre favorable au dialogue avec la Cour de justice, pourquoi ne l'a-t-il pas utilisé au service des justiciables en interrogeant la Cour sur l'existence – ou non – d'un droit au renvoi préjudiciel dans le cadre de l'article 267 TFUE? A moins que, comme dans l'arrêt *Cohn-Bendit*, le Conseil d'Etat ait pu supposer une réponse qui ne lui conviendrait pas?