

Rapport irlandais

L'obligation de renvoi préjudiciel en Irlande : raisonnement sur hypothèses en l'absence de dispositif national de sanction

Marie-Luce PARIS

School of Law

*University College Dublin, Irlande **

Abstract – One of the most recently debated issues about the preliminary ruling procedure is about State liability for breaches of EU law by the judiciary. Stemming from the implications of three sets of cases by the Court of Justice of the European Union, namely *Köbler*, *Kühne* and *Kempter*, *Lucchini* and *Fallimento Olimpiclub*, the issue calls for a reflection on the possibility to sanction at national level a judicial decision not to refer. The issue is of particular relevance since the European Court of Human Rights has ruled that an arbitrary decision not to refer a question for a preliminary ruling theoretically could infringe the right to a fair trial. The work by Laurent Coutron, *L'Obligation De Renvoi Préjudiciel: Une Obligation Sanctionnée ?*, offers detailed analyses on this issue in nineteen EU Member States, including Ireland. Some legal systems such as Germany regard the preliminary ruling procedure as a right for individuals who are entitled to an appropriate remedy when this right has been infringed by failure to refer by a supreme court which has the obligation to do so. Other countries have started to hint in this direction, for example the French Court of Cassation which has recently decided that the refusal to refer could be regarded as a 'denial of justice' leading to possible State liability proceedings.

The report on Ireland is divided in three parts. A first part gives an overview of the practice of preliminary procedure by Irish courts with updated figures and trends. A second part presents preliminary observations about the domestic courts subject to the obligation to refer. The third part analyses the mechanisms aimed at 'sanctioning' the failure to refer by courts against which there is no remedy. While such mechanisms are absent in Irish law, the chapter puts forward two potential options, namely the possibility of judicial review and State liability for a decision not to refer by the Supreme Court, the High Court and instances involving lower courts against which there is no further remedy.

* Lecturer in law. Membre du *Dublin European Institute*, *UCD Constitutional Studies Group* et *UCD Human Rights Network*. Article révisé en février 2013. Je remercie les juges Nial Fennelly, Mary Finlay-Geoghegan et John Cooke, ainsi que mes collègues Elaine Fahey (*Amsterdam Centre for European Law and Governance*), John O'Dowd (*UCD*), et Noel Travers, avocat à la cour, pour les nombreuses réflexions qu'ils ont partagées sur ce travail. Toutes erreurs ou omissions relèvent de la seule responsabilité de l'auteur.

I. Introduction

Il est désormais possible de sanctionner la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel. Divers mécanismes ont été conçus par la Cour de justice à cet égard. Il s'agit de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat du fait d'une juridiction (hypothèse *Köbler*¹), d'obtenir le réexamen d'un acte administratif définitif avalisé par une juridiction suprême contraire au droit de l'UE (hypothèses *Kühne* et *Kempter*²), ainsi qu'éventuellement remettre en cause la chose jugée par une juridiction en violation du droit de l'Union européenne (hypothèses *Lucchini* et *Fallimento Olimpiclub*³). La présente étude a pour objet de rendre compte du droit irlandais sur cette question en s'attachant à identifier d'éventuels dispositifs internes qui permettent de sanctionner, directement ou indirectement, une juridiction nationale qui a méconnu son obligation de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel.

Il est tout d'abord opportun de rappeler les traits essentiels de la place du droit irlandais dans le contentieux de l'Union, notamment en ce qui concerne la pratique des renvois préjudiciels. De façon générale, les rapports entre la République d'Irlande et l'Union sont – mais n'est-ce pas le cas pour chaque Etat membre ? – assez paradoxaux⁴. D'un côté, ceux-ci sont marqués par une volonté de pleine intégration comme le montrent, entre autres, dans le cadre d'une appartenance déjà ancienne à l'UE, la participation à l'eurozone, l'enthousiasme pour l'accueil des citoyens des 'nouveaux' Etats membres dans le cadre des derniers élargissements et l'acceptation

¹ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, aff. C-224/01.

² CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV contre Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00, et CJCE, 12 février 2008, *Willy Kempter KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-2/06.

³ CJCE, 18 juillet 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contre Lucchini SpA*, aff. C-119/05, et CJCE, 3 septembre 2009, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze et Agenzia delle Entrate contre Fallimento Olimpiclub Srl*, aff. C2/08. V. aussi CJUE, 22 décembre 2010, *Commission européenne contre Slovaquie*, aff. C-507/08. En plus de ces mécanismes, la Commission européenne peut introduire un recours en manquement lorsqu'une juridiction suprême viole le droit de l'UE (V. par ex. la condamnation en manquement de l'Italie dans une affaire de répétition de l'indu pour une interprétation contraire au droit communautaire d'une loi nationale par la jurisprudence et la pratique administrative : CJCE, 9 décembre 2003, *Commission européenne contre Italie*, aff. C-129/00). Pour une présentation de la jurisprudence de la CJUE, V. L. Coutron, *cet ouvrage*.

⁴ Pour un compte-rendu des rapports entre l'Irlande et le droit de l'UE depuis l'adhésion en 1973, V. les travaux remarquables de concision, de profondeur et de clarté d'Elaine Fahey dans *EU Law in Ireland*, Dublin, Clarus Press, 2010, 338 p., spécialt *Chapter 1 : Overview of EU Law in the Irish State 1973-2010*, pp. 1-11.

de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Sur ce dernier point, l'Irlande, pourtant dotée d'un système élaboré de protection des droits fondamentaux et sensible sur la question de la protection constitutionnelle de ceux-ci, se démarque ici clairement de la réticence affichée par son voisin britannique⁵. D'un autre côté, ces rapports révèlent un certain désengagement qui s'est manifesté à travers plusieurs sursauts anti-européens dans des domaines politiques et juridiques sensibles comme en témoignent, par exemple, le refus de participer à Schengen⁶, l'adoption d'un protocole spécial sur l'avortement⁷, ou encore les réserves exprimées à l'encontre de l'ancienne coopération policière et judiciaire en matière pénale⁸ et du mandat d'arrêt européen⁹. Ces stratégies ne peuvent cependant pas s'interpréter comme la marque d'un euro-scepticisme « à l'anglaise » de la part d'un Etat qui reste, dans l'ensemble, très engagé dans la construction européenne et réceptif aux exigences du droit de l'UE. Prévue par des dispositions infra-constitutionnelles¹⁰ ayant donné lieu à une modification de la Constitution afin d'en assurer le respect¹¹, la primauté du droit de l'UE n'a pas donné

⁵ Pour le rapport sur le Royaume-Uni, V. L. Clément-Wilz, *cet ouvrage*.

⁶ Signés les 14 juin 1985 et 19 juin 1990, les accords de Schengen ont pour objet la suppression graduelle des contrôles aux frontières intérieures communes. L'Irlande ne participe pas à toutes les dispositions de l'acquis de Schengen, mais la possibilité est prévue pour elle d'accepter d'autres dispositions de cet acquis en tout ou en partie en vertu du Protocole n°19 sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'UE, annexé aux TUE et TFUE (C 83/203, 30 mars 2010, JOUE).

⁷ C'est dans le cadre d'un protocole annexé au Traité de Maastricht qu'une mention spéciale avait été faite garantissant qu'aucune disposition des traités n'affecterait l'application de l'article 40.3.3° de la Constitution de l'Irlande sur le droit à la vie de l'enfant à naître. Cette mention est renouvelée dans le cadre du Protocole n°35 annexé aux TUE et TFUE.

⁸ L'Irlande avait refusé la compétence de la Cour de justice pour statuer à titre préjudiciel sur les actes visés à l'ex article 35 du TUE relatif aux mesures prévues dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ces réserves ont été renouvelées lors de l'adoption du Protocole n°21 relatif à la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, annexé aux TUE et TFUE.

⁹ V. E. Fahey 2010, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰ Section 2, *European Communities Act, 1972* : 'A partir du 1^{er} janvier 1973, les Traités régissant les Communautés européennes ainsi que les actes existants et futurs adoptés par les institutions desdites Communautés ont force de loi dans cet Etat et font partie du droit interne en application des conditions prévues par ces mêmes Traités'. [Toutes les traductions sont de l'auteur, sauf précisions contraires]. Cette loi a été modifiée par la section 3 du *European Union Act* de 2009, adopté après le Traité de Lisbonne. La section 3 élargit la portée de la primauté aux Traités de l'UE et tous actes adoptés par les institutions de l'UE, avec la réserve des actes tombant dans le cadre de l'article 275 § 1 TFUE relatif à la compétence de la Cour de justice en ce qui concerne les dispositions sur la politique étrangère et de sécurité commune.

¹¹ Article 29.4.6° issu de la rédaction de la Constitution du 1^{er} juillet 1937 (*Bunreacht Na hÉireann*, 1937) telle qu'amendée après l'adoption du Traité de Lisbonne: 'Aucune disposition de la présente Constitution n'invalide les règles, actes ou mesures adoptés par l'Etat, avant ou après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, et rendus nécessaires par ses obligations de membre de l'Union européenne (...), ni n'empêche les règles, actes ou mesures adoptés par ladite Union européenne (...) ou ses institutions (...) d'avoir force de lois dans l'Etat'. Les Traités européens ultérieurs ont tous fait l'objet de révisions constitutionnelles approuvées par référendum, six jusqu'à présent. En plus de celle concernant le Traité d'adhésion approuvé par référendum le 10 mai 1973, ces révisions ont fait l'objet d'un référendum le 27 mai 1987 pour l'Acte unique européen, le 18 juin 1992 pour le Traité de

lieu à des difficultés particulières. A l'époque de l'adhésion, le juge HENCHY de la Cour suprême avait déclaré : « C'est comme si le peuple d'Irlande avait adopté le droit communautaire comme une seconde Constitution, certes de nature transcendante [NDT : mais seconde Constitution quand même] »¹². Les juridictions nationales, en grande majorité favorables au droit de l'UE, en ont bien accepté les implications¹³ malgré certaines tensions occasionnelles. La tension la plus palpable reste celle relative à la question de l'avortement. Dans la fameuse saga *SPUC c. Grogan*, le juge Walsh de la Cour suprême, s'exprimant après la réponse de la Cour de justice suite à un renvoi préjudiciel, a clairement suggéré que la question du respect de la primauté du droit de l'UE n'était pas du ressort de la Cour de justice lorsqu'il y avait un conflit entre le droit de l'UE et une disposition nationale¹⁴.

Pour autant, et à l'opposé d'une certaine publicité récemment générée sur la scène politique et économique européenne par les *referenda* 'non, puis oui' sur les Traités de Nice et de Lisbonne¹⁵ et par le spectaculaire effondrement de son système financier

Maastricht, le 22 mai 1998 pour le Traité d'Amsterdam, le 19 octobre 2002 pour le Traité de Nice, et le 2 octobre 2009 pour le Traité de Lisbonne.

¹² 'The Irish Constitution and the EEC' (1977) *DULJ* pp. 20-29, p. 23.

¹³ Par. ex. acceptation des mesures provisoires à l'encontre des lois de l'*Oireachtas* (Parlement irlandais) bien avant la controverse suscitée au Royaume-Uni sur cette question (*Pesca Valentia v Minister for Fisheries (No. 2)* [1990] IR 305) et, généralement, acceptation du principe de responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'UE (p. ex. *Tate v Minister for Social Welfare* [1995] 1 ILRM 507, 1 IR 418, *Coppinger v Waterford County Council* [1998] 4 IR 220), ainsi qu'acceptation de la doctrine de l'effet indirect (*Eircom Limited v Commission for Communications Regulations* [2006] IEHC 138, [2007] 1 IR 1). V. généralement E. Fahey 2010, *op. cit.*, pp. 13-23 (*Chapter 2 : The Supremacy or Primacy of EU Law in Ireland*) et pp. 25-36 (*Chapter 3 : The Emanation of the State Doctrine in Ireland*).

¹⁴ *SPUC v Grogan* [1989] IR 753, [1990] ILRM 350, aff. C-159/90. On connaît les suites de cette affaire sur le plan politique avec l'adoption de Protocoles spécifiques (V. note 7). La question de la légalisation de l'avortement est récemment revenue hanter les autorités irlandaises sur le terrain des droits de l'homme, cette fois, avec le fameux arrêt *A, B and C c. Irlande* du 16 décembre 2010 (req. n°25579/05) dans lequel la CourEDH a condamné l'Irlande pour violation de l'article 8 de la CEDH. V. aussi récemment l'affaire *Minister for Justice, Equality and Law Reform & Commissioner of An Garda Síochána v Director of Equality Tribunal* [2009] IEHC 72 analysée comme une menace potentielle incongrue pesant sur la primauté du droit de l'UE en droit interne (E. Fahey, 'A Constitutional Crisis in a Teacup: The Supremacy of EC Law in Ireland', (2009) 15 *EPL*, pp. 515-522).

¹⁵ Le Traité de Nice a été rejeté le 7 juin 2001 avant d'être approuvé par un second référendum le 19 octobre 2002, ajoutant un 26^{ème} amendement à la Constitution. Le Traité de Lisbonne a été rejeté le 12 juin 2008 avant d'être approuvé par un second référendum le 2 octobre 2009, ajoutant un 28^{ème} amendement à la Constitution.

et bancaire après la crise de 2008¹⁶, l'Irlande garde un profil relativement discret dans le paysage contentieux européen. La rareté des renvois préjudiciels en provenance des juridictions nationales en est l'illustration la plus notable¹⁷. Avec un nombre total de 62 renvois préjudiciels introduits sur la période 1973-2011, le pouvoir judiciaire irlandais est l'un de ceux qui a le moins sollicité la Cour de justice. Pour un Etat comparable par la taille, le Danemark en a, par exemple, introduit 141 depuis son adhésion ; pour un système judiciaire comparable (avec un ratio de juges par habitant du même ordre de grandeur, sauf pour l'Irlande du Nord), le Royaume-Uni en a introduit 531 depuis 1973¹⁸. Les principes posés par la Cour de justice concernant le mécanisme du renvoi préjudiciel ont pourtant été bien intégrés par les juges internes¹⁹. Il n'empêche que le dialogue entre les juridictions irlandaises et la Cour de justice n'a pas été des plus soutenus. L'expérience irlandaise montre que si le mécanisme de l'article 267 TFUE a été d'une importance cruciale pour comprendre et intégrer les principes gouvernant les rapports entre les deux ordres juridiques, son application effective n'a pas été un moteur clé dans le processus d'intégration juridique dans cet Etat²⁰. Il est ainsi opportun de mettre en perspective les explications de cette réticence avec la réflexion sur la sanction de l'obligation de renvoi préjudiciel. L'étude du système juridique irlandais est d'autant plus intéressante à cet égard que des changements sont perceptibles au niveau interne montrant une nette augmentation du nombre de renvois préjudiciels, avec un dépassement récent de ceux issus de la *High Court* par ceux émanant de la Cour suprême²¹. L'année 2011 marque un changement

¹⁶ B. Laffan, 'Ireland: From Boom to Bubble to Bust', *EUSA Review*, Vol. 25, No. 1, Winter 2012.

¹⁷ En plus d'une faible implication de l'Irlande dans les litiges devant les juridictions de l'UE (E. Fahey 2010, *op. cit.*, pp. 71-80, *Chapter 6 : Litigation by the Irish State at EU level and EU Litigation Emanating from Ireland*).

¹⁸ V. Rapport annuel 2011 de la CJUE accessible à http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/ra2011_statistiques_cour_final_fr.pdf. (p. 121). Pour une excellente analyse, mais maintenant un peu datée, sur le renvoi préjudiciel en Irlande, V. E. Fahey, *Practice and Procedure in Preliminary References to Europe : 30 Years of Article 234 EC Case Law from the Irish Courts*, Dublin, First Law, 2007, 152 p. Une réactualisation de certains aspects a été faite par le même auteur en 2010 : E. Fahey 2010, *op. cit.*, pp. 71-73.

¹⁹ V. par ex. l'approbation de la jurisprudence *Foto-Frost* par la *High Court* dans l'affaire *Lawlor v Minister for Agriculture* à propos de la validité de règlements communautaires : 'il n'appartient pas à cette juridiction de se prononcer sur la validité d'une quelconque disposition des règlements CEE et donc toute question de validité relative à ces règlements doit donner lieu à un renvoi préjudiciel' (*Lawlor v Minister for Agriculture* [1990] 1 IR 356, 378).

²⁰ C'est le sens des conclusions d'Elaine Fahey (E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 142-143).

²¹ De façon générale, ce sont la *High Court* et la Cour suprême qui génèrent le plus d'ordonnances de renvoi. La réactualisation des données a permis de montrer que la Cour suprême, mais aussi un plus grand nombre d'autorités quasi-juridictionnelles, avaient été les plus actives à cet égard entre 2003 et 2010 (V. E. Fahey 2010, *op. cit.*, p. 72). V. par ex. CJCE, 5 octobre 2010, *J. McB. contre L. E.*, aff. C-

à cet égard avec pas moins de sept renvois, ce qui représente le nombre annuel le plus élevé de renvois jamais opérés par l'Irlande depuis son appartenance à l'UE²². Cette augmentation est sensible dans le domaine du droit d'asile et de l'immigration, ce qui correspond à une explosion des affaires en ce domaine devant les tribunaux internes. Ceci se combine avec le développement significatif d'une jurisprudence sur l'obligation de coopération²³. Le juge FENNELLY a, par exemple, observé dans une

400/10, issue de la référence demandée en application de la procédure d'urgence par la Cour suprême dans *J. McB v L. E.*, 30 juillet 2010, [2010] IESC 48 relative au droit de garde des pères naturels.

²² Pour une liste des renvois en 2011-2012, V. C. Donnelly, 'EU Law in the National Courts', EU Litigation Update Conference, Irish Centre for European Law, Trinity College Dublin, 10 mai 2012.

²³ V. l'affaire *Masterfoods* dans laquelle la Cour suprême irlandaise pouvait potentiellement se prononcer, en maintenant une injonction en droit interne, contre une décision de la Commission européenne dans une affaire de concurrence (I. Maher, 'A Fine Balance ; The National Courts, the European Commission and EU Competition Law', (2011) 18(1) *DULJ*, pp. 153-171). La Cour a cependant saisi la Cour de justice pour obtenir clarification à ce sujet ; celle-ci a décidé que lorsqu'une juridiction nationale se prononce sur un accord ou une pratique dont la compatibilité avec les dispositions du Traité sur le droit de la concurrence fait déjà l'objet d'une décision de la Commission, la juridiction interne ne peut pas prendre une décision allant à l'encontre de celle de la Commission, même si cette dernière est en contradiction avec la décision rendue par une juridiction nationale de première instance ; elle précise encore que lorsque le destinataire de la décision de la Commission a introduit un recours en annulation contre celle-ci dans les délais, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier s'il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur ledit recours en annulation ou de déférer une question préjudicielle à la Cour (CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods Ltd et HB Ice Cream Ltd*, aff. C-344/98). V. aussi *Kingdom of Belgium v Ryanair* [2006] IEHC 213 (refus de suspendre la procédure en droit interne en vue d'attendre la décision du TPI relative à la validité de la décision de la Commission déclarant contraires au droit communautaire les aides d'Etat versées à Ryanair), *O'Leary v An Bord Pleanála* [2008] IESC 55 (refus de suspendre la procédure interne en vue d'attendre la décision de la Cour de la justice dans une procédure en manquement contre l'Irlande pour mauvaise transposition de la directive EIE), et *Phonographic Performance (Ireland) Ltd Ireland* [2010] IEHC 79 (mesure provisoire accordée en l'espèce accompagnée d'une ordonnance de renvoi préjudiciel sur l'interprétation de la directive relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété

affaire récente qu'il ne voyait pas de difficulté particulière pour la Cour suprême à accepter d'être liée par ce principe de coopération loyale en vertu de l'article 4, paragraphe 3, TEU, bien que l'invocation de ce principe n'ait pas vraiment été pertinente en l'espèce²⁴.

Il n'existe pas à proprement parler de dispositif national, que ce soit sur le plan constitutionnel, législatif ou judiciaire, pour sanctionner l'obligation de renvoi préjudiciel en droit irlandais. S'il n'est pas possible de suivre strictement la division tripartite proposée plus haut, il n'en demeure pas moins pertinent d'examiner ces hypothèses à travers l'étude d'un certain nombre de principes constitutionnels, règles procédurales, pratiques judiciaires et développements jurisprudentiels ciblés qui donneront un aperçu du droit irlandais relatif à la sanction de l'obligation de renvoi préjudiciel. La question des juridictions soumises à cette obligation n'est pas des plus évidentes et mérite quelques remarques préliminaires.

II. Observations préliminaires sur les juridictions soumises à l'obligation de renvoi

L'obligation de renvoi concerne les juridictions nationales « dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». Sont visées, au premier chef, les juridictions suprêmes dont les décisions font jurisprudence au niveau interne. La Cour suprême irlandaise, dont les arrêts sont définitifs et sans appel, est donc clairement concernée²⁵. Celle-ci a reconnu assez tôt la portée de cette obligation comme l'énonce le juge FINLAY dans la décision *Cadbury (Ireland) Ltd v Kerry Co-op Creameries Ltd* de 1982 : « dans tous les cas où un juge de première instance a, comme il en a le droit, rendu une décision sur un ou plusieurs points de droit

intellectuelle). V. généralement E. Fahey 2010, *op. cit.*, pp. 37-41 (*Chapter 4 : The Duty of Sincere Co-Operation on National Courts in Ireland*).

²⁴ *Dellway Investments v NAMA* [2011] IESC 4.

²⁵ La Cour suprême irlandaise (*Supreme Court* ou *Cúirt Uachtarach na hÉireann*), établie en application de l'article 34.4.1° de la Constitution, est la juridiction de dernier recours. Sous réserve des exceptions et limitations prescrites par la loi, celle-ci a plénitude de compétence pour statuer en appel sur les décisions de la *High Court* et, en vertu de la loi, sur celles des juridictions inférieures ne statuant pas en dernier ressort. Elle exerce également un contrôle de constitutionnalité des lois sur renvoi de la *High Court* (V. note 29).

communautaire, entrant dans les catégories ouvrant droit à un renvoi mentionnées à l'article 177 du Traité [désormais 267 TFUE], la présente cour, en tant que juridiction de dernier ressort, ne peut confirmer ou infirmer une telle décision, mais *doit*²⁶, si la réponse à de telles questions est nécessaire pour lui permettre de rendre son jugement, renvoyer ces questions à la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'article 177 »²⁷. La Cour suprême a depuis saisi la Cour de justice en 19 occasions, ce qui représente environ 30% du total des renvois préjudiciels introduits par les juridictions irlandaises sur la période 1973-2011.

En vertu de la conception concrète retenue par la Cour de justice²⁸, cette obligation ne concerne pas seulement les juridictions placées au sommet de la hiérarchie judiciaire. Sont également visées les juridictions inférieures dont les décisions sont, dans certains contentieux, non susceptibles de faire l'objet d'un recours. C'est le cas de la *High Court*²⁹ qui statue sur un appel *de novo* de la *Circuit Court*, et de la *Circuit Court* qui statue sur un appel *de novo* de la *District Court*³⁰. Le recours *de novo*, comme son appellation l'indique, autorise le juge d'appel à réexaminer à nouveau l'affaire en revenant sur les questions de fait et de droit de la décision rendue en première

²⁶ Nous soulignons.

²⁷ *Cadbury (Ireland) Ltd v Kerry Co-op Creameries Ltd* [1982] IRLM 77.

²⁸ Cette conception a été retenue, en premier lieu, dans l'arrêt *Flaminio Costa contre E.N.E.L.* dans lequel le *giudice conciliatore* de Milan avait jugé en premier et dernier ressort du fait de la somme modique de la plainte (CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64). V. aussi *infra* CJCE, 4 juin 2002, *Procédure pénale contre Kenny Roland Lyckeskog*, aff. C-99/00.

²⁹ La *High Court* (ou *An Ard-Chúirt*), établie en application de l'article 34.3.1° de la Constitution, est la juridiction de droit commun de premier degré. Elle est investie du pouvoir de décider de toutes matières ou questions, de droit ou de fait, au civil ou au pénal (en matière pénale, elle statue en formation de *Central Criminal Court* qui comprend un jury). Elle a également une compétence d'appel en ce qui concerne les affaires civiles provenant de la *Circuit Court*. Enfin, sa compétence s'étend au contrôle de légalité (*judicial review*) des actes de l'exécutif et de l'administration, ainsi qu'au contrôle de constitutionnalité des lois. C'est pour cela, eu égard à ce dernier chef de compétence, que la *High Court* et la Cour suprême peuvent être considérées comme 'les cours constitutionnelles' car elles seules sont compétentes, en vertu de la Constitution, pour se prononcer sur les questions Constitutionnelles.

³⁰ La *Circuit Court* et la *District Court*, non expressément mentionnées dans la Constitution mais dont l'existence découle de l'article 34.3.4°, sont les autres juridictions de première instance. Elles ne sont dotées que d'une compétence d'attribution et de ressort local, avec un droit d'appel déterminé par la loi. La *District Court* est compétente pour différents types de litiges en matière civile, y compris les affaires de droit de la famille, lorsque les prétentions des parties sont inférieures à un certain montant ; de même, elle est compétente en matière pénale pour les infractions mineures de type contraventions ou délits, sous certaines conditions. Toutes ses décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant la *Circuit Court*, et d'un appel sur des points de droit uniquement (*judicial review*) devant la *High Court*. La *Circuit Court* a une compétence intermédiaire par rapport à la *District Court* et la *High Court* en matière civile et pénale ; outre les appels en provenance de la *District Court*, elle statue en appel sur les décisions rendues par les autorités quasi-juridictionnelles établies par la loi.

instance. Les juridictions qui statuent sur un appel *de novo* rendent des décisions « définitives, passées en force de chose jugée et non susceptibles de recours »³¹.

C'est la *High Court* qui a été la juridiction la plus constamment active dans la mise en œuvre de la procédure préjudicielle avec un nombre total d'ordonnances préjudicielles de 20 sur la période 1973-2011³². De façon générale et sans qu'il s'agisse dans tous les cas d'une obligation de renvoyer, les renvois préjudiciels effectués par les juridictions de premier degré, autres que la *High Court*, restent très minoritaires³³. Une explication qui a pu être avancée est l'existence de procédures de type préjudiciel en droit interne. Celles-ci permettent, dans certaines procédures, à la *District Court* et à la *Circuit Court* de référer des questions de droit à la *High Court* et à la Cour suprême respectivement alors que la procédure est pendante (procédure désignée sous le nom de *consultative case stated*), ou bien lorsque l'affaire a déjà été décidée au fond³⁴ – suggérant ainsi que les tribunaux inférieurs s'en remettent à la position des tribunaux supérieurs pour les questions difficiles de droit, y compris du droit de l'UE. Cette explication n'a cependant pas pu être confirmée et nous n'avons pas eu connaissance qu'une telle question ait déjà formé la base d'une ordonnance de renvoi préjudiciel par la *High Court* ou la Cour suprême³⁵.

Une difficulté particulière se pose dans l'ordonnancement contentieux irlandais en vertu duquel la partie qui succombe n'a pas un droit acquis à former un recours (appel ou pourvoi) devant la juridiction supérieure. Ceci est le cas dans le cadre de certains

³¹ V. pour l'absence d'appel des décisions de la *Circuit Court*, *Section 84, Courts of Justice Act, 1924* (en matière civile) et *Section 18(3), Courts of Justice Act, 1928* (en matière pénale). V. par. ex. *Section 13(5)(e), Betting Act, 1931* pour l'absence d'appel de certaines décisions de la *District Court*. Enfin, V. *Section 39, Courts of Justice Act, 1936* pour l'absence d'appel des décisions de la *High Court*. Ce type de recours peut, semble-t-il, être envisagé comme un recours alternatif au contrôle juridictionnel de *judicial review* porté devant la *High Court*. V. les arrêts *Tomlinson v. Criminal Injuries Compensation Tribunal* [2006] 4 IR 321 (juge Denham), et *Buckley v Kirby* [2000] 3 IR 431, en ce qui concerne les recours de la *District Court* vers la *Circuit Court*.

³² V. rapport annuel de la CJUE, *op. cit.*, et E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 35-36.

³³ Le rapport annuel 2011 de la CJUE indique un total de 23 renvois préjudiciels introduits par les 'autres juridictions' (*op. cit.*, p. 121). Un certain nombre d'autorités quasi-juridictionnelles et administratives sont également compétentes pour opérer un renvoi préjudiciel comme, par exemple, la *Labour Court* (autorité administrative compétente pour délivrer des avis dans les litiges sociaux et autres aspects du droit du travail) et l'*Appeal Commissioners* (commissaires publics nommés par le Ministre des finances avec une compétence d'appel en matière de plaintes déposées contre le Trésor public) ; la proportion d'activité de ces autorités par rapport aux autorités juridictionnelles proprement dites demeure cependant très faible (V. E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 37-40).

³⁴ Pour la *District Court*, V. *Section 52, Courts (Supplemental Provisions) Act 1961*. Pour une procédure analogue devant la *Circuit Court* en matière civile uniquement, V. *Section 16, Courts of Justice Act 1947*.

³⁵ V. E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 36-37.

litiges où ce droit de recours (ici, pourvoi) de la *High Court* à la Cour suprême a été restreint par la loi, ce qui s'est le plus récemment produit dans les domaines du droit d'asile³⁶ et du droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire³⁷. Dans ces cas là, la partie perdante doit demander une autorisation (*certificate*) à la *High Court* afin de pouvoir contester une décision insatisfaisante devant la Cour suprême. La *High Court* doit alors déclarer le recours recevable en démontrant qu'il existe « un point de droit d'importance exceptionnelle qu'il est dans l'intérêt public général » de voir porté devant la Cour suprême, rendant ainsi possible le pourvoi et ce, en dépit de la limitation fixée par la loi³⁸.

Il semble alors que si la *High Court* déclare le recours irrecevable en refusant un *certificate*, celle-ci soit considérée comme le dernier juge à connaître de l'affaire et donc soumise à l'obligation de l'article 267, paragraphe 3, TFUE ; si elle autorise le pourvoi, on retombe sur une situation « normale » dans laquelle la Cour suprême irlandaise est celle qui a l'obligation de poser une question préjudicielle, le cas échéant. La solution semble logique, bien que non confirmée clairement ni par la

³⁶ *Section 5(3) (a), Illegal Immigrants (Trafficking) Act 2000: 'The determination of the High Court of an application for leave to apply for judicial review [under Section 5(1)] or of an application for such judicial review shall be final and no appeal shall lie from the decision of the High Court to the Supreme Court (on souligné) in either case except with the leave of the High Court which leave shall only be granted where the High Court certifies that its decision involves a point of law of exceptional public importance and that it is desirable in the public interest (on souligné) that an appeal shall be taken to the Supreme Court'.*

³⁷ *V. Section 50(4)(f)(i), Planning and Development Act 2000 (as amended), pour une rédaction identique. V. aussi plus récemment Section 103, Central Bank and Credit Institutions (Resolution) Act 2011.*

³⁸ Ces restrictions législatives du droit d'appel de la *High Court* vers la Cour suprême ont été adoptées en vue de filtrer et réduire le nombre de recours à un moment où les affaires dans des domaines particuliers du droit (droit d'asile et immigration, et droit de l'urbanisme et aménagement du territoire, droit bancaire et financier) se multipliaient et étaient susceptibles d'être ralenties par l'attente de la décision finale de la juridiction suprême ; cela est particulièrement significatif dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire : au moment de l'essor économique du 'Tigre celtique' et de la multiplication des projets immobiliers, il était politiquement opportun de ne pas freiner le rythme des chantiers par la longueur de procédures judiciaires, notamment par l'effet suspensif du recours devant la Cour suprême (V. p. ex. *M A v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, BAILII point 13: '*The restrictive provisions for the grant of a certificate in these two [Planning and Development, and Illegal Immigrants (Trafficking) Act] legislative provisions are a clear indication that the legislature anticipated that there are areas of the law where unrestricted access to the courts may cause harmful delays*').

jurisprudence interne ni par celle de la Cour de justice³⁹. Cette dernière a eu l'occasion de prendre position sur une situation légèrement différente, à savoir lorsque *c'est la cour suprême elle-même* qui doit déclarer le recours recevable. Dans ce cas là, la Cour de justice a précisé que c'est celle-ci, et non la juridiction nationale inférieure, qui est dans l'obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle, « soit au stade de l'examen de la recevabilité [de la demande d'appel], soit à un stade ultérieur », lorsqu'une difficulté d'interprétation ou de validité du droit de l'UE se pose⁴⁰. En effet, la juridiction nationale inférieure, dont les décisions ne sont examinées par la Cour suprême que si cette dernière déclare le recours recevable, n'est alors pas considérée comme une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne au sens de l'article 267, paragraphe 3, TFUE⁴¹.

Au niveau national, les juges interrogés ont semblé hésitants sur ce point, notamment sur l'opportunité de faire un parallèle avec le système britannique⁴². On pencherait plutôt en faveur d'un système strict qui imposerait à la *High Court*, qui refuserait un *certificate*, l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, à moins d'invoquer l'une des limites à l'obligation de renvoi définies dans la jurisprudence *CILFIT*⁴³ ; puisque la *High Court*, en tant que juridiction de droit

³⁹ V. les réflexions autour de cette question dans E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 86-91 et *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, discutée *infra* : «...if a certificate is refused [by the High Court], then that is where the matter ends (on souligne), nor can the decision to refuse a certificate itself be the subject of a certificate see *Arklow Holidays Limited v An Bord Pleanála (No 2)* [2007] 4 I.R. 124' point 12). V. aussi la jurisprudence britannique à cet égard dans *Chiron Corporation v Murex Diagnostics Ltd* [1995] All ER (EC) 88 : une juridiction de degré inférieur peut être considérée comme une juridiction soumise à l'obligation de renvoi alors même qu'elle ne s'est pas (encore) prononcée sur la question d'accorder une déclaration de recevabilité de l'appel.

⁴⁰ CJCE, 4 juin 2002, *Lyckeskog*, aff. C-99/00, point 18.

⁴¹ *Ibid.* points 10 et 19.

⁴² Dans ses observations dans l'affaire *Lyckeskog*, le gouvernement britannique avait concouru avec les gouvernements suédois et finlandais en disant que le mécanisme de déclaration de recevabilité ne faisait que limiter la possibilité pour un requérant de voir son recours examiné ; il avait aussi ajouté que ce mécanisme ne supprimait pas la possibilité d'introduire un recours contre les décisions des juridictions inférieures ; en outre, il avait soutenu que, dès la phase d'examen de recevabilité du recours, une Cour suprême avait la possibilité de poser une question préjudicielle relative à l'interprétation d'une règle de l'UE (*Lyckeskog* point 12).

⁴³ On rappelle que la jurisprudence *CILFIT* (CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81) détaille les trois cas dans lesquels les juridictions de l'article 267, paragraphe 3, TFUE sont exonérées de leur obligation de renvoi ; il s'agit (i) d'une part, du défaut de pertinence de la question lorsque la demande de renvoi n'est pas utile à la résolution du litige, (ii) de l'acte éclairé, d'autre part, qui permet d'écarter l'obligation de renvoi lorsqu'une jurisprudence établie de la Cour de justice résout le point de droit en cause, quelque soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige, (iii) de l'acte clair, enfin, selon lequel l'application correcte du droit de l'UE peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée.

commun de premier degré, décide d'un nombre très important d'affaires, cela serait logique au vu de l'objectif de l'article 267, paragraphe 3, TFUE qui est d'empêcher que ne s'établisse dans un Etat membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit de l'UE⁴⁴.

La jurisprudence irlandaise montre toutefois que cette analyse n'a pas encore été clairement corroborée sur le plan des principes. On peut en trouver un exemple relativement récent dans le cadre d'une affaire relative à une demande d'asile d'un enfant mineur rendue en juillet 2011⁴⁵. Dans cette espèce, le juge SMYTH de la *High Court* se penche sur le point de savoir si la question de droit suivante est 'd'importance publique exceptionnelle' méritant d'être renvoyée devant la Cour suprême⁴⁶ : le Ministre de la justice, de l'Egalité et de la réforme du droit a-t-il l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu de l'article 24, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lorsqu'il décide de réouvrir la procédure de demande d'asile concernant un mineur dans le cas d'une irrégularité de la première demande effectuée en son nom par un parent ? Le jugement sur le fond, rendu le 15 avril 2011, déboute le demandeur de son recours en contrôle de légalité (*judicial review*) de la décision administrative et considère que le Ministre, qui a refusé de réactiver la demande d'asile (mais a laissé ouverte la possibilité de re-initier une demande), a bien respecté ladite obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷.

La décision discutée ici porte spécifiquement sur la demande de recevabilité du pourvoi vers la Cour suprême. Le juge SMYTH non seulement rejette le pourvoi mais refuse également d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice alors que cela est suggéré par le conseil du demandeur. Son raisonnement est intéressant pour le point qui nous occupe. Dans sa prétention, la partie demanderesse lie la décision sur la

⁴⁴ *Lyckeskog* point 14 : 'Cette obligation a notamment pour but de prévenir que s'établisse dans un Etat membre une jurisprudence nationale ne concordant pas avec les règles du droit communautaire (...)'.
⁴⁵ *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323.

⁴⁶ *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, point 4.

⁴⁷ *M.A. v Minister for Justice*, Unreported, High Court, SMYTH J., 15 April 2011. C'est la mère de l'enfant mineur qui avait effectué, en son nom, une demande d'asile auprès de l'Office des réfugiés (*Office of the Refugee Applications Commissioner* ou *ORAC*). Or, celle-ci n'avait pas pu assister à l'entretien obligatoire pour des raisons médicales ; à la suite d'une irrégularité administrative, son certificat médical n'avait pas été transmis aux autorités de l'*ORAC* qui en avaient déduit que la demande d'asile avait été retirée. Le Ministre avait alors refusé de réactiver la demande d'asile en application de la loi (*M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, point 3).

recevabilité du recours devant la Cour suprême à l'obligation de renvoi préjudiciel en ces termes : "It was submitted that in order to determine whether to certify a point of law to the Supreme Court, this Court should seek a preliminary opinion from the Court of Justice by making a reference to the said court under Article 267 (formerly Art. 234 EC) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE). The applicant submits under the third paragraph of Article 267 TFUE, this Court may be obliged⁴⁸ to bring the matter before the ECJ because in considering the issue of leave to appeal to the Supreme Court, the Court is now one "against whose decisions there is no judicial remedy under national law" [la pertinence de la jurisprudence *Lyckeskog* est relevée à cet égard]. Tout en tenant particulièrement compte de cette prétention⁴⁹, le juge interne décline, dans une démonstration en trois temps, son application pratique en l'espèce : après un rappel de la jurisprudence de la Cour de justice telle qu'interprétée par la jurisprudence nationale, il considère principalement et en premier lieu que la *High Court* a une faculté, et non une obligation, de décider si un renvoi préjudiciel est nécessaire en l'espèce⁵⁰ ; il se place, en second lieu, sur un plan hypothétique en supposant que s'il pèse sur la *High Court* une obligation de renvoi, celui-ci ne serait pas non plus nécessaire puisque l'autorité administrative avait appliqué le test adéquat et qu'aucune question d'interprétation ne se posait au regard du droit de l'UE en l'espèce⁵¹ ; enfin, en troisième lieu, le juge se place sur le plan théorique de savoir si la *High Court*, ayant rendu son jugement sur le fond rejetant un contrôle de légalité, avait rempli son rôle⁵² : il répond par l'affirmative et refuse la recevabilité du pourvoi devant la Cour suprême puisque aucune question d'importance publique exceptionnelle ne se posait – pas plus qu'une question pertinente au regard du droit de l'UE. On reste donc sur notre faim et il semble que ce soit la question même de la relation entre l'article 267, paragraphe 3, TFUE et les limitations législatives du droit de recours qui devrait être posée à la Cour de justice

⁴⁸ Nous soulignons.

⁴⁹ *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, point 17.

⁵⁰ *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, points 18-19: 'I am satisfied, in the light of these decisions, that this court has a discretion, under what is now Article 267, to ascertain whether a decision on a question of community law is necessary to enable this court to give judgment' (point 19).

⁵¹ *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, points 20-26: 'Assuming then, that this court, at least in the circumstances of this case, is a court against whose decision there is no judicial remedy under national law, what effect does this have on the applicant's case?' (point 20).

⁵² *M. A. v Minister for Justice* [2011] IEHC 323, points 27-33: 'A further point arose in the case, which may be academic in the light of the above finding, that is: whether in fact, this court, having delivered its substantive judgment refusing judicial review, and in the absence of identifiable questions of community law, is in fact *functus officio*' (point 27).

pour savoir si la *High Court* est soumise à l'obligation de renvoi ou non – il s'agit effectivement d'une « question de droit d'importance publique exceptionnelle »⁵³ !

III. Sanction de l'obligation de renvoi

En droit irlandais, la procédure préjudicielle n'est régie que par les dispositions contraignantes du droit de l'UE, soit l'article 267 TFUE et la jurisprudence qui s'y rattache, ainsi que par les indications données par la Cour de justice⁵⁴. Il n'existe pas de règles nationales supplémentaires relayant l'usage de ce mécanisme clé de l'ordre juridique de l'UE. On constate en particulier l'absence de dispositif de sanction en cas de non-respect de l'obligation de renvoi, bien que les failles dans la pratique du renvoi préjudiciel soient avérées (A). Les hypothèses de sanction envisageables seraient l'exercice d'un contrôle juridictionnel (*judicial review*) de la décision rendue en premier et dernier ressort dans certaines circonstances, ou bien une mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour défaut d'accès au juge en droit interne, mais même ces deux dispositifs ne sont pas évidents (B).

A. Absence de dispositif de sanction de l'obligation de renvoi

De façon générale, il existe peu d'informations compilant les données relatives à la pratique du renvoi préjudiciel par le pouvoir judiciaire irlandais. On a déjà souligné l'absence de dispositions internes complétant les règles énoncées au niveau supranational. Ceci serait pourtant souhaitable, selon certains, afin d'imprégner la pratique judiciaire des exigences de l'obligation de renvoi en particulier⁵⁵. Il n'existe pas non plus de recensement détaillé au niveau interne des affaires faisant l'objet d'un renvoi, mises à part les statistiques tenues par la Cour de justice elle-même⁵⁶. Si l'analyse de la jurisprudence ainsi que des entretiens ciblés avec des juges, praticiens et chercheurs rendent compte d'une bonne acceptation du mécanisme du renvoi préjudiciel en Irlande, elle révèle aussi des défaillances. Des juridictions n'ont pas

⁵³ V. E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 90.

⁵⁴ V. Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales (2011/C 160/01, 28 mai 2011, JOUE) accessible à <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:160:0001:0005:FR:PDF>.

⁵⁵ Entretien avec Noel TRAVERS, UCD School of Law, 1^{er} février 2012.

⁵⁶ V. aussi la méthodologie retenue dans les travaux d'Elaine Fahey qui croisent les résultats des bases de données juridiques en ligne, avec celles du *BAILII*, de *Curia*, des rapports officiels, du *Central Office* de la *High Court* ainsi que des manuels et revues scientifiques dans ce domaine du droit irlandais (E. Fahey 2010, *op. cit.*).

renvoyé alors qu'elles en avaient l'obligation, sans que cela n'ait eu de conséquences en termes de sanction des juridictions concernées (1). Ces défaillances s'expliquent par plusieurs facteurs, au premier rang desquels figure le fameux arrêt *Campus Oil* rendu le 17 mai 1983 par la Cour suprême⁵⁷ qui définit (encore) la position adoptée par le pouvoir judiciaire irlandais dans la mise en œuvre de la procédure préjudicielle et justifie, dans une certaine mesure, l'absence de dispositif de sanction (2).

1. Illustrations : défaillances dans la pratique du renvoi préjudiciel

Le pouvoir judiciaire irlandais est dans l'ensemble pro-européen et enclin à tirer les conséquences des obligations découlant du droit de l'UE, malgré certaines tensions occasionnelles. La plupart des juges des juridictions supérieures envisagent de façon dynamique leur devoir de coopération et de loyauté vis-à-vis du droit de l'UE et notamment du renvoi préjudiciel. Plusieurs incluent de façon assez systématique des éléments de réponses dans les questions qu'ils renvoient à la Cour de justice, pratique encouragée par le Parlement européen qui préconise un système confiant davantage de responsabilités aux juges nationaux⁵⁸. C'est aussi une tâche très « personnalisée » dans le sens où la communauté judiciaire irlandaise est de taille relativement modeste avec un noyau de juges plus portés sur les questions de droit de l'UE et dont les prises de positions peuvent influencer le maniement des mécanismes et règles de l'UE en droit interne⁵⁹. Concernant l'obligation de renvoi préjudiciel, un juge à la Cour suprême a ainsi pu écrire qu'une situation comme celle de l'affaire *Köbler*, dans laquelle la juridiction nationale a ignoré de façon flagrante et manifeste son obligation

⁵⁷ *Campus Oil Limited e.a. v The Minister for Industry and Energy e.a.* [1983] IR 82 (V. *infra*).

⁵⁸ Entretien avec le juge John Cooke, UCD School of Law, 10 janvier 2012. V. par. ex. l'ordonnance de renvoi de ce même juge du 8 avril 2011 dans l'affaire *H.I.D. (A Minor) & B.A. v The Refugee Applications Commissioner, Refugee Appeals Tribunal, Minister for Justice and Law Reform, Ireland and the Attorney General*, Unreported, High Court, Cooke J., 9 February 2011 (transmise à l'auteur). V. Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen (2007/2027(INI)) 2009/C 294 E/06, point 31. Un dialogue renforcé entre les juges nationaux et la Cour de justice : '[Le Parlement européen] considère que, dans un ordre juridique communautaire décentralisé et arrivé à maturité, les juges nationaux ne devraient pas être marginalisés mais devraient au contraire se voir confier davantage de responsabilités et être encouragés davantage dans leur rôle de premier juge du droit communautaire; préconise vivement, par conséquent, que soit envisagé un système de "feu vert" en vertu duquel les juges nationaux pourraient inclure les réponses qu'ils proposent dans les questions qu'ils renvoient à la Cour de justice, qui déciderait ensuite dans un délai donné s'il convient d'accepter l'arrêt proposé ou de statuer elle-même à la manière d'une cour d'appel'.

⁵⁹ On dénombre 145 juges (tous professionnels) en Irlande pour une population de 4, 5 millions d'habitants. Le ratio de juges professionnels siégeant en juridiction pour 100 000 habitants est de 3,3 en Irlande, le plus bas d'Europe ; il est de 9,1 en France. V. Rapport 2010 (données 2008) sur les systèmes judiciaires européens, CEPEJ, accessible à http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2010/ID%2010550%20JRaport_F.pdf (p. 127).

d'opérer un renvoi préjudiciel, serait peu probable en Irlande, notamment lorsque cette attitude aurait pour effet de priver l'individu du respect de ses droits tirés du droit de l'UE⁶⁰. Il existe en quelque sorte une autodiscipline des juridictions internes pour répondre à cette obligation, attitude qu'elles tirent de leur indépendance extrêmement forte par rapport au pouvoir exécutif. Ce même juge va plus loin et considère de toute façon que la combinaison des jurisprudences *CILFIT* et *Köbler*, l'une posant des 'critères 'impossibles', l'autre faisant courir le risque d'une condamnation de l'Etat à cause du pouvoir judiciaire, laisse peu de marge de manœuvre au juge interne de dernier ressort qui se voit nécessairement obligé de poser une question préjudicielle à chaque fois qu'un point de droit de l'UE est soulevé par une des parties au litige⁶¹.

Pourtant, les cas où les juges de dernier ressort n'ont pas renvoyé alors qu'ils en avaient l'obligation, sont avérés⁶². Un exemple tiré de l'interprétation de la doctrine de l'émanation de l'Etat est la décision *McBride v Galway Corporation* de la Cour suprême⁶³. Dans cette affaire, le plaignant invoquait à son bénéfice l'application directe de la directive 85/337/CEE du Conseil concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement dans un litige l'opposant à l'autorité administrative locale pour l'attribution de la construction d'une usine de traitement de l'eau sur une île au large de la commune de Galway. Tout en considérant que la *Galway Corporation* était bien un organe de l'Etat, le juge KEANE ne l'a pas tenue pour responsable d'une violation du droit de l'UE. En effet, selon lui, les études d'impact sur l'environnement requises par les dispositions de la directive

⁶⁰ N. Fennelly, 'State Liability and Judicial Protection – Irish Experience', Conférence ERA, Paris, 2010, pp. 1-16 (non publié, transmis à l'auteur).

⁶¹ N. Fennelly, 'Preliminary Reference Procedure : A Factual and Legal Review', *IJEL*, 2006, pp. 55-100, pp. 71-72. Le juge FENNELLY s'est plusieurs fois prononcé en faveur d'une modification des critères posés dans *CILFIT*.

⁶² D'un point de vue statistique, la tendance est claire. E. Fahey montre qu'un peu plus de 25% des renvois sont refusés devant les plus hautes juridictions entre 1973 et 2003, avec notamment un taux de refus de 18% par la Cour suprême dans les affaires impliquant un point de droit de l'UE. Cela ne rend qu'imparfaitement compte du nombre exact d'affaires dans lesquelles un renvoi a été refusé dans le cas d'une obligation pesant sur la juridiction : en effet, outre le fait que les données sont datées, il faut y ajouter les cas où la *High Court* n'a pas ordonné un renvoi alors qu'elle en avait l'obligation, cas qui ne sont pas distingués dans ces statistiques du nombre total de refus par la *High Court* de 24%, ni les cas des juridictions inférieures soumises à l'obligation de renvoi (V. E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 41-50, pp 55-61, et 2010, *op. cit.*, p. 75). A l'inverse, il y a des exemples où la Cour suprême a opéré un renvoi préjudiciel à la surprise générale, alors que cela n'avait pas été suggéré par les parties comme, par exemple, dans l'affaire CJCE, 20 novembre 2008, *Competition Authority v. Beef Industry Developments Society Limited & anor*, aff. C-209/07, [2009] IESC 72.

⁶³ *McBride v Galway Corporation* [1998] 1 IR 485.

invoquée étaient de la responsabilité des autorités étatiques, en particulier ministérielles, plutôt que des autorités locales. Cette appréciation, pour le moins restrictive de la doctrine de l'émanation de l'Etat, n'a pas fait l'objet d'un renvoi préjudiciel alors que cela avait été suggéré par les parties en l'espèce. La juridiction nationale avait pourtant examiné la jurisprudence pertinente sur la question notamment les décisions *Fratelli Costanzo* et *Marshall*. D'autres exemples plus récents, tirés de la question de l'interprétation de la doctrine de l'émanation de l'Etat, existent ; ils montrent que si les juridictions n'ont pas forcément procédé à une ordonnance de renvoi dans un premier temps, cela a pu être corrigé dans une affaire postérieure⁶⁴. Ce qui est plus préoccupant est la tendance de certains juges à interpréter et appliquer eux-mêmes les notions autonomes du droit de l'UE, ici celle d'émanation de l'Etat, sans analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice sur la question et ce, au risque d'adopter une interprétation restrictive de ces notions⁶⁵.

Les Etats membres sont libres d'organiser l'accès à la procédure de renvoi préjudiciel au niveau interne. Le droit irlandais n'offre pas de dispositif ou recours spécial visant à sanctionner la violation par les juridictions soumises à l'obligation de l'article 267, paragraphe 3, TFUE, contrairement à d'autres ordres juridiques qui prévoient des recours constitutionnels propres⁶⁶.

2. *Explications : la jurisprudence Campus Oil et les autres facteurs*

Les facteurs qui contribuent à cette réticence tiennent à la fois à la longueur de la procédure préjudicielle, au manque relatif de familiarité des juges avec le droit de l'UE ainsi que, dans une certaine mesure, au système et à la culture judiciaire

⁶⁴ V. par. ex. la décision de la *High Court*, *Delargy v Minister for the Environment* [2005] IEHC 94 dans laquelle le juge Murphy considère que le MIBI (*Motor Insurance Bureau of Ireland*) n'est pas une émanation de l'Etat au sens du droit de l'UE ; puis, par. ex. CJCE, 19 avril 2007, *Farrell v Whitty*, aff. C-356/05 faisant suite à la question préjudicielle posée par le juge Birmingham de la *High Court* dans *Farrell v Whitty* [2008] IEHC 124.

⁶⁵ V. par ex. *De Búrca v Wicklow County Council* [2002] 2 IR 196 : de façon contestable, le juge considère que l'autorité locale en cause n'est pas une émanation de l'Etat ; et *Friends of the Curragh Environment Limited v An Bord Pleanála* [2006] IEHC 243 : de façon correcte, le juge considère que le *Turf Club* n'est pas une émanation de l'Etat. Il s'agit cependant de décisions de la *High Court* qui sont susceptibles de recours devant la Cour suprême – ce qui sort du cadre strict de notre propos.

⁶⁶ V. les autres études dans *cet ouvrage*, par. ex., en Allemagne où les individus peuvent réclamer un jugement déclaratoire qui leur permet alors d'avoir accès à la procédure du renvoi préjudiciel ; ou en Autriche où les individus peuvent intenter une action pour violation de leurs droits constitutionnels si la juridiction en question ne respecte pas son obligation d'effectuer un renvoi préjudiciel.

internes. En dépit de la possibilité de prendre des mesures provisoires pendant qu'il surseoit à statuer, le juge irlandais rechigne à s'exposer à un délai significatif dans l'attente d'une réponse de la Cour de justice qui l'empêcherait d'accomplir l'essence de sa tâche, à savoir 'rendre la justice de façon équitable et avec diligence'⁶⁷. En effet, malgré une amélioration sensible récente⁶⁸, la durée moyenne de la procédure préjudicielle réduit considérablement son attrait, d'autant qu'au niveau national, la *High Court* est elle-même confrontée à des délais conséquents dans certaines matières⁶⁹. La Cour suprême, moins engorgée, semble avoir plus de temps pour examiner l'opportunité d'un renvoi préjudiciel et la pratique montre qu'elle peut éventuellement discuter de la rédaction de la question avec les conseils des parties⁷⁰. Certains facteurs, de nature plus sociologique et culturelle, peuvent également jouer. Bien qu'ils soient confrontés à des questions de droit de l'UE de plus en plus complexes, la plupart des juges irlandais semblent encore peu familiers et/ou suspicieux à l'égard du droit de l'UE et du mécanisme préjudiciel en particulier. A l'heure actuelle, un certain nombre d'entre eux seulement seront plus enclins à lancer le processus de la question préjudicielle dans l'affaire portée devant eux⁷¹. Ceci est cependant en train de changer et autant les juges que les praticiens les plus éminents « embrassent de plus en plus le langage de l'UE »⁷². Aussi, de façon *a priori* paradoxale avec ce qui vient d'être dit, les juges irlandais semblent avoir une interprétation pour le moins libérale de l'obligation de renvoi. Beaucoup semblent

⁶⁷ N. Fennelly 2006, *op. cit.*, p. 60. La question du délai d'attente constitue un des problèmes principaux de la procédure préjudicielle pour les juges interrogés, FENNELLY et COOKE. Ceci est évidemment aussi constaté de façon générale. V. Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2008, *op. cit.*, point 25. Un dialogue renforcé entre les juges nationaux et la Cour de justice : '[Le Parlement européen] demande à la Cour de justice et à toutes les parties concernées de réduire davantage la longueur moyenne de la procédure préjudicielle, rendant ainsi cette possibilité capitale de dialogue plus attrayante pour les juges nationaux'.

⁶⁸ La durée moyenne de la procédure du renvoi préjudiciel s'élève encore à 16,4 mois en 2011. V. Rapport annuel 2011 de la CJUE (p. 112).

⁶⁹ C'est le cas, par exemple, des demandes d'asile dont la durée moyenne, avant appel, est de 23 mois. V. *Courts Service Annual Report 2010* accessible à [http://www.courts.ie/Courts.ie/library3.nsf/\(WebFiles\)/4523C03355124B90802578CC0033B0AF/\\$FILE/Courts%20Service%20Annual%20Report%202010.pdf](http://www.courts.ie/Courts.ie/library3.nsf/(WebFiles)/4523C03355124B90802578CC0033B0AF/$FILE/Courts%20Service%20Annual%20Report%202010.pdf) (pp. 81-82).

⁷⁰ Entretien avec Noel Travers, UCD School of Law, 1^{er} février 2012.

⁷¹ Les entretiens ont permis à l'auteur de cerner les noms de certains de ceux-ci qui, comme on peut s'y attendre, ont servi à la Cour de justice : le juge Fennelly a été le premier avocat général irlandais de 1995 à 2000 ; le juge John Murray, juge à la Cour de justice de 1991 à 1999 ; le juge Cooke est un ancien juge au Tribunal de première instance (1996 à 2008). D'autres, sans y avoir pratiqué, ont un intérêt et une expertise particuliers en ce qui concerne les mécanismes de droit européen : c'est le cas, par exemple, du juge Gerard Hogan de la *High Court*, universitaire spécialisé en droit constitutionnel, administratif et droit européen des droits de l'homme au sens large. Bien entendu, cette liste n'est pas exhaustive.

⁷² M. Collins, 'Jurisdictional and Related Issues in the Irish Courts – Recent Developments', EU Litigation Update Conference, Irish Centre for European Law, Trinity College Dublin, 10 mai 2012.

adopter une conception extensive des hypothèses prévues par la jurisprudence *CILFIT* dont celle la doctrine de l'acte clair⁷³, et une approche souple dans leur appréciation de la 'nécessité' justifiant une décision préjudicielle ou non, y compris dans le cadre d'une obligation de renvoi⁷⁴.

Enfin, un autre facteur peut expliquer le manque relatif d'implication des juges en ce qui concerne le droit de l'UE, mais il est à prendre avec prudence. Il tient aux caractéristiques du système judiciaire lui-même ; celui-ci étant traditionnellement accusatoire, la responsabilité première de fournir à la cour les éléments de l'affaire et le droit applicable sur les questions à trancher appartient aux parties et à leurs conseils. Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, même si le principe de la procédure veut que ce soit la juridiction nationale, seule, qui prenne l'initiative de saisir la Cour à titre préjudiciel⁷⁵, que les parties au principal l'aient ou non demandé, les juges internes se reposent quand même beaucoup sur l'initiative des *barristers*. Avocats plaidants devant les cours supérieures, qui ont un rôle actif dans le litige, ils rédigent souvent eux-mêmes les questions préjudicielles – ces mêmes *barristers* dont les plus brillants deviendront, à leur tour, juges dans les juridictions supérieures; le côté positif de cette pratique est que lorsque les conseils suggèrent de poser une question préjudicielle, les juges concernés vont rarement refuser et prennent souvent en compte leurs observations dans la formulation de la question⁷⁶.

La pratique du renvoi préjudiciel en Irlande est également fortement marquée par le précédent qui gouverne la situation, en quelque sorte, inverse à celle que l'on examine, à savoir la sanction d'un renvoi dans le cas d'une faculté exercée par le juge national (et non d'une absence de renvoi en cas d'obligation de celui-ci). Il s'agit de la

⁷³ E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 46-49.

⁷⁴ En vertu d'une jurisprudence constante, 'il appartient aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elle pose à la Cour' (CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhafen*, aff. C-36/02, point 19). V. *supra*.

⁷⁵ V. Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales 2011, *op. cit.*, point 10.

⁷⁶ V. par ex. les réponses d'un ancien Président de la Cour suprême, Ronan Keane, dans 'The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities – Ireland National Report' (points 1.10, 2.8 & 2.10), *Colloquium of the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions*, Helsinki, 20-21 May 2002, accessible à <http://www.aca-europe.eu/colloquia/2002/Ireland.pdf>.

décision *Campus Oil* de la Cour suprême⁷⁷ qui reste, de l'avis des personnes interrogées⁷⁸, la jurisprudence qui définit le mieux l'esprit de l'article 267 TFUE en droit interne. Dans cette affaire, la Cour suprême avait refusé de recevoir un appel contre une ordonnance de renvoi projetée par la *High Court*. Dans un passage désormais célèbre, le juge WALSH avait décidé que les juges ont toute latitude pour procéder à un renvoi préjudiciel et qu'il n'existe donc pas, même pour des motifs constitutionnels, de recours interne contre une décision de renvoyer de la part des tribunaux inférieurs : « il n'est pas du pouvoir du Parlement, ni d'aucune autre autorité législative, de conférer à une juridiction nationale [supérieure] le pouvoir de modifier ou contrôler la faculté inconditionnelle que la juridiction nationale [inférieure] tire de l'article 177 du Traité de Rome. Le juge national possède une discrétion totale dans sa faculté de renvoyer ou pas des questions préjudicielles en application de l'article 177 »⁷⁹.

Bien que finement critiquée à l'époque⁸⁰, cette jurisprudence possède encore aujourd'hui une portée considérable dans l'ordre juridique irlandais en ce qui concerne les rapports des juridictions internes avec la Cour de Luxembourg et n'a, à ce jour, pas vraiment été remise en cause⁸¹. Elle confirme la portée constitutionnelle

⁷⁷ *Campus Oil Limited e.a. v The Minister for Industry and Energy e.a.* [1983] IR 82, décision commentée dans F. Murphy, (1984) 21 *CML Rev*, pp. 741-755, D. O'Keefe, 'Appeals Against An Order to Refer Under Article 177 of the EC Treaty', (1984) 9 *Eur Law Rev*, pp. 87-104, F. Murphy, (1992) 11 *Eur Law Rev*, pp. 99-112.

⁷⁸ Le juge FENNELLY représentait, à l'époque, les intérêts de l'Etat irlandais dans cette affaire. L'ensemble des personnes interrogées ont évoqué cette décision comme guidant, encore aujourd'hui, l'attitude des juges dans l'appréciation de la « nécessité » d'opérer un renvoi préjudiciel, que cela soit dans le cadre d'une faculté ou d'une obligation de renvoi.

⁷⁹ 'A request by a national judge to the Court of Justice for an interpretation of articles of the Treaty is not, in any sense, an appeal to a higher court. (...). It is not within the power of the Oireachtas (Parliament), or of any rule-making authority, to give any national court the power to modify or to control the unqualified jurisdiction conferred upon the national judge by article 177 of the Treaty of Rome. The national judge has an untrammelled discretion as to whether he will or will not refer questions for a preliminary ruling under Article 177 (on souligné). *In doing so, he is not in any way subject to the parties or to any other judicial authority*'.

⁸⁰ Pour une critique du raisonnement de la Cour suprême et notamment de l'ambivalence dans le fondement de la solution tirée à la fois d'arguments de droit national et de la primauté de l'ex article 177 du Traité, V. D. O'Keefe, *op. cit.*, p. 97.

⁸¹ E. Fahey 2007, *op. cit.*, pp. 100 et s. Il est d'ailleurs remarquable que *Campus Oil* ait été récemment citée par l'avocat général Maduro à l'appui de ses conclusions dans l'affaire *Cartesio* afin de justifier l'absence de recours contre une ordonnance de renvoi qui viendrait 'filtrer' le dialogue privilégié et vital entre la juridiction de renvoi et la Cour de justice (Concl. av. gén. Miguel Poiares Maduro du 22 mai 2008 sous CJCE (GC), 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, point 19). Dans cet arrêt, la Cour de justice a décidé qu'un système national d'appel d'un renvoi préjudiciel qui pouvait imposer à la juridiction inférieure de résoudre le litige sans procéder à un renvoi préjudiciel était contraire à la 'compétence autonome' de saisir la Cour de justice que l'article 267 TFUE confère au premier juge. V. J-Ch. Barbato, 'Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les

de l'article 267 TFUE⁸². Elle a, dans une certaine mesure, formaté la conception du mécanisme préjudiciel en droit interne dans le sens d'une certaine extrapolation du pouvoir accordé au juge qui s'apprête à formuler une question préjudicielle. Que ce soit dans le cadre de la faculté ou de l'obligation, recourir à une ordonnance de renvoi est considéré comme une décision découlant naturellement du processus juridictionnel. Dans le cadre de l'obligation 267, paragraphe 3, le juge est en effet également libre d'apprécier la nécessité de s'adresser à la Cour de justice – toute entrave ou sanction dans le cadre de ce dialogue « sacré » entre le juge national et le juge européen serait malvenue. Il est significatif que les études de FAHEY envisagent peu les conséquences d'une jurisprudence *Köbler* au plan interne dans le cadre de l'application de 267, paragraphe 3, TFUE. Il est tout aussi révélateur de voir que les débats internes sur la question préjudicielle concernent plutôt la façon dont la Cour de Justice pourra continuer à en faire un mécanisme durable et efficace non seulement en termes de délais de jugements, mais également en termes de clarté des réponses apportées aux juges nationaux dans ces jugements⁸³. Autrement dit, on est plutôt dans le discours de sanction de la CJUE si elle répond tardivement ou mal que dans celui de la sanction des juridictions nationales si elles ne renvoient pas ! De même, dans l'ensemble, les personnes interrogées ont trouvé étrange l'emploi de l'expression « sanction » qui est peut-être un terme un peu fort pour désigner les conséquences éventuelles à tirer sur le plan interne d'un manquement à l'obligation de renvoi⁸⁴. Toujours est-il qu'il est possible d'envisager plusieurs hypothèses à cet égard.

B. Hypothèses de sanction : contrôle juridictionnel et action en responsabilité contre l'Etat du fait du pouvoir judiciaire

ordonnances de renvoi', *RTD eur* 45 (2), avril-juin 2009, pp. 267-286, et M. Bobek, 'Cartesio, Appeals Against an Order to Refer Under Article 234 (2) EC Treaty Revisited', (2010) 29 (3) *Civil Justice Quarterly*, pp. 307-316.

⁸² On a pu aussi remarquer une augmentation du nombre de renvois préjudiciels à la suite de cette décision bien que la relation de cause à effet n'ait jamais été réellement démontrée. V. aussi le précédent de *Pigs and Bacon Commission v. McCarren and Co. Ltd* (Unreported, High Court, Costello J., 30 June 1978, CJCE, 26 juin 1979, aff. 177/78) dans lequel le juge Costello fait référence à une conception généreuse et libérale de la faculté de renvoi préjudiciel. Mais, V. le sérieux revers porté à cette approche par la jurisprudence *SPUC v Grogan* [1989] IR 753 (V. E. Fahey 2007, *op. cit.*, p. 31).

⁸³ V. C. Donnelly 2012, *op. cit.*

⁸⁴ Il n'en demeure pas moins que le fondement constitutionnel de cette obligation de renvoi n'est pas des plus évidents comme a pu le montrer un *obiter dictum* dans la décision *McNamara v An Board Pleanála* [1998] 3 IR 453 : il y a été suggéré que l'obligation de renvoi pouvait ne pas nécessairement découler des obligations de membre de l'UE.

De l'avis des juges et collègues avec qui l'auteur s'est entretenu, il est peu probable (ni même souhaitable, selon certains) qu'un dispositif spécifique soit expressément mis en place afin de sanctionner l'obligation de renvoi préjudiciel en droit irlandais. Ceci renverrait à une connotation de « punition » à l'égard des juridictions soumises à l'article 267, paragraphe 3, TFUE cadrant mal, non seulement avec l'esprit de la procédure préjudicielle que la Cour de justice veut fondée sur la coopération⁸⁵, mais aussi avec des principes fondamentaux du droit national comme celui de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ceci n'empêche pas une réflexion sur les modalités éventuelles d'un tel dispositif. Deux hypothèses permettraient de faire en sorte qu'un manquement à l'obligation de renvoi ne reste pas impuni au niveau interne : la première repose sur l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ou *judicial review*, notamment au niveau des juridictions inférieures (1) ; la seconde, de portée plus large et répondant plus directement aux exigences de la jurisprudence *Köbler*, est celle de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour la violation de son obligation de renvoi par une juridiction (2).

1. *Contrôle juridictionnel ou judicial review*

Une analogie peut ici être faite entre les procédures internes de type préjudiciel évoquées plus haut, et celle de l'article 267 TFUE. Par exemple, dans les affaires civiles et pénales devant la *District court*, l'une ou l'autre des parties peut demander au juge de renvoyer une question de droit à la *High Court*, soit que l'affaire soit en cours, soit que le jugement ait déjà été rendu⁸⁶. La question de droit renvoyée doit être « sérieuse » et, point important en ce qui nous concerne, le refus de renvoyer peut faire l'objet d'une action en *judicial review*⁸⁷.

Ainsi, lorsque les décisions de la *District Court* ou de la *Circuit Court* ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, c'est-à-dire sont sans appel et définitives, les parties auraient quand même la possibilité de former un recours devant la *High Court* sur le fondement d'un défaut de renvoi en vertu du droit de l'UE. La *High Court* pourrait alors casser la décision du juge inférieur et lui renvoyer ensuite

⁸⁵ À la différence des autres procédures juridictionnelles, le renvoi préjudiciel n'est pas un recours formé contre un acte européen ou national mais une question posée sur l'application du droit européen. Il favorise ainsi la coopération active entre les juridictions nationales et la Cour de justice et l'application uniforme du droit européen dans l'ensemble de l'UE.

⁸⁶ V. note 31.

⁸⁷ *The State (Turley) v Ó Floinn* [1968] IR 245.

l'affaire, soit en lui enjoignant de procéder lui-même au renvoi, soit, plus probablement, en intégrant la question préjudicielle dans sa décision statuant en *judicial review*. Cette option est cependant limitée vu la rareté des situations dans lesquelles les juridictions inférieures sont soumises à l'obligation de l'article 267, paragraphe 3, TFUE. Ce recours en *judicial review* n'est en aucun cas possible à l'encontre d'une décision de la *High Court* ou de la Cour suprême, considérées comme des juridictions supérieures dans l'ordre juridique irlandais⁸⁸. Contre ces dernières, la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat pour leur fait est le dispositif qui doit être envisagé.

2. Action en responsabilité de l'Etat pour fait d'une juridiction

Le principe de la responsabilité de l'Etat est bien ancré en droit irlandais. Il s'est agi, en premier lieu, d'une responsabilité délictuelle pour violation du droit constitutionnel interne afin de garantir la protection effective des droits individuels contre les autorités nationales. Ceci est l'œuvre d'un pouvoir judiciaire qui a, pour des raisons historiques évidentes, depuis l'indépendance de l'Etat et surtout dans les décennies qui ont suivi la Seconde Guerre Mondiale, cherché à affirmer son autonomie par rapport au pouvoir exécutif⁸⁹. Il a en cela progressivement rejeté nombre de principes hérités du système juridique britannique. En reconnaissant une responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés par ses agents, la Cour suprême met ainsi fin à la prérogative royale héritée du Royaume-Uni selon laquelle « *the King can do no*

⁸⁸ *Blackhall v Grehan* [1995] 3 IR 208 et *L.P. v M.P.* [2002] 1 IR 219. Le recours en *judicial review* n'est ouvert que devant les juridictions dites inférieures. En plus de la *District Court* et de la *Circuit Court*, cela concerne la *Special Criminal Court* ; il peut aussi s'exercer à l'encontre de certaines autres autorités quasi-juridictionnelles telles l'*Employment Appeals Tribunal* (organisme établi par la loi compétent pour trancher des litiges de droit du travail en application de certains textes législatifs) ou la *Labour Court* (V. note 30).

⁸⁹ Articles 34.1 ('La justice est rendue par des tribunaux établis par la loi, avec des juges nommés de la manière prévue par la présente Constitution ...'), 35.2 ('Tout magistrat est indépendant dans l'exercice de ses fonctions judiciaires et soumis seulement à la présente Constitution et à la loi') et 37.1 de la Constitution ('Rien dans la présente Constitution ne permet d'interdire l'exercice de pouvoirs et de fonctions limités de nature judiciaire, dans des matières autres que les affaires pénales, par toute personne ou corps dûment autorisé par la loi à exercer ces fonctions et pouvoirs, bien que ladite personne ou ledit corps ne soit pas un magistrat ou un tribunal établi comme tel par la présente Constitution'). V. aussi J. Casey, 'The Judicial Power under Irish Constitutional Law' (1975) 24 *ICLQ*, pp. 305-324. La question de l'indépendance du pouvoir judiciaire est toujours très sensible, en témoigne la controverse suscitée par le référendum sur la réduction du traitement des juges, approuvé le 27 octobre 2011 et conduisant au 29^{ème} amendement de la Constitution irlandaise modifiant l'article 35.5 de la Constitution.

wrong »⁹⁰. L'Etat étant susceptible de « mal agir », la légalité de ses actes peut donc être contestée dans le cadre du recours en *judicial review*, équivalent du contentieux administratif de la légalité. La conséquence en est la possibilité d'octroyer une injonction contre l'application d'une loi par le gouvernement⁹¹.

En ce qui concerne le droit de l'UE, la Cour suprême a reconnu, dès le début de l'appartenance de l'Irlande aux Communautés, le principe de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat pour violation du droit de l'UE, responsabilité modelée sur la responsabilité délictuelle de l'Etat du fait des violations du droit constitutionnel interne⁹². Ainsi, les juridictions irlandaises ont accordé des dommages et intérêts dans des actions contre l'Etat en plusieurs occasions au titre du non-respect d'obligations tirées du droit de l'UE, y compris de directives non transposées ou de défaut d'application des dispositions d'un règlement de l'UE⁹³. Cette responsabilité a visé autant des autorités ministérielles que des autorités locales décentralisées (par exemple, un *County Council*, équivalent d'un conseil régional ou départemental) et des autorités administratives indépendantes (par exemple, le Bureau d'assurance des véhicules motorisés d'Irlande ou *Motor Insurers Bureau of Ireland*), ces dernières ayant été considérées comme des émanations de l'Etat⁹⁴.

A notre connaissance, il n'y a pas, à ce jour, de jurisprudence relative à un recours en indemnités contre l'Etat sur le fondement du manquement à l'obligation de renvoi préjudiciel, autrement dit d'admission d'une responsabilité judiciaire de l'Etat. Une

⁹⁰ *Byrne v Ireland* [1972] IR 241. Les idées-forces exprimées dans cette décision de principe sont, en premier lieu, que le Roi n'a plus sa place dans le système juridique irlandais après 1922 ; en second lieu, que l'Etat peut causer des dommages comme n'importe quelle autre personne morale du fait de ses agents, une immunité à cet égard n'étant absolument pas justifiable ; d'autre part, l'irresponsabilité n'est pas considérée comme une composante nécessaire de la souveraineté de l'Etat qui, sur le plan interne, est incarnée dans le peuple et non l'Etat. La responsabilité de l'Etat était cependant sujette à de nombreuses exceptions. Pour une discussion de cette jurisprudence, V. J. Casey, *Constitutional Law in Ireland*, Dublin, Round Hall, 2000, 733p. (pp. 43-48 : *Position of the State in Law – Liability in tort*).

⁹¹ Ce qui restait impossible en droit anglais jusqu'à la jurisprudence *Factortame* des années 1990 (CJCE, 19 juin 1990, *The Queen et Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, aff. C-213/89). V. J. Casey 2000, *op. cit.*, pp. 353-355: *Injunctions against statutes*.

⁹² V. bien avant la jurisprudence *Factortame*, la jurisprudence *Pesca Valentia v Minister for Fisheries and others* [1985] IR 193, [1985] IESC 2. V. la réponse à la question préjudicielle dans CJCE, 19 janvier 1988, *Pesca Valentia Limited contre Ministre de la Pêche et des Forêts d'Irlande et Attorney general*, aff. 223/86.

⁹³ V. *supra* E. Fahey 2010, *op. cit.*, pp. 13-23 (*Chapter 2 : The Supremacy or Primacy of EU Law in Ireland*) et pp. 25-36 (*Chapter 3 : The Emanation of the State Doctrine in Ireland*).

⁹⁴ V. *supra*. Deux décisions significatives à cet égard sont celles de la *High Court* dans *Tate v Minister for Social Welfare* [1995] 1 ILRM 507, 1 IR 418, et de la *Circuit Court* dans *Dublin Bus v The Motor Insurance Bureau of Ireland (MIBI)*, 29 octobre 1999.

jurisprudence récente vient d'ailleurs de réaffirmer l'indépendance des juges qui tirent leur pouvoir non de l'Etat, mais du peuple ; ceux-ci ne sont pas des fonctionnaires qui font partie de l'appareil d'Etat, mais des « mandataires » du peuple qui rendent la justice ; ceci exclut un rapport de type hiérarchique entre l'Etat et le corps judiciaire et donc une responsabilité délictuelle du fait d'autrui, c'est-à-dire de l'Etat du fait du pouvoir judiciaire⁹⁵. Si, comme souligné ci-dessus, l'ordre juridique irlandais n'a pas de difficulté particulière pour faire application de la responsabilité de l'Etat puisque celle-ci semble « inhérente » au fonctionnement de l'ordre juridique interne⁹⁶, on peut en déduire qu'une telle action est, en principe, possible notamment contre les juridictions inférieures, la *District Court* et la *Circuit Court*. Autrement dit, si une action en justice visant à engager la responsabilité de l'Etat fondée sur la jurisprudence *Köbler*⁹⁷ venait devant la *High Court*, juridiction compétente en la matière, celle-ci examinerait si la juridiction en question, quelle qu'elle soit⁹⁸, a effectivement manqué à son obligation en vertu de l'article 267, paragraphe 3, TFUE. En effet, l'engagement de cette responsabilité serait lié à la problématique du droit d'accès au juge (européen, en l'occurrence) en tant qu'élément du droit à un procès équitable⁹⁹. Comme dans le cas du Conseil d'Etat français, ce serait alors une acceptation de la jurisprudence *Köbler* sur une base purement volontaire¹⁰⁰.

On peut cependant s'interroger sur la plausibilité d'une telle action notamment à l'encontre de la Cour suprême dont l'indépendance est un principe fondamental et constitutif de l'Etat irlandais. Il est vrai que ni l'autorité de la chose jugée, ni l'indépendance des juges ne s'opposent au principe de responsabilité de l'Etat, y compris lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort. Pourtant, la solution selon laquelle un juge de la *High Court* pourrait évaluer une décision de la Cour suprême, ou même la sienne propre, provoquerait quelque embarras en droit irlandais, embarras qui n'était d'ailleurs pas

⁹⁵ V. *Kemmy v Ireland* [2009] IEHC 178.

⁹⁶ N. Fennelly 2010, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁷ CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, aff. C-224/01. V. M. Breuer, 'State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the Case of Gerard Köbler v Austria', (2004) 29 *Eur Law Rev*, pp. 243-254.

⁹⁸ On peut difficilement imaginer la *High Court* se prononçant 'contre elle-même' en accueillant un recours fondé sur un manquement de renvoi par ses propres juges dans une affaire précédente – cela serait complètement improbable en pratique car cela reviendrait, en fait, à permettre au juge saisi du recours en responsabilité de 'sanctionner' le juge qui a rendu la décision au principal et qui n'a pas fait de renvoi.

⁹⁹ Entretien avec Nial FENNELLY, Dublin 4, 24 janvier 2012.

¹⁰⁰ CE, 18 juin 2008, *Gestas*.

absent dans la démarche de la Cour de justice dans l'arrêt *Köbler* puisque celle-ci avait conclu à l'absence de violation manifeste du droit de l'Union dans l'espèce au principal¹⁰¹. Or, selon la Cour de justice, l'Etat doit non seulement mobiliser son appareil normatif au profit du droit de l'UE, mais a également l'obligation de l'adapter afin de respecter l'application effective du droit de l'UE¹⁰². Une telle adaptation nécessiterait-elle l'adoption d'un mécanisme législatif dans le cas de la *High Court* et de la Cour suprême en Irlande¹⁰³ ? Autrement dit, si le recours en indemnités contre l'Etat pour violation par la *High Court* ou la Cour suprême de leur obligation de renvoi n'est pas admis pour des raisons procédurales et/ou substantielles¹⁰⁴, peut-on prévoir une loi spécifique permettant ce recours ?

Il y a deux façons d'aborder la réponse à cette question¹⁰⁵. Une telle loi serait *a priori* inconstitutionnelle, puisqu'elle signifierait revenir sur une décision de justice en apparaissant comme une tentative de priver la partie au litige de l'avantage qu'elle tire du non-renvoi par la juridiction nationale. D'un autre côté, on peut avancer qu'une telle disposition législative pourrait être rendue nécessaire par les obligations découlant de l'appartenance à l'UE en vertu de l'article 29.4. 6° de la Constitution. Une différence subtile peut apparaître ici entre la Cour suprême et la *High Court* : si celle-là décide qu'un renvoi n'est pas « nécessaire », il est peu probable qu'elle juge constitutionnelle/acceptable une loi l'obligeant à considérer le contraire. En revanche, on peut imaginer l'aménagement d'exceptions par voie législative aux restrictions déterminées par l'*Oireachtas* en ce qui concerne les décisions de la *High Court* non

¹⁰¹ 'Dans ces conditions, et eu égard aux circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de considérer la violation constatée au point 119 du présent arrêt comme étant revêtue d'un caractère manifeste et donc comme suffisamment caractérisée' (*Köbler* point 124). Le gouvernement irlandais, qui n'a pas soumis d'observations écrites dans cette affaire, aurait cependant pu soulever les mêmes arguments que le Royaume-Uni (*Köbler* points 24-28 : principes de sécurité juridique et d'autorité de la chose jugée ; autorité et réputation du pouvoir judiciaire ; indépendance du pouvoir judiciaire ; difficulté de déterminer la juridiction compétente en matière de recours en indemnités vue la structure unitaire du système juridictionnel et la stricte application de la doctrine du précédent ; absence de parallélisme permettant de mettre en cause la responsabilité de [l'UE] pour les fautes des juridictions [de l'UE] de la même manière et aux mêmes conditions).

¹⁰² V. CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana* C-173/03 confirmant et allant plus loin que *Köbler* sur cet aspect.

¹⁰³ Puisque toutes les autres juridictions (mise à part la *Court of Criminal Appeal*) sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en *judicial review* devant la *High Court*, une disposition législative, en plus d'autoriser automatiquement un appel de la décision de non renvoi par la *High Court* devant la Cour suprême, ne serait pas utile dans ce cas de figure.

¹⁰⁴ Cela comprend des questions de droit constitutionnel et d'autres liées à la structure pyramidale et unitaire (sans cour constitutionnelle unique séparée des juridictions supérieures de droit commun) du système judiciaire irlandais.

¹⁰⁵ Je remercie ici mon collègue John O'DOWD pour ses précieux conseils qui ont orienté mes réflexions.

susceptibles d'appel devant la Cour suprême. Autrement dit, si la *High Court* refuse un renvoi en contravention de l'article 267, paragraphe 3, TFUE, la loi pourrait autoriser une exception à l'absence d'appel dans ce cas et autoriser une sanction contre la décision de non-renvoi, c'est-à-dire un recours en indemnités devant la Cour suprême¹⁰⁶. Il s'agit ici d'entrer dans des hypothèses techniques du droit irlandais, ce qui dépasse sûrement le cadre du propos général. Cela montre cependant que cette question peut susciter différentes approches en fonction d'un contexte juridictionnel, constitutionnel et culturel particulier.

IV. Conclusion

La procédure préjudicielle est une garantie essentielle de la cohérence de l'ordre juridique de l'UE et de l'application uniforme du droit de l'UE. Elle en constitue le mécanisme le plus spécifique, caractérisé par la complétude des voies de recours et la coopération qu'elle instaure entre les juges nationaux, juges de droit commun de l'application et l'interprétation du droit de l'UE, et la Cour de justice dotée de la compétence exclusive de se prononcer sur leur renvoi. La Cour de justice rappelle régulièrement son attachement à cette procédure¹⁰⁷.

Celle-ci, y compris dans son aspect « coopération imposée », n'a pas été le vecteur d'intégration le plus central dans les rapports entre l'ordre juridique irlandais et l'ordre juridique de l'UE. Elle a été utilisée de façon relativement mesurée en Irlande avec un total de 62 renvois préjudiciels depuis 1973. L'étude a montré que les juridictions soumises à l'obligation de l'article 267, paragraphe 3, TFUE ne renvoient pas toujours, sans que cela ne s'accompagne de mécanisme de sanction spécifique. La

¹⁰⁶ L'article 34.4.4° de la Constitution pourrait être pertinent à cet égard: 'Aucune loi n'est promulguée pour écarter de la juridiction d'appel de la Cour suprême les affaires relatives à la validité d'une loi au regard des dispositions de la présente Constitution'.

¹⁰⁷ V. par. ex. CJUE, avis 1/09, 8 mars 2011, portant sur la compatibilité du projet d'accord relatif à l'adhésion de l'UE à la Convention sur le brevet européen prévoyant la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets. Constatant que le projet d'accord prévoyait la possibilité pour la juridiction de brevets de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel alors qu'il s'agit d'une juridiction internationale qui se trouve en dehors du cadre institutionnel de l'UE, la Cour de justice en a conclu que cela dénaturait la finalité de l'article 267 TFUE qui est d'établir une coopération étroite entre les juridictions des Etats membres et la CJUE et en a déduit une incompatibilité de ce projet avec le droit de l'UE (points 81-89).

possibilité d'un contrôle juridictionnel devant la *High Court* en ce qui concerne les juridictions inférieures (*District Court* et *Circuit Court*), ainsi qu'une action en dommages et intérêts contre l'Etat pour le fait des juridictions supérieures (*High Court* et Cour suprême) sont des hypothèses qui ont été envisagées. La réflexion est intéressante à l'heure de changements tant au plan interne qu'au plan européen. Au niveau national, une prise de conscience des jurisprudences *Köbler* et *Kühne & Heitz* ainsi qu'une augmentation sensible du nombre de renvois, de la part de la Cour suprême surtout, marquent un tournant dans la discipline d'application du renvoi préjudiciel en droit irlandais. Ceci cadre bien avec les réflexions générales sur le renvoi préjudiciel au moment où la pression s'intensifie sur les tribunaux nationaux dans le sens d'une plus grande responsabilité dans l'application de la procédure préjudicielle sous le regard non seulement de la Cour de justice qui prône un dialogue renforcé, mais également celui, de plus en plus inquisiteur, de la CEDH dans la perspective de l'adhésion de l'UE à la CEDH¹⁰⁸. Cette réflexion mérite de se poursuivre.

¹⁰⁸ Le projet d'accord sur l'adhésion de l'UE à la CEDH a provoqué des réflexions sur la procédure préjudicielle, spécialement au moment où les négociateurs évoquent la possibilité d'un tel mécanisme au sein du système de Strasbourg (V. J-P. Jacqué, 'The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms', (2011) 48 *CMLRev*, pp. 995-1023, spécialt. pp. 1019-1020).

Liste des abréviations

BAILII	British and Irish Legal Information Institute (base de données de jurisprudence britannique et irlandaise)
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMLRev	Common Market Law Review
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
DULJ	Dublin University Law Journal
Eur Law Rev	European Law Review
EPL	European Public Law
EUSA Review	European Union Studies Association Review
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IEHC	Irish High Court Judgments (Online)
IESC	Irish Supreme Court Judgments (Online)
IJEL	Irish Journal of European Law
ILRM	Irish Law Reports Monthly
IR	Irish Reports
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
RTD eur	Revue trimestrielle de droit européen
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne