



HAL
open science

Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Laure Milano

► **To cite this version:**

Laure Milano. Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue de l'Union européenne*, 2019, 631, pp.470-478. hal-04125804

HAL Id: hal-04125804

<https://hal.science/hal-04125804>

Submitted on 12 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Techniques préjudicielles et exigences du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour EDH

Laure Milano, Professeur de droit public, Université de Montpellier, IDEDH

L'entrée en vigueur du Protocole 16 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme le 1^{er} août 2018 constituait déjà en soi un évènement¹, l'activation de la demande d'avis dès le mois d'octobre suivant par la Cour de cassation² et le fait que la Cour vienne de rendre cet avis³ redoublent l'intérêt pour ce nouveau mécanisme consultatif. Qu'il soit considéré comme porteur d'améliorations à venir du système de protection européen ou qu'il soit considéré avec scepticisme, le Protocole 16 ne laisse pas indifférent la doctrine qui y a consacré de nombreux écrits⁴.

Nous souhaiterions légèrement déplacer la focale en étudiant la manière dont la Cour européenne analyse les techniques préjudicielles dont elle est saisie sous l'angle des droits garantis par la Convention et, plus précisément, sous l'angle des exigences du procès équitable. En effet, dans la très grande majorité des affaires qui lui sont soumises⁵, les requérants arguent que la mise en œuvre de ces procédures, qu'elles soient prévues par le droit national ou par le droit de l'Union européenne, emporte une violation des garanties de l'article 6 de la Convention. Outre l'intérêt de comprendre quelles garanties doivent entourer ces procédures, l'analyse de cette jurisprudence nous semble également porteuse d'enseignements pour la Cour elle-même dans l'exercice de son activité consultative.

¹ Le protocole était ouvert à la signature depuis le 2 oct. 2013 et son entrée en vigueur était conditionnée par la ratification d'au moins 10 Etats parties.

² Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053; Note P. Deumier, H. Fulchiron, *Rec. Dalloz*, 2019, p.228; Note A. Gouttenoire, F. Sudre, *JCP G*, 2018, n°1190; Note J.P. Marguénaud, *RTD Civ.*, 2018, p.847

³ CEDH, GC, Avis consultatif, 10 avr. 2019, n°16-2018-001 ; Obs. F. Sudre, *JCP G*, 2019, n°430.

⁴ Parmi d'autres voir V. Berger, « Le Protocole 16 additionnel à la CEDH ou l'institutionnalisation du 'dialogue des juges' », *Gaz. Pal.*, 2015, n°178, p.8 ; C. Gauthier, « L'entrée en vigueur du Protocole 16 à la CEDH, entre espérances et questionnements... », *RTDH*, 2019, p.43 ; F. Sudre, « Ratification et entrée en vigueur du Protocole 16 : une embellie pour la Convention ? », *JCP G*, 2018, n°473.

⁵ Parmi les exceptions, il faut noter l'arrêt CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c/ France*, le requérant invoquait une violation du secret professionnel garanti par l'article 8 CEDH et estimait que le refus du Conseil d'Etat de saisir la CJUE qu'une question préjudicielle ne permettait pas d'appliquer la présomption d'équivalence dégagée par l'arrêt CEDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande* ; F. Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 8ème éd., 2017, n°7 (GACEDH). Il sera sur ce point suivi par la Cour.

L'invocation des exigences de l'article 6 dans ce contentieux s'explique par les caractéristiques propres aux techniques préjudicielles.

Il convient sans doute au préalable de définir ce que nous entendons par « techniques préjudicielles » ou « procédure préjudicielle ». Ces termes englobent, selon le sens que nous leur donnons, toutes les hypothèses de renvoi d'une question de droit par un juge chargé de statuer sur une affaire pendante vers un autre juge chargé de répondre à cette question, que le renvoi soit facultatif ou obligatoires. Il s'agit donc, pour reprendre le vocabulaire utilisé par G. Casu, de mécanismes de « renvoi préalable »⁶. Il faut souligner que la Cour, quant à elle, utilise les termes de « renvoi préjudiciel » ou « question préjudicielle » quels que soient la nature et l'origine du mécanisme en cause⁷.

Ces techniques préjudicielles, au-delà de leur hétérogénéité, disposent de traits communs, elles s'insèrent dans une procédure juridictionnelle et sont mises en œuvre par un juge⁸, lui seul disposant de la faculté ou de l'obligation, selon le cas, de saisir l'organe, en principe juridictionnel⁹, appelé à trancher la question de droit posée.

Dès lors, le lien avec les exigences du procès équitable s'établit clairement car la décision de renvoi ou d'absence de renvoi est susceptible d'affecter les droits des parties au principal et leurs garanties procédurales. Si la contestation au principal porte sur un droit ou une obligation de caractère civil ou une accusation en matière pénale¹⁰, la Cour, comme la Commission précédemment¹¹, estime donc l'article 6 §1 applicable à ce type de procédure. Ainsi, s'agissant de l'applicabilité de l'article 6 §1 à une procédure constitutionnelle, la Cour, dans l'arrêt *Ruiz-Mateos*¹², a constaté « le lien étroit » qui unissait la procédure de constitutionnalité de la loi et la procédure civile pendante devant le juge ordinaire relative à l'application de la même loi et a considéré que « les instances civiles et constitutionnelles apparaissaient même tellement

⁶ G. Casu, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2016, 448 p.

⁷ Par ex. dans l'arrêt CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*, la Cour emploie, comme les parties, les termes de « renvoi préjudiciel » à propos de la pratique du Conseil d'Etat consistant à renvoyer au ministre des affaires étrangères une question portant sur l'interprétation d'une convention internationale. Dans l'arrêt CEDH, 22 juin 2000, *Coëme c/ Belgique*, elle utilise les termes de « questions préjudicielles » à propos de la procédure belge prévoyant l'obligation pour les juridictions de saisir la Cour d'arbitrage afin qu'elle statue sur la violation par des lois ou décrets des dispositions de la Constitution.

⁸ Ne rentre pas selon nous dans le champ des techniques préjudicielles, la possibilité reconnue aux requérants ordinaires par certaines constitutions, telles les Constitution espagnole ou allemande, de saisir directement le juge constitutionnel.

⁹ Par exception, voir les arrêts *Beaumartin*, préc. et CEDH, 13 fév. 2003, *Chevrol c/ France*, le renvoi s'opérant dans les deux cas au ministre des affaires étrangères.

¹⁰ Au sens autonome que revêtent ces termes dans la Convention, voy. F. Sudre (Dir.), L. Milano et H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 14^{ème} éd., 2019, pp.551 et ss.

¹¹ Commission EDH, 12 mai 1993, n°20631/12, *Sté Divagsa c/ Espagne*.

¹² CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, §59 ; *GACEDH*, préc., n°24.

imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants ».

Qu'il s'agisse de procédures internes¹³ ou de la saisine de la Cour de Luxembourg dans le cadre d'une question préjudicielle¹⁴, c'est la nature de la contestation portée par le requérant devant le juge national qui déterminera l'applicabilité de l'article 6. Comme l'explique la Cour dans la décision *Renard*¹⁵ à propos de la QPC, c'est « l'issue des procédures au fond » qui est déterminante au regard des droits garantis par l'article 6 de la Convention, « les QPC ayant été posées à l'occasion de litiges portant, soit sur des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, devant les juridictions ordinaires saisies des affaires au principal. Partant, (...) cela suffit à la Cour pour conclure que l'article 6 § 1 de la Convention trouve bien à s'appliquer ».

Si ces procédures n'ont pas vocation par elles-mêmes à entrer dans le champ d'application de l'article 6, et en particulier le renvoi préjudiciel opéré dans le cadre du droit de l'Union dans la mesure où celle-ci n'est pas partie à la Convention, elles font néanmoins partie intégrante de la procédure qui se déroule devant le juge au principal et c'est l'influence déterminante qu'elles peuvent avoir sur l'issue du litige qui les attire dans le champ d'application de cette disposition. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas spécifique aux procédures préjudicielles et un parallèle peut être opéré, par exemple, avec les procédures préliminaires conduisant à l'adoption de mesures provisoires dont la Cour, après avoir considéré dans un premier temps qu'elles ne rentraient pas dans le champ d'application de l'article 6, modifiant son approche, a considéré dans l'arrêt *Micallef*¹⁶ que lorsqu'elles sont déterminantes pour un droit ou une obligation de caractère civil, l'article 6 trouve à s'appliquer. De même, dans l'arrêt *Chambaz*¹⁷, la Cour a estimé qu'elle pouvait « être amenée, dans certaines circonstances, à examiner globalement, sous l'angle de l'article 6 de la Convention, un ensemble de procédures si celles-ci sont suffisamment liées entre elles pour des raisons tenant soit aux faits sur lesquelles elles portent, soit à la manière dont elles sont menées par les autorités nationales ».

Au-delà de la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 6, quel est l'impact réel des garanties protégées par cette disposition sur le déroulement de ces procédures préjudicielles ? L'analyse de la jurisprudence démontre que cet impact est relatif s'agissant d'un éventuel droit de saisine

¹³ Voir les arrêts concernant les demandes d'avis à la Cour d'arbitrage belge : CEDH, *Coëme*, préc. ; CEDH, 15 juill. 2003, *Ernst c/ Belgique* ; CEDH, 5 nov. 2002, *Wynen c/ Belgique*.

¹⁴ Commission EDH, *Sté Divagsa*, préc. ; CEDH, 26 fév. 1998, *Pafitis c/ Grèce*.

¹⁵ CEDH, déc., 25 août 2015, *Renard c/ France*, §§16-17.

¹⁶ CEDH, GC, 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte*.

¹⁷ CEDH, 5 avr. 2012, *Chambaz c/ Suisse*, §43, concernant l'applicabilité de l'article 6 §1 à la procédure administrative de détermination des obligations fiscales du requérant.

d'un organe statuant à titre préjudiciel et qu'il est à géométrie variable en ce qui concerne l'application des garanties du procès équitable.

En effet, la Cour ne reconnaît pas un « droit » des parties à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par le juge national à une autre instance juridictionnelle. Sur cette question la jurisprudence de la Cour est univoque et sa position identique quelle que soit l'origine, interne ou supranationale, de la procédure préjudicielle. S'agissant de l'application des garanties du procès équitable aux procédures préjudicielles, la jurisprudence de la Cour témoigne au contraire d'une application différenciée de ces garanties selon l'origine de la procédure. Dès lors, à l'unité de la jurisprudence relative au droit de saisine à titre préjudiciel (I) s'oppose une différenciation quant à l'application des garanties du droit équitable (II).

I. L'unité de la jurisprudence relative au droit de saisine à titre préjudiciel

Elaborée au départ à propos de la saisine à titre préjudiciel de la Cour de justice de Luxembourg, la position des organes de contrôle strasbourgeois a ensuite été transposée à la saisine d'un organe national. Celle-ci est claire, les dispositions de l'article 6 de la Convention ne garantissent pas un droit d'accès à un tribunal statuant à titre préjudiciel (A). Néanmoins, le refus de saisine pouvant porter atteinte à l'équité de la procédure, la Cour s'autorise à pratiquer un contrôle restreint sur ce refus (B).

A. L'absence de droit d'accès à un tribunal statuant à titre préjudiciel

Si la ligne jurisprudentielle s'est avérée constante pour estimer que la Convention ne garantissait pas le droit de saisir un tribunal à titre préjudiciel, cette jurisprudence s'est néanmoins affinée afin de justifier que ces procédures, dont l'influence peut s'avérer déterminante sur l'issue du litige (*cf supra*), entrent dans le champ du contrôle de la Cour.

Ainsi, dans l'affaire *Divagsa* (préc.), qui est l'une des premières décisions de la Commission sur cette question, pour répondre à l'argument du requérant qui estimait que le refus des juridictions espagnoles de saisir la CJCE d'une question préjudicielle avait porté atteinte à l'équité de la procédure, la Commission se contente de constater que la Convention ne garantit pas un droit de saisine à titre préjudiciel mais vérifie néanmoins que le refus n'était pas entaché d'arbitraire. Le raisonnement sibyllin suivi dans la décision était de ce point de vue fragile car comment expliquer, si la Convention ne garantit pas un droit d'accès à un juridiction statuant à titre préjudiciel, que la Commission puisse néanmoins contrôler que le refus d'accès à ce juge

ne porte pas atteinte à l'équité du procès. Par la suite, notamment dans l'arrêt *Coëme*, tout en observant que « 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 ou internationale », elle motive son contrôle en s'appuyant sur sa jurisprudence relative « au droit à un tribunal » et rappelle que le droit d'accès à un tribunal « n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (...). Le droit de saisir un tribunal par voie de question préjudicielle ne peut pas non plus être absolu, même lorsqu'une législation réserve un domaine juridique à la seule appréciation d'un tribunal et prévoit pour les autres juridictions l'obligation de lui soumettre, sans réserve, toutes les questions qui s'y rapportent »¹⁸.

On retrouve un raisonnement similaire à propos de la saisine à titre préjudiciel de la Cour de justice¹⁹.

Le parallèle établi avec la jurisprudence relative au droit à un tribunal ne va cependant pas jusqu'à reconnaître que le droit d'accès à un tribunal²⁰ s'applique au droit de saisir un organe statuant à titre préjudiciel. Ceci s'explique par la différence d'objet entre un renvoi à titre préjudiciel et un recours juridictionnel.

Selon la jurisprudence européenne, le droit à un tribunal suppose que le « tribunal » dispose d'une compétence de pleine juridiction, ce qui implique qu'il soit apte à se pencher sur toutes les questions de fait et de droit et qu'il soit habilité à trancher définitivement le fond de l'affaire par des décisions de portée obligatoire²¹. Le tribunal doit donc disposer d'une compétence propre à assurer « une solution juridictionnelle » au litige²². Or, tel n'est pas l'objet d'une procédure préjudicielle, celle-ci ne vise pas à trancher le litige mais à résoudre une question d'interprétation d'une règle de droit nécessaire à la solution du litige. Ce n'est pas l'organe statuant à titre préjudiciel qui fera application de cette règle au litige au principal. La demande d'avis consultatif devant la Cour européenne ne déroge pas à cette règle comme celle-ci l'a rappelé dans l'avis du 10 mai 2019 : « La Cour n'est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur

¹⁸ CEDH, *Coëme*, préc. ,§114.

¹⁹ CEDH, 20 sept. 2011, *Ullens de Schooten et a. c/ Belgique*, §58 ; Note L. Milano, *JCP G*, 2011, n°1369. Voy. F. Fines, « Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE dans le système de la CEDH », in *Liber amicorum Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015.

²⁰ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni* ; *GACEDH*, préc. n°27.

²¹ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, §76.

²² CEDH, 23 oct. 1985, *Bentham c/ Pays-Bas*, §40.

l'issue de la procédure (...). C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire »²³.

L'exercice d'une fonction préjudicielle par une juridiction n'est donc pas assimilable à une voie de recours ouverte dans l'intérêt du justiciable, ce qui justifie d'une part, qu'elle ne puisse directement être exercée par le justiciable²⁴ mais soit mise en œuvre par un juge et d'autre part, que cette voie de droit soit entourée de conditions destinées à en restreindre l'accès afin de réserver son usage aux questions de principe.

C'est vraisemblablement en raison de cette différence de nature entre les voies de recours classiques et les procédures préjudicielles que la Cour a estimé dans l'arrêt *Avotins*²⁵ que lorsqu'elle vérifie si la présomption d'équivalence de la protection des droits fondamentaux entre la Convention et l'Union²⁶ est susceptible de s'appliquer, l'absence de saisine de la CJUE par une juridiction nationale ne constitue pas un facteur déterminant pour constater que les mécanismes de contrôle de la protection des droits fondamentaux dans l'Union n'ont pas été équivalents à ceux offerts dans le cadre de la Convention²⁷. Tenant compte des particularités du mécanisme de contrôle en cause, elle considère en effet qu'il serait sans pertinence de subordonner la mise en œuvre de cette présomption « à la condition que la juridiction nationale s'adresse à la CJUE dans tous les cas sans exception (...) ». Elle prend, toutefois, le soin de préciser que le contrôle opéré sous l'angle de la présomption d'équivalence est différent de celui qui vise à vérifier si le refus de poser une question préjudicielle a pu constituer une violation de l'article 6 §1 de la Convention (§110).

En l'absence de reconnaissance d'un droit d'accès à un tribunal statuant à titre préjudiciel, le refus d'une juridiction de saisir un tel organe ne peut faire l'objet que d'un contrôle restreint de la part de la Cour.

B. Un contrôle restreint du refus de saisine d'un tribunal statuant à titre préjudiciel

²³ CEDH, avis, préc., §25.

²⁴ Comme nous l'avons précisé en note 8, nous écartons du champ de l'étude la possibilité parfois reconnue aux requérants de saisir directement un juge constitutionnel.

²⁵ CEDH, GC, 23 mai 2016, *Avotins c/ Lettonie*, §109 ; Note L. Milano, *JCP G*, 2016, n°898.

²⁶ CEDH, *Bosphorus*, préc.

²⁷ Elle revient toutefois ce faisant en partie sur qu'elle avait affirmé dans l'arrêt CEDH, *Michaud*, préc., §115.

Ayant établi l'influence des procédures préjudicielles sur l'issue du litige et soucieuse de garantir l'effectivité des droits des justiciables sous l'angle de l'article 6, la Cour, dès l'origine, a considéré qu'il n'était pas exclu « que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale, appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, tel qu'énoncé à l'article 6 §1 de la Convention, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire »²⁸.

La Cour précisera dans l'arrêt *Ullens de Schooten* la notion de refus arbitraire en estimant que tel est le cas « 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. Ainsi, 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 ». Quant à la teneur de son contrôle, elle ajoute que sa tâche « consiste à s'assurer que la décision de refus critiquée devant elle est dûment assortie de tels motifs. Cela étant, s'il lui revient de procéder rigoureusement à cette vérification, il ne lui appartient pas de connaître d'erreurs qu'auraient commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent »²⁹.

Elle se contente donc de vérifier que, formellement, le juge a motivé sa décision au regard des critères de saisine prévus par le droit en question. La seule existence d'une motivation suffit à satisfaire aux exigences de l'article 6 sans que la Cour ne contrôle au fond si le refus était ou non justifié dans le cas d'espèce.

Ce contrôle limité se justifie à plusieurs égards.

D'une part, de manière générale, la Cour a toujours procédé à un contrôle prudent sur la motivation des décisions des juges internes. N'étant pas un quatrième degré de juridiction, elle considère à l'évidence que la motivation relève de l'*imperium* du juge national³⁰. Aussi, hormis quelques décisions isolées³¹, la Cour s'est rarement aventurée dans un contrôle au fond de la motivation retenue par les juridictions internes. Le contrôle limité à l'absence d'arbitraire n'est d'ailleurs pas propre au contentieux de la saisine des juridictions statuant à titre préjudiciel,

²⁸ Commission EDH, *Divigsa*, préc. ; CEDH, déc., 7 sept. 1999, *Dotta c/ Italie* ; CEDH, *Coème*, préc., §114.

²⁹ CEDH, *Ullens de Schooten*, préc., §§59 à 61.

³⁰ Voy. P. Titun, « Du contrôle de la Cour EDH sur la motivation des décisions internes », in *Mélanges R. Ryssdal, Protection des droits de l'homme, la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p.1403.

³¹ Par ex. CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*.

puisque l'on retrouve un contrôle similaire s'agissant de la motivation des décisions de cours d'assises composées de jurys populaires³².

D'autre part, quelles que soient les conditions qui entourent le renvoi vers un organe statuant à titre préjudiciel, le juge dispose toujours d'une marge d'appréciation qui rend tout contrôle sur un refus de renvoi d'autant plus périlleux. Cette marge d'appréciation est certes variable. Ainsi, s'agissant par exemple de la QPC, le filtre opéré par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans la saisine du Conseil constitutionnel suppose qu'ils vérifient que la question est nouvelle et présente un caractère sérieux. La Cour européenne dans la décision *Renard* se contente ainsi de constater que « la Cour de cassation a motivé ses décisions au regard des critères de non-renvoi d'une QPC tels qu'énoncés par l'article 23-5 de la loi organique. Elle ne relève dès lors aucune apparence d'arbitraire de nature à affecter l'équité des procédures en cause et considère en conséquence qu'il n'y a pas eu d'atteinte injustifiée au droit d'accès au Conseil constitutionnel »³³.

La marge de manœuvre du juge interne statuant en dernier ressort pour refuser de saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle est quant à elle plus étroite, conditionnée par le respect des dispositions de l'article 267 TFUE et celui de la jurisprudence *Cilfit*³⁴ posant la théorie de l'acte clair. Dès lors, la tâche de la Cour de Strasbourg lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur cette hypothèse est loin d'être aisée, tenue à la fois entre la volonté de ne pas porter d'appréciation sur la nécessité du renvoi et le souci de ne pas s'immiscer dans les relations qui se nouent entre le juge interne et le juge de l'Union.

L'autolimitation du contrôle de la Cour a donné lieu à des solutions critiquables³⁵ mais il ne l'a pas empêché de constater à deux reprises une violation de l'article 6 de la Convention. Ces deux constats de violation ont cependant été rendus en raison de l'absence totale de motivation de la juridiction statuant en dernier ressort pour justifier son refus de saisine. Ainsi, dans l'arrêt *Dhahbi*³⁶, la Cour constate qu'il n'y a dans l'arrêt de la Cour de cassation italienne « aucune référence à la demande de renvoi préjudiciel formulée par le requérant et aux raisons pour lesquelles il a été considéré que la question soulevée ne méritait pas d'être transmise à la CJUE. La motivation de l'arrêt litigieux ne permet donc pas d'établir si cette question a été considérée comme non pertinente, ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée (...) ».

³² CEDH, GC, 16 nov. 2010, *Taxquet c/ Belgique*.

³³ CEDH, déc., *Renard*, préc., §24.

³⁴ CJCE, 6 oct. 1982, aff. 283/81, *Cilfit* ; voy. CEDH, *Ullens de Schooten*, préc., §62.

³⁵ Voy. notre note sous l'arrêt CEDH, *Ullens de Schooten*, préc.

³⁶ CEDH, 8 avr. 2014, *Dhahbi c/ Italie*, §33. Dans le même sens CEDH, 21 juill. 2015, *Schipani c/ Italie*.

Seule l'absence totale de motivation du refus de saisine, la juridiction ignorant totalement la demande du justiciable, semble donc être en mesure d'affecter l'équité de la procédure. La Cour acceptant, par ailleurs, une motivation sommaire³⁷ ou, dernièrement dans l'arrêt *Harisch*³⁸, que la juridiction suprême rejette le pourvoi sans statuer sur la demande de renvoi préjudiciel du requérant dans la mesure où la juridiction inférieure avait quant à elle examiné la demande de renvoi pour la refuser. Le contrôle global de l'équité procédurale pratiqué dans cette affaire nous paraît toutefois problématique car les juridictions statuant en dernier ressort étant tenues, dans les circonstances définies par l'article 267 TFUE et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg³⁹, par une obligation de renvoi préjudiciel⁴⁰, elles devraient, sous l'angle des garanties du procès équitable, être astreintes à une obligation de motivation plus stricte que les juridictions inférieures et ne pas pouvoir se contenter de renvoyer aux motifs énoncés par ces dernières⁴¹.

Il convient à ce sujet d'opérer une distinction entre le système des questions préjudicielles et celui des demandes d'avis, tel qu'il existe par exemple dans le cadre du Protocole 16⁴². En effet, « la cause de la question préjudicielle » tient « à l'incompétence du juge saisi pour connaître d'une question nécessaire à la solution du litige. Le sursis à statuer est alors une obligation à laquelle, sous peine de sanction, le juge est obligé de se soumettre »⁴³.

La Cour insiste d'ailleurs sur l'importance de la procédure préjudicielle dans le contexte juridictionnel de l'Union européenne, procédure dont l'enjeu est « 'la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres', cette disposition visant plus particulièrement à 'éviter que s'établissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté sur des questions de droit communautaire' »⁴⁴.

La situation est tout autre s'agissant des demandes d'avis, le juge n'est jamais contraint de recourir à une telle procédure, celle-ci reposant sur son entière liberté. Les termes du Protocole

³⁷ CEDH, 24 avr. 2018, n°55385/14, *Baydar c/ Pays-Bas*.

³⁸ CEDH, 11 avr. 2019, n°50053/16, *Harisch c/ Allemagne*.

³⁹ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, C-314/85.

⁴⁰ La France a été condamnée en manquement en raison de la violation par le Conseil d'Etat de l'obligation de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel dans l'arrêt CJUE, 4 oct. 2018, *Commission c/ France*, C-416/17 ; Chron. P. Bonneville et al., *AJDA*, 2018, p.2280.

⁴¹ La Cour a d'ailleurs toujours différencié les juridictions nationales en fonction de leur rang dans la hiérarchie juridictionnelle au regard de leurs obligations communautaires en déclarant irrecevables les requêtes alléguant d'un refus de saisine émanant d'une juridiction inférieure, celle-ci n'étant pas tenue pas une obligation de renvoi par ex. CEDH, déc., 13 fév. 2007, n°15073/03, *John c/ Allemagne*.

⁴² Les demandes d'avis existent également, par exemple, devant le Conseil d'Etat (loi 31 déc. 1987 n°87-1127), celui-ci pouvant être saisi par les juridictions administratives inférieures d'une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse, ou devant la Cour de cassation (loi 15 mai 1991, n°91-491).

⁴³ G. Casu, préc., p.50.

⁴⁴ CEDH, *Ullens de Schooten*, préc., §58.

16 sont à ce sujet explicites, l'article 1^{er} disposant que les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante « peuvent » adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs, ces derniers n'étant pas contraignants comme le prévoit l'article 5. Dès lors, la décision laconique du Conseil constitutionnel pour s'abstenir de saisir la Cour européenne d'une demande d'avis relative à l'interprétation du Protocole 7, celui-ci estimant « qu'aucun motif ne justifie une telle saisine »⁴⁵, ou le refus implicite du Conseil d'Etat de saisir la Cour d'une demande d'avis sur la validité de la réserve française à l'application de l'article 4 du Protocole 7⁴⁶ ne nous semblent pas assujettis à l'obligation de motivation. L'essence fondamentalement dialogique des demandes d'avis implique qu'elles revêtent un caractère facultatif et relèvent du pouvoir d'appréciation du juge au principal, l'opportunité de la saisine ne pouvant être contrôlée sous l'angle des exigences de l'article 6⁴⁷, ce qui ne signifie pas qu'un refus de saisine ne puisse pas affecter les garanties procédurales.

Les récentes ordonnances du juge du référé-liberté relatives aux demandes de rapatriement de ressortissantes françaises et de leurs enfants détenus en Syrie⁴⁸ sont intéressantes car les requérants demandaient au Conseil d'Etat à la fois de saisir la Cour EDH pour avis et de poser une question préjudicielle à la CJUE. De manière implicite ces demandes de saisine sont refusées, le juge administratif ne justifiant pas son refus et n'évoquant même pas ces demandes alors même que la nature distincte de ces deux types de procédure n'astreint pas, selon nous, le juge interne statuant en dernier ressort, même dans le cadre d'un référé, aux mêmes obligations sous l'angle de l'exigence de motivation.

Ce n'est pas la nature distincte mais cette fois l'origine, nationale ou supranationale, de ces procédures qui entraîne une application différenciée des exigences du procès équitable dans la jurisprudence européenne.

II. La différenciation opérée par la jurisprudence quant à l'application des garanties du procès équitable

Dans les requêtes qui lui sont soumises relatives à l'application des exigences de l'article 6 à des procédures préjudicielles, la Cour distingue clairement deux situations, celle où la procédure préjudicielle relève du droit de l'Union européenne et celle où la procédure

⁴⁵ Cons. Const., 23 nov. 2018, n°2018-745 QPC ; Note J. Roux, *Rec. Dalloz*, 2019, p.439.

⁴⁶ CE, ass. 12 oct. 2018, n°408567, *SARL Super Coiffeur*.

⁴⁷ Un parallèle pourrait ici être opéré avec le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'engager une procédure en manquement devant la CJUE, art. 258 TFUE.

⁴⁸ CE, ord., 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 429701.

préjudicielle est prévue par les droits nationaux. Cette distinction repose sur le fait que l'Union n'étant pas partie à la Convention, la Cour ne peut directement contrôler la procédure préjudicielle se déroulant devant la Cour de Luxembourg. Néanmoins, cet obstacle juridique ne l'empêche pas de pratiquer un contrôle indirect sur la procédure préjudicielle devant la CJUE (A) alors qu'elle exerce un contrôle direct sur les procédures internes (B).

A. Un contrôle indirect sur la procédure préjudicielle devant la CJUE

En l'absence d'adhésion de l'Union à la CEDH, la Cour de Strasbourg n'est pas compétente pour contrôler la conformité des procédures se déroulant devant les juridictions de l'Union sous l'angle des exigences du procès équitable.

C'est d'ailleurs en vertu de cette incompétence que la Cour, selon une jurisprudence constante, considère que lorsque le requérant allègue d'une violation du délai raisonnable de jugement, la durée de la procédure préjudicielle, quelle que soit son implication dans l'allongement de la durée globale des procédures, ne puisse être prise en considération car « en tenir compte porterait atteinte au système institué par l'article 177 du traité CEE [article 267 TFUE] et au but poursuivi en substance par cet article »⁴⁹.

Ici c'est l'origine de la procédure, externe à la Convention, qui détermine la solution, inversement la durée des procédures préjudicielles internes aux Etats parties est prise en compte dans le calcul du délai raisonnable de jugement et peut entraîner un constat de violation de l'article 6⁵⁰.

Le raisonnement de la Cour est toutefois tenu car alors qu'elle reconnaît l'applicabilité de l'article 6, la procédure préjudicielle devant la CJUE pouvant exercer une influence déterminante sur le fond du litige, et qu'elle accepte de contrôler si le refus du juge national de saisir la CJUE est susceptible d'affecter l'équité de la procédure, elle ne peut directement confronter la procédure préjudicielle aux exigences de l'article 6.

Il est d'ailleurs curieux que pour expliquer l'absence de prise en considération de la durée de la procédure préjudicielle devant la Cour de Luxembourg, elle se réfère au but poursuivi par l'article 267 TFUE et non tout simplement à sa propre incompétence.

L'adhésion de l'Union à la CEDH, telle qu'elle était prévue par le Traité de Lisbonne, aurait bien entendu modifié la donne puisqu'un requérant aurait pu arguer devant la Cour de Strasbourg d'une méconnaissance des exigences de l'article 6 dans la procédure suivie devant

⁴⁹ CEDH, *Pafitis*, préc., §95.

⁵⁰ CEDH, *Ruiz-Mateos*, préc., §51.

une juridiction de l'Union. La perspective de cette adhésion étant désormais fermée par l'avis négatif rendu par la Cour de justice⁵¹, on ne peut préjuger de ce qu'aurait été la position de la Cour de Strasbourg mais il nous semble qu'elle aurait, comme elle le fait pour les procédures préjudicielles internes, adopté une position souple quant à l'application de ces exigences à la procédure préjudicielle devant la CJUE au regard de sa spécificité par rapport aux recours juridictionnels classiques.

Il faut à ce titre souligner que ce sont notamment les implications de l'adhésion sur les caractéristiques de la procédure préjudicielle, qualifiée de « clef de voute du système juridictionnel »⁵², qui ont justifié l'avis négatif de la Cour de justice relatif à l'adhésion. L'une des inquiétudes de la Cour de justice était en particulier l'absence d'articulation prévue par l'accord d'adhésion entre le mécanisme du Protocole 16 additionnel à la CEDH et le renvoi préjudiciel, absence d'articulation susceptible de porter atteinte « à l'autonomie et à l'efficacité »⁵³ de la procédure de renvoi préjudiciel.

L'impossibilité pour la Cour de Strasbourg de pratiquer un contrôle direct sur le respect des exigences du procès équitable dans la procédure préjudicielle se déroulant devant la Cour de justice ne l'a cependant pas empêché de pratiquer un contrôle indirect par le biais de la présomption d'équivalence⁵⁴. De ce point de vue, l'argumentation développée dans la décision rendue le 20 janvier 2009⁵⁵, décision à ce jour inédite, est très instructive. L'association requérante se plaignait de ne pas avoir été autorisée à répondre aux conclusions de l'avocate générale dans la procédure préjudicielle se déroulant devant la Cour de justice et invoquait une violation de l'article 6. Ayant admis l'applicabilité de l'article 6, la Cour européenne s'interroge sur la possibilité d'imputer une violation de l'article 6 à feu la Communauté européenne et reconnaît logiquement son incompétence *ratione personae*, la Communauté n'étant pas partie à la Convention, mais estime que « le fait qu'elle ne puisse pas, dès lors, examiner la procédure menée devant la CJCE sous l'angle de l'article 6 §1 directement ne dispense cependant pas la Cour de vérifier si les faits dénoncés engagent la responsabilité du Royaume des Pays-Bas, partie à la Convention ». C'est donc par le truchement de la présomption d'équivalence que, tout en admettant que la situation d'espèce diffère de l'affaire *Bosphorus* « en ce que la question centrale n'y est pas l'application faite par un Etat membre de la Communauté européenne d'un acte adopté par l'institution européenne elle-même mais les garanties offertes par celle-ci – plus

⁵¹ CJUE, Avis 2/13, 18 déc. 2014.

⁵² *Ibidem*, §176.

⁵³ *Ibidem*, §199.

⁵⁴ CEDH, GC, *Bosphorus*, préc.

⁵⁵ CEDH, déc., 20 janv. 2009, n°13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie... c/ Pays-Bas*.

précisément, par la CJCE – lorsqu’elle exerce ses tâches juridictionnelles », la Cour estime que cette présomption s’applique non seulement aux mesures prises par les Etats parties agissant en tant que membre d’une organisation internationale mais aussi aux procédures suivies au sein de pareilles organisations internationales et, dès lors, à celles menées devant la CJCE.

Si elle se reconnaît compétente pour contrôler que la protection des droits procéduraux de la requérante dans la procédure suivie devant la CJCE est équivalente à celle offerte dans le cadre de l’article 6 de la Convention, c’est pour immédiatement admettre que cette protection n’a pas besoin d’être identique et que seule une insuffisance manifeste de protection peut entraîner la responsabilité de l’Etat partie. L’audace du raisonnement sera de plus tempérée par une application conciliante des exigences de l’article 6 puisqu’elle admettra en l’espèce que la possibilité pour la Cour de justice d’ordonner la réouverture de la procédure orale après que l’avocat général ait présenté ses conclusions, possibilité relevant de son seul pouvoir d’appréciation, ainsi que la possibilité pour la juridiction nationale de poser une nouvelle question préjudicielle en cas de difficulté d’application du premier arrêt suffisent à garantir une protection équivalente à ce que prévoit la Convention. La solution retenue est clairement en deçà de ce qu’exige la Cour devant les juridictions suprêmes nationales puisqu’elle considère depuis l’arrêt *Vermeulen*⁵⁶ que l’impossibilité pour une partie de répondre aux conclusions de l’avocat général emporte violation du principe du contradictoire.

Cette indulgence peut cependant s’expliquer par le fait que, même dans les procédures préjudicielles internes auxquelles elle applique directement les exigences du procès équitable, la Cour prend en compte la spécificité de ces procédures.

B. Un contrôle direct sur les procédures préjudicielles internes

Lorsque le droit interne prévoit la faculté ou l’obligation pour le juge appelé à trancher le litige de renvoyer une question de droit à un organe distinct, cette procédure préjudicielle faisant partie intégrante de la procédure nationale, elle est soumise aux exigences de l’article 6.

Les hypothèses de requêtes mettant directement en cause la procédure devant un organe statuant à titre préjudiciel comme non conforme aux exigences de l’article 6 sont toutefois, en pratique, rares. Par ailleurs, lorsque la Cour applique directement les exigences du procès équitable à ces procédures, leur spécificité justifie une application souple des garanties procédurales. Tel est le cas du délai raisonnable de jugement, la Cour considérant que la durée de la procédure

⁵⁶ CEDH, 20 fév. 1996, *Vermeulen c/ Belgique* ; voy. CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*.

préjudicielle doit être incluse dans le calcul de ce délai (*cf supra*) tout en admettant que cette obligation ne peut s'interpréter de la même façon que pour une juridiction ordinaire⁵⁷.

De même s'agissant du principe de l'égalité des armes, la Cour dans deux affaires concernant la procédure devant le Tribunal constitutionnel espagnol a eu à connaître de la différence de traitement dans la procédure préjudicielle entre l'avocat de l'Etat et le ministère public d'une part et les requérants ordinaires d'autre part, les premiers étant parties à la procédure et pouvant déposer des conclusions écrites alors que les seconds ne pouvaient intervenir dans la procédure. Dans les deux affaires, elle insiste sur les particularités de cette procédure mais aboutit, au regard des faits de l'espèce, à des conclusions différentes. Dans l'arrêt *Ruiz-Mateos* (préc.), elle conclura ainsi à une violation du principe de l'égalité des armes. Au contraire, dans l'affaire *Gorraiz Lizarraga*⁵⁸, la Cour jugera que, bien que les requérants n'aient pas la qualité de parties, le Tribunal constitutionnel avait répondu à leurs arguments et conclura qu'« eu égard aux spécificités de la question préjudicielle relative à la constitutionnalité, il n'y a pas eu atteinte à la substance même du principe de l'égalité des armes tel que garanti par l'article 6 §1 de la Convention ».

Une seconde hypothèse, plus fréquente bien que ne suscitant pas un contentieux abondant, doit être distinguée. Il s'agit de celle dans laquelle c'est le juge qui opère le renvoi, qui par son action ou son inaction, viole les exigences du procès équitable.

Il est possible de ranger dans cette catégorie les arrêts *Beaumartin* et *Chevrol* (préc.). Les faits de ces deux arrêts sont proches et concernent la pratique du Conseil d'Etat qui consistait à saisir le ministre des Affaires étrangères en cas de difficulté sérieuse d'interprétation d'une disposition d'un traité international (*Beaumartin*) ou pour apprécier la condition de réciprocité d'un traité international (*Chevrol*) pour ensuite s'y conformer en toutes circonstances. Bien que ces renvois en interprétation s'opèrent devant un organe relevant de l'exécutif et non devant un organe juridictionnel et qu'il s'agisse d'une pratique du Conseil d'Etat et non d'un renvoi prévu par le droit national, ils s'apparentent néanmoins aux techniques préjudicielles et la Cour comme le gouvernement utilisent dans ces affaires les termes de « renvoi préjudiciel », l'interprétation délivrée par le ministre conditionnant l'issue du litige au principal. La Cour constatera dans ces affaires une violation de l'article 6 §1 par le Conseil d'Etat, celui-ci ne garantissant pas les exigences relatives au droit à un « tribunal », c'est-à-dire « un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que

⁵⁷ Par ex. CEDH, 1^{er} juill. 1997, *Pammel c/ Allemagne*, §68.

⁵⁸ CEDH, 27 avr. 2004.

l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause »⁵⁹, reprochant au Conseil d'Etat d'abdiquer sa fonction de juge pour s'en remettre à une autorité ministérielle en violation du principe de séparation des pouvoirs⁶⁰. Ceci nous renseigne sur le fait que lorsque la décision préjudicielle a une portée obligatoire, l'organe statuant à titre préjudiciel doit lui-même remplir les exigences de l'article 6 §1.

Enfin, c'est parfois l'inaction du juge de renvoi qui peut affecter les garanties du procès équitable et plus particulièrement, dans différentes affaires qu'a eu à juger la Cour, le principe de sécurité juridique. Ici il s'agit de l'hypothèse dans laquelle pour éviter le développement de jurisprudences divergentes, une juridiction saisit une juridiction supérieure appartenant au même ordre juridictionnel afin d'assurer l'unité de la jurisprudence. Dans ce cas de figure, il s'agit bien pour la juridiction saisie de régler une question d'interprétation et cette procédure est comparable aux demandes d'avis qui peuvent être mises en œuvre par les juridictions inférieures devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation⁶¹. La Cour considère ainsi que lorsqu'il existe des divergences de jurisprudence profondes et persistantes, sa tâche consiste à rechercher si la législation interne prévoit des mécanismes permettant de supprimer ces incohérences, si ces mécanismes ont été appliqués et quels ont été, le cas échéant, les effets de leur application⁶². Elle ne peut pas contrôler l'opportunité du refus d'une juridiction de mettre en œuvre un tel mécanisme car ces demandes d'avis reposent sur le pouvoir d'appréciation du juge⁶³ (cf *supra*), néanmoins elle peut constater que l'absence de mécanisme⁶⁴ ou la non utilisation d'un mécanisme⁶⁵ apte à mettre fin à une incertitude ou à une divergence jurisprudentielle au sein d'un même ordre juridictionnel a violé les exigences de l'article 6 et le principe de sécurité juridique.

A ce titre, si la demande d'avis devant la Cour européenne relève du seul pouvoir d'appréciation du juge national, on pourrait imaginer qu'un requérant argue devant la Cour d'une violation du principe de sécurité juridique dans l'hypothèse où une juridiction suprême laisserait se développer des jurisprudences divergentes quant à l'interprétation ou l'application de la Convention et que la Cour constate que l'absence de mise en œuvre de la demande d'avis a créé une incertitude juridique entraînant une violation des droits du justiciable.

⁵⁹ *Beaumartin*, préc., §38 ; *Chevrol*, préc., §§76 et 83.

⁶⁰ Ces pratiques ont été abandonnées par le Conseil d'Etat voy. CE, 7 févr. 2003, *GISTI* ; CE, ass., 9 juill. 2010, *Mme Chériet-Benseghir*.

⁶¹ Voy. note 45.

⁶² CEDH, GC, 20 oct. 2011, *Nedjet Sahin c/ Turquie*, §53.

⁶³ Voy. CEDH, 9 févr. 2016, *Celebi c/ Turquie*, §65.

⁶⁴ CEDH, 30 juill. 2015, *Ferreira Santos Pardo c/ Portugal*, §§50-51.

⁶⁵ CEDH, GC, 29 nov. 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni c/ Roumanie*, §134.

L'avenir nous dira quelles sont les potentialités que recèle le Protocole 16 et si la Cour accepte d'opérer un contrôle sur sa mise en œuvre même si, comme nous l'avons vu, au sein des techniques préjudicielles, les demandes d'avis présentent des caractéristiques atypiques⁶⁶ et reposent sur un principe de libre collaboration plus difficilement justiciable d'un contrôle juridictionnel.

⁶⁶ Voy. la thèse de G. Casu, préc., pp.48 et ss.