



INSIGHT

L'OFFICE DU JUGE INTERNE POUR MODULER LES EFFETS
DE L'ANNULATION D'UN ACTE CONTRAIRE AU DROIT
DE L'UNION. REFLEXIONS SUR L'ARRET *ASSOCIATION FRANCE
NATURE ENVIRONNEMENT* DU CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS

LAURE CLÉMENT-WILZ*

ABSTRACT: This *Insight* focuses on the decision *Association France Nature Environnement* (judgment of 3 November 2016, n. 360212) adopted by French Conseil d'Etat on the basis of a preliminary ruling of the Court of Justice. The combined effect of the two decisions – the preliminary ruling of the Court of Justice (judgment of 28 July 2016, case C-379/15, *Association France Nature Environnement*) and the judgment of the Conseil d'Etat – is to recognise to the national judges the power to limit in time the effects of a declaration of the illegality of a national measure inconsistent with European Law, under certain conditions mainly linked to the need to avoid adverse effect for the environment arising from the annulment. At a close analysis, however, this power is subject to quite restrictive conditions, that also include the duty of the Conseil d'Etat as a last instance court, to refer the issue to the Court of Justice under Art. 267, para. 3, TFEU.

KEYWORDS: national judge's powers – power to maintain certain effects of a measure incompatible with EU Law provisionally – obligation to make a reference to the Court for a preliminary ruling – French Conseil d'Etat – directive 2001/42 – preliminary ruling.

I. INTRODUCTION

Le Conseil d'Etat français, qui dans l'affaire *Association France Nature Environnement* posait pour la première fois à la CJUE une question sur l'interprétation de l'art. 267 TFUE relatif au renvoi préjudiciel, vient avec sa décision du 3 novembre 2016¹ de réduire nombre d'interrogations sur l'office du juge national dans l'hypothèse de la modulation des effets d'une annulation d'un acte administratif contraire au droit de l'Union européenne. *A priori* purement technique, cette question est en réalité sensible politiquement en l'espèce en raison de la portée de l'annulation d'un plan ou d'un programme

* Professeur de droit public, Université de Limoges, laure.clement-wilz@unilim.fr.

¹ Conseil d'Etat, arrêt du 3 novembre 2016, n° 360212, *Association France Nature Environnement*.

d'action en matière environnementale. Elle est également délicate juridiquement du fait des exigences contradictoires en jeu: le principe de sécurité juridique d'un côté et le principe de primauté du droit de l'Union européenne de l'autre.

Dans sa décision du 26 juin 2015, le Conseil d'Etat avait jugé que l'art. 1^{er} du décret n° 2012-616² assurant la transposition de la directive 2001/42³ devait être annulé en ce que, contrairement aux exigences de cette directive, il confiait à la même autorité à la fois la compétence pour élaborer et approuver un certain nombre de plans et programmes sur l'environnement et la compétence consultative environnementale pour ces derniers. Il avait alors sollicité la Cour de justice sur deux questions. Par la première, il souhaitait savoir si une juridiction nationale devait toujours saisir la Cour de justice pour apprécier s'il y avait lieu de moduler les effets de l'annulation dans le temps, et ce, ajoutait-il dans les motifs de la décision de renvoi, "alors même que le délai dans lequel la Cour se prononce conduirait en ce cas, quel que soit le sens de sa décision, à différer en pratique les effets de l'annulation éventuellement prononcée par le juge national". La seconde question était formulée de la façon suivante: "en cas de réponse affirmative à la première question", est-il possible de maintenir les effets des dispositions du décret annulées notamment en raison de "considérations impérieuses de protection de l'environnement?"⁴ Ainsi, c'est seulement si la Cour devait reconnaître l'existence d'une obligation de saisine que le Conseil d'Etat attendait son avis sur cette modulation. Autrement dit, seule une Cour compétente pour apprécier la modulation pouvait donner légitimement des indications aux juges nationaux sur la manière de moduler. Dans cette optique, il a livré sa propre analyse en espérant orienter l'appréciation de la Cour. Selon lui, "il y aurait lieu de prévoir que l'annulation partielle ne prendrait effet qu'à compter du 1er janvier 2016". En effet, la rétroactivité de l'annulation du décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement remettrait en cause la légalité de l'ensemble des plans et programmes pris en application de ces dispositions ainsi que celle des actes pris sur leur fondement.

Dans son arrêt du 28 juillet 2016, la Cour de justice,⁵ comme elle le pratique bien souvent sans le justifier, a inversé l'ordre des questions. Loin d'être illogique,⁶ et encore moins anodin, cet inversement lui permet de signifier au Conseil d'Etat que le point central de l'analyse porte sur les prérogatives du juge national en matière de modulation des effets dans le temps d'un acte national contraire au droit de l'Union. A l'instar de

² Décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement.

³ Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

⁴ Conseil d'Etat, *Association France Nature Environnement*, cit.

⁵ Cour de justice, arrêt du 28 juillet 2016, affaire C-379/15, *Association France Nature Environnement*.

⁶ *Contra*, O. MAMOUDY, *Encadrement de la possibilité pour le juge national de maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2016, p. 2226.

l'AG Kokott, on aurait même pu considérer qu'il s'agissait en réalité d'une seule et même question, centrée sur les prérogatives de la juridiction nationale, formulée de la manière suivante: la juridiction nationale "doit-elle abroger avec effet rétroactif la transposition erronée d'une directive ou peut-elle maintenir provisoirement les règles erronées jusqu'à ce que le législateur corrige (pour l'avenir) l'erreur?",⁷ question qui englobe alors celle de la répartition des compétences entre la Cour de justice et le juge national et donc celle de l'activation du renvoi préjudiciel. Mais alors que la première question traitée, dans l'arrêt de la CJUE, répond principalement à cette question unique de l'avocat général, le choix de maintenir la seconde question (qui correspond à la première du Conseil d'Etat) lui permet d'en transformer le sens. En effet, le Conseil d'Etat visait toutes les juridictions nationales et posait incidemment la question, fort intéressante tant elle révèle les paradoxes du renvoi préjudiciel, du devenir de l'acte national contraire au droit de l'Union mais maintenu en vigueur le temps que la Cour se prononce sur la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une annulation. La Cour de justice préfère se concentrer sur l'obligation prévue par l'art. 267, par. 3, TFUE, pesant sur les seules juridictions de dernier ressort. Elle choisit donc d'insister sur le seul office de celui qui lui pose la question.

Avec l'arrêt *Association France Nature Environnement* du 3 novembre 2016, le Conseil d'Etat entérine donc la solution de la Cour concernant les prérogatives des juridictions nationales inférieures en matière de modulation des effets dans le temps de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union. Il reprend également ce qui a été décidé relativement à ses propres obligations en tant que juridiction suprême en matière de renvoi préjudiciel. Le rappel des prérogatives des juges nationaux en matière de modulation et de leurs obligations en matière de renvoi préjudiciel constitue le cœur de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 novembre 2016. Du point de vue du juge national, le droit de l'Union européenne est à la fois un levier et une contrainte, un instrument d'émancipation et d'obligation.⁸ Alors que l'arrêt *Association France Nature Environnement*, lu ensemble avec l'arrêt de la Cour de justice, précise les prérogatives des juges internes en matière de modulation (II), il permet aussi de rappeler de manière ferme l'obligation des juges nationaux, et notamment du Conseil d'Etat, en matière de renvoi préjudiciel (III).

⁷ Conclusions AG Kokott du 28 avril 2016, affaire C-379/15, *Association France Nature Environnement*, par. 1.

⁸ J. SIRINELLI, *L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif*, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 1223.

II. LES PRÉROGATIVES RECONNUES AUX JUGES NATIONAUX EN MATIÈRE DE MODULATION

II.1. LE CHOIX DU JUGE INTERNE DE LA MODULATION

En insistant sur la nécessaire appréciation du juge national de la modulation au “cas par cas”⁹ et en écartant toute possibilité d’appréciation abstraite, la Cour de Justice réservait implicitement au seul juge de la légalité des plans et programmes le soin de moduler les effets de l’annulation. De manière plus explicite, l’AG avait distingué entre l’illégalité de l’art. 1^{er} du décret et l’illégalité des plans et programmes adoptés en vertu de cette disposition illégale, ce qui impliquait que le Conseil d’Etat ne pouvait pas lui-même moduler dans le temps les effets de l’annulation de l’art. 1^{er} du décret attaqué devant lui. C’est bien ce raisonnement que suit le Conseil d’Etat. Les dispositions de l’art. 1^{er} du décret “fixent des règles de procédure à caractère général qui n’ont pas, par elles-mêmes, d’incidence sur la protection de l’environnement” et

“le Conseil d’Etat ne [peut] porter, par avance, une appréciation circonstanciée, au regard des conditions énoncées par la Cour [...] sur les décisions dont la légalité pourrait être mise en cause en raison de l’annulation du décret litigieux”.¹⁰

Il renvoie donc aux

“juridictions administratives devant lesquelles il serait soutenu à bon droit qu’un plan ou programme pris en application du décret attaqué ou qu’un acte pris sur le fondement d’un de ces plans ou programmes est illégal au motif qu’il a été pris sur le fondement des dispositions en cause du décret du 2 mai 2012 ou que la procédure d’adoption du plan ou programme a méconnu la directive du 27 juin 2001 (le soin) d’apprécier s’il y a lieu de maintenir provisoirement en vigueur l’acte attaqué et de vérifier, à ce titre, si les conditions [...] sont remplies”.¹¹

Mais n’est-il pas illogique que ce soit la Cour de justice qui rappelle au Conseil d’Etat que la modulation de l’annulation ne relève pas de son office mais de celui des autres juges administratifs, interférant ainsi dans l’organisation juridictionnelle interne? C’est finalement en suivant la Cour de justice que le Conseil d’Etat rejoint la proposition initialement formulée par son rapporteur public.¹² Selon ce dernier, il n’était pas certain que l’annulation de l’art. 1^{er} du décret était de nature à emporter des conséquences véritablement excessives, dans la mesure où,

⁹ Cour de justice, *Association France Nature Environnement*, cit., par. 34, 40.

¹⁰ Conseil d’Etat, *Association France Nature Environnement*, cit.

¹¹ *Ibid.*, point 3.

¹² Conclusions Lesquen du 26 juin 2015, arrêt n° 360212, *Association France Nature Environnement*.

“en cas d’annulation, le juge pourr[ait] envisager de faire usage du pouvoir de modulation dans le temps des effets de l’annulation d’un document de planification identifié, périmètre [...] bien plus pertinent pour apprécier son bilan au regard des objectifs fixés par le droit de l’Union”.¹³

Dans ces conditions, on pourrait même s’interroger sur la pertinence de la question posée par le Conseil d’Etat à la Cour, alors que la modulation ne le concernait pas directement. Malgré cette ambiguïté relative à la distribution des rôles juridictionnels, la question demeurerait toutefois nécessaire, tant en raison du caractère pointilliste de la jurisprudence de la Cour en matière de modulation par les juges nationaux de l’effet d’une annulation que de l’intérêt de la réponse pour le Conseil d’Etat lui-même en tant que juge de la modulation.

II.2. LES CONDITIONS DE LA MODULATION PAR LE JUGE INTERNE

Depuis quelques années, le Conseil d’Etat a prononcé quelques arrêts assez difficiles à saisir, voire assez contestables, sur la modulation des effets de l’annulation d’un acte contraire au droit de l’Union. Dans l’arrêt *Vent de Colère*,¹⁴ le Conseil d’Etat était lié par la Cour de justice qui s’était prononcée explicitement contre la modulation des effets de son propre arrêt.¹⁵ Dans deux autres affaires, le Conseil d’Etat avait considéré que la modulation des effets de l’annulation d’un acte administratif contraire au droit de l’Union était possible dans la mesure où cela permettait de respecter d’autres règles ou objectifs du droit de l’Union européenne, comme le principe de sécurité juridique, reconnu par le droit de l’Union dans l’arrêt *Canal +*¹⁶ ou l’objectif de maintenir un niveau élevé de protection de la santé humaine dans l’arrêt *Octapharma*.¹⁷ On a pu déduire de ce dernier arrêt qu’il pouvait le faire seulement parce que la Cour de justice ne s’était pas prononcée sur ce point. Alors même que le droit de l’Union venait ici transformer l’office du juge national de la modulation, dans la mesure où il innovait en ne faisant jouer la modulation que vis-à-vis du défendeur,¹⁸ le Conseil d’Etat avait tout de même

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Conseil d’Etat, arrêt du 28 mai 2014, n° 324852, *Association Vent de colère! Fédération nationale et autres*.

¹⁵ Cour de justice, arrêt du 19 décembre 2013, affaire C-262/12, *Association Vent de Colère!*.

¹⁶ Conseil d’Etat, arrêt du 17 juin 2011, n° 324816 et al., *Sté Canal+ Distribution et al.*

¹⁷ Conseil d’Etat, arrêt du 23 juillet 2014, n° 349717, *Société Octapharma France*; il avait considéré qu’il pouvait moduler les effets de l’annulation pour méconnaissance de la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001, telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du 31 mars 2004, et de la directive 2002/98/CE du 27 janvier 2003, telles qu’interprétées par la Cour de justice à la suite d’une question pré-judicielle posée par le Conseil d’Etat dans cette même affaire (Cour de justice, arrêt du 13 mars 2014, affaire C-512/12, *Octapharma France SAS*).

¹⁸ L’Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé pourra continuer à produire les produits sanguins, contrairement à ce que permet le droit de l’Union européenne. En revanche, la requé-

enfreint le principe d'effectivité, certes de manière temporaire. Sur le plan du dialogue des juges, on a ainsi pu regretter que le Conseil d'Etat n'ait pas posé de question préjudicielle sur la question de la modulation dans le temps,¹⁹ témoignant ainsi de son souhait de préserver son autonomie.

Or dans l'affaire *Association France Nature Environnement*, le Conseil d'Etat aurait pu suivre sa propre jurisprudence en s'appuyant sur la protection de l'environnement comme objectif justifiant une modulation.²⁰ Dans son arrêt de renvoi, il a d'ailleurs considéré que la rétroactivité de l'annulation partielle du décret "serait préjudiciable tant pour le respect du principe de sécurité juridique, reconnu par le droit de l'Union, que pour la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement, lequel constitue l'un des objectifs essentiels de l'Union". Mais il a préféré poser le problème de manière ouverte, en l'axant pour la première fois autour de l'interprétation de l'art. 267 TFUE, espérant obtenir une réponse de principe de la Cour et des précisions sur la portée de l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie* dont le litige au principal était très proche de l'espèce française.

Contrairement au souhait du Conseil d'Etat, la Cour n'a pas livré de réponse de principe et son arrêt est resté limité à la directive 2001/42. Comme dans l'arrêt *Inter-environnement Wallonie* sur lequel elle se fonde amplement, la Cour de justice rappelle

"qu'une juridiction nationale peut, compte tenu de l'existence d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement et pour autant que sont respectées [quatre] conditions que cet arrêt précise, exceptionnellement être autorisée à faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à maintenir certains effets d'un acte national annulé".²¹

Outre la nécessaire "existence d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement", les quatre conditions sont les suivantes:

- a) la disposition du droit national attaquée constitue une mesure de transposition correcte du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement;
- b) l'adoption et l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition du droit national ne permettent pas d'éviter les effets préjudiciables sur l'environnement découlant de l'annulation de la disposition du droit national attaquée;
- c) l'annulation de cette dernière aurait pour conséquence de créer un vide juridique en ce qui concerne la transposition du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement qui serait plus préjudiciable à celui-ci, en ce sens que cette annulation

rante, la société Octapharma, pourra dès le prononcé de l'arrêt demander une autorisation de mise sur le marché.

¹⁹ En ce sens également, O. MAMOUDY, *La jurisprudence ACI appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2014, p. 2315.

²⁰ Même si, on en convient, ce "raisonnement, qui s'appuie sur la généralité de document mal défini, est pour le moins fragile". Conclusions Lesquen du 26 juin 2015, cit.

²¹ Cour de justice, *Association France Nature Environnement*, cit., par. 34.

se traduirait par une protection moindre et irait ainsi à l'encontre même de l'objectif essentiel du droit de l'Union, et

d) un maintien exceptionnel des effets de la disposition du droit national attaquée ne couvre que le laps de temps strictement nécessaire à l'adoption des mesures permettant de remédier à l'irrégularité constatée.

On peut relever que, parmi ces quatre conditions, la première est conçue plus largement que précédemment.²² Dans l'arrêt *Inter-environnement Wallonie*, la Cour visait spécifiquement l'hypothèse d'espèce, à savoir que l'acte national en cause devait constituer une mesure de transposition correcte de la directive 91/676.²³ Le cas était très particulier: le programme d'action en matière environnementale adopté en violation de la directive 2001/42, dite "directive de procédure".²⁴ mettait en œuvre le contenu d'une autre directive, la directive 91/676, dite "Nitrate". En revanche, dans l'arrêt *Association France Nature Environnement*, la mesure en cause devait constituer de manière plus générale "une mesure de transposition correcte du droit de l'Union en matière de protection de l'environnement". Cette solution de la Cour de justice permet d'ouvrir la portée de l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*. La marge de manœuvre du juge national s'élargit donc, même si l'on peut se demander comment, concrètement, une mesure qui ne respecte pas la directive 2001/42, directive environnementale, peut transposer correctement le droit de l'Union en matière de protection de l'environnement...

Quant à la condition selon laquelle la limitation "s'impose par une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement",²⁵ la Cour de justice ne donne aucune précision supplémentaire alors même que le Conseil d'Etat l'interrogeait spécifiquement sur ce point. En ne répondant pas, la Cour de justice ouvre une fenêtre de compétence au juge national et rappelle en creux ses obligations. Concernant plus spécifiquement les obligations des juridictions de dernier ressort, la Cour est en revanche plus explicite.

III. LES OBLIGATIONS PESANT SUR LES JUGES INTERNES EN MATIÈRE DE RENVOI PRÉJUDICIEL

III.1. LES OBLIGATIONS DE TOUS LES JUGES INTERNES

Qui, de la Cour de justice ou des juges nationaux, est compétent pour moduler les effets d'une annulation d'acte contraire au droit de l'Union? Ou plus précisément, le juge national, lorsqu'il veut moduler les effets d'une annulation d'un acte contraire au droit

²² En ce sens, égal. H. CASSAGNABERE, *Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps*, in *Les nouveaux Cahiers du droit constitutionnel*, janvier 2017, p. 8.

²³ Directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles.

²⁴ Conclusions AG Kokott du 8 décembre 2011, affaire C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie*, par. 1.

²⁵ Cour de justice, *Association France Nature Environnement*, cit., par. 43.

de l'Union, doit-il préalablement saisir la Cour de justice afin de recueillir son autorisation préalable? Le *pouvoir* de modulation des juges nationaux dépend-il d'une *obligation* de renvoi préjudiciel? Existe-t-il une hypothèse de saisine obligatoire de la Cour de justice en dehors de l'art. 267, par. 3, TFUE qui viendrait s'ajouter à l'obligation, posée par la Cour dans l'arrêt *Foto-Frost*,²⁶ pour tout juge national de renvoyer à la Cour le soin de trancher la question de la validité d'un acte de l'Union européenne, en cas de doute sur la validité? Si l'on suit la jurisprudence *Winner Wetten*, cette appréciation relève de la seule Cour de justice. En effet, la Cour avait jugé de manière assez claire que les conditions "d'une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci [...] ne pourraient être déterminées que par la seule Cour".²⁷

Dans le cadre plus spécifique de la protection de l'environnement, l'arrêt *Inter-environnement Wallonie* ne semblait pas remettre en cause cette solution. Dans cette affaire, c'est bien la Cour qui avait, moyennant le respect de quatre conditions, autorisé le juge national *a quo* à moduler les effets de l'annulation de l'acte contraire au droit de l'Union. Désormais, avec l'arrêt *Association Française de Protection de l'environnement*, le juge national, pour autant qu'il procède au cas par cas et qu'il respecte ces quatre conditions, pourra procéder *lui-même* à cette modulation sans autorisation préalable de la Cour de justice dans le cas concret. Cette conclusion peut être déduite de l'articulation du raisonnement de la Cour, qui oppose, par la locution 'cela étant',²⁸ l'apport de l'arrêt *Winner Wetten* à celui de l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*. La Cour de justice semble donc se retirer, en tout cas ne pas considérer que les juges du fond aient besoin, au cas par cas, de son autorisation. C'est bien comme cela que le Conseil d'Etat l'entend dans l'arrêt commenté: il renvoie aux autres juridictions administratives le soin d'apprécier l'opportunité d'une modulation, sans mentionner qu'elles devront saisir la Cour de justice.

Mais une autre lecture de l'arrêt est possible. En effet, rappelons que la Cour de justice était interrogée en premier lieu sur sa propre compétence. A suivre le Conseil d'Etat, c'est seulement si la Cour était compétente pour apprécier l'opportunité de la modulation qu'elle pouvait alors donner son avis sur ce point. Mais la Cour ne répond, ni préalablement ni même explicitement, à cette première question. Elle donne son appréciation sur l'opportunité de la modulation en en rappelant les conditions à appliquer par le juge national. On peut donc considérer qu'implicitement, la Cour se reconnaît compétente pour répondre à toute question relative à la modulation... De sorte que la portée de l'arrêt *Association France Environnement* de la Cour paraît encore plus restrictive qu'elle ne l'est déjà: les juges administratifs habilités à moduler n'échappent à

²⁶ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 22 octobre 1987, affaire C-314/85, *Foto-Frost*.

²⁷ Cour de justice, arrêt du 8 septembre 2010, affaire C-409/06, *Winner Wetten* [GC], par. 67.

²⁸ Par la locution 'cela étant' v. Cour de justice, *Association France Nature Environnement*, cit., par. 34.

l'obligation de renvoi que parce que la Cour a, justement et préalablement, donné l'autorisation en l'espèce. En ne répondant pas à la première question posée par le Conseil d'Etat, la Cour dit finalement quelque chose: il faut la saisir préalablement à toute velléité de modulation de la part du juge national.

Enfin, l'arrêt revêt un autre intérêt de la question préjudicielle, peut-être plus inattendu, pour le Conseil d'Etat: elle permet de rappeler la portée de l'art. 267, par. 3, TFUE.

III.2. LES OBLIGATIONS DU CONSEIL D'ETAT FRANÇAIS

Réinterprétée, la question du Conseil d'Etat relative à la compétence de la Cour devient en une question sur ses propres obligations en tant que juge de dernier ressort. Jamais évoquée par l'avocat général, précisément parce que la Cour n'était pas interrogée sur l'interprétation de l'art. 267, par. 3, TFUE, la jurisprudence *Cilfit* sur la théorie de l'acte clair²⁹ est rappelée par la Cour. Ce n'est que si la juridiction de dernière instance est "convaincue, ce qu'elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu'aucun doute raisonnable n'existe, quant à l'interprétation et à l'application des conditions", posées par l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*,³⁰ pour limiter les effets dans le temps d'une déclaration d'illégalité d'une disposition du droit national adoptée en méconnaissance des obligations prévues par l'art. 2001/42/CE, qu'elle est dispensée de l'obligation de poser une question préjudicielle. On peut considérer que, ce faisant, la Cour a élargi la portée de la théorie de l'acte clair au profit de la juridiction qui en a la paternité depuis l'arrêt *Société des Pétroles Shell Berre*.³¹ Mais en réalité, au vu du caractère très restrictif des conditions posées, et du renvoi à l'absence de doute raisonnable, il semble au contraire que la Cour insiste surtout sur les obligations qui pèsent sur une juridiction de dernier ressort en matière préjudicielle ainsi que sur les exceptions, admises depuis longtemps, à cette obligation.

En faisant ainsi le choix de traiter des devoirs du Conseil d'Etat en tant que juridiction de dernier ressort, la Cour de justice semble faire écho à une remarque sibylline de l'AG Kokott:

"la présente demande de décision préjudicielle est le point de départ d'un bel exercice de gammes sur le clavier du droit de l'Union à plusieurs niveaux, qui rappelle les motifs de primauté, de demande de décision préjudicielle et des conséquences d'erreurs de

²⁹ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 6 octobre 1982, affaire 283/81, *Cilfit*.

³⁰ *Inter-Environnement Wallonie*, cit. Voir aussi G. GENTILE, *Inter-Environnement Expanded: Another Brick Out of the Wall of EU Law Supremacy?*, in *European Papers – European Forum, Insight* du 29 mars 2017, www.europeanpapers.eu, p. 1 *et seq.*, et F. PANI, *L'obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in *European Papers – European Forum, Insight* du 29 mars 2017, www.europeanpapers.eu, p. 1 *et seq.*

³¹ Conseil d'Etat, arrêt du 19 juin 1964, n°47007, *Société des pétroles Shell Berre*.

procédure. Cependant, il ne faut pas s'attendre à ce que la mélodie qui s'en dégage agréée le Conseil d'Etat".³²

Difficile à interpréter, cette phrase nous semble au demeurant peu opportune sur la forme de la part d'un membre de la Cour de justice, car elle énonce une certaine défiance vis-à-vis du Conseil d'Etat. Sur le fond, elle se contente de rappeler que le Conseil d'Etat, bien que considéré comme un juge différent des autres "tant il est ou a été attaché à sa souveraineté juridictionnelle",³³ reste une juridiction comme les autres du point de vue de l'art. 267 TFUE et de ses obligations en tant que juge de droit commun du droit de l'Union.

Dans son arrêt *Association France Nature Environnement*, le Conseil d'Etat entérine de manière neutre cette lecture le présentant comme une juridiction suprême tenue par l'obligation de renvoi préjudiciel, de même qu'il reprend l'énoncé des exceptions. Il n'en tire pas de conséquences en l'espèce, ce qui est très logique, le second point du dispositif de l'arrêt de la Cour n'ayant pas vocation à être appliqué en l'espèce. L'arrêt *Association France Nature Environnement* montre toutefois que le rapport du Conseil d'Etat à son obligation de renvoi préjudiciel demeure ambivalent, même si la période d'incompréhension réciproque entre la Cour et lui est révolue. L'intégration du droit de l'Union par le Conseil d'Etat est désormais chose acquise et le Conseil d'Etat a depuis une dizaine d'années prononcé différents arrêts emblématiques du point de vue de l'intégration du droit de l'Union en droit administratif français (*Perreux*,³⁴ *Arcelor*,³⁵ *SCEA du Chêneau*,³⁶ *Gestas*³⁷). Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat depuis 2006 et président du comité de sélection des juges et avocats généraux de la CJUE depuis 2010, a visiblement insufflé cette "substantielle [...] accélération [...] du 'réflexe européen' au sein du Conseil d'Etat".³⁸ N'a-t-il pas souligné en 2009 que

³² Conclusions AG Kokott, *Association France Nature Environnement*, cit., par. 5.

³³ C. VOCANSON, *Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse, Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 2012, p. 20 (publiée chez LGDJ, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2014).

³⁴ Conseil d'Etat, arrêt du 30 octobre 2009, n° 298348, *Mme Perreux* [Assemblée] (effet direct des directives).

³⁵ Conseil d'Etat, arrêt du 8 février 2007, n° 287110, *Société Arcelor* [Assemblée]; Conseil d'Etat, arrêt du 10 avril 2008, n° 296845, *Conseil National des Barreaux* et Conseil d'Etat, 3 octobre 2016, n° 388649, *Confédération paysanne et autres* (primauté du droit de l'Union et droit constitutionnel).

³⁶ Tribunal des conflits, arrêt du 17 octobre 2011, n° 3828 et 3829, *Préfet de la Région de Bretagne, préfet d'Ile et Vilaine SCEA du Chêneau* (primauté du droit de l'Union et question préjudicielle au juge judiciaire).

³⁷ Conseil d'Etat, arrêt du 18 juin 2008, n° 295831, *Gestas*; Conseil d'Etat, arrêt du 21 septembre 2016, n° 394360, *Lactalis Ingrédients* (responsabilité de l'Etat du fait d'une juridiction suprême).

³⁸ J. BIANCARELLI, *Peut-on parler du 'renouveau européen' du Conseil d'Etat depuis 2007?*, in J.-C. MASLET, H.R. FABRI, C. BOUTAYEB, S. RODRIGUES (dir.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: Union de droit, union des droits*, Paris: Pedone, 2010, p. 577.

“c'est dans [le] cadre [du renvoi préjudiciel] que s'est accomplie, pour l'essentiel, l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice, et que c'est à la faveur du dialogue qu'elle a favorisé entre la Cour et les juridictions nationales que le droit communautaire a véritablement acquis droit de cité dans le prétoire de ces dernières, quelle que soit leur place dans l'appareil juridictionnel des États membres”³⁹

Le Conseil d'Etat est de plus très soucieux de préserver ce mécanisme de coopération juridictionnelle, y compris lorsque la Cour de justice dépasse l'objet de la question qui lui est posée (*affaire dite des 'échalotes'*)⁴⁰ et en cas de conflit potentiel avec la question prioritaire de constitutionnalité (arrêts *Runovic*⁴¹ et *Jacob*)⁴²?

Toutefois, les récents arrêts *Didier A* et *Quintanel*,⁴³ en matière de code des pensions et d'interprétation du principe de non-discrimination homme-femme ou encore l'avis *Praxair*, concernant l'éventuel remboursement des cotisations de la contribution au service public de l'électricité (CSPE), qui dépendait de son rattachement au mécanisme d'aide d'Etat litigieux,⁴⁴ nous rappellent que lorsque le Conseil d'Etat veut trancher seul, alors même qu'un doute existe sur l'interprétation du droit de l'Union,⁴⁵ il le fait. Il conditionne alors toujours la question préjudicielle à sa 'difficulté sérieuse', notion plus restrictive que le simple 'doute'. A l'inverse, il peut parfois choisir de poser une question principalement pour des raisons d'opportunité politique.⁴⁶

³⁹ J.M. Sauvé, *Réflexion autour de la procédure préjudicielle*, in *Symposium des présidents des cours constitutionnelles et suprêmes de l'Union européenne à la Cour de justice des Communautés européennes – Luxembourg*, 30 et 31 mars 2009, disponible sur www.conseil-etat.fr.

⁴⁰ Conseil d'Etat, arrêt du 11 décembre 2006, n° 234560, *De Groot en Slot Allium* [Assemblée].

⁴¹ Conseil d'Etat, arrêt du 14 mai 2006, n° 312305, *Senad Runovic* (liberté du juge pour poser une question préjudicielle même lorsqu'une QPC est soulevée).

⁴² Conseil d'Etat, arrêt du 31 mai 2016, n° 393881, *M. Jacob* [Assemblée]; v. égal. Conseil d'Etat, arrêt du 27 juin 2016, n° 399024, *AFEP* et Conseil d'Etat, arrêt du 27 juin 2016, n°398585, *Société APSIS* (la QPC n'a pas de caractère sérieux tant qu'il n'est pas éclairé sur l'interprétation du droit de l'Union).

⁴³ Conseil d'Etat, arrêt du 7 mars 2008, n° 292234, *M. Didier A*; Conseil d'Etat, arrêt du 27 mars 2015, n° 372426, *M. Quintanel*.

⁴⁴ Conseil d'Etat, avis du 22 juillet 2015, n° 388853, *Praxair* [section].

⁴⁵ Dans l'affaire *Quintanel*, le rapporteur public souligne que la solution qu'il propose et qui a été suivie par les juges “n'est pas celle qui découle le plus directement des termes de l'arrêt Leone” (de la CJUE) et invite les juges “à mobiliser les marges [qu'offre l'arrêt Leone], et peut-être aller au-delà”: Conclusions Dacosta du 27 mars 2015, arrêt n° 372426, *M. Quintanel*, in *Revue française du droit administratif*, 2015, p. 550. Avec l'avis *Praxair*, le Conseil d'Etat considère qu'il n'existe pas de lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide concernée, condition nécessaire pour que cette taxe soit considérée comme faisant partie intégrante du mécanisme d'aide, au sens de la jurisprudence *Société Régie Networks* (Cour de justice, arrêt du 22 déc. 2008, affaire C-333/07, *Société Régie Networks* [GC]). La contribution collectée n'est pas suffisante pour couvrir les charges de service public. Or, “la jurisprudence européenne [est] plus nuancée que ce qu'en retient le Conseil d'Etat”: M. COLLET, *La contribution au service public de l'électricité : grandeur et décadence de la fiscalité sectorielle*, in G. ECKERT et M. COLLET, *Chronique de droit public financier*, *Revue française du droit administratif*, 2015, p. 1041.

⁴⁶ Conseil d'Etat, arrêt du 19 octobre 2005, n° 283892 et s., *CGT et al.* et Conseil d'Etat, arrêt du 9 mai 2008, n° 287503, *Société Zeteurf Limited* [GC] (cités par C. VONANSON, *Le Conseil d'Etat français et le renvoi*

L'obligation de renvoi préjudiciel, cette 'coopération imposée',⁴⁷ préserve l'unité d'interprétation du droit de l'Union⁴⁸ et l'autorité de la Cour de justice.⁴⁹ Il crée toutefois des incohérences, que le Conseil d'Etat a justement relevé dans son observation incidente: lorsque la Cour est saisie (obligatoirement) de la question de la modulation, "le délai dans lequel la Cour se prononce conduirait en ce cas, quel que soit le sens de sa décision, à différer en pratique les effets de l'annulation éventuellement prononcée par le juge national".

préjudiciel, cit., p. 261 et 491); Conseil d'Etat, *Vent de Colère!*, cit.: "Les enjeux d'une qualification d'aide d'État étaient particulièrement lourds". De plus, "le renvoi préjudiciel a permis de faire traîner opportunément l'affaire [...] les autorités françaises [ayant] ainsi eu le temps de notifier l'aide à la Commission [...] et d'obtenir une décision reconnaissant la compatibilité de l'aide [...], avant l'arrêt du Conseil d'État": A. CARTIER-BRESSON, *Quels défis pour les collectivités territoriales et les exploitants de sources d'énergie renouvelables ? Obligation d'achat et contribution aux charges du service public après les arrêts de la Cour de justice du 10 décembre 2013 et du Conseil d'Etat du 28 mai 2014*, in G. MARCOU, A.-C. EILLER, F.-M. POUPEAU, C. STAROPOLI (dir.), *Gouvernance et innovation dans le système énergétique*, Paris: L'Harmattan, 2015, p. 191.

⁴⁷ C. VOCANSON, *Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel*, cit., p. 34.

⁴⁸ R. LECOURT, *Le juge devant le marché commun*, Genève: Etudes et travaux de l'Institut universitaire des hautes études internationales, 1970, p. 50; V. égal. Cour de justice, arrêt du 24 mai 1977, affaire 107/76, *Hoffmann-La Roche AG*.

⁴⁹ *Contra*, M. DARMON, C. VAHDAT, *Cour de justice*, in *Répertoire Communautaire*, Paris: Dalloz, 2010, point 4.