# *Le dialogue entre le Bundesverfassungsgericht allemandet la Cour de justice de l’Unionà propos du champ d’application de la Charte des droits fondamentaux de l’UE*

**Présentation du présent désaccord:**

La décision « fichier anti terrorisme» de la Cour constitutionnelle allemande du 24 avril 2013 réagissant vigoureusement à l’arrêt Åkerberg Fransson de la CJUE du 26 février 2013. Dans lequel la CJUE a adopté une interprétation large du champ d’application de la Charte.

**Désaccord qu’il faut placer dans son contexte**

= Un dialogue de deux cours constitutionnelles qui sont situées au sommet juridique de deux fédérations

* qui se ressemblent par leurs âges crées en 1951 et 1952 / missions / compétences / composition / légitimité et leurs méthodes d’interprétation
* qui ont deux perspectives différentes : la CJUE une perspective européenne (une Union avec le TUE s’appliquant à ses 28 Etats membres), le BVerfG une perspective allemande (Grundgesetz) mais europafreundlich comme il ne cesse de le rappeler.

= Un dialogue qui dure depuis bientôt 40 ans et a connu de nombreux épisodes

(un peu Dans la guerre des étoiles de George Lucas avec des épisodes au nom de « L’empire contre attaque «  ou « Le retour du Jedi »)

On peut parier le BVerfG se verrait de préférence dans le rôle du « bon » chevalier Jedi devant repousser les attaques du « boulimique » empire européen.

**Objet / Modalités** de l’épisode le plus récent

## L’objet du dialogue

Passé /actuel

### Le dialogue passé : la définition progressive du rôle supplétif de la Cour constitutionnelle en matière de protection des droits fondamentaux à l’encontre des actes de droit communautaire dérivé

ENJEU : Comment assurer une protection des droits fondamentaux à l’encontre des actes adoptés par les institutions communautaires.

La pression exercée initialement par le BverfG, = un défi lancé à la Cour de justice qui va le relever (le vaillant chevalier Jedi qui défie l’empire)

#### Solange I, arrêt du 29 mai 1974, 2 BvL 52/71, (BVerfGE 37, 271)

« Aussi longtemps que le processus d’intégration de la Communauté n’est avancée au point que le droit communautaire contient également un catalogue de droits fondamentaux adopté par un parlement, mis en vigueur et correspondant à celui de la Loi fondamentale »

La Cour estime recevable et même obligatoire les questions préjudicielles soumises à elle, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des normes, par toute juridiction de la République fédérale d’Allemagne qui aura obtenu au préalable, de la Cour de justice, la décision requise par l’ancien article 177 du Traité CEE, dans les cas où cette juridiction estimera inapplicable la disposition pertinente du droit communautaire, dans son interprétation par la Cour de justice, dans la mesure où cette disposition se heurte à un droit de la Loi fondamentale.

#### Solange II, arrêt du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, (BVerfGE 73, 339)

La Chambre a décidé que depuis 1974 s’était développé dans le domaine de compétences des Communautés européennes un niveau de protection des droits fondamentaux dont la conception, le contenu et le fonctionnement le rendaient comparable, pour l’essentiel, au standard de protection des droits fondamentaux de la Loi fondamentale.

En se fondant sur des décisions individuelles de la Cour de justice, la Chambre a examiné le standard de protection des droits fondamentaux au niveau européen, lequel lui est apparu comme développé, établi et suffisamment assuré, principalement par l’effet de la jurisprudence de la Cour de justice

En conclusion, la Chambre a estimé que tant que les Communautés européennes, et en particulier la jurisprudence de la Cour de justice, garantiraient de manière générale, face aux pouvoirs exercés par les Communautés, une protection des droits fondamentaux efficace et équivalant, pour l’essentiel, au niveau de protection inaliénable exigé par la Loi fondamentale, notamment en garantissant de manière générale le contenu essentiel des droits fondamentaux, aussi longtemps la Cour constitutionnelle fédérale s’abstiendrait d’exercer son contrôle sur l’applicabilité de dispositions de droit communautaire dérivé servant de base juridique à l’action de juridictions et d’autorités administratives allemandes sur le territoire allemand et, dès lors, cesserait d’examiner ce droit à l’aune des droits fondamentaux inscrits dans la Loi fondamentale. En conséquence, les questions préjudicielles (relatives à des normes du droit communautaire dérivé) et soumises à la Cour constitutionnelle fédérale conformément à l’article 100, alinéa 1 de la Loi fondamentale sont irrecevables (...).

#### Maastricht, arrêt du 12 octobre 1993, (BVerfGE 89, 155)

Les juges du deuxième Sénat considèrent en effet désormais que la compétence de la CCF comprend la protection des droits fondamentaux, non seulement vis-à-vis des organes étatiques allemands, mais également vis-à-vis du “pouvoir souverain” (Hoheitsgewalt) de la Communauté:

«Les actes émanant d’une puissance publique particulière, distincte de celle des États membres, d’une organisation supranationale concernent les bénéficiaires des droits fondamentaux en Allemagne. Ils touchent ainsi aux garanties de la loi fondamentale et aux missions de la Cour constitutionnelle, qui ont pour objet la protection des droits fondamentaux en Allemagne et dans cette mesure non seulement vis-à-vis des organes étatiques allemands.» (EuGRZ, p. 435)

En élargissant la notion de “puissance publique” (öffentliche Gewalt), qui est au coeur de l’article 93 (1) 4a LF, pour y faire entrer celle exercée par la Communauté, la Cour sera amenée à admettre dans l’avenir des plaintes constitutionnelles individuelles introduites directement contre des actes du droit communautaire dérivé.

L’ampleur de ce revirement est cependant atténuée du fait que la Cour annonce qu’elle exercera son contrôle en coopération (**Kooperationsverhältnis**) avec la Cour de justice des Communautés européennes, laissant à cette dernière le soin d’assurer dans chaque cas la protection dans toute la Communauté, et se bornant, elle, à préserver la garantie générale du niveau inaliénable des droits fondamentaux.

= un élargissement du droit de saisine des individus.

#### Réglementation communautaire du marché de la banane, arrêt du 7 juin 2000 (2 BvL 1/97)

„Il n’est pas nécessaire que la protection assurée par le droit communautaire et la jurisprudence de la Cour de justice soit en tous points comparable à celle de la Loi fondamentale. Conformément aux conditions formulées dans l’arrêt Solange II, il est satisfait aux exigences de la Loi fondamentale si la jurisprudence de la Cour de justice assure, de manière générale, à l’égard des pouvoirs exercés par les Communautés européennes, une protection efficace et équivalant, pour l’essentiel, au niveau de protection inaliénable exigé par la Loi fondamentale, notamment en garantissant de manière générale le contenu essentiel des droits fondamentaux.

En conséquence, même après l’arrêt Maastricht de la Chambre, les recours constitutionnels et questions préjudicielles sont irrecevables de plein droit s’ils ne démontrent pas que depuis l’arrêt Solange II, le droit européen, en ce compris la jurisprudence de la Cour de justice, est descendu en-dessous du minimum requis en matière de protection des droits fondamentaux. C’est pourquoi la motivation d’une question préjudicielle ou d’un recours constitutionnel qui allèguent la violation, par le droit communautaire dérivé, d’un droit inscrit dans la Loi fondamentale, doit contenir la démonstration détaillée de ce que de manière générale, le niveau de protection inaliénable exigé par la Loi fondamentale n’y est pas assuré. Cela doit se faire par une mise en parallèle de la protection nationale et communautaire des droits fondamentaux, selon la méthode utilisée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt Solange II.

La Cour allemande a donc simplement joué sur les conditions de recevabilité des renvois préjudiciels et plaintes constitutionnelles déposées devant elle pour ouvrir/fermer puis ré ouvrir/refermer sa prétention de contrôler la conformité aux droits fondamentaux

**La CJCE répondra** au défi lancé par le BVerfG par sa jurisprudence bien connue en matière de protection des DF en tant que PGD (Stauder, IHG, Nold …)

(+ il existe un **2ème Le dialogue** **passé**, celui du contrôle des actes ultra vires : Maastricht 1992, Lisbonne 2009, clôturé par l’arrêt **Honeywell** 2010 selon lequel le contrôle des actes ultra vires doit rester exceptionnel. Il faut une violation qualifiée des compétences, qui soit évidente et entraine un déplacement structurel des compétences au détriment des EM, puis il faut préalablement utiliser le renvoi préjudiciel.)

**Donc deux dialogues qui commencent par une menace du BVerfG et se terminent par son désamorçage ! = Une stratégie destinée à se répéter ???**

*Le Chevalier Jedi qui brandit son épée laser mais ne frappe jamais ?*

### Le dialogue actuel : l’applicabilité de la Charte aux mesures nationales qui entrent dans le champ d’application du droit de l’Union

ENJEU : Comment éviter une marginalisation de la Cour constitutionnelle en tant que gardienne des droits fondamentaux de la Loi fondamentale en Allemagne.

Cette fois-ci c’est la CJUE qui ouvre le dialogue et la BVerG replique

*(L’empire contre-attaque et notre chevalier Jedi est pris au dépourvu.)*

#### 1. La jurisprudence de la CJUE relative au champ d’application de la charte

article 51 paragraphe 1, la Charte s’adresse aux Etats membres « uniquement lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union »

##### Des confirmations attendues (prévisibles aussi pour le BVerfG)

* confirmation de la jurisprudence antérieure relative au champ d’applications des DF en tant que PGD
* Ordonnance **Estov** 12 novembre 2010 : point 14 « Étant donné que la décision de renvoi ne contient aucun élément concret permettant de considérer que la decision (litigieuse), constituerait une mesure de mise en œuvre du droit de l’Union ou **qu’elle présenterait d’autres éléments de rattachement à ce dernier**, la compétence de la Cour pour répondre à la présente demande de décision préjudicielle n’est pas établie.
* **Arrêt N.S.** 21 décembre 2011 : point 68 « le pouvoir d’appréciation conféré aux États membres par l’article 3, paragraphe 2, du règlement n° 343/2003 fait partie des mécanismes de détermination de l’État membre responsable d’une demande d’asile prévus par ledit règlement et, dès lors, ne constitue qu’un élément du système européen commun d’asile. Partant, un État membre qui exerce ce pouvoir d’appréciation doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l’Union au sens de l’article 51, paragraphe 1, de la charte.”
* **Arrêt Akerberg Fransson,** 26 février 2013 : question de l’applicabilité du principe ne bis in idem de l’article 50 CFR à une affaire de fraude fiscale (en matière de déclaration de l’IR + TVA) en Suède dans laquelle les autorités suédoises ont infligées une sanction fiscale et introduite une action pénale prévues chacune par des dispositions de droit suédois qui en soi ne constituent pas une mise en œuvre du droit de l’Union.
* **point 21**“Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu’une réglementation nationale entre dans le champ d’application du droit de l’Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l’Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s’appliquer. L’applicabilité du droit de l’Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte.”
* confirmation de la teneur des explications

point 18 : article 51 par. 1 « confirme ainsi la jurisprudence de la Cour relative à la mesure dans laquelle l’action des États membres doit se conformer aux exigences découlant des droits fondamentaux garantis dans l’ordre juridique de l’Union.”

Point 20: definition corroborée par les explications

* = une interprétation large des termes de l’article 51 Charte

pt. 24 « les sanctions pénales fiscales et poursuites pénales … sont liées en partie à des manquements à ses obligations déclaratives en matière de TVA »

pt. 25 « en matière de TVA … il découle directive 2006/112 (relative au système commun de la TVA) … que chaque État membre a l’obligation de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l’intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude.”

Pt. 26 + « article 325 TFUE oblige les États membres à lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union par des mesures dissuasives et effectives et, en particulier, les oblige à prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union que celles qu’ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts”

Donc de telles sanctions et poursuites constituent une mise en oeuvre de la directive et de l’article 325 TFUE au sens de l’article 51 par 1 CFR

28 «  Le fait que les réglementations nationales qui servent de fondement auxdites sanctions fiscales et poursuites pénales n’aient pas été adoptées pour transposer la directive 2006/112 ne saurait être de nature à remettre en cause cette conclusion, dès lors que leur application tend à sanctionner une violation des dispositions de ladite directive et vise donc à mettre en œuvre l’obligation imposée par le traité aux États membres de sanctionner de manière effective les comportements attentatoires aux intérêts financiers de l’Union. »

***Donc en résumée : l’application de dispositions de droit interne pour sanctionner une violation du droit de l’Union = mise en œuvre du droit de l’Union cf. déjà*** 16 octobre 2003, Hannl-Hofstetter, C‑91/02, Rec. p. I‑12077

En dépit des termes très généraux du point 21 la Cour admet certaines exceptions :

##### Les exceptions maintenues (3)

1° **jurisprudence Annibaldi 18 décembre 1997**,

* confimée en dernier lieu par les arrêts **Iida du 8 novembre 2012**, point 79 « Afin de déterminer si le refus des autorités allemandes d’accorder à M. Iida la «carte de séjour de membre de la famille d’un citoyen de l’Union» relève de la mise en œuvre du droit de l’Union au sens de l’article 51 de la Charte, il y a lieu de vérifier, parmi d’autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l’Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l’Union, même si elle est susceptible d’affecter indirectement ce dernier, ainsi que s’il existe une réglementation du droit de l’Union spécifique en la matière ou susceptible de l’affecter (voir arrêt du 18 décembre 1997, Annibaldi, C-309/96, Rec. p. I‑7493, points 21 à 23)
* et en dernier lieu **Ymeraga 8.5.2013, point 41.**

**2° la flexibilité conditionnelle admise par l’arrêt Melloni du 26 février 2013, pt. 60 :** “l’article 53 de la Charte confirme que, lorsqu’un acte du droit de l’Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d’appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu’interprétée par la Cour, ni la primauté, l’unité et l’effectivité du droit de l’Union.”

1 Précision limitative dans **Akerberg Fransson**, point 29 :
« lorsqu’une juridiction d’un État membre est appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d’une disposition ou d’une mesure nationale qui, **dans une situation dans laquelle l’action des États membres n’est pas entièrement déterminée par le droit de l’Union**, met en œuvre ce droit au sens de l’article 51, paragraphe 1, de la Charte”

**3° l’exception de l’identité constitutionnelle article 4 TUE**

ex. Omega 2004, Sayn-Wittgenstein 2010

Les réactions de la BVerfG n’ont pas tardées :

#### 2. La position du BVerfG quant à l’applicabilité de la Charte

**3 décisions** ou la question n’a joué que de manière marginale et incidente mais donnant lieu à des propos significatifs pour la position du BVerfG

et **une décision** d’opposition frontale (*le retour du Jedi*?)

##### 19 juillet 2011, « meubles Le Corbusier », (1 BvR 1916/09), erster Senat

Applicabilité et obligation d’appliquer les droits fondamentaux de la loi fondamentale si le droit de l’Union laisse une marge de manœuvre dans la transposition d’une directive

Les droits fondamentaux du GG seraient cependant inapplicables lorsqu’il s’agit de la transposition de règles de droit de l’Union qui réalisent une harmonisation complète « vollharmonisierend »

Contra : arrêt NS de la Cour !

##### 15 décembre 2011, « ne bis in idem », (« 2 BvR 148/11)

point 40 : l’applicabilité de la Charte ne résulte pas automatiquement de l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, son champ d’application doit être ouvert

il doit s’agir de la mise en œuvre d’autres dispositions du droit de l’Union que celui de la Charte (raisonnement circulaire)

Vérification de l’applicabilité de la Charte doit être faite par les juridictions ordinaires sur la base de l’article 51 par. 1 et implique l’existence de règles du droit de l’Union

##### 15 décembre 2011, « AnyDVD », (1 BvR 1248/11)

Mise en balance de différents droits fondamentaux doit se faire au regard des exigences établies par la Loi fondamentale si la directive pertinente (2001/29, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information) ne contient pas une réglementation entrainant une harmonisation complète en ce qui concerne la mise en balance du droit d’auteur d’un côté et la liberté d’opinion et de la presse de l’autre,,,

##### 24 avril 2013, « base de données anti terrorisme », (1 BvR 1215/07)

*aux paragraphes 88-90 la BVerfG expose sa vision de l’applicabilité de la CFR :*

« Les droits fondamentaux européens de la Charte des droits fondamentaux ne sont pas applicables au cas à décider. Les dispositions attaquées sont à juger à l’aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale déjà pour la raison qu’elles ne sont pas déterminées par le droit de l’Union. Par conséquent il ne s’agit pas dans le présent cas d’une mise en œuvre du droit de l’Union qui seule pourrait entrainer une force obligatoire de la Charte pour les Etats membres.» (88)

au par. 89 la Cour constitutionnelle admet cependant que la loi allemande établissant le fichier informatique anti terrorisme soulève des questions qui touchent en partie des domaines règlementés par le droit de l’Union

et que la loi du fichier anti terrorisme n’est pas sans lien par rapport au droit de l’Union

elle estime cependant qu’il est évident que cette loi ne constitue pas une mise en œuvre du droit de l’Union – n’est pas déterminée par le droit de l’Union – qu’il n’y a ni obligation, ni interdiction, ni aucune indication dans le droit de l’UE sur le contenu d’un tel fichier

La loi allemande poursuite des objectifs de droit interne qui ne peuvent déterminer le fonctionnement de relations juridiques ordonnées par le droit de l’Union que de manière indirecte… cela n’est pas suffisant pour la soumettre à un contrôle au regard des droits fondamentaux de l’Union, Cite Annibaldi, 18.12.1997.

*Puis, au Point 91, vient la contestation de l’arrêt Akerberg Fransson. La BVerfG cherche à imposer une lecture restrictive de cet arrêt :*

Elle invoque « l’ensemble coopératif » des deux juridictions et exige que l’arrêt Akerberg ne doit être lu dans un sens selon lequel il serait ou bien à considérer comme un acte ultra vires ou bien menacerait la protection et la mise en œuvre des droits fondamentaux des Etats membres d’une manière qui met en cause l’identité de l’ordre constitutionnel allemand

L’arrêt Akerberg ne doit être compris et appliqué dans le sens que n’importe quelle relation factuelle d’une réglementation avec le champ d’application du droit de l’Union, considéré dans l’abstrait, serait suffisante pour entrainer l’applicabilité de la CFR

D’ailleurs la Cour aurait elle-même confirmé au point 19 de l’arrêt Akerberg « que les droits fondamentaux garantis dans l’ordre juridique de l’Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l’Union, mais pas en dehors de telles situations”.

## Les modalités du dialogue

Dialogue emprunte pour l’instant 2 voies complémentaires mais imparfaites pour permettre des échanges d’arguments.

Seul le recours au renvoi préjudiciel permettrait un véritable dialogue.

### A. Les carences d’un dialogue indirect et informel

Echange d’arguments à travers jurisprudence respective.

#### 1. Une juxtaposition de *obiter dicta* et de *rationes decidendi*

- Des arrêts / décisions en tant que vecteurs principaux du dialogue … au style différent

 longueur

 lisibilité, langage

 accessibilité …… donc un dialogue de juges qui ne parlent pas la même langue !

- Certaines décisions du BVerfG s’adressent explicitement à l’interlocuteur visé (la CJUE) : ex. Solange 2, Maastricht, Honeywell.

L’inverse n’existe pas sauf références dans conclusions des AG, références au droit applicable ou argumentation des parties. Donc, sauf erreur de ma part il n’y a pas de décision de la Cour de justice évoquant et discutant un arrêt du BVerfG. Il y a cependant des arrêts de la Cour portant sur des règles de droit constitutionnel allemand (IHG, Kreil, Omega Spielhallen)

#### 2. Les efforts d’échanges informels en parallèle

**Rencontres, visites de courtoisie :**

- 30 juin et 1er juillet 2013, visite de 18 membres (juges et AG) de la CJUE reçu au BVerfG

2 sessions de travail : protection européenne et nationale des droits fondamentaux et citoyenneté de l’Union

- 22 mars 2004, visite d’une délégation de 11 juges BVerfG à la CJUE. 2 tables rondes : pratique des juridictions allemandes en matière de renvoi préjudiciel et de renvoi constitutionnel (H.-J. Papier), et responsabilité de l’Etat pour violation du droit communautaire…

Une réunion avec les présidents des cours suprêmes des EM (Skouris, 9.12.)

 **Participation à des colloques, publications scientifiques**

 P. ex. Articles de Vosskuhle et Lenaerts dans EuConst

 **Interviews dans la presse et les médias**

Exemple extrême Roman Herzog dans FAZ 8 septembre 2008 : Stoppt den EuGH ! avant la décision Honeywell du BVerfG (Mangold 2005)

Par exemple interviews de Vosskuhle et Skouris rapportés par Die Welt 28 avril 2013, « animosités personnelles » Skouris a appelé les juges du BVerfG a plus de retenu dans leurs relations avec la presse « Medialer Rummel tut einem Gericht nicht gut ». Skouris critique aussi la jurisprudence sur les actes ultra vires et le fait de souligner cette controverse. Lui-même ne le fait pas.

Vosskuhle replique en avril 2013 dans Welt am Sonntag « Für den Präsidenten eines sehr dynamischen Gerichts mit einer sehr dynamischen Rechtssprechung isr da seine etwas gewagte Aussage ». et le droit au dernier mot ne serait revendiqué que dans des situations exceptionnelles = expression d’une association vécue des juridictions européenne

### B. Les avantages d’un dialogue direct dans le cadre du renvoi préjudiciel

Obligation reconnue / contournée par invocation abusive de CILFIT / alors qu’elle recèle un potentiel d’influence

#### La CJUE discute de mesures pour améliorer le dialogue

La durée des affaires préjudicielles a baissée est de moins de 17 mois en moyenne (possibilité de la PPU, clôture par ordonnance, de la procédure accélérée et de statuer sans conclusions)

Cf. les recommandations à l’intention des juridictions nationales (JOUE 26 novembre 2012, C 338/1) dont une amélioration est discutée dans le « forum des membres » de la Cour

Article 94 RP de la Cour :

Article 94

Contenu de la demande de décision préjudicielle

Outre le texte des questions posées à la Cour à titre préjudiciel, la demande de décision préjudicielle contient:

a) un exposé sommaire de l’objet du litige ainsi que des faits pertinents, tels qu’ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées;

b) la teneur des dispositions nationales susceptibles de s’appliquer en l'espèce et, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente;

c) l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s’interroger sur l’interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l’Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal.

Le juge national peut indiquer quelle réponse elle propose. Cela est prévu par le RP pour la PPU:

Article 107

Champ d’application de la procédure préjudicielle

d'urgence

1. Un renvoi préjudiciel qui soulève une ou plusieurs ques

tions concernant les domaines visés au titre V de la troisième

partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

peut, à la demande de la juridiction de renvoi ou, à titre excep

tionnel, d'office, être soumis à une procédure d'urgence déro

geant aux dispositions du présent règlement.

2. La juridiction de renvoi expose les circonstances de droit

et de fait qui établissent l'urgence et justifient l'application de

cette procédure dérogatoire, et elle indique, dans la mesure du

possible, la réponse qu'elle propose aux questions préjudicielles.

3. Si la juridiction de renvoi n'a pas présenté de demande

visant à la mise en œuvre de la procédure d'urgence, le prési

dent de la Cour peut, si l'application de cette procédure semble,

à première vue, s'imposer, demander à la chambre visée à l'ar

ticle 108 d'examiner la nécessité de soumettre le renvoi à ladite

procédure.

Article 101

Demande d’éclaircissements

1. Sans préjudice des mesures d’organisation de la procédure

et des mesures d’instruction prévues par le présent règlement, la

Cour peut, l'avocat général entendu, demander des éclaircisse

ments à la juridiction de renvoi dans le délai qu'elle fixe.

2. La réponse de la juridiction de renvoi à cette demande est

signifiée aux intéressés visés à l'article 23 du statut.

Cette procédure n’est utilisée que rarement par la Cour et seulement pour éclaircir les faits ou le drit interne, n’est pas apte pour pallier les éventuelles défaillances de la question

#### La reconnaissance de principe de l’obligation de renvoi préjudiciel par le BVerfG

article 267 TFUE al. 3 « juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne »

* **fondée sur le Grundgesetz article 101 (droit au juge légal)**
donc une obligation dont le respect est contrôlé par le BVerfG même sur plainte constitutionnelle. Une obligation dotée de valeur constitutionnelle.

Solange II, 22 octobre 1986 , BVerfGE 73,339 confirmé ultérieurement par arrêt du 31 mai 1990 (BVerfGE 82, 159)

Kloppenburg, 8 avril 1987, BVerfGE 75,223

BVerfG, 1 BvR 230/09 vom 25.2.2010, annulation d’un jugement de la Cour fédérale du travail (BAG) concrétise l’obligation de renvoi préjudiciel en se basant plus strictement sur les critères développés par la Cour de justice dans l’arrêt CILFIT.

* **reconnu en principe par le BVerfG y compris pour lui-même**

Solange I, 1974, certaines questions incidentes peuvent être tranchées par le BVerfG à moins que ne soient réunies les conditions de l’article 177 qui s’impose aussi au BVerfG »

Repris en 1979, « Vielleicht » : pas de besoin d’un nouveau renvoi de questions déjà soumises par un TA allemand dont la mesure où l’arrêt préjudiciel de la CJCE lie aussi le BVerfG

Par la suite le BVerfG n’a plus jamais évoqué une possible obligation pour elle-même de poser une question préjudicielle à la Cour de justice

Mais, dans Honeywell, 6 juillet 2010, par. 60 :

“Solange der Gerichtshof keine Gelegenheit hatte, über die aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen zu entscheiden, darf das Bundesverfassungsgericht für Deutschland keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts feststellen (vgl. BVerfGE 123, 267 <353>).”

* **jamais appliquée par le BVerfG lui-même**

#### 2. Le recours abusif à l’exception de l’acte clair et la jurisprudence « CILFIT »

Exceptions à l’obligation de renvoi, CILFIT, 6 octobre 1982:

1. „ question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue“
2. une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige.
3. l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à **aucun doute raisonnable** sur la manière de résoudre la question posée. Avant de conclure à 'existence d'une telle situation, la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que la juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre cette question à la Cour et la résoudre sous sa propre responsabilité.

Cp. ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre) juillet 2013, Dans l’affaire C‑136/12, **Consiglio nazionale dei geologi**

26      Il découle du rapport entre les deuxième et troisième alinéas de l’article 267 TFUE que les juridictions visées par le troisième alinéa jouissent du même pouvoir d’appréciation que toutes autres juridictions nationales en ce qui concerne le point de savoir si une décision sur un point de droit de l’Union est nécessaire pour leur permettre de rendre leur décision. Ces juridictions ne sont, dès lors, pas tenues de renvoyer une question d’interprétation de droit de l’Union soulevée devant elles si la question n’est pas pertinente, c’est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu’elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige (arrêt du 6 octobre 1982, Cilfit e.a., 283/81, Rec. p. 3415, point 10).

34      S’agissant, ensuite, de l’incidence éventuelle de **l’exigence de la durée raisonnable de la procédure** également évoquée par la juridiction de renvoi, il convient de relever que l’interrogation de ladite juridiction n’a été formulée par celle-ci que dans l’hypothèse où l’article 267 TFUE devrait être interprété en ce sens que ladite disposition impose à la juridiction nationale de dernière instance une obligation inconditionnelle de renvoi à titre préjudiciel d’une question d’interprétation du droit de l’Union soulevée par l’une des parties au litige. Dans ces conditions, et eu égard à ce qui ressort des points 25 à 33 du présent arrêt, il n’y a pas lieu de répondre à ladite interrogation.

36      Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions portant sur l’article 267, troisième alinéa, TFUE que cette disposition doit être interprétée en ce sens **qu’il appartient à la seule juridiction de renvoi** de déterminer et de formuler les questions préjudicielles portant sur l’interprétation du droit de l’Union qu’elle juge pertinentes pour la solution du litige au principal. Des règles nationales qui auraient pour effet de porter atteinte à cette compétence doivent être laissées inappliquées.

Donc l’obligation n’est pas inconditionnelle (indépendance du du juge national à l’égard des demandes des parties au principa) Anne Rigaux, Europe octobre 2013, comm. 392, p. 18

Déjà dans l’arrêt du **19 juillet 2011, « meubles Le Corbusier**», référence à CILFIT et théorie de l’acte clair, point 80 pour justifier le non renvoi par le BVerfG

Dans le cas d’espèce, **fichier anti-terrorisme, l’arrêt du 24 avril 2013**: points 88 à 91, c’est encore plus tranché :

- la plainte constitutionnelle ne donne pas lieu à une procédure préjudicielle devant la CJUE afin de clarifier la portée de la protection des droits fondamentaux du droit de l’Union par rapport à un échange de données entre différentes autorités de sécurité

- CILFIT, acte clair, le fichier n’est pas déterminée par des règles de droit de l’Union

- Pourtant le BVerfG conteste la lecture de l’article 51 (1) CFR par la CJUE dans son arrêt Akerberg, il y a donc bien une incertitude sur le sens de l’article 51 ou du moins un désaccord qui aurait du convaincre le BVerfG de poser une question préjudicielle. La 3ème condition de l’arrêt CILFIT n’est pas remplie !!!

Cp. avec les recommandations :

12. Cependant, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de

droit interne est tenue de saisir la Cour d’une telle demande, sauf lorsqu’il existe déjà une jurisprudence en la

matière (et que le cadre éventuellement nouveau ne soulève pas de doute réel quant à la possibilité

d’appliquer en l’espèce cette jurisprudence) ou lorsque la manière correcte d’interpréter la règle de droit

en cause apparaît de toute évidence.

13. Ainsi, une juridiction nationale peut, notamment lorsqu’elle s’estime suffisamment éclairée par la

jurisprudence de la Cour, décider elle-même de l’interprétation correcte du droit de l’Union et de son

application à la situation factuelle qu’elle constate. Toutefois, un renvoi préjudiciel peut s’avérer particuliè

rement utile lorsqu’il s’agit d’une question d’interprétation nouvelle présentant un intérêt général pour

l’application uniforme du droit de l’Union, ou lorsque la jurisprudence existante ne paraît pas applicable

à un cadre factuel inédit.

#### 3. Le renvoi comme possibilité d’influencer la jurisprudence de la CJUE

Dan l’arrêt Akerberg Fransson la Cour le rappelle explicitement au point 30 : “lorsque les juridictions nationales sont amenées à interpréter les dispositions de la Charte, elles ont la possibilité et, le cas échéant, sont dans l’obligation de saisir la Cour à titre préjudiciel conformément à l’article 267 TFUE”

Le renvoi préjudiciel fournit la seule occasion d’engager un véritable dialogue et d’influencer la jurisprudence de la CJUE. (Lenaerts, cf. Interview W. Weiss, LTO, p. 4)

D’autres cours constitutionnelles l’ont compris et ont pris le virage récemment : examples italiens, espagnpls et français (cp. texte Carola Rappe)

Les évaluations récentes : « il y a toujours une première fois »

* + 1. 2008, Corte Costituzionale (Italie),
		C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri c/ Regione Sardegna,
		arrêt de la CJUE du 17.11.2009
		2. 2011, Tribunal Constitucional (Espagne),
		C-399/11, Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal, arrêt du 26.02.2013
		3. 2013 – Conseil constitutionnel (France),
		C-168/13 PPU, Jeremy F. c/ Premier ministre, arrêt du 30.05.2013

Le juge de renvoi exerce une influence déterminante à travers la formulation de sa questions et des éléments de droit et de fait qu’il fournit à la Cour de justice.

La force de questionnement/ force de proposition (Laurent Coutron, 9.12.) cite l’arrêt Pontin (juridiction luxo) le juge a quo peut inviter la Cour de justice de se prononcer en un certain sens

Il peut Invoquer son identité constitutionnelle (sayn-Wittgenstein) la valeur particulière d’une règle constitutionnelle (Omega)

#### 4. L’affaire en cours portant sur les compétences de la BCE fournit l’occasion de franchir le pas

cp. SZ 30.11/1.12., p. 6, 2 BvR 1390/12

**Mündliche Verhandlung im Hauptsacheverfahren ESM/EZB**

11. et 12 juin 2013

Verfassungsbeschwerden und Organstreitverfahren betreffend - unter anderem - die Zustimmungsgesetze zum Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) und zum Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (Fiskalvertrag), den Beschluss des EZB-Rates vom 6. September 2012 über den Ankauf von Staatsanleihen (OMT-Programm) und das TARGET2-Zahlungssystem des Europäischen Systems der Zentralbanken.
- 2 BvR 1390/12 - (MdB Dr. Peter Gauweiler),
- 2 BvR 1421/12 - (Dr. Bruno Bandulet u.a.),
- 2 BvR 1438/12 - (Roman Huber u.a.),
- 2 BvR 1439/12 - (MdB Jan van Aken u.a.),
- 2 BvR 1440/12 - (Johannes Schorr),
- 2 BvR 1824/12 - (Prof. Dr. Johann Heinrich von Stein u.a.),
- 2 BvE 6/12 - (Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag)

Dans cette affaire la Cour constitutionnelle ne pourrait que très difficilement contourner l’obligation d’un renvoi préjudiciel

Des discussions au sein du second Senat semble opposer deux groupes (Pro= Vosskuhle, Contra : Peter M. Huber)

Il est clair qu’il appartient au Bundesverfassungsgericht de s’interroger sur la pertinence et l’obligation de poser une question préjudicielle :

* pertinence
* acte raisonnablement clair ? quasi clair (débat du 9.12.)
* délai raisonnable
* affaire pendante ? (article 267 par. 3) cp. avec le renvoi de la Cour constitutionnelle belge dans l’affaire

Sanctions éventuels : la mise en cause de la responsabilité de l’EM pour violation du droit de l’Union (Francovich / Köbler) en cas de abus de CILFIT (mais CILFIT est devenu plus difficile avec 28 EM, le critère a vieilli, qu’est ce qu’un acte clair (quasi clair) on peut laisser une certaine marge d’appréciation au juge national

avec ses faiblesses car le requérant devra démontrer que les 3 conditions sont remplies : une violation d’une règle substantielle, un dommage un lien de cause à effet (comme on ne peut savoir si le dommage résulte de la décision de ne pas renvoyer …)

Action de la Commission en manquement (opportunité) cp. commission c. Italie 2004

Si le BVerfG ne se résout pas à poser une question, elle sera un jour posé par un autre juge d’un autre EM et la réponse ne plaira pas forcément au BVerfG

Le devoir partagé des juges , dialogue des juges

Cf. Denys SIMON, Europe janvier 2014, p. 1

Between national constitutional courts and the ECJ the existing preliminary ruling procedure under article 267 TFEU offers a precious tool in order to influence the ECJ’s flourishing case law on the substance and scope of the Charter’s rights. Many national constitutional courts have already made ample use of this procedure. Only the German constitutional court followed by its colleagues in the Czech Republic and in Poland seems to remain reluctant. Though it declared already in 1986 to be bound in principle by the preliminary ruling procedure. “Die Nichtvorlagepraxis des BVerfG erscheint immer mehr als deutscher Verfassungssonderweg” Franz Mayer

 If it seriously wants to keep some influence on the interpretation of the Charter, it is now up to the German *Bundesverfassungsgericht* to follow the example given by the Italian Corte costituzionale, the Spanish ….. (references C. Rappe) and French *Conseil constitutionnel* that recently made its first reference to the ECJ for a preliminary ruling.[[1]](#footnote--1)

Pas comme celui suivi dans le dialogue des sourds « Akerberg Fransson / Antiterrordatei »

La High Court of Ireland et la Verfassungsgerichtshof autrichien ont saisies l’opportunité de poser des questions préjudicielles à la CJUE sur la compatibilité de la directive 2006/24 avec la Charte des droits fondamentaux

alors que le le premier Sénat du Bundesverfassungsgericht allemand a préféré ne pas faire l’usage du renvoi préjudiciel

Décision du 2 mars 2010 : 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08

**1. Kein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof** Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof kommt nicht in Betracht, da es auf einen möglichen Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht ankommt. Die Wirksamkeit der Richtlinie 2006/24/EG und ein sich hieraus möglicherweise ergebender Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor deutschen Grundrechten sind nicht entscheidungserheblich. Der Inhalt der Richtlinie belässt der Bundesrepublik Deutschland einen weiten Entscheidungsspielraum. Ihre Regelungen sind im Wesentlichen auf die Speicherungspflicht und deren Umfang beschränkt und regeln nicht den Zugang zu den Daten oder deren Verwendung durch die Behörden der Mitgliedstaaten. Mit diesem Inhalt kann die Richtlinie ohne Verstoß gegen die Grundrechte des Grundgesetzes umgesetzt werden. Das Grundgesetz verbietet eine solche Speicherung nicht unter allen Umständen.

Sa nouvelle position exprimée dans la décision du sur le mécanisme cf. Janisch SZ

## Conclusion

Renvoi préjudiciel = Un dialogue verticale ?

Leur dialogue doit s’insérer dans le fonctionnement du Europäische Verfassungsgerichtsverbund et en respecter les contraintes spécifiques

Les deux Cours doivent se partager les rôles. Kooperationsverhältnis. Confiance mutuelle….

Ils ne sont pas seuls dans ce Verbund

* Cour edh peut le jour venu trancher une opposition
* Les autres cours constitutionnelles suivent attentivement la jurisprudence de Karlsruhe (Vorbildfunktion)
* Ils doivent aussi écouter les autres
ex. **autrichien** qui a reconnu en 2012 la valeur constitutionnelle de la Charte, **belge**, qui en présence de droits constitutionnels et conventionnels (y compris de la Charte) analogues les traite comme « un ensemble indissociable », et **espagnol** qui en vertu de la Constitution et d’une loi organique adopté lors de la ratification du traité de Lisbonne doit interpréter les droits fondamentaux contenus dans la Constitution à la lumière de la Charte !

La voie à suivre c’est plutôt celle de considérer les deux instruments comme complémentaire et à les appliquer ensemble au lieu de les opposer.

1. See Denys SIMON, « Il y a toujours une première fois ». A propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013, Europe, Mai 2013, p. 6. [↑](#footnote-ref--1)