

Le renvoi préjudiciel, un droit fondamental ?

Antoine BAILLEUX *

INTRODUCTION

Ayant récemment eu le plaisir de dispenser, avec la professeure Dony, une formation sur la question préjudicielle à l'adresse d'avocats belges et français, il m'a paru pertinent d'honorer la dédicataire de ces lignes d'une réflexion sur une question qui m'a été soufflée par un autre fin connaisseur – et praticien – du droit de l'Union européenne¹ : existe-t-il un « droit fondamental » du justiciable à obtenir, de la part du juge national, un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne ?

La question est *a priori* désarçonnante. Nous verrons ainsi, dans un premier temps, que la procédure de renvoi préjudiciel s'inscrit dans une perspective totalement étrangère à la logique « subjectiviste » des droits fondamentaux. Mécanisme procédural visant à assurer l'application uniforme du droit de l'Union, elle instaure la possibilité d'un dialogue de juge à juge dans lequel les parties au procès ne sont qu'incidemment impliquées. En ce sens, on n'a pas un droit à plaider sa cause à Luxembourg comme on a un droit à des congés annuels.

Il faudra cependant relever, dans une deuxième partie, l'existence d'autres « droits » à la satisfaction desquels contribue la procédure de renvoi préjudiciel : ainsi du droit au juge européen, du droit au droit européen, et même peut-être du droit à la « bonne réponse » en droit européen.

* J'adresse mes plus vifs remerciements à Alexandre Geulette, Thomas Martin et Romain Tinière pour leur relecture attentive et pour leurs commentaires relatifs à une version préliminaire de cet article.

¹ Je fais ici référence à l'avocat Jean-Paul Hordies. Les réflexions qui suivent prolongent une communication livrée lors d'une conférence sur le renvoi préjudiciel organisée en 2017 par le cabinet d'avocats Alphalex.

Enfin, dans une troisième partie, on notera que l'esprit des droits fondamentaux, qui envahit tous les domaines du droit de l'Union, imprègne lentement la procédure de renvoi préjudiciel. Nous verrons que ce mouvement s'enracine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans celle de plusieurs juridictions constitutionnelles nationales. Après avoir observé que la Cour de justice reste singulièrement en retrait de cette évolution, je plaiderai pour qu'elle s'en saisisse en vue de renforcer encore l'effectivité du renvoi préjudiciel et, par suite, du droit de l'Union.

I. Un constat : le renvoi n'est pas un droit

Tous les européenistes le savent, la procédure de renvoi préjudiciel n'est pas une voie de recours. Il s'agit d'un incident de procédure qui conduit le juge *a quo* à suspendre le litige au principal afin d'obtenir des éclaircissements de la Cour de justice sur l'interprétation ou sur la validité d'une règle de droit de l'Union.

Il en résulte que ce mécanisme est *a priori* rebelle à toute analyse au prisme des droits fondamentaux (A). À ces considérations « ontologiques » s'ajoutent peut-être aussi des préoccupations stratégiques, qui maintiennent jusqu'ici au strict minimum les interactions entre droits fondamentaux et renvoi préjudiciel (B).

A. Une grille de lecture *a priori* inappropriée

Si la Cour n'a jamais consacré de « droit fondamental » à l'obtention d'un renvoi préjudiciel, c'est parce que, loin de la dynamique conflictuelle propre aux litiges, elle conçoit la procédure préjudicielle sur le mode de la coopération. Plutôt qu'un concurrent ou un adversaire qui inspirerait la défiance, le juge national est considéré par la Cour comme un allié naturel. Lui le « juge de droit commun de l'Union européenne »², se voit honoré de la confiance du juge du Kirchberg. L'article 267, al. 2, du TFUE précise d'ailleurs que le juge national *peut* adresser une question à la Cour, ce qui implique que cette dernière lui laisse le soin de décider de l'opportunité d'un tel renvoi.

Cette règle générale connaît certes une exception. Selon l'alinéa 3 du même article, les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit interne sont *tenues* de saisir la Cour de justice lorsqu'une des parties leur en fait la demande. Force est toutefois d'observer que, même à l'égard de ces juridictions, l'obligation de procéder au renvoi est loin d'être absolue.

D'une part, la Cour considère que « les juridictions visées à l'article 267, troisième alinéa, TFUE jouissent du même pouvoir d'appréciation que toutes les autres juridictions nationales en ce qui concerne le point de savoir si une décision sur un point de droit de l'Union est nécessaire pour leur permettre de rendre leur décision. Ces juridictions ne sont, dès lors, pas tenues de renvoyer une question d'interprétation de droit de l'Union soulevée devant elles si la question n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige »³.

² Voy. p. ex. les conclusions de l'avocat général M. Bobek présentées le 26 juin 2018, dans l'affaire *Dooel Uvoz-Izvoz*, C-384/17, EU:C:2018:494, point 112.

³ Arrêt du 15 mars 2017, *Aquino*, C-3/16, EU:C:2017:209, point 43.

D'autre part, les doctrines dites de l'« acte éclairé » et de l'« acte clair » permettent aux juges nationaux de se soustraire à cette exigence non seulement lorsque la Cour a déjà répondu à la question posée, mais en outre lorsque la bonne application du droit de l'Union « peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁴. Sans doute la Cour a-t-elle cru bon de subordonner l'exercice de cette dérogation à une série de conditions relatives au caractère plurilingue du droit de l'Union, à son autonomie terminologique et aux méthodes d'interprétation systémique et téléologique qu'il appelle⁵. Un survol de la jurisprudence nous apprend toutefois que la Cour n'a jusqu'ici guère contrôlé strictement le respect de ces conditions, laissant aux juridictions suprêmes une large autonomie décisionnelle et ne censurant que les cas de violation les plus manifestes de l'obligation de renvoi.

Ainsi, affirmant « qu'il appartient aux seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne d'apprécier, sous leur propre responsabilité et de manière indépendante, si elles sont en présence d'un acte clair », la Cour a estimé que de telles juridictions pouvaient conclure à un acte clair même lorsqu'une juridiction inférieure a posé une question préjudicielle (pendante) à ce sujet⁶ ou en présence de divergences dans la jurisprudence interne à l'État membre concerné – sauf si s'y conjuguent des « difficultés d'interprétation récurrentes (...) dans les différents États membres »⁷.

De même, ce n'est que récemment que, pour la première fois, l'absence de renvoi préjudiciel d'une juridiction suprême a débouché sur une constatation de manquement dans le chef de l'État dont elle émane. Encore l'omission de la juridiction en question (le Conseil d'État de France) était-elle particulièrement caractérisée puisqu'elle s'appuyait délibérément sur une interprétation du droit de l'Union contraire à la jurisprudence de la Cour⁸.

Quant à la mise en cause de la responsabilité de l'État devant les juridictions nationales en raison d'une violation de l'obligation de poser une question préjudicielle, force est là aussi d'observer la singulière pauvreté de la jurisprudence. Compatissante avec les juridictions nationales qui interprètent mal sa propre jurisprudence et s'abstiennent de poser – ou de maintenir – une question préjudicielle, la Cour de justice n'a encore *jamais* conclu à l'engagement de la responsabilité de l'État⁹. Elle considère en effet que l'absence d'une telle question n'est qu'un élément parmi d'autres à prendre en considération pour déterminer si l'on se trouve « dans le cas *exceptionnel* où le juge a méconnu de manière *manifeste* le droit applicable »¹⁰. Par ailleurs, la Cour

⁴ Arrêt du 6 octobre 1982, *CILFIT*, C-283/81, EU:C:1982:335, point 16.

⁵ *Ibid.*, points 17-20.

⁶ Arrêt du 9 septembre 2015, *X*, aff. jtes C-72/14 et C-197/14, EU:C:2015:564, points 59-61.

⁷ Arrêt du 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito*, C-160/14, EU:C:2015:565, point 42.

⁸ Arrêt du 4 octobre 2018, *Commission c. France*, C-416/17, EU:C:2018:811.

⁹ Voy. à cet égard les arrêts du 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513 et du 28 juillet 2016, *Tomášová*, C-168/15, EU:C:2016:602.

¹⁰ Voy. l'arrêt *Köbler*, *op. cit.*, points 53 et 55 ; l'arrêt *Tomášová*, *op. cit.*, points 24 et 25 ; l'arrêt du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, EU:C:2006:391, point 32. Une

a récemment précisé que seules les décisions rendues par des juridictions de dernier ressort étaient susceptibles d'engager la responsabilité d'un État membre¹¹.

Ainsi, c'est une logique de coopération qui semble habiter le mécanisme du renvoi préjudiciel. Cette coopération repose sur une répartition des tâches tracée au cordeau : au juge interne l'interprétation et l'examen de la validité du droit national¹², à la Cour de justice l'interprétation – ultime – et l'examen de la validité¹³ du droit de l'Union. Elle est par ailleurs indexée à un objectif clair : l'application effective du droit de l'Union. L'attestent notamment les termes mêmes de l'arrêt *Köbler* : c'est bien en vue d'assurer la « pleine efficacité » du droit de l'Union et la « protection des droits »¹⁴ que les particuliers en retirent qu'est reconnue la possibilité d'un engagement de la responsabilité d'un État membre pour une faute commise par l'une de ses juridictions.

Quant aux parties au litige, elles sont laissées aux marges de ce dialogue entre juges. Selon la Cour, le système instauré par l'article 267 TFUE « institue une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales par une procédure étrangère à toute initiative des parties »¹⁵. En d'autres termes, « le renvoi préjudiciel repose sur un dialogue de juge à juge, dont le déclenchement dépend entièrement de l'appréciation que fait la juridiction nationale de la pertinence et de la nécessité dudit renvoi »¹⁶. La Cour précise du reste que si le juge national « est libre d'inviter les parties au litige dont elle est saisie à suggérer des formulations susceptibles d'être retenues pour l'énoncé des questions préjudicielles, il n'en demeure pas moins que c'est à elle seule qu'il incombe de décider en dernier lieu tant la forme que le contenu de celles-ci »¹⁷.

On l'aura compris, le juge national est perçu comme un allié et un interlocuteur dans l'application du droit de l'Union plutôt que comme le débiteur de quelque droit fondamental à l'égard du justiciable. Cette conclusion est confirmée par une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme selon laquelle « la Convention ne garantit pas, comme tel, un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée, à titre préjudiciel, par une juridiction nationale devant une autre instance nationale

législation qui prévoirait des conditions encore plus strictes d'engagement de la responsabilité de l'État serait par contre contraire au droit de l'Union : voy. l'arrêt *Traghetti del Mediterraneo*, *op. cit.*, et l'arrêt du 24 novembre 2011, *Commission c. Italie*, C-379/10, EU:C:2011:775.

¹¹ Arrêt *Tomášová*, *op. cit.*, point 36.

¹² Avec désormais une exception, fondée sur l'article 14, § 22, second alinéa, des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne, qui permet à la Cour d'annuler des mesures nationales : Arrêt du 26 février 2019, *Ilmārs Rimšēvičs c. Lettonie et BCE c. Lettonie*, aff. jtes C-202/18 et C-238/18, EU:C:2019:139.

¹³ On connaît à cet égard la jurisprudence *TWD* qui interdit à un juge national de procéder lui-même au contrôle de la validité d'un acte de droit dérivé : arrêt du 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, EU:C:1994:90.

¹⁴ Arrêt *Köbler*, *op. cit.*, point 33.

¹⁵ Arrêt du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, EU:C:2008:723, point 90 [nous soulignons] et jurisprudence citée; arrêt du 21 juillet 2011, *Kelly*, C-104/10, EU:C:2011:506, point 62.

¹⁶ Arrêt *Cartesio*, *op. cit.*, point 91.

¹⁷ Arrêt *Kelly*, *op. cit.*, point 65.

ou internationale »¹⁸. Si la Cour de Strasbourg a pu voir une atteinte aux garanties du procès équitable dans l'absence totale de *motivation* d'un refus de poser une question préjudicielle (cf. *infra*, III), ce refus *en tant que tel* n'a jamais donné lieu à un constat de violation.

B. Des facteurs d'explication stratégiques ?

Peut-être certains éléments d'ordre stratégique peuvent-ils expliquer la réticence de la Cour à appliquer le registre des droits fondamentaux au mécanisme du renvoi préjudiciel.

Premièrement, on ne peut écarter l'hypothèse que certains juges nationaux prendraient ombrage d'une telle évolution jurisprudentielle, aboutissant à alourdir leur statut de débiteur de droits fondamentaux et multiplier les possibilités de recours contre leurs décisions. Or, la Cour a besoin de ménager ses alliés.

Ensuite, il ne saurait être exclu qu'une « fondamentalisation » de la question préjudicielle génère un afflux de renvois sans pertinence, dictés par le seul souci des juges internes de se prémunir de toute accusation de violation des garanties du procès équitable, et susceptible d'avoir un « impact significatif sur la capacité de la Cour de traiter les affaires avec la célérité requise tout en maintenant la qualité de ces décisions »¹⁹.

Enfin, peut-être la Cour craint-elle qu'un tel mouvement ait pour effet d'entamer le monopole dont elle jouit actuellement tant sur le régime juridique relatif au renvoi préjudiciel que sur l'interprétation du droit de l'Union. Une fois pleinement rattaché au droit à un procès équitable, le contrôle de l'obligation de poser une question préjudicielle – qui implique nécessairement un contrôle de l'opportunité d'une telle question au regard de la jurisprudence de la Cour de justice – relèverait autant de la compétence des cours constitutionnelles et de la Cour européenne des droits de l'homme que de celle de la CJUE. Nous verrons toutefois plus loin que le risque réside peut-être au contraire dans le fait de laisser ces autres juridictions forger seules les critères selon lesquels l'absence de renvoi préjudiciel est constitutive de la violation d'un droit fondamental.

II. Une reconstruction : un droit au respect de ses droits ?

Ces préliminaires étant posés, il n'est toutefois pas interdit de relire, au prisme des droits subjectifs, le mécanisme de coopération entre juges que traduit le renvoi préjudiciel. À cet égard, on pourrait avancer que ce dernier participe d'une dynamique plus large de l'ordre juridique de l'Union qui, s'il ne consacre pas un droit à porter son affaire devant les juridictions du Kirchberg, semble en revanche conférer au justiciable un « droit au juge européen » (A) et, dans une certaine mesure, un « droit

¹⁸ Voy. p. ex. Cour européenne des droits de l'homme, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, req. n^{os} 3989/07 et 38353/07, point 57.

¹⁹ Voy. les conclusions de l'avocat général N. Wahl présentées le 5 septembre 2013, dans l'affaire *Venturini*, aff. jtes C-159/12 à C-161/12, EU:C:2013:529, point 22. La récente tendance de la Cour à resserrer les conditions d'accès au renvoi préjudiciel est analysée par N. WAHL, et L. PRETE, « The Gatekeepers of Article 267 TFEU : On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings », *C.M.L.Rev.*, Vol. 55, No. 2, 2018, pp. 511-548.

au droit européen » (B). La question de savoir s'il octroie également un « droit à la bonne réponse en droit européen » semble à ce stade moins évidente (C).

A. *Un droit au juge européen*

Si les justiciables n'ont pas de droit à être entendus par la Cour de justice, ils ont en revanche le droit de saisir le juge interne – ce « juge naturel » de l'ordre juridique européen – de toute violation des prérogatives qu'ils retirent du droit de l'Union. En ce sens, ils ont bel et bien droit à un « juge européen ».

On rappellera à cet égard la double limite que la Cour apporte au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale de l'Union. Il est en effet de jurisprudence constante que « lorsque, en l'absence de règles fixées dans ce domaine par le droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, ces modalités ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »²⁰.

C'est plus particulièrement le principe d'effectivité, que la Cour relie explicitement au droit à un recours effectif devant un tribunal impartial prévu à l'article 47 de la Charte²¹, qui donne au justiciable une arme pour forcer le contrôle juridictionnel du respect de ses droits. Des délais trop courts pour intenter une action en justice²² ou des règles d'attribution des compétences susceptibles d'allonger indûment le traitement des affaires²³ ont ainsi, par exemple, pu être jugés de nature à rendre excessivement difficile le contrôle du respect des droits octroyés par l'Union.

C'est encore le « droit au juge européen » qui semble sous-tendre le raisonnement de la Cour de justice dans l'avis 1/09²⁴ sur la juridiction du brevet européen et dans l'arrêt *Achmea*²⁵ relatif à la compétence d'une juridiction arbitrale pour trancher les litiges en matière d'investissement entre la République tchèque et les Pays-Bas. Dans les deux cas, la Cour s'est montrée critique envers des dispositifs aboutissant à faire échapper au juge national – et indirectement à elle-même – des questions relatives à l'application et à l'interprétation du droit de l'Union. Dans son avis 1/09, la Cour a des mots très forts pour justifier sa position, estimant que « le système instauré à l'article 267 TFUE établit (...) une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales dans le cadre de laquelle ces dernières participent de façon étroite à la bonne application et à l'interprétation uniforme du droit de l'Union ainsi qu'à la protection des droits conférés par cet ordre juridique aux particuliers. Il découle de l'ensemble de ces éléments que les fonctions attribuées, respectivement, aux juridictions nationales

²⁰ Voy. p. ex. l'arrêt du 6 octobre 2015, *East Sussex County Council*, C-71/14, EU:C:2015:656, point 52.

²¹ *Ibid.*, point 52.

²² Arrêt du 20 octobre 2016, *Danqua*, C-429/15, EU:C:2016:789.

²³ Arrêt du 27 juin 2013, *Agroconsulting-04*, C-39/12, EU:C:2013:432.

²⁴ Avis de la Cour du 8 mars 2011, 1/09, EU:C:2011:123.

²⁵ Arrêt de la Cour du 6 mars 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158.

et à la Cour sont *essentielles à la préservation de la nature même du droit institué par les traités* »²⁶.

Enfin, l'importance pour l'ordre juridique de l'Union européenne de pouvoir compter sur une collaboration sans faille des juridictions nationales a récemment été soulignée par la Cour de justice dans l'important arrêt *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*²⁷. Rappelant que « 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 » (point 31), la Cour y affirme que « l'article 19 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) de sorte que « ces juridictions remplissent ainsi, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (point 33). La Cour en déduit que l'indépendance des juridictions nationales est, en tant que telle, une question qui intéresse le droit de l'Union (et relève de son champ d'application au sens de l'article 51 de la Charte).

B. Un droit au droit européen

Il est également permis de se demander si, par-delà le droit à un « juge européen », les justiciables ne jouissent pas également de ce que l'on pourrait appeler un « droit au droit européen », qui déploie ses effets tant *ratione materiae* que *ratione temporis* et *ratione personae*.

Ratione materiae d'abord, on se contentera de faire référence à une jurisprudence bien établie selon laquelle un État membre ne peut, par l'adoption d'une mesure nationale reprenant le contenu d'une norme de l'Union, aboutir à cacher l'origine européenne de cette règle. En d'autres termes, « les États membres ne sauraient adopter un acte par lequel la nature communautaire d'une règle juridique et les effets qui en découlent seraient dissimulés aux justiciables »²⁸. Il est important que le justiciable connaisse l'origine de la règle pour pouvoir évaluer au mieux les voies de recours qui lui sont offertes – en ce compris la possibilité de demander que soit posée une question préjudicielle à la Cour de justice.

Ratione temporis ensuite, ce « droit au droit européen » s'oppose à toute mesure nationale susceptible de restreindre les effets dans le temps d'un acte de droit de l'Union. La Cour estime en effet que « les règles du droit de l'Union directement applicables qui sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des États membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit de l'Union, doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir

²⁶ Avis 1/09, *op. cit.*, points 84-85 [nous soulignons].

²⁷ Arrêt de la Cour du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

²⁸ Voy. p. ex. l'arrêt du 15 novembre 2012, *Al-Aqsa c. Conseil et Pays-Bas c. Al-Aqsa*, aff. jtes C-539/10 P et C-550/10 P, EU:C:2012:711, point 87 et jurisprudence citée.

de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité »²⁹. C'est sur le fondement de ce constat que la Cour a considéré que des impératifs constitutionnels ne pouvaient justifier le maintien provisoire des effets d'une réglementation contraire au droit de l'Union³⁰. De la même manière, la Cour a jugé que la pleine effectivité du droit de l'Union ne pouvait être entravée par des règles trop strictes de calcul de la prescription, susceptibles de compromettre la poursuite des infractions à des actes de droit dérivé³¹, pour autant que le principe général de légalité des délits et des peines ne s'oppose pas à l'écartement immédiat desdites règles³².

Ratione personae enfin, la jurisprudence récente de la Cour témoigne d'une double évolution intéressante. D'une part, le droit primaire de l'Union européenne s'imisce de façon croissante dans les rapports entre particuliers, allant jusqu'à imposer directement des obligations à certains d'entre eux et à les priver de tout motif d'exonération tiré d'une mesure nationale contraire au droit de l'Union. Apparu dans le giron du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes³³, ce principe d'applicabilité horizontale s'est progressivement étendu aux libertés économiques de circulation³⁴ avant de regagner la sphère qui l'a vu naître : après le principe de non-discrimination sur la base de l'âge³⁵, c'est le principe général d'interdiction des discriminations qui semble désormais bénéficier d'un tel effet³⁶. Enfin, après plusieurs essais manqués³⁷, un premier droit social fondamental – le droit au congé annuel payé – s'est lui aussi vu reconnaître un tel effet³⁸.

D'autre part, la Cour a progressivement étendu la portée du relevé d'office. Si le principe demeure que le juge national n'est pas tenu d'appliquer *proprio motu* une disposition du droit de l'Union qui n'a pas été soulevée par les parties³⁹, cette règle générale – qui découle du principe d'autonomie procédurale des Etats membres – n'est

²⁹ Arrêt du 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, point 54 et jurisprudence citée.

³⁰ *Ibid.*, points 60 et s. Dans le même sens, voy. l'arrêt du 24 janvier 2013, *Stanleybet International Ltd*, C-186/11, EU:C:2013:33, point 38.

³¹ Arrêt du 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, C-105/14, EU:C:2015:555.

³² Arrêt du 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

³³ Arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, EU:C:1976:56.

³⁴ Arrêt du 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, EU:C:2000:296 ; arrêt du 11 décembre 2007, *ITWF (Viking Line)*, C-438/05, EU:C:2007:772 ; arrêt du 12 juillet 2012, *Fra.bo*, C-171/11, EU:C:2012:453.

³⁵ Arrêt du 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709 ; Arrêt du 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21.

³⁶ Arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, points 76-77.

³⁷ Arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33 ; arrêt du 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2.

³⁸ Arrêts du 6 novembre 2018, *Bauer*, C-569/16 et C-570/16 EU:C:2018:871 et *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874.

³⁹ Voy. notamment, récemment, l'arrêt du 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust*, C-216/17, EU:C:2018:1034, point 40 : « le droit de l'Union n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions du droit de l'Union lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit

pas sans exceptions. Le juge peut en effet être tenu de soulever d'office – sous réserve du principe de l'interdiction de *reformatio in pejus*⁴⁰ – un moyen tiré d'une violation du droit de l'Union s'il est soumis à une telle obligation à l'égard de règles internes de nature équivalente (principe d'équivalence) ou si l'absence d'une telle obligation aboutirait à rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité). Or, force est de constater que la Cour fait de ces deux tempéraments une application de plus en plus rigoureuse, étendant progressivement l'obligation du relevé d'office⁴¹. Par ailleurs, on rappellera qu'après quelques tergiversations sur le caractère facultatif ou obligatoire du relevé d'office en droit de la consommation, la Cour considère désormais que le juge national est tenu de soulever *proprio motu* le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs afin « de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel »⁴². Enfin, la Cour a très clairement posé le principe que le non-respect d'une telle obligation par une juridiction suprême était de nature à entraîner la responsabilité extracontractuelle de l'État dont elle émane, sur le fondement de la jurisprudence *Köbler*⁴³.

C. Un droit à la bonne réponse en droit européen ?

Peut-on pour autant considérer que le justiciable a plus fondamentalement un droit à la « bonne réponse » en droit européen, c'est-à-dire un droit à obtenir que son litige soit réglé sur la base d'une interprétation correcte du droit de l'Union ? La question peut paraître provocante mais elle est loin d'être rhétorique.

En un sens, ce droit à la bonne réponse est indirectement et partiellement assuré au justiciable par le truchement du droit, absolu et inconditionnel celui-là, du juge national à poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Sur ce point, la jurisprudence du Kirchberg est d'une constance sans failles ni concessions : l'article 267 TFUE s'oppose à toute règle procédurale nationale susceptible d'entraver la liberté d'une juridiction interne d'interroger la Cour, à quelque moment que ce soit, sur l'interprétation ou la validité d'une règle de droit européen. En ce sens, et pour ne prendre que quelques exemples, des règles obligeant un juge national à respecter

par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande ».

⁴⁰ Arrêt du 25 novembre 2008, *Heemskerk et Schaap*, C-455/06, EU:C:2008:650, point 46.

⁴¹ À l'égard du principe d'équivalence, voy. e.a. les arrêts du 17 mai 2018, *Karel De Grote*, C-147/16, EU:C:2018:320 et du 13 février 2014, *Maks Pen*, C-18/13, EU:C:2014:69, points 34-35. A l'égard du principe d'effectivité, voy. e.a. les arrêts du 18 février 2016, *Finanmadrid*, C-49/14, EU:C:2016:98 et du 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349.

⁴² Arrêt du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, point 31. Cette position de principe a été confirmée à de nombreuses reprises, par exemple dans l'arrêt *Banco Español de Crédito SA* précité ainsi que dans les arrêts du 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, EU:C:2013:88, point 22, et du 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, EU:C:2015:637.

⁴³ Voy. l'arrêt *Tomášová*, *op. cit.*

l'interprétation retenue par une juridiction supérieure⁴⁴, à se dessaisir de l'affaire une fois posée la question préjudicielle⁴⁵ ou à interroger sa cour constitutionnelle avant se tourner vers la Cour de justice⁴⁶, ont toutes été jugées incompatibles avec le principe de coopération sous-jacent au mécanisme préjudiciel.

Pour inflexible qu'elle soit, cette jurisprudence ne suffit toutefois pas à garantir au justiciable le droit à voir son affaire traitée selon l'interprétation correcte du droit de l'Union. On rappellera à cet égard qu'une application erronée du droit de l'Union par une juridiction nationale n'est pas toujours susceptible d'être réparée par la voie judiciaire. Si cette erreur se produit (ou se répète jusqu') au plus haut niveau juridictionnel, le justiciable a en théorie à sa disposition quatre voies pour la faire rectifier.

La première consiste à adresser une plainte à la Commission, dans l'espoir qu'elle introduise un recours en constatation manquement contre l'État concerné. Nul n'ignore cependant que la Commission jouit d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité d'entamer une telle procédure, de sorte que, loin de pouvoir se prévaloir d'un *droit* à son égard, le justiciable ne peut que tabler sur la bonne volonté du « chien de garde des traités ».

La deuxième voie est ouverte par la jurisprudence *Köbler*. Le justiciable qui s'estime lésé par une décision de justice ayant mal appliqué le droit de l'Union peut bien sûr tenter, contre l'État, une action en responsabilité civile devant le juge du fond. S'il en a la pleine maîtrise, le justiciable ne peut toutefois recourir avec succès à cette procédure que pour autant que la méprise dont il se plaint soit constitutive d'une *violation suffisamment caractérisée* du droit de l'Union. Or, on a vu plus haut que la Cour de justice témoignait d'une certaine indulgence envers les juridictions nationales dans l'application de ce critère.

Une troisième option *a priori* ouverte au justiciable consiste à demander la révision de la décision dès lors qu'un arrêt ultérieur des juridictions de Luxembourg a établi le caractère erroné de l'interprétation sur laquelle elle repose. Cette voie semble cependant lourdement hypothéquée par la jurisprudence de la Cour de justice elle-même, qui considère que le principe de coopération loyale ne va pas – sauf si les règles procédurales nationales l'y autorisent⁴⁷ – jusqu'à obliger, dans tous les cas, le juge national à revoir des décisions judiciaires coulées en force de chose jugée au motif de leur contrariété au droit de l'Union⁴⁸, à tout le moins si cette contrariété n'était pas

⁴⁴ Arrêt du 12 février 1974, *Rheinmühlen Düsseldorf*, C-146/73, EU:C:1974:12 ; arrêt *Cartesio*, *op. cit.* ; arrêt du 5 octobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581 ; arrêt du 20 octobre 2011, *Interedil*, C-396/09, EU:C:2011:671.

⁴⁵ Arrêt du 5 juillet 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514.

⁴⁶ Arrêts du 27 juin 1991, *Mecanarte*, C-348/89, EU:C:1991:278 ; du 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188 et C-189/10, EU:C:2010:363 et du 1^{er} mars 2011, *Chartry*, C-457/09, EU:C:2011:101.

⁴⁷ Arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067.

⁴⁸ Voy. e.a. l'arrêt du 16 mars 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178, et jurisprudence citée ; arrêt du 6 octobre 2015, *Târșia*, C-69/14, EU:C:2015:662 ; arrêt du 24 octobre 2018, *XC*, C-234/17, EU:C:2018:853.

patente au moment du prononcé desdites décisions⁴⁹ et si elle ne porte pas atteinte à l'effectivité du droit de l'Union⁵⁰. Cette jurisprudence est justifiée par l'idée qu'afin de « garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que les décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause »⁵¹.

Finalement, le seul espoir du justiciable sera de se retourner contre son avocat s'il s'avère qu'il a lui-même failli à son obligation de compétence. Force est toutefois d'observer que cette voie, indiquée par un arrêt de la Cour de cassation française⁵², ne permettra pas au justiciable de voir son affaire traitée selon « la bonne réponse », mais tout simplement d'obtenir une compensation pour le non-respect d'un tel « droit »⁵³.

Ces limites qui enserrent le « droit à une bonne réponse en droit européen » soulignent tout l'intérêt d'une « fondamentalisation » du renvoi préjudiciel. Le rattachement de ce mécanisme à la protection des droits fondamentaux est en effet de nature à en renforcer l'effectivité et, partant, améliorer la diffusion, dans les prétoires nationaux, des « bonnes réponses » en droit de l'Union. C'est sur cette évolution que se penche la dernière partie de l'article.

III. Une évolution : La progression de « l'esprit des droits »

Les développements qui précèdent attestent que, si le mécanisme du renvoi préjudiciel est foncièrement étranger à la logique subjectiviste des droits individuels, il n'est pas interdit, au prix d'un certain effort d'imagination, de réinterpréter certains pans de la jurisprudence européenne comme consacrant un « droit » au juge européen, un « droit » au droit européen, voire même, dans une moindre mesure, un « droit » à la « bonne réponse » en droit européen.

Ce changement de perspective a pour mérite d'éclairer les limites de l'effectivité du droit de l'Union et de souligner l'intérêt de ramener le mécanisme du renvoi préjudiciel dans le giron des droits *fondamentaux*. Or, ce qu'il faut à présent constater, c'est que la jurisprudence d'autres juridictions a d'ores et déjà opéré un tel lien : à la Cour européenne des droits de l'homme et dans plusieurs juridictions constitutionnelles nationales, l'esprit des droits de l'homme souffle depuis un moment sur la question préjudicielle (A). Face à ce constat, la Cour de justice serait sans doute

⁴⁹ Arrêt du 22 décembre 2010, *Commission c. Slovaquie*, C-507/08, EU:C:2010:802, spéc. points 56 et 57. Comp. l'arrêt du 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434, point 63.

⁵⁰ Arrêt du 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742.

⁵¹ Arrêt *Commission c. Slovaquie*, *op. cit.*, point 59 et jurisprudence citée.

⁵² On fait ici référence à une affaire qui a donné lieu à un arrêt du 15 mai 2015 (pourvoi n° 14-50058), dans laquelle un justiciable, après avoir perdu dans tous les degrés d'instance (y compris en cassation), attaque son avocat en responsabilité au motif que ce dernier a refusé d'invoquer, en cassation, un moyen tiré du droit de l'Union européenne que lui avait soufflé son client. La Cour de cassation donne raison à ce justiciable persévérant (et non juriste !), considérant que son avocat a manqué à son devoir de compétence. Sur cet arrêt, voy. J.-P. HORDIES, « L'obligation de connaissance du droit de l'Union européenne dans le chef de l'avocat », *L'observateur de Bruxelles*, No. 102, 2015, p. 40-42.

⁵³ Il en va de même, du reste, de la deuxième option esquissée ci-dessus.

bien avisée d'emboîter le pas de cette audacieuse jurisprudence, afin tant de renforcer l'effectivité du mécanisme préjudiciel que de « reprendre le main » sur ce qui, après tout, relève de l'interprétation du droit de l'Union (B).

A. *Un mouvement né hors du Kirchberg*

Depuis plusieurs années, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'absence de renvoi préjudiciel peut, dans certaines circonstances, emporter une violation du droit au procès équitable consacré à l'article 6 de la CEDH. Sans rentrer dans le détail d'une jurisprudence foisonnante, je m'efforcerai d'en synthétiser les traits majeurs.

Premièrement, cette jurisprudence est *prudente*. La Cour a ainsi affirmé à de nombreuses reprises 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 »⁵⁴. En revanche, « la Cour n'exclut pas que, lorsqu'un mécanisme de renvoi préjudiciel existe, le refus d'un juge interne de poser une question préjudicielle puisse, dans certaines circonstances, affecter l'équité de la procédure »⁵⁵. Un tel manquement à l'article 6 de la CEDH peut apparaître « lorsque le refus s'avère arbitraire (...), c'est-à-dire lorsqu'il y a refus alors que les normes applicables ne prévoient pas d'exception au principe de renvoi préjudiciel ou d'aménagement de celui-ci, lorsque le refus se fonde sur d'autres raisons que celles qui sont prévues par ces normes, et lorsqu'il n'est pas dûment motivé au regard de celles-ci »⁵⁶. Il en résulte que « l'article 6 § 1 met dans ce contexte à la charge des juridictions internes une obligation de motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception ».

Sur la base de ces considérations, la Cour se limite à vérifier si la décision de ne pas procéder au renvoi préjudiciel répond à cette exigence de motivation. Elle ne s'autorise pas, en revanche, à juger de la pertinence et du bien-fondé de cette motivation. En effet, « il ne lui appartient pas de connaître d'erreurs qu'auraient commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent »⁵⁷. C'est ainsi que la Cour a pu refuser de prendre en considération les allégations du requérant relatives à une mauvaise application de la théorie de l'acte clair par une juridiction suprême⁵⁸ ou à une justification trop sommaire du refus de renvoi⁵⁹.

⁵⁴ Arrêt *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, *op. cit.*, point 57 et jurisprudence citée.

⁵⁵ *Ibid.*, point 59.

⁵⁶ *Ibid.*, point 60.

⁵⁷ *Ibid.*, point 61.

⁵⁸ *Ibid.*, point 66 ; Cour européenne des droits de l'homme, 30 avril 2019, *Repcevirág Szövetkezet*, req. No. 70750/14.

⁵⁹ Voy. p. ex. Cour européenne des droits de l'homme, 24 avril 2018, *Baydar c. Pays-Bas*, req. No. 55385/14 ; 11 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica e.a. c. Pays-Bas* (déc.), req. No. 65542/12 ; 11 avril 2019, *Harisch c. Allemagne*, req. No. 50053/16.

Plus encore, la Cour considère qu'une telle violation du droit au procès équitable ne peut surgir que lorsque le requérant a adressé à la juridiction concernée une question préjudicielle. En d'autres termes, l'omission d'un renvoi préjudiciel non sollicité par une partie n'est pas jugée attentatoire à la Convention⁶⁰. La Cour va même désormais plus loin : seule une demande de question préjudicielle formulée en temps utile selon les règles procédurales nationales est susceptible de donner lieu à un constat de violation⁶¹.

Deuxièmement, cette jurisprudence est *probante*. Elle a en effet déjà conduit à des constats de violation de l'article 6 par un État membre de l'Union. Dans deux arrêts concernant l'Italie, la Cour a ainsi condamné cette dernière au motif que sa Cour de cassation avait omis, sans y apporter la moindre justification, de poser à la Cour de justice la question préjudicielle qui lui avait soumise par le requérant⁶².

Troisièmement, cette jurisprudence n'est, à certains égards, *pas parfaitement cohérente avec les particularités du droit de l'Union*. Ainsi par exemple s'applique-t-elle tant aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours qu'aux autres cours et tribunaux⁶³. Si l'on peut se féliciter du présupposé qui semble la fonder (un manquement du juge de première instance est *déjà* susceptible d'affecter l'équité de la procédure), cette confusion entre les deux types de juridictions soigneusement distingués par l'article 267 TFUE laisse songeur. Après tout, n'est-ce pas seulement les cours et tribunaux dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours que cette disposition met en *devoir* de solliciter les lumières de Luxembourg ? Ne faudrait-il pas, dès lors, faire preuve d'une sévérité accrue à leur égard ? Par ailleurs, la Cour européenne des Droits de l'homme semble – mais c'est à confirmer – admettre un refus de poser une question préjudicielle fondé sur la nécessité d'un traitement rapide de l'affaire⁶⁴. Or, la procédure préjudicielle d'urgence – applicable en l'espèce – et la demande de procédure accélérée n'ont-elles pas précisément été fondées pour conjuguer cette exigence de célérité et l'impératif d'uniformité d'application du droit de l'Union ? Enfin, la jurisprudence précitée limite la possibilité d'une violation de l'article 6 CEDH à l'hypothèse où une demande de question préjudicielle a été formulée (et même soumise en temps opportun, selon les règles procédurales nationales) par le requérant, ce qui revient à ajouter une condition à l'obligation formulée à l'article 267, al. 3, du TFUE.

⁶⁰ Voy. e.a. Cour européenne des droits de l'homme, 13 février 2007, *John c. Allemagne* (déc.), req. No. 15073/03 ; 8 décembre 2009, *Herma c. Allemagne* (déc.), No. 54193/07 ; 15 octobre 2013, *Ryon c. France* (déc.), req. No. 33014/08.

⁶¹ Cour européenne des droits de l'homme, 28 août 2018, *Somorjai c. Hongrie*, req. No. 60934/13.

⁶² Cour européenne des droits de l'homme, 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. No. 17120/09, et 21 juillet 2015, *Schipani c. Italie*, req. No. 38369/09. Comp. Cour européenne des droits de l'homme, 10 avril 2012, *Vergauwen et autres c. Belgique* (déc.), req. No. 4832/04.

⁶³ Voy. p. ex. Cour européenne des droits de l'homme, 8 juin 1999, *Predil Anstalt S.A. c. Italie* (déc.), req. No. 31993/96 et la décision *Herma c. Allemagne*, *op. cit.*

⁶⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 21 avril 2015, *Chylinski e.a. c. Pays-Bas* (déc.), req. No. 38044/12.

Quatrièmement, cette jurisprudence est *fertile* et répond manifestement à un besoin de la part des justiciables s'estimant lésés dans leur « droit à une bonne réponse » en droit européen. Du côté de Strasbourg d'une part, plusieurs arrêts ont été rendus récemment à ce sujet tandis que d'autres requêtes sont pendantes.⁶⁵ Du côté des États membres d'autre part, de nombreuses juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union ont développé une jurisprudence analogue à celle de la Cour de Strasbourg, voire plus audacieuse que cette dernière. Certaines juridictions constitutionnelles n'hésitent pas à vérifier, sur le fond, que le refus d'une cour suprême de poser une question préjudicielle respecte bel et bien les conditions de l'arrêt *CILFIT*, développant ainsi des critères d'appréciation divergents susceptibles de menacer l'autonomie et l'uniformité du droit de l'Union⁶⁶.

Enfin, cette jurisprudence est *favorable* à l'Union, dès lors qu'elle aboutit à renforcer l'effectivité du renvoi préjudiciel. Elle est, à cet égard, à rapprocher de l'inflexion que la Cour européenne des droits de l'homme a apportée à sa jurisprudence *Bosphorus*⁶⁷ dans ses arrêts *Michaud c. France*⁶⁸ et *Avotins c. Lettonie*⁶⁹. Il ressort en effet de ces dernières décisions que la « présomption de protection équivalente » accordée aux mesures nationales adoptées en exécution du droit de l'Union ne s'applique pas si les juridictions internes, appelées à se pencher sur la validité de telles mesures, n'ont pas cru bon – alors que cela semblait nécessaire⁷⁰ – de saisir la Cour de justice par la voie préjudicielle.

B. La réaction de la Cour de justice

Face à cette irruption de l'esprit des droits de l'homme dans « son » mécanisme de renvoi préjudiciel, la Cour apparaît quelque peu embarrassée. Dans ses conclusions dans l'affaire *Ognyanov*, l'avocat général Bot avait timidement suggéré à la Cour de faire sienne la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à l'article 6 de la CEDH⁷¹. La Cour n'a toutefois pas donné suite à cette invitation, en dépit d'une

⁶⁵ Voy. Cour européenne des droits de l'homme, 11 avril 2019, *Harisch c. Allemagne*, req. No. 50053/16; 30 avril 2019, *Repcevirág Szövetkezet*, req. No. 70750/14; *Aguirrebarrena Beldarrain c. Espagne*, req. No. 22618/18 (pendant).

⁶⁶ Pour un examen comparé de ces jurisprudences nationales, voy. C. 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*, Vol. 16, No. 6, 2015, consultable à l'adresse: <http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-06> ; ID., « Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References », *C.M.L.Rev.*, Vol. 53, No. 3, 2016, pp. 679-708. Cette jurisprudence a également fait des émules du côté de l'AELE: arrêt du 28 septembre 2012, *Irish Bank Resolution Corporation Ltd*, E-18/11, point 63.

⁶⁷ Cour européenne des droits de l'homme, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. No. 45036/98.

⁶⁸ Cour européenne des droits de l'homme, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, req. No. 12323/11.

⁶⁹ Cour européenne des droits de l'homme, 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie*, req. No. 17502/07.

⁷⁰ Comp. sur ce point les conclusions de la Cour dans les deux affaires précitées.

⁷¹ Conclusions de l'avocat général Y. Bot présentées le 23 février 2016, dans l'affaire *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:111, points 101-102.

jurisprudence bien établie incluant l'obligation de motivation dans les garanties du procès équitable⁷² et de la timide reconnaissance d'un lien entre le droit à une protection juridictionnelle effective et le mécanisme du renvoi préjudiciel⁷³. Tout au plus a-t-elle considéré, sans autre forme d'explication, qu'une exigence de « démonstration » pesait sur la juridiction qui entendait se soustraire à son obligation de renvoi⁷⁴.

À la suite d'autres auteurs⁷⁵, je voudrais rompre une lance en faveur d'une jurisprudence plus audacieuse sur ce point, qui ferait du renvoi préjudiciel une exigence inhérente au droit à un recours juridictionnel effectif consacré à l'article 47 de la Charte. Une telle avancée – qui n'équivaudrait pas à consacrer un « droit absolu » au renvoi – serait de nature à renforcer l'effectivité du renvoi préjudiciel.

Premièrement, elle permettrait à la Cour de justice non seulement de « reprendre la main » sur une évolution jurisprudentielle orchestrée par Strasbourg et les juridictions constitutionnelles, préservant ainsi l'autonomie du droit de l'Union, mais elle lui donnerait en outre la possibilité de remédier aux limites actuelles du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. D'abord, loin de se limiter à une vérification formelle de la présence d'une motivation en cas de non-renvoi, la Cour pourrait sonder la pertinence, sur le fond, d'une telle motivation – sans pour autant verser dans un contrôle d'une minutie excessive. Ensuite, la Cour pourrait déconnecter l'atteinte au recours juridictionnel effectif de l'existence d'une demande préalable de renvoi préjudiciel dans le chef du justiciable. Enfin, elle pourrait moduler l'intensité de son contrôle en fonction du statut de la décision critiquée, étant entendu qu'un refus de poser une question préjudicielle en dernière instance emporte en principe une atteinte plus grave au droit d'accès à un juge que si un tel refus intervient à un stade inférieur de la hiérarchie judiciaire.

Ensuite, ce raccrochage du renvoi préjudiciel à l'esprit des droits permettrait de renforcer, par la voie de l'interprétation, le contenu même de l'obligation de renvoi. Conformément au principe selon lequel le droit de l'Union – y compris le droit primaire – doit être interprété d'une manière conforme aux droits fondamentaux (*in dubio pro libertate*), la « fondamentalisation » du renvoi préjudiciel aboutirait logiquement à justifier une interprétation stricte des exceptions à l'obligation de renvoi ménagées dans la jurisprudence *Cilfit*. Dans la même perspective, une telle opération conduirait à privilégier une lecture rigoureuse de la jurisprudence *Köbler*, à telle enseigne que tout manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel – moyennant

⁷² Voy. p. ex. les arrêts du 23 octobre 2014, *flyLAL*, C-302/13, EU:C:2014:2319, point 51 et du 14 décembre 2006, *ASML Netherlands*, C-283/05, EU:C:2006:787, points 27-28.

⁷³ Voy. l'arrêt du 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, points 73-75.

⁷⁴ Arrêt du 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, EU:C:2016:603, point 52 : « (...) dès lors que l'exercice de cette faculté exceptionnelle est susceptible de porter préjudice au respect du principe de primauté du droit de l'Union, ladite juridiction nationale ne pourrait être dispensée de saisir la Cour à titre préjudiciel que dans la mesure où elle est convaincue que l'exercice de ladite faculté exceptionnelle ne soulève aucun doute raisonnable. Par ailleurs, l'absence d'un tel doute doit être démontrée de manière circonstanciée ».

⁷⁵ Voy. not. J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of Integration?*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 65-85.

la prise en compte des exceptions *Cilfit* – serait en soi constitutif d’une violation suffisamment caractérisée du droit de l’Union⁷⁶.

Enfin, cette injection de l’esprit des droits dans le mécanisme préjudiciel serait de nature à durcir les conséquences résultant d’une violation de l’obligation de renvoi. Sans prétention à l’exhaustivité, et de manière extrêmement schématique, ce durcissement pourrait emprunter deux voies.

D’une part, une fois jugée constitutive d’une violation d’un droit fondamental, l’absence de renvoi pourrait plus facilement donner lieu à la révision d’une décision de justice passée en force de chose jugée. Le principe d’équivalence, qui vient corseter l’autonomie procédurale des États membres en la matière, exigerait en effet une telle révision lorsqu’elle est prévue en cas de violation des droits fondamentaux et libertés publiques consacrés en droit interne⁷⁷.

D’autre part, sa « fondamentalisation » faciliterait l’assimilation de l’obligation de renvoi préjudiciel à une règle d’ordre public⁷⁸, ce qui ne serait pas sans conséquence sur sa sanction. Sur un plan procédural, une atteinte à l’obligation de renvoi pourrait alors être considérée comme un moyen d’ordre public devant être soulevé d’office par toute juridiction chargée de se prononcer sur la légalité de la décision fautive⁷⁹. Sur un plan matériel, une décision de justice rendue dans un État membre en violation de l’obligation de renvoi⁸⁰ pourrait ne pas être reconnue dans un autre État membre, au titre du respect des droits fondamentaux ou de l’exception d’ordre public prévue par certains instruments de droit dérivé régissant la reconnaissance des jugements étrangers⁸¹.

⁷⁶ L’honnêteté commande toutefois de préciser que cet argument repose sur la prémisse selon laquelle la nature fondamentale du droit violé a un impact sur la marge d’appréciation de l’auteur de la violation (et donc sur la démonstration de l’existence d’une violation suffisamment caractérisée). Si un tel présupposé trouve quelque fondement dans les conclusions de certaines avocats généraux (voy. p. ex. les conclusions de l’avocat général P. Mengozzi présentées le 8 septembre 2016, dans l’affaire *Safa Nicu Sepahan c. Conseil*, C-45/15 P EU:C:2016:658, point 41), force est de reconnaître qu’il n’a pas (encore ?) été accepté par la Cour (voy. e.a. les arrêts du 4 avril 2017, *Staelen*, C-337/15 P, EU:C:2017:256 ; du 20 septembre 2016, *Ledra Advertising e.a.*, aff. jtes C-8/15 P à C-10/15 P, EU:C:2016:701 ; du 14 octobre 2014, *Giordano c. Commission*, C-611/12 P, EU:C:2014:2282).

⁷⁷ Sur ce point, voy. l’intéressant arrêt du 24 octobre 2018, *XC*, C-234/17, EU:C:2018:853 qui, sur cette question précise, nie toute équivalence entre les garanties procédurales liées au respect des arrêts prononcés par la Cour européenne des droits de l’Homme et celles relatives au droit de l’Union en général, et à la Charte des droits fondamentaux en particulier.

⁷⁸ Notamment, ici encore, via le principe d’équivalence ; en ce sens, voy. l’arrêt du 17 mars 2016, *Benallal*, C-161/15, EU:C:2016:175.

⁷⁹ On rappellera que l’absence de motivation, composante essentielle du droit au procès équitable, constitue déjà un moyen d’ordre public dans la jurisprudence de la Cour de justice (sur ce point, voy. p. ex. l’arrêt *Staelen*, *op. cit.*, pt. 85).

⁸⁰ Comp. l’arrêt du 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, EU:C:2015:471, où la décision critiquée pour sa mauvaise interprétation du droit de l’Union et son absence de renvoi préjudiciel avait été rendue en première instance. Voy. aussi l’arrêt du 16 janvier 2019, *Stefano Liberato*, C-386/17, EU:C:2019:24.

⁸¹ En ce sens, voy. e.a. l’arrêt du 26 avril 2018, *Donnellan*, C-34/17, EU:C:2018:282. Voy. aussi les arrêts du 25 mai 2016, *Meroni*, C-559/14, EU:C:2016:349 ; du 6 septembre 2012, *Trade*

L'évolution ici proposée à la Cour n'a rien d'un pas de géant. En reconnaissant que le refus de poser une question préjudicielle est susceptible d'entraîner la responsabilité d'un État membre, la Cour a d'ores et déjà reconnu que l'article 267, al. 3, TFUE conférait des droits aux particuliers. Par ailleurs, il ne fait pas de doute qu'en égard à sa formulation suffisamment claire, précise et inconditionnelle, cette disposition remplit les critères de l'effet direct⁸². La « subjectivisation » du renvoi préjudiciel est ainsi déjà amorcée. Sa « fondamentalisation » n'en serait que l'aboutissement logique.

Agency, C-619/10, EU:C:2012:531 ; du 2 avril 2009, *Gambazzi*, C-394/07, EU:C:2009:219 et du 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, EU:C:2000:164 .

⁸² En ce sens, voy. J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 64.

