

Thème 1 : les juridictions nationales et l'application du droit de l'Union

Rapporteur : Carine Soulay, Conseillère d'Etat

D. Les renvois préjudiciels (question 6)

I – Affirmé par la pratique des juridictions supérieures nationales et de la CJUE comme un élément clé du système juridictionnel de l'Union, le dialogue des juges dans le cadre du renvoi préjudiciel¹ repose sur un équilibre fragile

I – 1 – Le renvoi préjudiciel, au cœur du système juridictionnel de l'UE, implique un dialogue des juges longtemps fondé sur un malentendu constructif

L'article 267 TFUE donne compétence à la CJUE pour statuer, à titre préjudiciel, d'une part sur l'interprétation des traités, d'autre part sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Son 3^{ème} alinéa impose à toute juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour à titre préjudiciel lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant elles.

Le mécanisme de renvoi préjudiciel ainsi établi, en vue d'assurer « l'unité d'interprétation du droit de l'Union, (...) sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités », est donc à juste titre qualifié de « clef de voûte du système juridictionnel »² mis en place par les traités successifs depuis le traité CECA (renvoi préjudiciel en appréciation de validité) et le traité CEE (renvoi préjudiciel en interprétation). Ce mécanisme repose sur deux prémisses : le rôle fondamental des juridictions nationales, juges de droit commun du droit de l'Union, dans l'application effective et uniforme du droit de l'Union et la protection effective des droits que celui-ci confère aux personnes physiques et morales ; la nécessité d'un dialogue de juge à juge entre la Cour et les juridictions des États membres³.

Dans ce dialogue des juges, « les cours suprêmes nationales assurent un rôle, particulier et irremplaçable, de passerelle entre ces deux niveaux de juridictions »⁴, en particulier car elles sont soumises à une obligation de renvoi préjudiciel lorsqu'une question relative à l'interprétation ou à l'appréciation de validité d'une norme de droit de l'Union est soulevée devant elles (article 267 alinéa 3 TFUE).

Une telle obligation a été conçue comme le corollaire logique de l'impératif, précédemment évoqué, de cohérence et d'unité d'interprétation du droit de l'Union, en vue de « prévenir que s'établisse, dans un État membre quelconque, une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit de

¹ Le présent rapport concentre son propos sur le renvoi préjudiciel en interprétation. Les renvois préjudiciels en appréciation de validité, beaucoup moins nombreux, s'inscrivent dans une problématique légèrement différente de celles des renvois préjudiciels en interprétation : le renvoi préjudiciel en appréciation de validité constitue en effet, au même titre que le recours en annulation, une modalité du contrôle de la légalité des actes de l'Union (CJUE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, EU:C:1987:452, point 16). La Cour n'envisage le renvoi préjudiciel en appréciation de légalité comme une obligation pesant sur les juridictions nationales, notamment suprêmes, que lorsque celles-ci éprouvent des doutes fondés quant à la validité d'un acte de droit dérivé (*Ibid.*, point 14).

² CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 176 et 198

³ *Ibid.*

⁴ « La subsidiarité, pierre angulaire du dialogue des juges en Europe », Jean-Luc Sauron, *Gazette du Palais*, 13 novembre 2018, n°39, p. 22

l'Union »⁵. Néanmoins, la Cour de justice elle-même, par son arrêt *Cilfit* (CJCE, 6 octobre 1982, *Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, affaire 283/81, EU:C:1982:335., point 21), a défini les critères permettant aux juridictions suprêmes de s'affranchir de l'obligation de renvoi préjudiciel, s'agissant d'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union qui ne lui aurait pas encore été soumise. Aux termes de cet arrêt, les cours suprêmes nationales ne sont ainsi pas tenues de solliciter l'interprétation du droit de l'Union auprès de la CJUE :

- lorsque la question soulevée n'est pas pertinente,
- ou lorsque la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour,
- ou lorsque « *l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. L'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit de l'Union, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de l'Union* ».

A propos de ce dernier critère, le plus exposé à diverses interprétations, l'arrêt *Cilfit* avait précisé que la juridiction nationale devait être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour elle-même, et qu'elle devait, à cette fin, tenir compte de la diversité tant des versions linguistiques que des traditions juridiques étatiques. Toutefois, la Cour a abandonné l'exigence tenant à ce que le juge national suprême cherche à acquérir la conviction que ses homologues des autres États membres comprendraient la disposition de droit de l'Union exactement de la même manière⁶, laquelle pouvait en effet apparaître difficilement réalisable dès 1982, puis du fait des élargissements successifs, pour reprendre la lettre et l'esprit des conclusions de certains avocats généraux⁷.

Confronté à l'interprétation du droit de l'Union à l'occasion d'un litige, le juge national suprême est donc invité à s'interroger sur l'obligation de renvoi préjudiciel qui lui incombe, principalement à l'aune du critère tenant à ce que l'application correcte du droit de l'Union s'imposerait à lui, ainsi qu'à la Cour elle-même, sans aucun doute raisonnable⁸.

La portée de la jurisprudence *Cilfit* repose sur une forme de malentendu : les juridictions nationales suprêmes ne se sentent pas liées par l'obligation de renvoi préjudiciel lorsqu'il n'y a pas de doute raisonnable sur ce qu'est l'application correcte du droit de l'Union au cas d'espèce, alors que, du point de vue de la CJUE, seul le caractère évident de la réponse à la question d'interprétation du droit de l'UE permet de dispenser ces juridictions suprêmes de leur obligation de renvoi préjudiciel, ce que montre d'ailleurs la motivation de l'arrêt C-416/17 sur lequel nous reviendrons⁹. En d'autres termes, « alors que

⁵ CJUE, 15 mars 2017, *Aquino*, C-3/16, EU:C:2017:209, point 33 et jurisprudence citée

⁶ La condition, posée par l'arrêt *Cilfit*, selon laquelle la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour elle-même, et qu'elle doit, à cette fin, tenir compte de la diversité tant des versions linguistiques que des traditions juridiques étatiques, n'est d'ailleurs pas reprise dans les arrêts récents, dont par exemple CJUE, 9 septembre 2015, *X. et T. A. van Dijk*, C-72/14 et C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564, point 55, ni dans les recommandations de la CJUE sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales (2018/C, JOUE 20/07/2018, p. 257/01).

⁷ Point 52 des conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, présentées sous CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV*, C-461/03 ; point 65 des conclusions de l'avocat général Jacobs, présentées sous CJCE, 20 novembre 1997, *Wiener SI*, C-338/95, Rec. p. I-6495 ; point 75 des conclusions de l'avocat général Tizzano, présentées sous CJCE, 4 juin 2002, *Lyckeskog*, C-99/00, Rec. p. I-4839

⁸ Les recommandations de la CJUE à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (2018/C, JOUE p. 257/01) précisent à cet égard que « (l)orsqu'une question est soulevée dans le cadre d'une affaire pendante devant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est néanmoins tenue de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle (voir l'article 267, troisième alinéa, TFUE), à moins qu'il existe déjà une jurisprudence bien établie en la matière ou que la manière correcte d'interpréter la règle de droit en cause ne laisse place à aucun doute raisonnable ».

⁹ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, C-416/17, point 111 (cf. p. 5 du présent rapport)

les cours suprêmes estiment pouvoir trancher nombre de questions de droit de l'Union ne méritant pas la saisine de la Cour, celle-ci ne leur consent qu'une marge d'appréciation très réduite. »¹⁰. A cet égard, si la Cour de justice admet explicitement en 2015, pour la première fois, la référence à un « acte clair » de nature à exonérer les juridictions nationales suprêmes de leur obligation de renvoi, cet « acte clair » est défini, notamment, par référence au critère de la jurisprudence *Cilfit* précédemment rappelé, en vertu duquel l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable¹¹.

« *C'est par le malentendu universel que tout le monde s'accorde.* »¹². Ce malentendu fondateur de l'arrêt *Cilfit* a largement contribué au dynamisme de l'usage du renvoi préjudiciel par les juridictions nationales tout en leur permettant de trancher les litiges à leur niveau dans toute la mesure du possible, et a ainsi permis de respecter l'équilibre délicat entre la préservation de l'ordre juridique de l'Union, la répartition des compétences juridictionnelles entre CJUE et juridictions nationales selon le principe cardinal de subsidiarité et le fonctionnement efficace du service public de la justice au niveau national. Au fur et à mesure, les juges nationaux se sont ainsi pleinement appropriés leur rôle de juges de droit commun de l'Union.

1 – 2 – L'intégrité du mécanisme de renvoi préjudiciel est soutenue par la pratique des juridictions nationales et la jurisprudence de la Cour, lesquelles mettent en relief l'équilibre fragile sur lequel repose le dialogue des juges

Le caractère fondamental du renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union est attesté par sa vitalité, notamment à l'initiative des juridictions françaises, laquelle est illustrée par les statistiques de la CJUE¹³. Depuis la première question préjudicielle introduite en 1961, ce sont au total 10717 renvois préjudiciels qui ont été formés par l'ensemble des juridictions nationales entre 1961 et 2018 auprès de la CJUE. Les juridictions françaises ont en introduit 1020, parmi lesquels, outre le renvoi préjudiciel opéré par le Conseil Constitutionnel en avril 2013¹⁴ visant à demander l'interprétation de la Cour concernant les articles 27 et 28 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen, 138 proviennent du Conseil d'Etat et 136 proviennent de la Cour de cassation. Selon une tendance constante depuis une quinzaine d'années, à deux exceptions près, le nombre de renvois préjudiciels émanant des juridictions françaises varie entre 20 et une trentaine chaque année, dont environ les deux tiers proviennent de la juridiction administrative. Celle-ci a posé, depuis 2015, de 12 à 15 questions préjudicielles par an, pour l'essentiel à l'initiative du Conseil d'Etat (13 en 2015, 12 en 2016, 13 en 2017, 13 en 2018)¹⁵, soit un nombre de renvois équivalents à celui émanant du *Hoge Raad* néerlandais (9 renvois) ou le *Tribunal Supremo* espagnol (10 renvois). Cette tendance s'est confirmée sur les 3 premiers trimestres de l'année 2019.

Le mécanisme préjudiciel, en tant que « *principe structural* » de l'ordre juridique de l'Union¹⁶, explique que la Cour de justice et les juridictions suprêmes des Etats membres veillent à son intégrité et à son bon fonctionnement avec une acuité particulière.

En premier lieu, la jurisprudence de la CJUE a eu pour conséquence d'inciter à modifier ou renégocier des accords internationaux auxquels l'Union européenne souhaitait adhérer et dont la Cour a estimé qu'ils portaient atteinte à l'autonomie et l'efficacité du dispositif prévu par l'article 267 TFUE. Tel a été le cas,

¹⁰ « CJUE et cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ? », Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, p.150

¹¹ CJUE, *X. et T. A. van Dijk*, déjà cité, points 56 et 59

¹² « Mon cœur mis à nu », fragment 57, Charles Baudelaire

¹³ CJUE, Rapport annuel 2018, activité judiciaire, p. 144 à 151

¹⁴ Décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013

¹⁵ Conseil d'Etat, rapport public 2019, p. 37

¹⁶ point 64 des conclusions de l'avocat général Tizzano, présentées sous CJCE, 4 juin 2002, *Lyckeskog*, déjà citées

par exemple, du fait de l'absence de mécanismes de sanction dans le cas où la nouvelle juridiction européenne des brevets s'abstiendrait de poser une question préjudicielle à la CJUE¹⁷ ou de l'absence d'articulation entre le mécanisme institué par le protocole n° 16 à la CEDH, autorisant les juridictions suprêmes des États membres à adresser à la CEDH des demandes d'avis consultatifs et pouvant ainsi aboutir au déclenchement de la procédure de l'implication préalable de la CJUE telle que prévue par le projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH, et la procédure prévue à l'article 267 TFUE.¹⁸

En deuxième lieu, la Cour de justice a posé le principe selon lequel la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée du fait de la violation manifeste du droit de l'Union par une juridiction suprême nationale dans certaines hypothèses, et jugé que la méconnaissance de son obligation de renvoi préjudiciel par une telle juridiction pouvait être l'un des indices du caractère manifeste de la violation¹⁹. En France, le Conseil d'Etat a tiré les conséquences de cet arrêt en jugeant que la responsabilité de l'Etat peut être engagée dans le cas où le contenu d'une décision de la juridiction administrative est entachée d'une violation manifeste du droit de l'Union ayant pour objet de conférer des droits à des particuliers²⁰.

En troisième lieu, l'obligation de poser une question préjudicielle a pu elle-même faire l'objet d'un renvoi préjudiciel et donner ainsi l'occasion à la CJUE de veiller au respect de l'article 267 TFUE. La Cour a ainsi interprété l'article 267, troisième alinéa du TFUE en ce sens qu'une juridiction nationale suprême est tenue de saisir d'une demande de décision préjudicielle relative à l'interprétation d'une notion prévue par une directive, dans des circonstances marquées à la fois par des décisions divergentes d'instances juridictionnelles inférieures quant à l'interprétation de cette notion et par des difficultés d'interprétation récurrentes de celle-ci dans les différents États membres, qui, dès lors, se sont vues contraintes de saisir la Cour.²¹ Ce faisant, la Cour a implicitement mais nécessairement constaté la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel commise par une cour nationale suprême, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel opéré par cette même cour.

En quatrième et dernier lieu, c'est dans le cadre assez classique du recours en constatation de manquement prévu par l'article 258 TFUE que la CJUE a été amenée à contrôler la bonne application du droit de l'Union par les juridictions nationales suprêmes. A cet égard, la Cour de justice, qui avait déjà reconnu l'existence d'un « manquement judiciaire » dans une affaire dans laquelle la méconnaissance du droit de l'Union par un Etat membre résultait exclusivement de la jurisprudence d'une cour suprême²², a constaté pour la première fois qu'un Etat membre avait manqué à ses obligations en droit de l'Union, faute pour une cour suprême d'avoir respecté son obligation de renvoi en vertu de l'article 267, 3e alinéa TFUE²³.

Dans son arrêt *Commission c/ France* du 4 octobre 2018, la CJUE a, pour la première fois, jugé qu'un Etat membre, en l'espèce la France, avait manqué à ses obligations en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, au motif que le Conseil d'Etat avait omis de saisir d'un renvoi préjudiciel sur le régime français de l'impôt fiscal et du précompte alors que, selon la Cour, « l'interprétation qu'il a retenue des dispositions du droit de l'Union dans les arrêts du 10 décembre 2012, *Rhodia (...)*, et du 10 décembre 2012, *Accor (...)*, ne s'imposait pas avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable ».

¹⁷ CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 84 et 85

¹⁸ CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 196 à 199

¹⁹ CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513

²⁰ CE, 18 juin 2008, *Gestas*, 295831, Recueil Lebon p. 230

²¹ CJUE, 9 septembre 2015, *Ferreira da Silva*, C-160/14, points 36 à 45 et point 2 du dispositif

²² CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Espagne*, C-154/08, ECLI:EU:C:2009:695

²³ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811

Dans ses décisions du 10 décembre 2012, *Rhodia* et *Accor*²⁴, le Conseil d'Etat a adopté une interprétation des dispositions des articles 49 et 63 TFUE divergente de celle de la grande chambre de la CJUE rendue quelques semaines plus tôt dans l'affaire *Test Claimants in the FII Group Litigation* au sujet d'un régime d'imposition britannique, dont le Conseil d'Etat a estimé qu'il était différent du régime français de l'avoir fiscal et du précompte, tout en assumant cette divergence compte tenu de la citation de l'arrêt dans les décisions. Néanmoins, les affaires portées respectivement devant le prétoire des juges du Kirchberg à Luxembourg et du Palais Royal à Paris impliquaient l'interprétation des mêmes normes de droit de l'UE et un raisonnement analogue, de telle sorte que, selon la CJUE, « l'existence d'un doute raisonnable quant à cette interprétation ne pouvait être exclue au moment où le Conseil d'État a statué »²⁵.

La Cour a ainsi inscrit son analyse dans le cadre classique des critères de sa jurisprudence *Cilfit*, qu'elle a rappelés au point 110 de l'arrêt. Après avoir constaté le bien-fondé du premier grief soulevé par la Commission, la cinquième chambre de la CJUE, suivant en tous points les conclusions de l'avocat général M. Wathelet, a relevé que « s'agissant de la question examinée dans le cadre du premier grief du présent recours en manquement, (...) le Conseil d'État a choisi de s'écarter de l'arrêt du 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707), au motif que le régime britannique en cause était différent du régime français de l'avoir fiscal et du précompte, alors qu'il ne pouvait être certain que son raisonnement s'imposerait avec la même évidence à la Cour »²⁶ ni que, comme rappelé précédemment, l'existence d'un doute raisonnable quant à l'interprétation des articles 49 et 63 TFUE ne pouvait être exclue au moment où il a statué.

Ce point du raisonnement de la Cour de justice ne peut se comprendre qu'au regard des motifs des décisions du 10 décembre 2012, *Rhodia* et *Accor*. Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé que la Cour s'était prononcée sur le régime fiscal alors applicable au Royaume-Uni à l'occasion de l'arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation II* du 13 novembre 2012, a estimé que ce régime, « eu égard à ses spécificités rappelées notamment par la Cour aux points 5 à 19 et 75 à 79 de son arrêt, ne saurait être comparé au régime français de l'avoir fiscal et du précompte ». Le Conseil d'Etat en a déduit que « (...) si, par cet arrêt, la Cour a jugé qu'il y avait lieu, pour l'application d'un régime tel que celui applicable au Royaume-Uni, de prendre en compte l'imposition des sous-filiales non résidentes en l'absence d'imposition de la filiale distributrice non résidente, une telle règle ne peut utilement être opposée pour la détermination du crédit d'impôt susceptible d'être ouvert au titre de la législation française en litige ».

Cette motivation omet de mentionner expressément que l'interprétation ainsi retenue des dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la liberté des mouvements de capitaux, garanties par les articles 49 et 63 du TFUE, s'imposait avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable. Ce faisant, le Conseil d'Etat a pu donner l'impression d'abord à la Commission, auteur du recours en manquement, puis à la Cour, qu'il avait omis de s'interroger sur l'existence d'un doute raisonnable susceptible de peser sur son interprétation et sur celle qu'aurait eu la Cour de justice. La motivation de l'arrêt *Commission c/ France* selon laquelle le Conseil d'État « ne pouvait être certain que son raisonnement s'imposerait avec la même évidence à la Cour » doit ainsi probablement être regardée comme la perception subjective, par la Commission et la CJUE, que le Conseil d'Etat s'était en l'espèce substitué à elle dans sa mission d'interprétation du droit de l'Union²⁷.

²⁴ CE, 10 décembre 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ société Rhodia*, 317074, (FR:CESSR:2012:317074.20121210) et *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ société Accor*, 317075, (FR:CESSR:2012:317075.20121210)

²⁵ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, point 112

²⁶ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France*, point 111

²⁷ Comme l'indique l'avocate générale C. Stix-Hackl au point 110 de ses conclusions présentées le 12/04/2005 sous l'affaire CJCE, C-495/03, *Intermodal Transports*, « (...) l'«évidence» d'une interprétation correcte n'est généralement pas contredite par le fait qu'il existe manifestement «deux» explications parce que, comme je l'ai expliqué plus haut, une disposition ne peut jamais être univoque et claire «en soi» et parce qu'un élément plus ou moins important de décision ou d'appréciation, c'est-à-dire une phase subjective, est toujours inhérent à l'interprétation. »

Quelques auteurs voient dans l'arrêt *Commission c/ France* du 4 octobre 2018 l'amorce d'une « *évolution souhaitable* », limitant la possibilité, pour une juridiction suprême, de s'affranchir de son obligation de renvoi préjudiciel, au fait que « *l'interprétation qu'elle défend s'avère évidente, non seulement pour elle mais, au-delà, pour toutes ses homologues, ainsi que pour la Cour de justice. Il s'ensuit qu'une telle juridiction ne devrait pas se livrer à un effort interprétatif trop intense lorsqu'elle est conduite à interpréter le droit de l'Union* »²⁸.

Il convient plutôt d'insister sur le caractère hors normes du cas d'espèce, ainsi que sur les interrogations qui résultent de l'arrêt C-416/17.

Les facteurs hors normes de l'affaire d'espèce peuvent en expliquer également l'issue et, peut-être, le caractère unique.

En premier lieu, il faut rappeler que la CJUE avait été saisie d'une première question préjudicielle par le Conseil d'Etat dans ces affaires, lesquelles avaient donné lieu à un arrêt du 15 septembre 2011²⁹. Il est vrai que rien ne s'oppose à ce qu'une juridiction nationale, a fortiori une juridiction nationale suprême, saisisse la Cour de justice une nouvelle fois dans la même affaire si elle estime qu'un doute raisonnable dans l'interprétation du droit de l'Union subsiste. C'est d'ailleurs ce qu'avait fait la *High Court of Justice* britannique à l'occasion de l'affaire *Test Claimants in the FII Group Litigation II*, qui a donné lieu à l'arrêt du 13 novembre 2012 dont le Conseil d'Etat s'est écarté quelques semaines plus tard. Pour autant, dans des affaires où les premières réclamations préalables avaient été présentées à l'administration fiscale environ 10 ans auparavant et dont l'objet est un régime fiscal très spécifique et particulièrement complexe, le Conseil d'Etat s'est probablement senti suffisamment éclairé par le cadre juridique existant au moment de sa décision et ainsi en mesure de mettre fin à un litige qui n'avait que trop duré.

En deuxième lieu, comme l'a observé une partie de la doctrine, l'arrêt *Commission c/ France* du 4 octobre 2018 est également le produit de la « *détermination des justiciables* » – les sociétés Accor et Rhodia, ainsi que, en tant qu'intervenant, la banque Société Générale, qui avait récupéré la créance fiscale de la société Rhodia en cours de procédure contentieuse - et du « *choix stratégique de la Commission de poursuivre la procédure de manquement* »³⁰, à l'occasion d'une seule et unique décision d'une juridiction nationale suprême. Ce choix marque, semble-t-il, une évolution dans le positionnement de la Commission qui semblait considérer jusqu'à présent que « *[dans les cas de non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel], la voie du recours en manquement au titre de l'article 226 du CE est peu praticable et encore moins opportune* »³¹.

En troisième et dernier lieu, les rebondissements juridiques multiples et exceptionnels qui caractérisent cette affaire peuvent également s'expliquer par l'extrême complexité du régime fiscal français en cause dans les affaires Accor et Rhodia, qui a fait l'objet du cœur du recours en manquement de la Commission contre la France. Il est d'ailleurs assez rare que, comme dans l'arrêt *Commission c/ France* du 4 octobre 2018, deux des quatre griefs soulevés par la Commission à l'encontre de la France aient été rejetés.

En outre, même si l'utilisation du recours en manquement pour censurer la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel par les cours suprêmes nationales est positive pour mieux « *prévenir des*

²⁸ « Chronique contentieux de l'UE - Premier constat d'une violation de l'obligation de renvoi préjudiciel par le Conseil d'Etat : la revanche des Pétroles Shell-Berre ? », Laurent Coutron, RTDE 2019, p. 474

²⁹ CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, C-310/09, EU:C:2011:581

³⁰ « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel », Anastasia Iliopoulou-Penot, RFDA 2019, p. 139

³¹ Point 65 des conclusions de l'avocat général Tizzano sur l'affaire *Lyckeskog*, déjà citées

violations systématiques ou graves du droit de l'Union » et préserver ainsi le régime de protection juridictionnelle voulue par les auteurs des traités³², l'arrêt C-416/17 suscite trois séries d'interrogations.

La première d'entre elles tient aux conséquences, pour les juridictions nationales et pour la Cour elle-même, de cet arrêt en ce qu'il serait lu comme cantonnant le juge national, dans sa mission de juge de droit commun du droit de l'Union, au rôle de juge de l'évidence. Si les juridictions suprêmes devaient, au moindre doute, saisir la CJUE d'une question préjudicielle pour se prémunir d'un éventuel risque de manquement à l'article 267 alinéa 3 du TFUE, le risque serait grand de désresponsabiliser des juges nationaux, pourtant en première ligne dans l'application et l'interprétation du droit de l'Union, et de les désinvestir de leurs efforts légitimes de formation et d'information en la matière. En corollaire, une lecture trop stricte des critères de la jurisprudence *Cilfit* à la lumière de l'arrêt *Commission c/ France* ferait courir à la CJUE le risque, reconnu par une partie de la doctrine, d'un important transfert de charge contentieuse des juridictions nationales vers la Cour, qualifié de potentiel « tsunami préjudiciel »³³ alors que les renvois préjudiciels dont elle est saisie, qui représentent 70 % des saisines totales lui parvenant, sont en constante augmentation. On peut par ailleurs éprouver un doute sur l'intérêt pour la Cour, ainsi que pour la Commission dans son rôle *d'amicus curiae*, lequel implique la production de ses observations à l'occasion de chaque renvoi préjudiciel, à donner une interprétation du droit de l'UE sur des questions mineures n'ayant pas d'autre objet que de préciser l'application concrète de la jurisprudence à des cas d'espèce, ainsi que sur la capacité des deux institutions, à moyens et délais de jugement constants, à faire face à cette charge contentieuse supplémentaire.

Le deuxième champ de questions induit par l'arrêt *Commission c/ France* tient à la nécessaire combinaison nécessaire entre le mécanisme de renvoi préjudiciel et la jurisprudence, désormais bien établie en France³⁴ comme dans d'autres Etats parties à la CEDH, sur la responsabilité de l'Etat pour manquement au délai raisonnable de jugement, celui-ci étant notamment apprécié au regard de la difficulté de l'affaire. Si les juridictions suprêmes devaient voir leur rôle limité à celui de juge de l'évidence en procédant à un renvoi préjudiciel en interprétation du droit de l'Union à la moindre difficulté, les délais de jugement sur des affaires sans véritable enjeu juridique en seraient rallongés. Ceci pourrait conduire à augmenter le nombre de recours en responsabilité pour défaut de délai raisonnable de jugement sur des affaires simples, même si la CEDH, se prononçant sur le caractère raisonnable d'un délai de jugement, ne prend pas en compte, dans l'appréciation de la durée totale d'une procédure contentieuse, la durée d'une procédure préjudicielle devant la Cour de justice car cela « porterait atteinte au système institué par l'article 177 du traité de la Communauté économique européenne et au but poursuivi en substance par cet article »³⁵. A l'inverse, une pratique équilibrée du renvoi préjudiciel en cas de doute raisonnable, ce qui va souvent de pair avec le fait que le juge national est confronté à une affaire complexe, est de nature à justifier que le délai raisonnable de jugement d'une telle affaire soit plus long, en prenant en compte notamment le temps nécessaire à l'instruction et au jugement de la question préjudicielle.

Il faut enfin s'interroger sur le point de savoir comme l'arrêt en manquement de la Cour sanctionnant la méconnaissance, par une juridiction suprême, de son obligation de renvoi préjudiciel, peut être exécuté, au regard de l'autorité de la chose jugée, d'autant que la CJUE, peu après l'arrêt *Commission c/ France* du 4 octobre 2018, a rendu, en grande chambre, un important arrêt dans lequel elle a manifesté son attachement au respect du principe de l'autorité de la chose jugée³⁶. Le recours en responsabilité de l'Etat sur le fondement des jurisprudences *Köbler* (Cour de justice) et *Gestas* (Conseil d'Etat) constitue une voie

³² Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, déjà cité, p.160 à 162

³³ « La subsidiarité, pierre angulaire du dialogue des juges en Europe », Jean-Luc Sauron, Gazette du Palais, 13/11/2018, n°39, p.22

³⁴ CE Assemblée, 28 juin 2002, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Magiera*, 239575, Recueil Lebon p. 247

³⁵ CEDH, 26 février 1998, *Pafitis c/ Grèce* (n° 20323/92), paragraphe 95

³⁶ CJUE, Grande chambre, 24 octobre 2018, XC, YB et ZA, C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853

évidente de réparation des préjudices subis par les requérants. Pour autant, il n'est pas sûr que cette procédure épuise totalement le sujet.

Compte tenu de ces éléments, il paraît souhaitable que le respect de l'article 267 alinéa 3 TFUE soit moins assuré par la voie du recours en manquement, qui devrait donc être utilisé avec « *prudence et parcimonie* »³⁷ à l'avenir, que par la relation confiante et responsable entre la CJUE et les juridictions suprêmes telle que mise en œuvre « *dans le cadre d'une subsidiarité juridictionnelle partagée* »³⁸.

II – Une relation confiante et une répartition des responsabilités entre les juridictions suprêmes et la CJUE, garante d'un dialogue des juges au service du justiciable se prévalant du droit de l'Union

II – 1 – La confiance et la répartition des responsabilités entre CJUE et juges nationaux : retour aux principes fondateurs

Le mécanisme de renvoi préjudiciel, dans sa substance même telle que définie par les traités successifs depuis le traité de Rome, repose sur une relation de confiance réciproque entre la Cour de justice et les juges nationaux parmi lesquels, au premier chef, les cours suprêmes des Etats membres, dans le respect des responsabilités de chacun des acteurs juridictionnels. Cette « *subsidiarité juridictionnelle partagée* » déjà évoquée est parfaitement résumée par la Cour dans l'avis qu'elle a rendu sur l'accord créant une juridiction européenne des brevets : « *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 et à la Cour sont essentielles à la préservation de la nature même du droit institué par les traités* »³⁹.

Un dialogue des juges équilibré et responsable entre la Cour de justice et les juges nationaux a été voulu dès l'origine par les rédacteurs de l'article 177 du traité CEE. « *Instauré pour préserver l'unité d'interprétation du droit communautaire, tout en étant axé autour de la coopération entre les juges et donc très dépendant des juges nationaux pour fonctionner, l'article 177 du traité CEE fut ainsi le résultat d'un compromis entre les plus fédéralistes et les autres.* »⁴⁰

La Cour de justice elle-même a bâti une construction jurisprudentielle qui constitue un assouplissement par rapport à la lecture littérale de l'article 177 CEE, devenu l'article 267 TFUE. En prévoyant, dans l'arrêt *Cilfit*, des cas dans lesquels les cours suprêmes nationales pouvaient s'affranchir de leur obligation de renvoi, la Cour s'est délibérément écartée d'une interprétation stricte de ces stipulations, pourtant assumée dans l'arrêt *Da Costa* (CJCE 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62) ainsi que par d'éminents auteurs, dont l'avocat général F. Capotorti qui a conclu sur l'affaire *Cilfit* et le juge Pescatore, et selon laquelle « *l'unité d'interprétation du droit de l'Union commandait une centralisation entre les mains de la Cour de justice de la réponse à toute question de droit de l'Union nécessaire à la résolution d'un litige porté devant une cour statuant en dernier ressort* »⁴¹.

Toutefois, en procédant ainsi dans l'arrêt *Cilfit* et en conservant la grille d'analyse, la Cour a consolidé sa prérogative d'interprétation uniforme du droit de l'Union, voire, aux yeux d'une partie de la doctrine, « *s'est arrogée un pouvoir monopolistique qui ne résulte ni de la lettre ni même de l'esprit de l'article 234 CE* », devenu l'article 267 TFUE, en « *[surestimant] le risque que ferait peser sur l'unité de l'ordre juridique*

³⁷ Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, déjà cité, p.165

³⁸ Jean-Luc Sauron, Gazette du Palais, déjà cité, p. 22

³⁹ CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 84 et 85

⁴⁰ « Le modèle de la Cour de justice de l'Union européenne en question », Laure Clément-Wilz, Revue de l'Union européenne 2019, p. 288 et s.

⁴¹ Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, déjà cité, p.153

communautaire la restitution aux juridictions internes de compétences que les rédacteurs du Traité ont conçues comme décentralisées », ce que n'ont jamais entériné les Etats membres lors des révisions successives des traités⁴². L'avocat général F. Jacobs avait par ailleurs souligné tout l'intérêt pour la Cour de justice, eu égard à ses missions, de n'appliquer l'obligation de renvoi préjudiciel que « lorsque la saisine de la Cour est réellement propre à réaliser les objectifs de l'article 177, c'est-à-dire lorsqu'une question d'ordre général se pose et qu'un réel besoin d'interprétation uniforme existe », dans la mesure où « (...) le recours excessif aux décisions préjudicielles affecte la qualité, la cohérence et même l'accessibilité de la jurisprudence et peut s'avérer contreproductif par rapport à l'objectif final qui vise à garantir l'application uniforme du droit de l'ensemble de l'Union européenne »⁴³. En effet, en limitant les renvois préjudiciels aux seuls cas dans lesquels elles éprouvent un doute raisonnable, les juridictions suprêmes nationales ne soumettent à la CJUE que les questions ayant une réelle portée pour l'ordre juridique de l'UE et contribuent ainsi au maintien de son rayonnement jurisprudentiel, en ce que celle-ci n'intervient que sur les questions importantes d'interprétation du droit de l'Union.

Il faut probablement y voir une des raisons pour lesquelles la Cour de justice a reconnu la responsabilité particulière des cours suprêmes nationales, « en tant que plus hautes juridictions de l'application décentralisée du droit de l'Union »⁴⁴, comme devant procéder au maniement raisonnable des critères de la jurisprudence *Cilfit* qui leur permet d'apprécier « sous leur propre responsabilité et de manière indépendante »⁴⁵ si ces critères sont remplis. Ces cours suprêmes, compte tenu de leur place dans le système juridictionnel national, de l'expérience de leurs membres alliée à la force de la collégialité et de la conscience croissante de leur responsabilité dans la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel, sont en mesure de s'acquitter de leur devoir d'interprétation du droit de l'Union sans recourir systématiquement, même confrontées à une difficulté objective, à la saisine de la Cour de justice⁴⁶.

Cette responsabilité repose sur un socle solide, celui de l'indépendance et de l'autorité inhérentes à la nature et au rôle des cours suprêmes nationales. A cet égard, la Cour a lié avec force l'exigence d'indépendance des juridictions nationales, au premier chef celle de leur cour suprême, et la garantie d'un recours juridictionnel effectif qui en découle, notamment, lorsque ces juridictions appliquent ou interprètent le droit de l'Union⁴⁷. De ce point de vue, il faut rappeler qu'un dialogue des juges équilibré et responsable repose également sur « la faculté pour les juridictions de première instance ou d'appel, y compris si elles ne partagent pas l'analyse de leur cour suprême ou perçoivent, à leur niveau, des dissonances jurisprudentielles, de s'adresser à la Cour de justice. La préservation de cette faculté est l'un des piliers les plus importants du système des voies de droit prévu par les traités »⁴⁸.

II – 2 – Le mécanisme préjudiciel, aujourd'hui et demain : une interaction accrue entre juges, nationaux et européens

Le retour aux principes fondateurs du mécanisme préjudiciel, à savoir la confiance et la répartition des responsabilités entre CJUE et juges nationaux, est d'autant plus logique que le dialogue des juges s'inscrit

⁴² « Le Conseil d'Etat et la protection communautaire des droits fondamentaux, observations sur l'arrêt *Conseil national des Barreaux* (Conseil d'Etat, 10 avril 2008, 296845) », Henri Labayle et Rostane Mehdi, RFDA 2008, p. 711 et s., ainsi que point 90 des conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer sous l'affaire *Gaston Schul Douane Expéditeur BV*, C-461/03, déjà citées

⁴³ Conclusions de l'avocat général F. Jacobs présentées le 10 juillet 1997 sous l'affaire CJCE, 20 novembre 1997, C-338/95, *Wiener SI*

⁴⁴ Point 52 des conclusions de l'avocat général N. Wahl sous l'affaire CJUE, 9 sept. 2015, *X. et Van Dijk*, C-72/14 et C-197/14

⁴⁵, point 59, et point 59 de ce même arrêt

⁴⁶ Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, déjà cité, p.154

⁴⁷ CJUE, Grande chambre, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, points 35 et 36

⁴⁸ Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, déjà cité, p.164

désormais dans un écosystème marqué par une coopération et des interactions croissantes entre juridictions⁴⁹.

En premier lieu, la cohésion de l'ordre juridique de l'Union peut prendre appui, de façon croissante, sur la coopération des juridictions nationales entre elles ainsi que sur le dialogue des juges nationaux et européens, dans différentes enceintes et grâce à des outils variés. Cette coopération interinstitutionnelle existe de longue date dans le cadre de l'ACA-Europe, association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, dont la CJUE est membre et dont les objectifs sont notamment « *d'obtenir une meilleure compréhension du droit européen par les juges des Cours administratives suprêmes à travers l'Europe et une meilleure connaissance du fonctionnement des autres Cours administratives suprêmes dans la mise en œuvre de la législation de l'UE* » ainsi que « *de garantir l'accès aux décisions des Cours administratives suprêmes mettant en œuvre le droit de l'UE* »⁵⁰. Elle a été renforcée par la constitution du Réseau judiciaire de l'Union européenne (RJUE), visant à favoriser les échanges de jurisprudence entre les juridictions membres et la CJUE. Il a notamment pour objet de mettre à la disposition des membres de ce réseau – juridictions membres et CJUE –, par l'intermédiaire d'un portail à accès réservé, des informations sur les décisions de ces juridictions relatives au droit de l'Union européenne, ainsi que sur des questions préjudicielles pendantes devant la Cour de justice, pour que les décisions en matière de renvoi soient pleinement éclairées et sur l'application du droit de l'Union par les cours nationales. Ces formes de coopération sont d'autant plus importantes que de nombreux débats juridiques que les juges nationaux et européens sont amenés à trancher doivent être contextualisés « *dans un cadre non seulement polycentrique dans l'espace européen (...), mais également mondial dans certains autres domaines (protection des données)* »⁵¹.

En deuxième lieu, la loyauté des juridictions nationales dans la coopération interinstitutionnelle avec la CJUE et les autres juridictions nationales favorise le développement d'une « pratique apaisée et confiante des questions préjudicielles »⁵². De ce point de vue, la motivation de la décision d'une juridiction nationale, a fortiori d'une cour suprême, de ne pas procéder au renvoi préjudiciel est un élément déterminant, qui pourrait être au nombre de règles rassemblées dans un « *vade-mecum* du renvoi préjudiciel » élaboré à l'initiative de chaque cour suprême⁵³. Les cours suprêmes nationales doivent ainsi en principe indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE ou que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable⁵⁴. Cette motivation est d'autant plus importante que la Cour de justice, lorsqu'elle est amenée à apprécier si une juridiction suprême s'est affranchie à bon droit de son obligation de poser une question préjudicielle, doit le faire à la date à laquelle cette juridiction a statué.

La participation loyale des juridictions suprêmes françaises au jeu de la coopération juridictionnelle trouve de nombreuses illustrations. Ainsi, dans une récente décision d'Assemblée du contentieux⁵⁵, la plus haute formation de jugement du Conseil d'Etat, celui-ci a explicité son choix de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel au motif que, « *(e)n l'état des moyens invoqués par l'association requérante, l'interprétation des dispositions invoquées du règlement de l'Union européenne [règlement du 27 avril*

⁴⁹ « Le regard du juge administratif sur les questions préjudicielles », Jean-Luc Sauron, à paraître en décembre 2019 dans la « Revue Justice Actualités » de l'Ecole nationale de la magistrature

⁵⁰ Page d'accueil du site Internet de l'ACA-Europe, <http://www.aca-europe.eu/index.php/fr/>

⁵¹ Jean-Luc Sauron, à paraître dans la « Revue Justice Actualité », déjà cité

⁵² « Le Conseil d'Etat et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », Bernard Stirn, Gazette du Palais, 13-14 février 2009, p. 3, cité dans « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel », Anastasia Iliopoulou-Penot, RFDA 2019, p.139

⁵³ Stéphane Gervasoni, AJDA 2019, déjà cité, p.167

⁵⁴ J.L. Sauron, Gazette du Palais, déjà cité, reprenant les termes d'un arrêt CEDH, 20 septembre 2011, Ullens de Schooten et Rezabek, § 62

⁵⁵ CE, Assemblée, 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels, 424216 et 424217

2016] s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, conformément aux principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA* en date du 6 octobre 1982 (C-283/81, point 16). Enfin, en tant que le litige implique une interprétation du contenu de certaines stipulations de l'accord du 14 novembre 2013 par le Conseil d'Etat, cette interprétation ne pose pas en elle-même une question ayant trait au droit de l'Union européenne et ne justifie pas le renvoi d'une question préjudicielle à la CJUE ».

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que, comme le Conseil d'Etat, elle procède au test du « doute raisonnable » sur l'interprétation du droit de l'Union avant de décider un renvoi préjudiciel auprès de la CJUE, lequel intervient lorsqu' « il existe un doute sur l'interprétation »⁵⁶ ou « en l'état des incertitudes sur le sens à donner aux articles 45 et 49 du TFUE »⁵⁷ ou lorsque « le litige (...) soulève une difficulté sérieuse quant à l'interprétation » d'une disposition du droit de l'Union⁵⁸ ou enfin lorsque, au terme d'une analyse des textes de droit national et de droit de l'Union, la Cour conclut son raisonnement par l'appréciation selon laquelle « les questions soulevées par le moyen, dont dépend la solution du pourvoi, justifient la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne »⁵⁹.

En réalité, la pratique actuelle et future du renvoi préjudiciel doit prendre appui sur la « loyauté mutuelle »⁶⁰, qui, au-delà de l'obligation juridique émanant du principe de coopération loyale s'imposant tant aux juridictions nationales qu'à la Cour de justice, « renforce la solidité du système juridictionnel en garantissant l'exercice de ses responsabilités par chacun des acteurs concernés »⁶¹.

L'ensemble des éléments précédemment rappelés sur les fondements, les objectifs et les moyens de cette coopération de juge à juge témoigne, s'il en était besoin, de la nature « objective » du renvoi préjudiciel, qui correspond à l'objet même de ce mécanisme. C'est en se référant à cet objet que la Cour de justice a écarté la perspective d'une « subjectivisation » du renvoi préjudiciel qui, « en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (...), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités »⁶².

En troisième et dernier lieu, une pratique apaisée et responsable du renvoi préjudiciel n'a de sens que s'il inclut un acteur institutionnel majeur dans la mise en œuvre de l'article 267 alinéa 3 TFUE et dans la garantie que ses stipulations sont bien respectées : il s'agit de la Commission européenne. La Commission a tout à gagner d'un maniement raisonné du mécanisme préjudiciel qui limite l'obligation de renvoi aux seuls cas dans lesquels les cours suprêmes nationales éprouvent un doute raisonnable, car, dans son rôle *d'amicus curiae* à l'occasion des procédures préjudicielles introduites devant la Cour, elle est ainsi amenée à donner sa propre interprétation du droit de l'Union, en sa qualité de gardienne des traités, sur les seules questions ayant une réelle portée pour l'ordre juridique de l'UE.

La Commission européenne assume par ailleurs la responsabilité de veiller à cet usage équilibré du renvoi préjudiciel, à l'occasion de procédures d'infraction ouvertes à l'encontre d'Etats membres au motif qu'une de leurs juridictions suprêmes ne se serait pas conformée à l'obligation de renvoi imposée par l'article 267 alinéa 3 TFUE. Si la plus célèbre d'entre elle est désormais celle qui a conduit à l'arrêt *Commission c/ France* du 4 octobre 2018, il faut rappeler que la Commission, qui dispose de l'opportunité

⁵⁶ Cass. Com., 19 juin 2019, 17-25822

⁵⁷ Cass., 1^{ère} Civ., 20 février 2019, 17-21006

⁵⁸ Cass., 2^{ème} Civ., 29 novembre 2018, 17-20226

⁵⁹ Cass. 3^{ème} Civ., 15 novembre 2018, 17-26156

⁶⁰ Point 64 des conclusions de l'avocat général P. Cruz Villalon, présentées le 14 janvier 2015, sous CJUE, Grande chambre, 16 juin 2015, *P. Gauweiler*, C-62-14, ECLI:EU:C:2015:400

⁶¹ Anastasia Iliopoulou-Penot, RFDA 2019, déjà citée

⁶² CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 176 et 198

des poursuites lorsqu'un manquement au droit de l'UE lui est rapporté ou qu'elle le constate par elle-même, avait ouvert deux procédures d'infraction sur le fondement de l'article 169 du traité de Rome, devenu l'article 226 TCE et désormais l'article 258 TFUE, à l'encontre respectivement de l'Allemagne et de la Suède pour manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel s'imposant aux cours suprêmes.

En 1986, si la Commission avait ouvert une procédure de manquement contre l'Allemagne au motif que le *Bundesfinanzhof* avait refusé de saisir la Cour de justice sur l'interprétation de la 6e directive TVA, la procédure d'infraction avait été clôturée car l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice fait partie des garanties dont le droit interne allemand lui-même assure le respect. Sur ce fondement de droit interne, le *Bundesverfassungsgericht* avait censuré la décision du *Bundesfinanzhof*, estimant que ce dernier s'était soustrait à son obligation de renvoi « *d'une façon objectivement arbitraire* »⁶³.

En 2004, la Commission, estimant que la Cour suprême suédoise méconnaissait systématiquement son obligation de renvoi préjudiciel lorsqu'elle se prononçait sur la recevabilité des pourvois formulés devant elle contre des décisions juridictionnelles dans des affaires où un moyen relatif au droit de l'Union avait été soulevé, a mené une procédure d'infraction à l'encontre de la Suède jusqu'au stade de l'avis motivé. La Commission ajoutait que l'absence de motivation de la conclusion d'irrecevabilité rendait impossible de vérifier si la Cour suprême se conformait à son obligation de renvoi⁶⁴. La Suède a alors modifié les règles contentieuses concernées, précisant les obligations de la Cour suprême se prononçant sur la recevabilité des demandes d'introduction d'un pourvoi, de telle sorte que la Commission n'a pas saisi la Cour d'un recours en constatation de manquement. Ces cas montrent à la fois l'importance du dialogue entre les autorités nationales et la Commission au stade de la procédure pré-contentieuse en vue de parvenir à une solution permettant de prévenir et d'éviter des contournements récurrents, par une cour suprême nationale, de son obligation de renvoi préjudiciel, sur lesquels le manquement juridictionnel à l'article 267 alinéa 3 TFUE devrait plutôt se concentrer.

Pour conclure, eu égard à la nature « objective » du renvoi préjudiciel, mécanisme de coopération de juge à juge dans lequel les cours suprêmes nationales assurent un rôle particulier et irremplaçable, c'est une pratique apaisée de « *la subsidiarité juridictionnelle* » qui permet « *une bonne synergie des compétences entre les juridictions nationales et la juridiction de l'Union* »⁶⁵ et offre ainsi au justiciable se prévalant du droit de l'Union un accès efficace à l'interprétation de ce droit.

⁶³ C. Soulard, A. Rigaux et R. Munoz, *Contentieux de l'Union européenne 3. Renvoi préjudiciel. Recours en manquement*, Lamy, 2011, p. 171

⁶⁴ Avis motivé 2003/2161 de la Commission du 13 oct. 2004, C (2004) 3899

⁶⁵ J.L. Sauron, *Gazette du Palais*, déjà cité