Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 8 juillet 2021 [1]

Affaire C-132/20

BN,
DM,
EN
contre
Getin Noble Bank S.A.,
partie intervenante :
Rzecznik Praw Obywatelskich

[demande de décision préjudicielle formée par le Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne)]

« Renvoi préjudiciel – Article 267 TFUE – Notion de "juridiction" – Notion de juridiction "établie par la loi" – Indépendance de la justice – Pertinence des questions préjudicielles – Article 19, paragraphe 1, TUE – Article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Type d'appréciation – Procédure de nomination d'un juge national – Mesures de lustration – Inamovibilité des juges »

I. Introduction

1. *«Pendez tous les juges ! »* Voilà le conseil d'un philosophe et politologue anglais que rappelle l'ancien gouverneur de la Česká národní banka (Banque nationale tchèque, République tchèque) interrogé sur la première chose à faire après la chute des régimes communistes pour amener une transformation juridique et judiciaire en Europe centrale et de l'Est [2].

2. Les personnes qui ont assisté aux transformations sociétales majeures de l'ancien bloc communiste sont sans doute les plus à même de comprendre l'humour noir de cette boutade. Elles sont probablement les mieux placées pour visualiser le contraste comique de la scène où un groupe de politiciens frais émoulus, qui allaient devenir les artisans de la prochaine transformation sociétale, est réuni autour d'un conseiller tout juste arrivé de l'Ouest. Ils sont tous impatients d'apprendre la solution miracle qu'il conviendrait d'adopter en ce qui concerne les lois et les juges. Comment faire la révolution (de Velours) également dans la magistrature communiste ? Et le seul conseil qui leur est donné est une boutade vaguement amusante. En effet, même à la priver de sa connotation violente et à simplement considérer qu'elle suggère un

[1] Langue originale : l'anglais.

[2] Tůma, Z., « Soudce nelze novelizovat » [Les juges ne changent pas], dans Kokeš, M., et Pospíšil, I. (éd.), *In dubio pro libertate: Úvahy nad ústavními hodnotami a právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea*, Masarykova Univerzita, Brno, 2009, p. 247.

remaniement complet du personnel de la justice, dans la réalité complexe d'un pays européen à la fin du XX[e] siècle, à l'aube d'une transition sociétale pacifique, ce n'est rien de plus qu'une plaisanterie à peine utile.

3. « *Réévaluez tous les juges !* » Entendre une telle proposition de la part d'un État membre de l'Union européenne une trentaine d'années plus tard, et près de seize ans après son adhésion à l'Union, a un air de « déjà-vu » plutôt inquiétant. Pourtant, à la différence de rêveries personnelles d'un ancien haut fonctionnaire sur les périodes de transition passées mentionnées en guise d'introduction stimulante à sa contribution à un ouvrage commémoratif en l'honneur d'un juge ayant participé à ces événements, la « réévaluation » (*vetting*) des juges ainsi proposée ne se veut pas teintée d'humour noir. Elle apparaît comme une sérieuse remise en question des approches présentes et futures (d'au moins certains membres) du Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne), la juridiction de renvoi dans la présente affaire.

4. En l'espèce, cette juridiction se demande si les circonstances qui entourent la première nomination d'un juge dans un État membre, à une époque où cet État connaissait encore un régime non démocratique et n'avait pas encore adhéré à l'Union, et son maintien au sein du pouvoir judiciaire de cet État après la chute du régime communiste sont de nature à susciter des doutes sur l'indépendance et l'impartialité de ce juge au sens de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »). Par ses questions suivantes, la juridiction de renvoi étend, en substance, la question aux nominations ultérieures à une fonction de juge en Pologne, suggérant que d'autres problèmes de procédure auraient pu affecter ces nominations. Elle semble donc en réalité demander si, lorsqu'elle filtre les pourvois formés devant la juridiction suprême nationale, elle peut s'engager dans un processus de réévaluation (*vetting*) indirecte de la presque totalité des juges polonais nommés avant 2018, au nom de l'indépendance de la justice garantie par le droit de l'Union.

5. Cela étant dit, une importante question de recevabilité se pose, en préalable à ces interrogations. En l'espèce, la décision de renvoi a été présentée par un juge dont la récente nomination à cette fonction est elle-même fortement contestée. Cette nomination serait irrégulière et entachée d'une violation flagrante du droit national. Un tel juge, qui siège en qualité de juge unique au Sąd Najwyższy (Cour suprême) et vérifie la recevabilité des pourvois formés devant cette juridiction, est-il une « juridiction » au sens de la définition autonome qu'en donne l'article 267 TFUE ?

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

6. En vertu de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, « [l]es États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

7. En vertu de l'article 267 TFUE, seule une « juridiction » d'un État membre peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle.

8. Le titre VI de la Charte, intitulé « Justice », comprend l'article 47, intitulé « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », qui dispose :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. [...]

[...] »

9. L'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs [3], telle que modifiée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, dispose :

« 1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses. »

B. Le droit polonais

10. Dans sa décision, la juridiction de renvoi se réfère à plusieurs dispositions de droit national. Aux fins des présentes conclusions, les dispositions suivantes revêtent une importance particulière.

11. L'article 379, point 4, de l'ustawa - Kodeks postępowania cywilnego (loi établissant le code de procédure civile), du 17 novembre 1964 (Dz. U. de 1964, nº 43, position 296) (ci-après le « CPC polonais »), prévoit que la procédure est nulle, notamment, si la composition du tribunal saisi est contraire aux dispositions légales ou si un juge écarté a participé à l'examen de l'affaire.

12. Conformément à l'article 398^{9}, point 3, du CPC polonais, un pourvoi en cassation n'est recevable que si, notamment, la décision attaquée a été rendue à l'issue d'une procédure irrégulière.

13. En vertu de l'article 398^{13} du CPC polonais, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) examine le recours en cassation dans les limites du petitum et des moyens. Dans ces limites, il prend toutefois d'office en considération la nullité de la procédure.

[3] JO 1993, L 95, p. 29.

III. Les faits, la procédure au principal et les questions préjudicielles

14. Le 3 mars 2017, les parties requérantes au principal ont introduit un recours contre la partie défenderesse, Getin Noble Bank S.A., devant le Sąd Okręgowy w Świdnicy (tribunal régional de Świdnica, Pologne). Elles ont demandé que la défenderesse soit condamnée à leur payer solidairement la somme de 175 107,10 zlotys polonais (PLN), majorée des intérêts de retard légaux à compter de la date de l'introduction du recours jusqu'à la date du paiement. Le 3 avril 2008, les parties ont conclu un contrat de crédit hypothécaire indexé sur une monnaie étrangère [le franc suisse (CHF)]. Les requérantes ont invoqué le caractère abusif du mécanisme d'indexation du crédit prévu par le contrat ainsi que la clause d'assurance groupée en cas de refus de constituer une hypothèque au cours des trois premiers mois de crédit.

15. Par jugement du 21 août 2018, le Sąd Okręgowy w Świdnicy (tribunal régional de Świdnica) a partiellement fait droit aux prétentions des requérantes. Il a déclaré illicites les clauses contractuelles du contrat de crédit litigieux qui permettaient à la banque de fixer le cours du CHF de manière arbitraire et a accordé solidairement aux requérantes la somme de 16 120,12 PLN, majorée des intérêts légaux.

16. Ce jugement a fait l'objet d'un appel devant le Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (cour d'appel de Wrocław, Pologne). Par arrêt du 28 février 2019, cette juridiction a rejeté l'appel et confirmé les constatations factuelles ainsi que l'appréciation juridique effectuées en première instance.

17. Les requérantes ont formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel (ci-après l'« arrêt attaqué ») devant le Sąd Najwyższy (Cour suprême), devant lequel la procédure est actuellement pendante. Au stade actuel de cette dernière procédure, la juridiction de renvoi est chargée de contrôler la recevabilité du pourvoi.

18. La juridiction de renvoi relève que, en vertu de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13, les États membres doivent prévoir la possibilité d'introduire un recours (devant une autorité administrative ou judiciaire) aux fins de déterminer si des clauses contractuelles sont abusives. En Pologne, le législateur national a prévu une voie de recours judiciaire. Par conséquent, la juridiction de renvoi estime que l'organe national qui examine les affaires au titre de la directive 93/13 doit répondre aux normes de l'Union énoncées dans la jurisprudence de la Cour pour être reconnu en tant que « juridiction ».

19. La juridiction de renvoi relève que la formation de jugement qui a rendu l'arrêt attaqué incluait des juges dont l'indépendance pourrait, selon elle, être mise en doute. Trois d'entre eux (les juges FO, GP et HK) ont été nommés au poste de juge du Sąd Apelacyjny (cour d'appel) par des ordonnances du président de la République de Pologne datées respectivement des 23 janvier 1998, 12 mars 2015 et 16 avril 2012. Ces nominations ont été effectuées sur le fondement d'une résolution de la Krajowa Rada Sądownictwa (Conseil national de la magistrature, Pologne, ci-après la « KRS ») dans des compositions que le Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle, Pologne) a jugées inconstitutionnelles. Cette dernière juridiction a considéré que l'interprétation selon laquelle le mandat des membres de la KRS élus parmi les juges des juridictions de droit commun a un caractère individuel est incompatible avec l'article 187, paragraphe 3, de la Constitution de la République de Pologne[4]. Selon la juridiction de renvoi, il a également été considéré que le fait que la KRS n'était pas tenue de motiver ses résolutions et que ces dernières n'étaient pas susceptibles de recours pose problème.

[4] Arrêt du 20 juin 2017, K 5/17, OTK – A 2017.

20. La juridiction de renvoi relève en outre qu'un de ces trois juges (le juge FO) a été nommé, à tout le moins à son premier poste de juge, pendant le régime communiste. Selon elle, à l'époque, les modalités de nomination ainsi que de contrôle et de révocation des juges ne satisfaisaient pas aux normes prévalant dans un État de droit démocratique. La juridiction de renvoi considère également que les modifications apportées à la législation polonaise après 1989 n'ont pas abouti à la mise en place d'instruments efficaces permettant de vérifier les nominations aux fonctions de juge intervenues durant l'ère communiste ni les éventuels cas de violation, par les juges, du principe d'indépendance.

21. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi se demande s'il convient, à la lumière de l'arrêt du 19 novembre 2019, A. K. e.a. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême) (C-585/18, C-624/18 et C-625/18, ci-après l'« arrêt A. K. e.a. », EU:C:2019:982), de vérifier l'indépendance de la justice visée aux points précédents des présentes conclusions et, dans l'affirmative, quelle norme appliquer à cet égard.

22. Éprouvant des doutes quant à la manière dont il convient d'interpréter et d'appliquer les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour relative à l'indépendance de la justice nationale, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 2, l'article 4, paragraphe 3, l'article 6, paragraphes 1 et 3, et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, lus en combinaison avec l'article 47, paragraphes 1 et 2, de la [Charte] et avec l'article 267, troisième alinéa, TFUE, ainsi que l'article 38 de la Charte et l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la [directive 93/13], doivent-ils être interprétés en ce sens que constitue une juridiction indépendante et impartiale, de même qu'adéquatement qualifiée au sens du droit de l'Union, une instance dans laquelle siège une personne dont la première nomination à une fonction de juge, ou une nomination ultérieure à un tel poste (dans une juridiction supérieure), est le fait d'un organe politique d'un pouvoir exécutif d'un État totalitaire et non démocratique relevant d'un régime communiste [le Rada Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Conseil d'État de la République populaire de Pologne, Pologne)], sur proposition du ministre de la Justice de cet État, compte tenu, notamment, 1) du caractère non transparent des critères de nomination, 2) de la possibilité de révoquer un juge à tout moment, 3) du fait que n'ont participé à la procédure de nomination ni un organe d'autorégulation judiciaire ni 4) des autorités publiques compétentes constituées lors d'élections démocratiques, situation qui est propre à porter atteinte à la confiance que la justice doit inspirer aux justiciables dans une société démocratique ?

2) Est-il important pour la réponse à la question visée au point 1 que la nomination ultérieure à une fonction de juge (dans des juridictions supérieures) ait pu survenir au titre de la reconnaissance d'une période de travail (d'ancienneté) appropriée et sur la base d'une évaluation du travail effectué à un poste auquel cette personne avait été nommée, au moins pour la première fois, par les autorités politiques visées au point 1 et sur la base de la procédure qui y est décrite, situation qui est propre à porter atteinte à la confiance que la justice doit inspirer aux justiciables dans une société démocratique ?

3) Est-il important pour la réponse à la question visée au point 1 que la nomination ultérieure à une fonction de juge [dans des juridictions supérieures, à l'exception du Sąd Najwyższy (Cour suprême)] n'ait pas été subordonnée à la condition de prêter le serment judiciaire de respecter les valeurs d'une société démocratique, et que, lors de sa première nomination, la personne concernée ait juré de préserver le système politique de l'État communiste et ce

qu'il est convenu d'appeler le [*praworządność ludowa* (État de droit populaire)], situation qui est propre à porter atteinte à la confiance que la justice doit inspirer aux justiciables dans une société démocratique ?

4) L'article 2, l'article 4, paragraphe 3, l'article 6, paragraphes 1 et 3, et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, lus en combinaison avec l'article 47, paragraphes 1 et 2, de la Charte et avec l'article 267, troisième alinéa, TFUE, ainsi que l'article 38 de la Charte et l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13 doivent-ils être interprétés en ce sens que constitue une juridiction indépendante et impartiale, de même qu'adéquatement qualifiée au sens du droit de l'Union, une instance dans laquelle siège une personne dont la première nomination à une fonction de juge, ou une nomination ultérieure (dans une juridiction supérieure), s'est faite en violation flagrante des règles constitutionnelles d'un État membre de l'Union européenne, au motif que l'organe ayant désigné cette personne comme candidate ensuite nommée à un poste de juge [à la KRS] a été établi en contravention avec la Constitution d'un État membre de l'Union européenne, ainsi que l'a constaté la Cour constitutionnelle dudit État membre, situation qui est ainsi propre à porter atteinte à la confiance que la justice doit inspirer aux justiciables dans une société démocratique ?

5) L'article 2, l'article 4, paragraphe 3, l'article 6, paragraphes 1 et 3, et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, lus en combinaison avec l'article 47, paragraphes 1 et 2, de la Charte et avec l'article 267, troisième alinéa, TFUE, ainsi que l'article 38 de la Charte et l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13 doivent-ils être interprétés en ce sens que constitue une juridiction indépendante et impartiale, de même qu'adéquatement qualifiée au sens du droit de l'Union, une instance dans laquelle siège une personne qui, ayant fait l'objet d'une première nomination à une fonction de juge ou d'une nomination ultérieure à un tel poste (dans une juridiction supérieure), a été sélectionnée comme candidate à une telle nomination dans le cadre d'une procédure devant un organe d'évaluation des candidats [la KRS], si ladite procédure ne répondait pas aux critères de publicité et de transparence des règles de sélection des candidats, situation qui est propre à porter atteinte à la confiance que la justice doit inspirer aux justiciables dans une société démocratique ?

6) L'article 19, paragraphe 1, second alinéa, l'article 2, l'article 4, paragraphe 3, et l'article 6, paragraphe 3, TUE, lus en combinaison avec l'article 47, paragraphes 1 et 2, de la Charte et avec l'article 267, troisième alinéa, TFUE, ainsi que l'article 38 de la Charte et l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13 doivent-ils être interprétés en ce sens que, pour assurer une protection juridictionnelle effective en tant que moyen de faire cesser l'utilisation systématique des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel, une juridiction de dernière instance d'un État membre de l'Union européenne [le Sąd Najwyższy (Cour suprême)] est tenue d'apprécier d'office, à chaque stade de la procédure, si :

   a) elle satisfait aux critères d'une juridiction indépendante et impartiale, de même qu'adéquatement qualifiée au sens du droit de l'Union, mentionnés dans les questions 1 et 4, indépendamment de l'incidence de l'appréciation des critères énoncés auxdites questions sur le contenu de la décision relative au caractère abusif d'une clause contractuelle, et si, en outre,

   b) la procédure devant la juridiction visée au point 1 et au point 4 est valable ?

7) L'article 2, l'article 6, paragraphes 1 et 3, et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, lus en combinaison avec l'article 47, paragraphes 1 et 2, de la Charte et avec l'article 267, troisième alinéa, TFUE, ainsi que l'article 38 de la Charte et l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13 doivent-ils être interprétés en ce sens que les dispositions constitutionnelles d'un État membre de l'Union européenne qui sont relatives à l'organisation des juridictions ou à la nomination des juges et qui empêchent d'apprécier l'effectivité de la nomination d'un juge peuvent, conformément au droit de l'Union européenne, faire obstacle à la constatation de l'absence d'indépendance d'une juridiction ou de l'indépendance d'un juge qui y siège, en raison des circonstances visées aux questions 1 à 5 ? »

23. Dans sa décision de renvoi, le Sąd Najwyższy (Cour suprême) a demandé que la demande de décision préjudicielle soit soumise à une procédure accélérée, conformément à l'article 105 du règlement de procédure de la Cour.

24. Par ordonnance du président de la Cour du 8 février 2020, la demande de procédure accélérée de la juridiction de renvoi a été rejetée.

25. Le Rzecznik Praw Obywatelskich (Médiateur, Pologne, ci-après le « Médiateur »), le gouvernement polonais ainsi que la Commission européenne ont présenté des observations écrites. Ces parties ont également été entendues lors de l'audience qui s'est tenue le 2 mars 2021.

IV. Analyse

26. Dans cette affaire, la juridiction de renvoi a soulevé diverses questions relatives à l'interprétation de l'article 19, paragraphe 1, TUE (lu en combinaison avec l'article 2 TUE) et de l'article 47 de la Charte. Selon elle, certains juges ayant participé au prononcé de l'arrêt attaqué peuvent, en raison de la procédure suivie lors de leur première nomination à une fonction de juge, ne pas satisfaire à l'exigence d'indépendance découlant de ces dispositions.

27. Par un curieux retournement de situation, presque biblique[5], le Médiateur et, dans une moindre mesure, la Commission mettent en doute l'indépendance de la juridiction de renvoi elle-même qui, en l'espèce, siège en formation à juge unique. En particulier, le Médiateur fait valoir que la nomination du juge de renvoi à une fonction judiciaire est entachée d'une violation flagrante du droit national. En conséquence, puisqu'elle ne satisfait pas à l'exigence d'indépendance, la juridiction de renvoi ne saurait, selon le Médiateur, être considérée comme étant une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE.

28. Il semble qu'un même fil conducteur relie les différentes questions juridiques que soulève, directement (par les questions préjudicielles) ou indirectement (en raison des exceptions d'irrecevabilité), la présente affaire : l'indépendance de la justice.

[5] Matthieu 7:12 : « Par conséquent, toutes les choses quelles que soient-elles que vous voudriez que les hommes vous fassent, faites-les oui certainement pour eux » (Bible du roi Jacques traduite en français par N. Stratford) ou, dans une version plus moderne, « Faites pour les autres tout ce que vous voulez qu'ils fassent pour vous » (la nouvelle Bible en français courant). La même « règle d'or » comportementale constitue toutefois également un enseignement fondamental dans certaines autres religions.

29. Je commencerai dès lors les présentes conclusions par quelques remarques introductives sur la notion d'« indépendance de la justice » dans l'ordre juridique de l'Union (titre A). J'aborderai ensuite les arguments relatifs à l'irrecevabilité alléguée de la demande de décision préjudicielle (titre B) et, après avoir conclu en faveur de la recevabilité, j'examinerai enfin le fond des questions préjudicielles (titre C).

A. Les dimensions de l'indépendance de la justice : l'article 267 TFUE, l'article 47 de la Charte et l'article 19, paragraphe 1, TUE

30. L'indépendance de la justice est – incontestablement – une composante essentielle du principe de l'« État de droit ». L'article 2 TUE reconnaît ce principe comme étant l'une des « valeurs fondatrices » de l'Union. L'exigence d'indépendance de la justice est également consacrée, bien qu'implicitement, dans pas moins de trois dispositions du droit primaire de l'Union : l'article 267 TFUE, l'article 19, paragraphe 1, TUE et l'article 47 de la Charte.

31. Ces trois dispositions sont invoquées dans la présente affaire. À première vue, elles semblent en effet toutes applicables en l'espèce. Bien que cela n'empêche pas d'autres dispositions d'être simultanément applicables, notamment le droit dérivé sectoriel qui contient également des dispositions spécifiques sur la protection juridictionnelle [6], ou même des instruments de droit dérivé portant expressément sur l'indépendance de la justice [7], il est essentiel de clarifier les interactions entre ces trois dispositions clés du traité relatives à l'indépendance de la justice.

32. Pour commencer, la présente demande a été introduite au titre de l'article 267 TFUE, qui permet à toute « juridiction d'un des États membres » d'adresser une demande de décision préjudicielle à la Cour. À cet égard, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE, l'indépendance de cet organisme est un critère à examiner. Cela suppose, en substance, que celui-ci soit protégé d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de mettre en péril l'indépendance de jugement de ses membres quant aux litiges qui leur sont soumis [8].

33. Ensuite, l'exigence d'indépendance des juridictions découle également de l'article 47 de la Charte, une disposition qui consacre un droit subjectif à un recours effectif et à un procès équitable pour toute partie à un procès. En l'espèce, il est constant que la directive 93/13, qui est matériellement applicable au litige au principal, confère aux parties requérantes un droit subjectif, entraînant ainsi l'application de l'article 47 de la Charte.

34. Enfin, dans une jurisprudence relativement récente, mais désormais bien établie, la Cour a jugé qu'il découle de l'obligation faite aux États membres d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union, prévue à l'article 19, paragraphe 1, TUE, qu'il convient d'assurer l'indépendance de toute juridiction nationale éventuellement compétente dans ces domaines. Ainsi que l'a souligné la

6 Telles que, en l'espèce, l'article 7 de la directive 93/13, cité au point 9 des présentes conclusions.

7 Certaines règles de droit dérivé s'appliquent même transversalement, c'est-à-dire indépendamment de toute réglementation sectorielle (matérielle). Bien qu'elle ne soit manifestement pas applicable en l'espèce, à titre d'exemple, voir la décision 2006/928/CE de la Commission, du 13 décembre 2006, établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption (JO 2006, L 354, p. 56), que j'ai analysée en détail dans mes conclusions dans les affaires Asociația « Forumul Judecătorilor din România » e.a. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 et C-355/19, EU:C:2020:746, points 183 à 225).

8 Voir, notamment, arrêt du 17 juillet 2014, Torresi (C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, points 17 et 18 ainsi que jurisprudence citée).

Cour, la garantie de l'indépendance des juridictions est *inhérente* à la mission de juger [9]. À cet égard, il suffit de relever que l'organisme national qui a rendu l'arrêt attaqué – le Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (cour d'appel de Wrocław) – est indubitablement une juridiction compétente dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

35. Cette « multiplication » des fondements juridiques du principe d'indépendance de la justice reflète son importance constitutionnelle et son caractère transversal dans une Union fondée sur l'État de droit. Elle peut toutefois aussi être source de confusion. On peut se demander si ces dispositions prévoient des types d'« indépendance de la justice » différents, avec pour conséquence, par exemple, qu'une juridiction nationale pourrait être indépendante au sens de l'une desdites dispositions, sans être suffisamment indépendante au sens d'une autre d'entre elles.

36. Comme je l'ai expliqué plus en détail dans mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403), ce n'est pas le cas : il n'existe qu'un seul principe d'indépendance de la justice en droit de l'Union [10]. Néanmoins, dans la mesure où les trois dispositions en cause (article 267 TFUE, article 47 de la Charte et article 19, paragraphe 1, TUE) diffèrent quant à leur fonction et à leur objectif, le type d'examen à effectuer pour vérifier le respect du principe d'indépendance de la justice peut différer. En particulier, l'intensité du contrôle du respect de ce principe par la Cour et le seuil permettant de détecter qu'il y a été porté atteinte varient [11].

37. L'article 19, paragraphe 1, TFUE exige des États membres, notamment, qu'ils « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective ». Il s'agit donc d'une disposition principalement consacrée aux éléments structurels et systémiques des cadres juridiques nationaux : ce qui importe, en vertu de l'article 19, paragraphe 1, TUE, c'est de savoir si le système juridictionnel d'un État membre respecte le principe de l'État de droit, consacré à l'article 2 TUE. Dans ce contexte, il me semble que les principaux éléments de l'analyse de la Cour concernent la structure institutionnelle et constitutionnelle globale du pouvoir judiciaire national. Les éléments relevant du cas concret peuvent souvent être l'illustration d'une question plus large, mais, en eux-mêmes, ils ne sont pas décisifs.

38. Le seuil de violation de cette disposition est assez élevé. En effet, la question est celle de savoir si le ou les problèmes portés à la connaissance de la Cour sont susceptibles de menacer le bon fonctionnement du pouvoir judiciaire national et de mettre ainsi en péril la capacité de l'État membre en cause à offrir des voies de recours suffisantes aux justiciables.

39. L'article 19, paragraphe 1, TUE prévoit un recours extraordinaire pour des situations extraordinaires. Il n'a pas vocation à englober toutes les questions possibles liées à la justice nationale, a fortiori des cas isolés d'erreurs d'interprétation ou d'application de dispositions nationales dans un système juridique par ailleurs sain et conforme au droit de l'Union. L'article 19, paragraphe 1, TUE n'est violé que par des infractions d'une certaine gravité et/ou d'ordre systémique qui ne sont pas susceptibles d'être corrigées par le système national.

40. En revanche, l'article 47 de la Charte est une disposition qui consacre un droit subjectif – celui de toute partie à une procédure à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial – qui s'applique lorsqu'une affaire entre dans le champ d'application du droit de l'Union en vertu de

[9] Voir arrêts du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, points 37 à 42), et du 20 avril 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, point 51).

[10] Voir points 161 et 162 de mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403).

[11] Voir mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403, points 163 à 169).

l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. Dans cette perspective, la vérification de l'« indépendance » d'une juridiction, dans le contexte de l'article 47 de la Charte, nécessite une appréciation détaillée de toutes les circonstances propres à l'affaire en cause. Les questions liées à une caractéristique systémique ou structurelle du système judiciaire national ne sont pertinentes que dans la mesure où elles ont pu avoir une incidence sur la procédure concrète.

41. L'intensité du contrôle exercé par la Cour à l'égard de l'indépendance de l'instance judiciaire en question est, dans ce contexte, d'un niveau modéré : toutes les violations de la loi ne constituent pas une méconnaissance de l'article 47 de la Charte. À cette fin, une certaine gravité est nécessaire. En revanche, lorsque le niveau de gravité requis est atteint, cela suffit pour donner lieu à une violation de l'article 47 de la Charte, car aucune autre condition n'est exigée pour faire respecter le droit subjectif découlant de l'ordre juridique de l'Union. En particulier, il n'est pas nécessaire que la violation constatée soit de nature systémique ni qu'elle ait des implications au-delà du cas concret.

42. Enfin, bien qu'il fasse également partie de ce paysage, l'article 267 TFUE poursuit un objectif et une finalité différents, sur lesquels je reviendrai dans la section suivante. Cela étant dit, le principal élément de cette partie des présentes conclusions est que, bien qu'il n'existe en droit de l'Union qu'une seule et même notion d'« indépendance de la justice », les critères précis pris en compte dans un cas concret, leur pertinence, leur importance et leur poids relatif seront logiquement différents selon la disposition de l'Union au regard de laquelle la question de l'indépendance est soulevée.

B. Sur la recevabilité

43. Plusieurs arguments ont été invoqués en ce qui concerne la recevabilité de la présente demande de décision préjudicielle. Certains portent sur le point de savoir si l'organisme qui a présenté cette demande peut être considéré comme étant une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE (section 1) ; d'autres portent sur la pertinence des questions posées (section 2). Je les examinerai successivement.

1. La juridiction de renvoi est-elle une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE ?

44. Le Médiateur soulève une exception d'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle fondée sur la nomination du juge qui, siégeant en formation à juge unique, a posé les questions préjudicielles. Il relève en particulier que le juge de renvoi a été nommé par le président de la République de Pologne, et a accepté sa nomination, malgré la suspension provisoire de la résolution pertinente de la KRS (du 28 août 2018) par le Naczelny Sąd Administracyjny (Cour suprême administrative, Pologne) (ordonnances du 27 septembre 2018 et du 8 octobre 2018). Le Médiateur ajoute que le juge de renvoi n'a été nommé qu'après l'intervention personnelle (et, selon le Médiateur, illégale) du ministre de la Justice/procureur général polonais – pour lequel ce juge a travaillé précédemment et avec lequel il entretient des liens très étroits.

45. Sur ce fondement, le Médiateur estime que le juge de renvoi ne devrait pas être considéré comme étant une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE. Il se demande en particulier si, aux fins de cette disposition, il peut être considéré que l'organisme de renvoi i) est une juridiction *établie par la loi* et ii) satisfait à l'exigence d'*indépendance*.

46. La Commission suggère également que le juge de renvoi a été nommé dans des circonstances – qui font par ailleurs l'objet d'une demande de décision préjudicielle actuellement pendante devant la Cour [12] – dans lesquelles il semble y avoir eu une violation flagrante des lois d'un État membre en matière de nomination de juges. La Commission semble toutefois considérer que, à ce stade, il n'est pas encore pleinement établi que le juge de renvoi ne remplit pas les conditions requises pour être qualifié de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE.

47. Je partage la conclusion de la Commission – en ce qui concerne la recevabilité de la demande – même si c'est pour d'autres raisons. En effet, les raisons qui sous-tendent ma conclusion sur ce point sont non pas de nature *circonstancielle* comme celles que suggère la Commission, mais plutôt de nature *conceptuelle*. La réponse que je propose n'est guère liée à l'appréciation de la régularité de la nomination du juge de renvoi lui-même, une question sur laquelle je nourris des doutes sérieux. Je considère plutôt que l'analyse du respect de la condition relative à l'existence d'une « juridiction » a toujours été, et devrait continuer à être, effectuée au niveau de l'*organisme* qui a déféré la question, et non au niveau des *personnes* qui y siègent.

48. Dans le cadre de l'exposé du raisonnement qui sous-tend cette conclusion, je commencerai par identifier l'approche traditionnellement retenue par la Cour dans le cadre de cet examen (sous-section a), pour proposer ensuite de la maintenir même à la lumière d'affaires extraordinaires comme la présente affaire (sous-section b).

a) Un organisme (indépendant) (établi par la loi)

49. La notion de « juridiction », au sens de l'article 267 TFUE, est une notion autonome du droit de l'Union et doit être définie indépendamment des dénominations et des qualifications prévues par le droit national. À cet effet, la Cour applique traditionnellement les critères de la jurisprudence dite « Dorsch » : elle vérifie si l'organe est établi par la loi, s'il est permanent, si sa juridiction est obligatoire, si la procédure est contradictoire, si l'organe applique des règles de droit, et s'il est indépendant et impartial [13].

50. Dans l'article 267 TFUE, la notion de « juridiction » a un caractère *fonctionnel* : elle permet d'identifier les organismes nationaux qui, dans la mesure où ils exercent des fonctions juridictionnelles, peuvent devenir les *interlocuteurs* de la Cour dans le cadre d'une procédure préjudicielle. Cette procédure constitue la clé de voûte du système juridictionnel institué par les traités qui, en instaurant un dialogue entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, permettant ainsi de garantir sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre

[12] Affaire C-487/19, W. Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – nomination) (JO 2019, C 337, p. 4). Dans ses conclusions relatives à cette affaire, l'avocat général Tanchev a conclu que les nominations à la fonction de juge effectuées par le président de la République de Pologne en dépit de la suspension de la procédure de nomination par une ordonnance du Naczelny Sąd Administracyjny (Cour suprême administrative) constituent une violation manifeste et délibérée des règles nationales, ce qui est révélateur d'une violation flagrante des règles de droit national régissant la procédure de nomination de juges (EU:C:2021:289, points 87 à 89).

[13] Arrêt du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, point 23). Plus récemment, voir, par exemple, arrêt du 9 juillet 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535, point 43 et jurisprudence citée).

du droit institué par les traités [14]. Ce dialogue entre juridictions revêt une importance constitutionnelle puisqu'il ressort clairement de l'article 19, paragraphe 1, TUE que la Cour et les juridictions des États membres jouent le rôle de « gardiens » de l'ordre juridique de l'Union [15].

51. Dès lors, dans la mesure où la notion de « juridiction » a pour objet de distinguer les organismes agissant en qualité d'autorités *juridictionnelles* des organismes agissant en une autre qualité, il convient de concentrer l'analyse de la question de savoir si une entité nationale satisfait aux critères de la jurisprudence Dorsch sur des éléments de nature structurelle et institutionnelle. Sont déterminants, à cet égard, la nature, la position et le fonctionnement de *cet organisme* dans le cadre institutionnel des États membres [16].

52. En revanche, cette analyse n'a jamais eu pour objectif de vérifier si une ou plusieurs *personnes* spécifiques qui appartiennent à cette institution et siègent dans la formation ayant présenté la demande de décision préjudicielle remplissent chacune, à titre individuel, les critères de la jurisprudence Dorsch. L'accent a toujours été mis sur l'organisme de renvoi [17], y compris lorsque celui-ci n'était composé que d'une seule personne [18].

53. Il en va de même de la vérification des deux critères spécifiques de la jurisprudence Dorsch mis en évidence comme étant potentiellement problématiques dans le cadre de la présente affaire : une juridiction établie par la loi, et son indépendance.

54. Premièrement, en ce qui concerne le *critère* de juridiction « *établie par la loi* », la jurisprudence (certes pas particulièrement abondante) suggère que, pour satisfaire ce critère, c'est l'organe de renvoi auquel appartiennent les personnes spécifiques ayant présenté une demande de décision préjudicielle qui doit être institué par le droit d'un État membre. Ce critère a pour but d'exclure la recevabilité des demandes émanant d'organismes institués par contrats (notamment certaines formes d'instances d'arbitrage) [19].

55. Par exemple, dans l'arrêt de principe rendu dans l'affaire Nordsee, la Cour a centré son analyse sur la base juridique de l'activité de l'organisme de renvoi (un tribunal arbitral institué par contrat conclu entre les parties) et a considéré que ce dernier était de nature non juridictionnelle compte tenu des faibles liens entre la procédure arbitrale et le système de voies de recours de l'État membre devant les juridictions ordinaires [20]. Une approche similaire a été suivie dans des affaires plus récentes dans lesquelles la Cour a examiné des questions portant sur la nature même des fonctions exercées par l'organisme de renvoi [21].

[14] Voir, en ce sens, récemment, arrêt du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours) (C-824/18, EU:C:2021:153, point 90 et jurisprudence citée).

[15] Voir, en ce sens, avis 1/09 (Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets), du 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, point 66).

[16] Voir également mes conclusions dans l'affaire Pula Parking (C-551/15, EU:C:2016:825, points 85 et 86) ainsi que conclusions de l'avocat général Wahl dans les affaires jointes Torresi (C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:265, point 53).

[17] En commençant déjà avec des affaires telles que l'arrêt du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, EU:C:1966:39, p. 394), le fait que la terminologie utilisée ait constamment fait référence à l'institution pertinente comme à un « organisme » (en langue allemande : « Einrichtung », en langue anglaise : « body ») n'est pas le fruit du hasard.

[18] C'était déjà le cas, par exemple, dans l'arrêt du 11 juin 1987, X (14/86, EU:C:1987:275, points 6 et 7), à propos d'une demande de décision préjudicielle émanant d'un *pretore* italien, en tant que juge unique et qui intervient, en substance, comme un juge d'instruction à ce stade de la procédure.

[19] Pour un aperçu général, voir par exemple Broberg, M., et Fenger, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2e éd., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 61 et 62.

[20] Arrêt du 23 mars 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, points 7 à 16).

[21] Voir, entre autres, arrêts du 12 juin 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, point 24) ; du 17 juillet 2014, Torresi (C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, point 20), et du 6 octobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, point 18).

56. Il est vrai que, au cours des dernières années, l'appréciation par la Cour de la nature de l'organisme de renvoi a évolué et est devenue plus stricte [22]. On ne pourrait peut-être plus affirmer, comme l'a fait l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer il y a quelques années dans de célèbres conclusions, qu'« [i]l s'agit d'une jurisprudence casuistique, très élastique, peu scientifique et présentant des contours si diffus qu'elle autoriserait Sancho Pança à poser une question préjudicielle en sa qualité de gouverneur de l'île de Barataria » [23]. Toutefois, dans le même temps, une certaine souplesse a été (à juste titre) maintenue afin de permettre à des organismes nationaux qui exercent *effectivement* des fonctions juridictionnelles de faire usage de la procédure préjudicielle, quelle que soit la dénomination ou la qualification qui leur est donnée en vertu du droit national [24].

57. Cette approche me paraît d'autant plus justifiée lorsqu'il est tenu compte du fait que le critère de juridiction « établie par la loi » au sens de l'article 267 TFUE est, dans plusieurs versions linguistiques, exprimé en des termes renvoyant à l'« origine légale » de l'organisme de renvoi [25]. Cela met à nouveau en évidence le fait que la question essentielle est de savoir si l'organisme a été *établi* sur le fondement d'une législation nationale et non si la formation spécifique au sein de cet organe agit dans le respect du droit national dans chaque affaire concrète. Le caractère polysémique du mot anglais « law », qui peut faire référence tant à la législation qu'à un ensemble de règles [26], peut donc être trompeur dans ce contexte.

58. En l'espèce, la Cour est en fait invitée à apporter davantage de précisions sur le critère de juridiction « établie par la loi » au sens de l'article 267 TFUE. Ainsi, ce critère ne signifierait plus seulement que l'*organisme* juridictionnel de renvoi doit avoir été établi *par la loi*, par opposition à un contrat, mais il imposerait également d'examiner si le *juge* de renvoi a, à titre individuel, été *nommé légalement*, ainsi que tout autre éventuel élément tenant à la légalité du fonctionnement de cet organisme.

59. Il me semble qu'un tel développement ne serait pas raisonnable. Ainsi qu'il a été exposé aux points précédents des présentes conclusions, la notion spécifique de juridiction « établie par la loi », dans le cadre des critères de l'article 267 TFUE, a toujours eu une signification assez différente. Certes, il existe une notion dont le libellé est identique (ou très similaire), à savoir un « tribunal établi par la loi » ou un « tribunal établi conformément à la loi », qui s'inscrit dans le cadre de l'examen auquel il convient de procéder afin d'établir si, dans une affaire individuelle, il y a eu violation du droit à un procès équitable au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la

22 Voir, plus particulièrement, arrêts du 9 octobre 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, points 27 à 38), et du 21 janvier 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, point 55).

23 Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire De Coster (C-17/00, EU:C:2001:366, point 14).

24 Voir, en particulier, arrêt du 17 juillet 2014, Torresi (C-58/13 et C-59/13, EU:C:2014:2088, points 15 à 30), et ordonnance du 23 octobre 2018, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Garonne (C-296/18, non publiée, EU:C:2018:857, point 6). Plus généralement sur cette question, avec d'autres références, voir mes conclusions dans l'affaire Ministerstwo Sprawiedliwości (C-55/20, EU:C:2021:500, points 31 à 62).

25 Voir, notamment, versions en langues allemande (« gesetzliche Grundlage der Einrichtung »), espagnole (« origen legal »), française (« origine légale »), italienne (« origine legale ») ou portugaise (« origem legal »). La version en langue anglaise mentionne « established by law ».

26 Comme la Cour l'a récemment souligné dans une affaire qui, bien que s'inscrivant dans un contexte différent, soulevait une question d'interprétation similaire (arrêt du 15 mars 2017, Al Chodor, C-528/15, EU:C:2017:213, point 31).

convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH ») [27], une notion qui est désormais reprise à l'article 47 de la Charte [28].

60. Toutefois, ainsi qu'il résulte des explications déjà fournies dans les points précédents des présentes conclusions [29], les deux dispositions, l'article 47 de la Charte, d'une part, et l'article 267 TFUE, d'autre part, poursuivent des finalités différentes. En effet, l'identification des interlocuteurs juridictionnels appropriés au niveau des organes d'un État membre susceptibles de saisir la Cour diffère de la détection, dans chaque cas d'espèce, des irrégularités dans la composition de la formation de jugement afin de protéger des droits individuels fondés sur le droit de l'Union. Dans le second cas, l'examen de la légalité de la composition de la formation doit naturellement atteindre le niveau des affaires individuelles, alors que ce n'est pas nécessairement le cas dans le premier.

61. Dès lors, le fait de simplement et mécaniquement « copier-coller » la notion de « tribunal établi par la loi » de l'article 47 de la Charte à l'article 267 TFUE parce que leur formulation semble en grande partie similaire sans tenir compte du fait que ces notions ont des portées et des finalités différentes ne constituerait pas une approche très judicieuse.

62. Deuxièmement, s'agissant du *critère d'indépendance* au sens de l'article 267 TFUE, la Cour a, de manière constante, considéré que ce critère postule « l'existence de *règles*, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de cette instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent » [30]. La Cour a également précisé que, en principe, il ne lui appartient pas de supposer que les dispositions nationales assurant l'indépendance des tribunaux seraient appliquées de manière contraire aux principes consacrés par l'ordre juridique national ou aux principes d'un État de droit [31].

63. En conséquence, l'analyse de la Cour est – en cette matière également – centrée sur le cadre juridique, et sur les garanties qui y sont énoncées, visant à permettre aux juges d'exercer leur fonction en étant exempts de toute forme (directe ou indirecte, concrète ou potentielle) de pression [32]. L'accent a toujours été mis sur la question de savoir si l'organisme de renvoi est structurellement indépendant des deux parties au litige pendant devant lui [33] et ne reçoit pas de directives externes, par exemple dans le cas où cet organisme fait institutionnellement partie de l'administration [34].

27 Arrêt de la Cour EDH du 1er décembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, § 229 à 234), récemment confirmé par l'arrêt de la Cour EDH du 7 mai 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o. o. v Poland (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718, § 243 à 247).

28 Voir, à titre d'exemple le plus récent, conclusions de l'avocat général Tanchev dans l'affaire W. Ż. (Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême – nomination) (C-487/19, EU:C:2021:289, points 70 à 80).

29 Points 36 à 42.

30 Mise en italique par mes soins. Voir, plus récemment, arrêt du 20 avril 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, point 53 et jurisprudence citée).

31 Arrêt du 4 février 1999, Köllensperger et Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52, point 24). Cette jurisprudence fait écho à l'approche retenue en la matière par la Cour EDH : voir arrêt de la Cour EDH du 6 novembre 2018, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal (CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 186).

32 Voir, notamment, arrêt du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, points 22 à 32).

33 Arrêt du 19 septembre 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, point 49).

34 Ce qui exclut donc que les organes chargés des recours administratifs puissent saisir la Cour au titre de l'article 267 TFUE – voir, par exemple, arrêts du 30 mars 1993, Corbiau (C-24/92, EU:C:1993:118, points 15 à 17), et du 30 mai 2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, points 34 à 38).

64. Ainsi, dans une affaire récente, certaines parties doutaient du fait que le juge de renvoi, qui siégeait dans une formation à juge unique, satisfaisait aux normes de l'Union en matière d'indépendance et d'impartialité au motif que, la question portant sur le statut de magistrats italiens, il avait naturellement un intérêt à la solution du litige. Après avoir examiné les règles nationales pertinentes, la Cour a rejeté l'exception invoquée et déclaré la demande de décision préjudicielle recevable. Elle a considéré que les magistrats italiens « exercent leurs fonctions en toute autonomie, sous réserve des règles en matière disciplinaire, et sans pressions extérieures susceptibles d'influencer leurs décisions ». Sans s'interroger sur la position spécifique du juge de renvoi, la Cour a ajouté que rien ne lui permettait de « douter du fait que le [magistrat] satisfai[sai]t aux critères tenant à son origine légale » [35].

b) La valeur d'un dialogue en cours

65. En résumé, une réinterprétation de la notion de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE qui obligerait la Cour à examiner la situation particulière des personnes qui font partie de ces organismes nationaux irait à l'encontre tant de la nature que de la finalité de la procédure préjudicielle. À la différence de l'article 47 de la Charte, et potentiellement, si elle présente une certaine gravité, également de l'article 19, paragraphe 1, TUE, l'analyse au titre de l'article 267 TFUE n'a jamais porté que sur l'identification des interlocuteurs institutionnels compétents de la Cour, et non sur la légalité de chacun des éléments de la procédure pendante devant la juridiction de renvoi. En effet, la procédure préjudicielle est, à un certain niveau, formalisée et donc formelle : l'article 267 TFUE institue un dialogue entre des *institutions* juridictionnelles et non entre les *personnes* qui composent ces institutions.

66. J'ajouterai encore quatre raisons systémiques supplémentaires pour lesquelles je suggère que cela devrait continuer à être le cas, même dans des affaires aussi problématiques qu'en l'espèce.

67. En premier lieu, il serait contre-intuitif (et contre-productif) que la Cour refuse catégoriquement d'entamer un dialogue judiciaire avec des organismes qui exercent effectivement, du moins formellement, des fonctions juridictionnelles au niveau national et qui demandent son aide pour interpréter le droit de l'Union et l'appliquer au litige dont ils sont saisis. Il n'est guère besoin de rappeler, dans ce contexte, que la réponse que la Cour apporte à leurs questions sera contraignante tant pour la juridiction de renvoi que pour d'autres juridictions nationales susceptibles de rencontrer les mêmes questions juridiques [36]. Dès lors, en introduisant une demande au titre de l'article 267 TFUE, la juridiction de renvoi s'engage à suivre l'interprétation que donnera la Cour des dispositions de l'Union susceptibles de s'appliquer dans l'affaire en cause.

68. En deuxième lieu, l'existence de problèmes (allégués, possibles ou probables) ayant trait à la rectitude juridique et morale du ou des juges nationaux statuant dans une affaire ne prive pas les différentes *parties* à la procédure de leur droit à une application correcte des dispositions

[35] Arrêt du 16 juillet 2020, Governo della Repubblica italiana (Statut des juges de paix italiens) (C-658/18, EU:C:2020:572, points 43 et 55). Comparez cette affaire avec des affaires antérieures – portant en substance sur la même question – dans lesquelles la Cour a déclaré le renvoi irrecevable, mais seulement parce que la juridiction de renvoi était incompétente en vertu du droit national. Bien que les parties aient soulevé la question de l'impartialité, la Cour ne fait pas référence à de tels arguments dans ses ordonnances : voir ordonnances du 6 septembre 2018, Di Girolamo (C-472/17, non publiée, EU:C:2018:684), et du 17 décembre 2019, Di Girolamo (C-618/18, non publiée, EU:C:2019:1090).

[36] Plus généralement sur cette question, et avec des références à la jurisprudence pertinente, voir mes conclusions dans l'affaire Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:340, points 59 à 62).

pertinentes du droit de l'Union. Dès lors, une approche institutionnelle et générale de la notion de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE me paraît davantage conforme au droit à un recours effectif consacré, notamment, à l'article 47 de la Charte.

69. En troisième lieu, plus concrètement, la Cour est mal armée pour apprécier l'impartialité et l'intégrité morale de juges spécifiques au niveau national dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité au titre de l'article 267 TFUE. Outre le fait qu'une telle entreprise requiert une interprétation des droits nationaux pertinents et que la valeur probante d'éventuels éléments de fait et l'interprétation des dispositions du droit national sont susceptibles d'être contestées par les parties, le principal problème reste que cela demanderait d'effectuer un examen détaillé et approfondi au stade de la recevabilité. De cette manière, le fond d'un grief relevant soit de l'article 47 de la Charte, soit de l'article 19 TUE serait déjà examiné au stade de la recevabilité et l'analyse pourrait devenir quelque peu circulaire [37].

70. Enfin, en quatrième lieu, se pose la question de la cohérence horizontale de la jurisprudence de la Cour. Dans des circonstances normales, certaines personnes, dont je fais partie, trouveraient plutôt curieuse la suggestion que la Cour doive apprécier la « qualité » du ou des juges individuels d'une juridiction nationale qui introduit une demande de décision préjudicielle afin d'accepter ou de rejeter cette demande. Les juges ayant introduit la demande sont-ils des personnes respectueuses des lois qui exercent leur fonction avec l'intégrité requise ? Peut-il y avoir, dans cette affaire spécifique, un éventuel conflit d'intérêts ? Un juge faisant l'objet d'une procédure disciplinaire peut-il encore introduire une demande dans une autre affaire ? Qu'en est-il d'un juge soupçonné de corruption, à l'encontre duquel des enquêtes pénales sont déjà ouvertes, mais qui, formellement, n'a pas été suspendu de ses fonctions ? La Cour est-elle tenue d'examiner toutes ces questions lorsqu'elle « filtre » les demandes présentées au titre de l'article 267 TFUE ?

71. Ces dernières années, compte tenu plus particulièrement de la crise de l'État de droit dans plusieurs États membres, la Cour a été obligée non seulement de développer sa jurisprudence afin de donner des indications concernant des situations et scénarios dont peu d'entre nous auraient imaginé qu'ils puissent se produire, mais également de définir des exceptions aux règles normalement applicables en raison de situations anormales. Comme je l'ai déjà expliqué ailleurs, je ne vois pas en quoi il pourrait y avoir application de deux poids, deux mesures dans de telles affaires puisque les situations sont objectivement différentes [38].

72. Toutefois, en l'espèce, il est effectivement demandé à la Cour de réinterpréter les critères généralement applicables de la jurisprudence Dorsch, qui s'appliquent transversalement à toutes les affaires quel que soit l'organisme juridictionnel de l'État membre, et d'élargir la portée et les arguments (des parties) qui peuvent déjà être invoqués au stade de la recevabilité au titre de l'article 267 TFUE. Pour toutes les raisons exposées dans cette partie des présentes conclusions, je ne pense pas qu'une telle démarche s'impose ni qu'elle soit nécessaire, même eu égard à des affaires extraordinaires comme en l'espèce.

[37] Pour plus de détails sur des questions similaires soulevées dans le cadre de l'arrêt du 9 juillet 2020, Land Hessen (C-272/19, EU:C:2020:535), voir mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403, points 115 à 120).

[38] Voir mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403, point 154).

73. Au vu de ce qui précède, j'arrive à la conclusion que les vices qui pourraient entacher la procédure de nomination du juge de renvoi en l'espèce [39], et/ou ses liens personnels et professionnels avec le ministre de la Justice/procureur général [40], ne devraient pas entraîner l'irrecevabilité de la présente demande.

74. Cette conclusion s'accompagne néanmoins de deux réserves importantes.

75. D'une part, il convient de souligner très clairement qu'une telle conclusion aux fins spécifiques de l'article 267 TFUE ne signifie nullement que la juridiction de renvoi est composée légalement et/ou que, plus précisément, le juge de renvoi a été désigné légalement. En effet, les éléments soulevés par le Médiateur sont, selon moi, assez perturbants. C'est encore plus vrai lorsque les allégations du Médiateur sont examinées dans le contexte institutionnel et constitutionnel plus large, dont la Cour est tout à fait consciente, concernant la situation de l'État de droit en Pologne.

76. Toutefois, ces éléments pourraient, le cas échéant, être pertinents dans le cadre de l'appréciation de l'indépendance de la juridiction de renvoi au titre de l'article 19, paragraphe 1, TUE et/ou de l'article 47 de la Charte, et pourraient éventuellement porter à conclure que ces deux dispositions ont été violées. En revanche, ainsi qu'il a été exposé aux points précédents des présentes conclusions, ces éléments ne sont normalement pas pertinents pour déterminer si un organisme national constitue une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE. La suggestion que des partenaires institutionnels, formels, devraient continuer à dialoguer même si l'un d'eux peut éprouver des doutes plutôt sérieux quant aux qualités personnelles de certaines des personnes composant l'autre partie s'appuie sur des considérations très différentes de l'approbation, même implicite, de l'autre partie.

77. D'autre part, je n'exclus pas qu'une conclusion différente puisse finalement être tirée si l'importance des éléments relatifs à la situation personnelle d'un ou de plusieurs juges d'une juridiction nationale présentant formellement une demande au titre de l'article 267 TFUE allait au-delà de la (ou des) personne(s) en cause et devait avoir des répercussions sur le fonctionnement global de l'organisme national auquel les juges appartiennent. Toutefois, dans un tel cas de figure, l'accent serait mis, et l'examen porterait, sur l'*organe* de renvoi, conformément à la logique de la jurisprudence Dorsch et à l'approche institutionnelle proposée dans les présentes conclusions. L'adoption d'une approche institutionnelle pour l'appréciation des critères de la jurisprudence Dorsch ne signifie pas que le *contexte* institutionnel ne doit pas être pris en considération. Une institution est en quelque sorte naturellement l'agrégation des personnes qui la composent. La manière dont les personnes faisant partie d'un organisme juridictionnel (présumé) ont été nommées à des fonctions de juge relève manifestement de ce contexte.

78. Cette situation pourrait, par exemple, être celle d'une institution judiciaire captive ou détournée dans un État membre qui ne peut simplement plus être qualifiée de « juridiction ». Cela peut éventuellement survenir lorsque l'accumulation des questions relatives, par exemple, aux nominations dans cette institution (formellement judiciaire), à l'influence politique exercée

[39] Par souci d'exhaustivité, bien que cela n'ait selon moi aucune incidence sur la présente affaire, j'ajouterai que, postérieurement à la tenue de l'audience dans la présente affaire, les arrêts du Naczelny Sąd Administracyjny (Cour suprême administrative) du 6 mai 2021, II GOK 2/18, II GOK 3/18, II GOK 5/18, II GOK 6/18 et II GOK 7/18, ont confirmé la présence d'irrégularités dans la procédure de désignation. En raison de ces irrégularités, cette juridiction a annulé les résolutions de la KRS attaquées sans toutefois aucunement toucher à la validité des décisions du président de la République de Pologne qui ont nommé les juges concernés.

[40] S'agissant des problèmes qui découlent, au regard de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la Charte, de cette « alliance contre-nature » des rôles, voir mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403, points 178 à 192).

sur sa prise de décision, ainsi qu'à d'autres éléments éventuels, fait apparaître un modèle dans lequel il n'existe plus de juridiction indépendante digne de ce nom. Dans un tel cas, il y aurait toutefois lieu de conclure que l'*organisme en tant que tel* ne peut plus être considéré comme étant une « juridiction », même au sens notoirement plus léger de l'article 267 TFUE, ce qui implique que la Cour ne pourrait plus coopérer avec une telle instance. Cette dernière serait alors écartée de tout dialogue.

79. Eu égard aux considérations qui précèdent, je suis d'avis que, aux fins de la présente procédure, le Sąd Najwyższy (Cour suprême), siégeant en formation à juge unique, peut toujours être considéré comme étant une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE.

2. Le renvoi est-il « pertinent » au regard de l'article 267 TFUE ?

80. Une autre question de recevabilité soulevée dans le cadre de la présente affaire porte sur la « pertinence » (ou la « nécessité ») des questions préjudicielles.

81. Il est de jurisprudence constante que la justification du renvoi préjudiciel est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le *besoin* inhérent à la solution effective d'un contentieux [41]. À cet égard, il appartient au seul juge national qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour [42].

82. Il s'ensuit que les questions portant sur le droit de l'Union bénéficient d'une présomption de pertinence. Le refus de la Cour de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées [43].

83. Plus précisément, s'agissant du critère de pertinence/nécessité, il est de jurisprudence constante que ce critère exige que la décision que doit rendre la juridiction de renvoi soit *susceptible de prendre en considération* la réponse apportée par l'arrêt de la Cour rendu à titre préjudiciel [44].

84. À cet égard, dans l'arrêt Miasto Łowicz, rendu dans une affaire récente qui, comme la présente affaire, soulevait des questions relatives à l'État de droit, la Cour a souligné que, aux fins d'établir la pertinence au regard de l'article 267 TFUE, il doit exister entre le litige et les dispositions du droit de l'Union dont l'interprétation est sollicitée un lien de rattachement « tel que cette interprétation réponde à un besoin objectif pour la décision que la juridiction de renvoi doit prendre » [45]. Selon la Cour, ce lien existe lorsque i) le litige présente, quant au fond, un lien de rattachement avec le droit de l'Union ; ii) la question porte sur l'interprétation de dispositions du droit de l'Union à

41 À cet égard, voir arrêt du 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, point 194 et jurisprudence citée).

42 Voir arrêt du 24 novembre 2020, Openbaar Ministerie (Faux en écritures) (C-510/19, EU:C:2020:953, point 25 et jurisprudence citée).

43 Arrêt du 24 novembre 2020, Openbaar Ministerie (Faux en écritures) (C-510/19, EU:C:2020:953, point 26).

44 Voir, notamment, arrêts du 13 septembre 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, point 24), et du 19 juin 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, point 31).

45 Arrêt du 26 mars 2020, Miasto Łowicz et Prokurator Generalny (C-558/18 et C-563/18, EU:C:2020:234, point 48).

caractère procédural susceptibles de s'appliquer ; ou iii) la réponse de la Cour semble de nature à fournir à la juridiction de renvoi une interprétation du droit de l'Union lui permettant de trancher des questions procédurales de droit national avant de pouvoir statuer sur le fond [46].

85. Le présent renvoi préjudiciel ne relève pas des deux premières catégories dans la mesure où, dans l'affaire pendante devant la juridiction de renvoi, il n'y a pas de disposition du droit de l'Union de nature matérielle ou procédurale applicable dont l'interprétation ou la validité suscite les doutes de cette dernière. Certes, la juridiction de renvoi invoque l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13 ainsi que l'article 38 de la Charte, en tant que dispositions également susceptibles de trouver à s'appliquer au litige au principal. Toutefois, il faudrait beaucoup d'imagination et une longue chaîne de raisonnement transitif pour relier le champ d'application de ces dispositions au fond des questions que pose effectivement cette juridiction.

86. En tout état de cause, il semble que la présente affaire relève de la troisième catégorie. En effet, la juridiction de renvoi demande à la Cour de répondre aux questions posées afin de résoudre une question procédurale de droit national, avant de pouvoir statuer sur le fond du litige dont elle est saisie.

87. Selon les informations obtenues au cours de la présente procédure, l'examen des pourvois en cassation devant le Sąd Najwyższy (Cour suprême) s'effectue, en principe, en deux étapes. À un stade préliminaire, cette juridiction, siégeant dans une formation à *juge unique*, examine la recevabilité du pourvoi. Conformément à l'article 398^9, paragraphe 1, point 3, du CPC polonais, un pourvoi en cassation n'est recevable que si, notamment, la décision attaquée a été rendue à l'issue d'une procédure irrégulière. En vertu de l'article 379, point 4, du CPC polonais, la procédure est irrégulière si, notamment, la composition du tribunal saisi est contraire aux dispositions légales ou si un juge écarté a participé à l'examen de l'affaire. Ce n'est que si le pourvoi est jugé recevable que le Sąd Najwyższy (Cour suprême), statuant dans une formation de *trois juges*, procède à un stade ultérieur à l'examen du fond du pourvoi.

88. Comme l'ont précisé le gouvernement polonais et la Commission lors de l'audience, le juge qui vérifie la recevabilité du pourvoi doit établir positivement que l'une des quatre conditions de recevabilité, énoncées à l'article 398^9, paragraphe 1, du CPC polonais, est satisfaite pour que la procédure puisse se poursuivre. À cette fin, le juge chargé de cette étape préliminaire doit prendre une décision spécifique et distincte sur la recevabilité, positive ou négative, mettant ainsi fin à cette phase d'évaluation préliminaire.

89. À la lumière de ce qui précède, il ne saurait être conclu à l'absence de pertinence des questions posées pour la solution à rendre par la juridiction de renvoi. En effet, la question de la composition correcte de la juridiction dont la décision est examinée constitue l'un des moyens de cassation. En tant que telle, elle doit être appréciée par la juridiction de renvoi, le cas échéant d'office, et toute conclusion sur ce point doit faire l'objet d'une motivation distincte. Une telle question constitue donc bien un élément de compatibilité entre le droit national et le droit de l'Union, que la juridiction de renvoi est tenue d'examiner in limine litis afin de pouvoir décider si le pourvoi en cassation est recevable.

90. Par conséquent, j'estime que les questions posées sont *pertinentes*, et donc recevables, parce que la réponse de la Cour permettra à la juridiction de renvoi de statuer dans une affaire pendante devant elle.

[46] Arrêt du 26 mars 2020, Miasto Łowicz et Prokurator Generalny (C-558/18 et C-563/18, EU:C:2020:234, points 49 à 51).

C. Sur le fond

91. Par ses questions, dont certaines peuvent être examinées conjointement, la juridiction de renvoi exprime devant la Cour des doutes quant à l'interprétation du principe d'indépendance de la justice qui découle de l'article 19, paragraphe 1, TUE, lu en combinaison avec l'article 2 TUE, et de l'article 47 de la Charte. Bien que, dans ses questions, la juridiction de renvoi invoque plusieurs autres dispositions, je ne pense pas qu'une analyse distincte de ces autres dispositions apporterait davantage de clarté sur les questions soulevées.

92. Les interrogations de la juridiction de renvoi portent, d'abord, sur le type d'analyse – elle en distingue deux formes, in abstracto et in concreto – qu'elle est tenue d'effectuer afin de vérifier le respect du principe d'indépendance de la justice. Il s'agit d'une problématique transversale qui se retrouve dans plusieurs des questions posées. Je l'examinerai donc dans un premier temps, dans mes observations liminaires (section 1). Dans un second temps, et dans cette perspective, j'aborderai les questions préjudicielles spécifiques. Tout d'abord, j'examinerai si certains faits relatifs à la première nomination à une fonction de juge de personnes exerçant des fonctions juridictionnelles peuvent remettre en cause leur indépendance au sens de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la Charte, qu'il s'agisse d'un recrutement sous le régime communiste (section 2) ou ultérieurement, dans le cadre des systèmes procéduraux prétendument déficients qui ont suivi jusqu'en 2018 (section 3). Enfin, j'aborderai les doutes exprimés par la juridiction de renvoi quant au point de savoir si elle est, en principe, tenue de soulever d'office des questions d'indépendance et si le principe d'inamovibilité des juges pourrait s'y opposer (section 4).

1. Remarques introductives : évaluer l'indépendance de la justice

93. Les questions posées par la juridiction de renvoi invitent avant tout la Cour à préciser la manière dont il convient d'apprécier le respect du principe d'indépendance de la justice. Afin de mieux comprendre les problèmes soulevés par la juridiction de renvoi, il convient de rappeler brièvement les doutes qu'elle a exprimés à ce propos.

94. Dans la demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi relève que, dans sa jurisprudence antérieure, la Cour a précisé que, pour établir si un tribunal est « indépendant », il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres. En particulier, la Cour a jugé que, quel que soit le modèle constitutionnel choisi pour la nomination, « il demeure nécessaire de s'assurer que les conditions de fond et les modalités procédurales présidant à l'adoption des décisions de nomination soient telles qu'elles ne puissent pas faire naître, dans l'esprit des justiciables, des doutes légitimes quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent, une fois les intéressés nommés »[47].

95. À cet égard, la juridiction de renvoi relève que, dans l'arrêt A. K. e.a., la Cour a, en substance, indiqué que les violations alléguées du principe d'indépendance doivent être examinées en prenant en considération tous les éléments pertinents et en tenant compte, le cas échéant, des motifs et des objectifs spécifiques invoqués pour justifier les mesures en cause. En effet,

[47] Arrêt A. K. e.a., points 127 et 130 à 134.

l'importance des éléments pertinents ne devrait pas être évaluée pour chacun d'eux envisagé seul ou pris isolément, mais de manière conjointe à la lumière du paysage juridique et institutionnel plus large [48].

96. Toutefois, la juridiction de renvoi explique qu'elle s'interroge sur la manière dont il convient concrètement de procéder à l'analyse du respect du principe d'indépendance. Elle estime en particulier que l'appréciation pourrait être effectuée in abstracto ou in concreto. S'agissant de la situation spécifique en cause au principal, la juridiction de renvoi explique qu'une appréciation in abstracto impliquerait que chaque affaire dans laquelle un juge a été nommé au moyen d'une procédure irrégulière poserait problème, indépendamment de l'incidence sur le cas concret en cause. Dès lors, la position, le déroulement et la carrière d'un juge qui participe à la composition d'une formation de jugement seraient dénués de pertinence dans ce contexte. D'un autre côté, le respect du principe d'indépendance pourrait être vérifié in concreto, ce qui exigerait de démontrer l'existence d'un lien entre une procédure irrégulière de nomination à une fonction de juge et une incidence, réelle ou potentielle, sur l'issue d'une affaire particulière.

97. Il me semble que le problème exposé par la juridiction de renvoi repose sur une lecture quelque peu incomplète de l'arrêt en question. La juridiction de renvoi ne met en évidence qu'un seul aspect de l'arrêt A. K. e.a. et, tout en restant silencieuse sur le contexte et l'objet d'une telle appréciation, établit une fausse dichotomie en présentant les analyses in abstracto et in concreto comme s'excluant mutuellement. À mon avis, envisagées dans leur contexte, ces deux approches ne sont pas alternatives, mais complémentaires, voire cumulatives.

98. En premier lieu, en se référant à « toutes les circonstances pertinentes », la Cour n'a exclu aucun type ou catégorie d'éléments pertinents. Selon moi, la Cour a simplement suggéré que, dans le cadre de l'appréciation de l'(in)dépendance des juges, il ne suffit pas d'examiner simplement la « loi en vigueur » [49]. Il est souvent nécessaire d'examiner également la manière dont ces règles sont effectivement mises en œuvre [50]. En conséquence, il est possible, et le cas échéant il conviendrait, de prendre en considération tant les éléments formels et institutionnels (qui sont essentiels pour l'analyse in abstracto) que les éléments plus concrets et propres à l'affaire (qui sont au cœur de l'analyse in concreto).

99. Compte tenu de la variété des situations dans lesquelles une question d'indépendance de la justice pourrait être soulevée, il est impossible de déterminer a priori à quel type d'éléments il conviendrait d'accorder plus de poids. L'importance de ces éléments – qui, je le répète, doivent en tout état de cause être appréciés conjointement – dépend évidemment des caractéristiques propres à l'affaire concernée.

100. En outre, le *contexte* global dans lequel les règles s'appliquent et la manière dont elles sont liées à, ou interagissent avec, d'autres règles et acteurs est tout aussi important. L'(in)dépendance est par définition relationnelle : il s'agit de l'indépendance ou de la dépendance vis-à-vis de quelque chose ou de quelqu'un. Ainsi, pour l'exprimer par une métaphore, son appréciation ne saurait être limitée à l'étude microscopique d'une tranche de saucisson, sans tenir compte du

[48] Arrêt A. K. e.a., points 152 et 153.

[49] Comparer avec l'arrêt de la Cour EDH du 6 octobre 2011, Agrokompleks c. Ukraine (CE:ECHR:2011:1006JUD002346503, § 136). Plus généralement sur ce point, voir Spano, R., « The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary », *European Law Journal*, 2021, p. 9.

[50] Pour une analyse plus détaillée et une classification des scénarios potentiels, voir mes conclusions dans les affaires jointes Asociația « Forumul Judecătorilor Din România » e.a. (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 et C-355/19, EU:C:2020:746, points 240 à 248).

reste du saucisson, de la manière et de l'endroit où il est normalement conservé, de sa distance et de sa relation avec d'autres objets présents dans le cellier, tout en ignorant nonchalamment le fait qu'un grand carnivore se cache dans un coin de la pièce.

101. En second lieu, et c'est peut-être encore plus important, il est simplement impossible d'énoncer ex ante un critère universel d'appréciation de l'indépendance de la justice *indépendamment* de la disposition de l'Union applicable en l'espèce. Essayer de déterminer avec certitude, de manière abstraite, quand exactement une juridiction donnée sera « indépendante », sans connaître ni la *raison* pour laquelle la question a été posée, c'est-à-dire sans savoir si la question s'inscrit dans le contexte de l'article 267 TFUE, de l'article 47 de la Charte, ou de l'article 19, paragraphe 1, TUE, ni les *circonstances* d'une affaire spécifique, revient presque à demander à la Cour de mettre la charrue avant les bœufs.

102. Comme je viens de l'exposer dans les parties précédentes des présentes conclusions, et comme je l'ai déjà exposé en détail dans mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a., s'il n'existe, en droit de l'Union, qu'un seul et même principe d'indépendance de la justice, le type d'examen précis et l'intensité du contrôle qui sera exercé dépendront de la disposition du droit de l'Union qui sera effectivement appliquée : l'article 267 TFUE, l'article 19, paragraphe 1, TUE ou l'article 47 de la Charte [51].

103. Dans le cadre d'une analyse au titre de l'article 19, paragraphe 1, TUE, il est probable que la Cour se concentre surtout sur des éléments formels et institutionnels, alors que, dans le cadre d'une analyse au titre de l'article 47 de la Charte, les éléments propres à l'affaire occupent le devant de la scène. L'accent qui est mis est déterminé par la logique de chacune des dispositions : les manquements structurels d'un État membre et/ou la violation de droits subjectifs tirés du droit de l'Union. Or, comme je l'ai déjà indiqué, il ne s'agit pas d'un choix binaire : l'une peut correspondre à l'autre même si elles sont évidemment différentes. Le critère concernant l'« ensemble des circonstances pertinentes » signifie – on me pardonnera ce truisme – que toute circonstance peut être pertinente. C'est l'accent qui est mis sur la disposition examinée et sa finalité dans le contexte factuel et juridique particulier d'une affaire donnée qui détermineront finalement laquelle de ces dispositions sera déterminante.

104. En résumé, afin d'apprécier le respect du principe d'indépendance de la justice, consacré à l'article 19, paragraphe 1, TUE et à l'article 47 de la Charte, une juridiction nationale doit prendre en considération tous les éléments pertinents et tenir compte, le cas échéant, des motifs et des objectifs spécifiques des mesures nationales susceptibles d'être applicables à la situation. Dans ce contexte, tant des éléments formels et institutionnels que des éléments propres à l'affaire peuvent être pertinents, selon les caractéristiques du cas d'espèce et de la ou des dispositions de l'Union applicables. L'importance de ces éléments ne devrait pas être évaluée en soi ou de manière isolée, mais devrait être appréciée conjointement au regard du paysage juridique et institutionnel plus large.

105. Cela étant dit, j'aborderai maintenant les problématiques spécifiques mentionnées dans les différentes questions préjudicielles.

[51] Points 36 à 42 des présentes conclusions, ainsi que points 163 à 169 de mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403).

2. Sur les première, deuxième et troisième questions préjudicielles

106. Par ses première, deuxième et troisième questions préjudicielles, qui sont étroitement liées et peuvent dès lors être examinées ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les circonstances de la première nomination de l'un des juges de la juridiction ayant rendu l'arrêt attaqué (le juge FO), qui est intervenue sous le régime communiste de la République populaire de Pologne (ci-après la « RPP »), ont une incidence sur son indépendance dans l'exercice actuel de ses fonctions juridictionnelles, au titre de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la Charte.

107. À ce propos, la juridiction de renvoi indique que, durant l'ère communiste en Pologne, lors de son entrée en fonction, un juge devait prêter serment devant le président de la juridiction compétente et jurer, notamment, de contribuer à la consolidation de la liberté, de la souveraineté et de la puissance de l'État « démocratique » polonais, de protéger et de renforcer l'ordre fondé sur les principes constitutionnels sociaux, économiques et politiques de la RPP, et de renforcer le respect du droit et de la loyauté à cet État. En vertu des dispositions en vigueur à l'époque, le système judiciaire de la RPP avait pour mission de protéger la « démocratie populaire » et de contribuer à son développement vers le socialisme. Durant l'ère communiste, les tribunaux étaient également tenus, dans le cadre de leur activité, d'éduquer les citoyens dans un esprit de loyauté à la RPP.

108. Selon la juridiction de renvoi, les modalités de nomination d'un juge ainsi que les solutions concernant le contrôle et la possibilité de révoquer un juge n'étaient pas conformes aux normes prévalant dans un État de droit démocratique. En particulier, jusqu'en 1989, les juges étaient nommés et révoqués par un organe exécutif d'un État qui se caractérisait par un système de pouvoir non démocratique : le Conseil d'État. Les dispositions régissant la nomination et la révocation des juges, outre le fait qu'elles dépendaient étroitement des organes du pouvoir exécutif de l'État, ne présentaient pas non plus de critères de nomination transparents et ne permettaient pas à des organes du pouvoir judiciaire autonome ni à des organes issus d'élections démocratiques de participer à la procédure de nomination. La juridiction de renvoi estime que ces procédures portent atteinte à la confiance que la justice doit inspirer dans une société démocratique.

109. Selon la juridiction de renvoi, les modifications apportées au droit polonais après 1989 n'ont guère permis de développer des instruments efficaces pour vérifier les nominations aux fonctions de juge intervenues pendant l'ère communiste ou d'éventuelles violations par les juges du principe d'indépendance. Dès lors, après 1989, il n'a été procédé selon elle à aucune vérification générale de l'ensemble des nominations à des fonctions de juge intervenues sous l'ère communiste, et à aucun contrôle effectif des nominations individuelles à la fonction de juge même dans les cas où des juges auraient manifestement violé le principe d'indépendance de la justice.

110. Les arguments qui précèdent ne me convainquent pas.

111. Je suis certainement d'accord avec la juridiction de renvoi sur le fait que, durant la période de la RPP, les procédures de nomination des juges et, plus généralement, les règles régissant leur titularisation et leur activité n'offraient pas les garanties suffisantes pour répondre au niveau d'indépendance de la justice que prévoient aujourd'hui les traités de l'Union.

112. Toutefois, pour le reste, je ne comprends pas la pertinence de toutes ces affirmations sur le plan *juridique aujourd'hui*. En dissimulant une certaine vision politique du monde dans un argument juridique, ce que semble suggérer la juridiction de renvoi revient soit à une rétroactivité véritable, soit à des insinuations totalement dénuées de fondement.

113. Premièrement, affirmer que le droit de l'Union ne s'appliquait pas à la République de Pologne avant son adhésion à l'Union est une lapalissade. Il est également établi que dans l'ordre juridique de l'Union, en l'absence de dispositions spécifiques sur les effets rétroactifs, les règles de droit nouvelles ne s'appliquent pas aux situations juridiques nées et définitivement acquises sous l'empire de la loi ancienne, mais qu'elles s'appliquent aux effets futurs de celles-ci, ainsi qu'aux situations juridiques nouvelles [52]. Je me demande donc comment des règles et des normes découlant de l'article 19, paragraphe 1, TUE et/ou de l'article 47 de la Charte pourraient s'appliquer à des nominations à des fonctions de juge intervenues en Pologne avant 1989, sans que cela constitue une rétroactivité véritable [53].

114. Deuxièmement, il existe bien, en droit de l'Union, une réserve concernant les effets juridiques persistants. Une question d'indépendance au titre de l'article 19, paragraphe 1, TUE et/ou de l'article 47 de la Charte pourrait dès lors se poser si les règles nationales auxquelles se réfère la juridiction de renvoi étaient toujours – alors qu'elles ne sont plus en vigueur depuis plusieurs décennies – susceptibles de produire un certain effet *aujourd'hui*. Il faudrait, pour cela, et pour ce qui est de la présente affaire, démontrer un effet continu, une relation entre les règles nationales antérieures et l'émergence actuelle de doutes légitimes et sérieux dans l'esprit des justiciables quant à l'indépendance et à l'impartialité d'un juge tel que le juge FO.

115. Toutefois, à cet égard, l'ordonnance de renvoi fournit, de manière assez surprenante compte tenu de sa longueur et de sa précision générales, assez peu d'explications concrètes sur la question de l'*identité* de la personne, de l'institution ou de l'organisme actuellement en mesure d'exercer une pression indue sur le juge FO, et sur les *raisons* pour lesquelles le juge FO pourrait être enclin à céder à cette pression. La juridiction de renvoi semble plutôt s'appuyer sur l'hypothèse que les juges nommés sous l'ère communiste sont par définition « à tout jamais suspects », du seul fait de leur association avec le régime antérieur, et parce que, comme le laisse entendre la troisième question préjudicielle, ils n'ont jamais été renommés et n'ont jamais, en leur qualité de magistrats, prêté serment au nouvel État démocratique.

116. Troisièmement, sans vouloir en aucune manière me prononcer sur le bien-fondé de telles « opinions », j'aimerais simplement relever que, dans l'histoire de tout pays, il y a des moments constitutionnels au cours desquels un certain nombre d'options apparaissent s'agissant de la conception de nouvelles institutions de l'État et de leur personnel [54]. Toutefois, lorsqu'elle a fait ce choix constitutionnel il y a trente ans, la République de Pologne a, tout comme un certain nombre d'autres pays d'Europe centrale, choisi la continuité. Par la suite, les juges nommés sous le régime antérieur en Pologne ont bénéficié d'une double acceptation, au niveau national et au niveau de l'Union.

[52] Voir, pour plus de références, mes conclusions dans l'affaire E.B. (C-258/17, EU:C:2018:663, points 44 à 48).

[53] Voir toutefois arrêt du 15 janvier 2019, E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, points 54 et 55).

[54] À l'exception, espérons-le, de la « solution » évoquée au point 1 des présentes conclusions.

117. D'une part, comme le relève la juridiction de renvoi, malgré l'adoption de certaines mesures de « lustration »[55], l'État démocratique nouvellement constitué a accepté que les juges nommés durant la période de la RPP puissent, en principe, rester en fonction. Le gouvernement polonais l'a confirmé lors de l'audience.

118. D'autre part, les institutions de l'Union ont considéré que cette situation était conforme au droit de l'Union aux fins de l'adhésion de la République de Pologne à l'Union. Il ne faut pas perdre de vue, à cet égard, que les futurs États membres étaient tenus de remplir les critères dits « de Copenhague »[56], dont l'un portait sur l'existence d'institutions stables garantissant notamment la démocratie, la primauté du droit et la protection des droits de l'homme.

119. Replacées dans ce contexte, les questions soulevées par la juridiction de renvoi suggèrent, en substance, que le choix constitutionnel que la République de Pologne a effectué il y a des décennies, et que l'Union a accepté au moment de son adhésion à l'Union, était erroné. À nouveau, je ne commenterai pas les implications politiques de cette affirmation. Toutefois, au regard de la présente affaire, dans les faits, toute intervention juridictionnelle qui invaliderait les décisions prises par un juge national, tel que le juge FO, pour la seule raison qu'il a été nommé pour la première fois à une fonction de juge dans la RPP s'apparenterait à une *nouvelle* mesure de « lustration ».

120. Quatrièmement, aucune disposition du droit de l'Union ne permet à la Cour de contrôler la manière dont les États membres ont géré, avant leur adhésion, l'héritage politique, juridique et administratif des régimes antérieurs[57]. De la même manière, l'élaboration de nouvelles règles en matière d'organisation de la justice, de nomination ou de discipline des juges relève, par défaut, des choix institutionnels des États membres[58].

121. Cela ne signifie toutefois pas que toute mesure de lustration qu'un État membre adopterait *maintenant* puisse échapper au contrôle de sa conformité au droit de l'Union, lorsque celui-ci *est applicable*. En particulier, une mesure susceptible d'avoir une incidence sur l'activité des juridictions nationales agissant dans les domaines régis par le droit de l'Union devrait être conforme, notamment, aux principes énoncés à l'article 19, paragraphe 1, TUE, qui reflètent les valeurs consacrées à l'article 2 TUE telles que l'État de droit et le respect des droits fondamentaux.

122. Si la Cour n'a pas eu l'occasion de contrôler une telle mesure, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH ») a, dans le passé, examiné diverses formes de lustration. À cet égard, la Cour EDH a considéré que des mesures de lustration peuvent être justifiées lorsqu'elles visent, entre autres, à la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, à la promotion de la confiance dans les nouvelles institutions démocratiques, à la prévention des désordres, à la transparence de la vie publique, à la clarté et à la paix intérieure dans la société, au

[55] Le terme « lustration », du latin « lustratio » qui signifie « purification par sacrifice », a été abondamment utilisé en référence aux mesures de justice transitoire adoptées dans les États post-communistes en Europe centrale et de l'Est, afin de faciliter les réformes institutionnelles et administratives ainsi que la transformation politique et sociétale. Ces mesures comportaient souvent des programmes de contrôle visant à évaluer l'intégrité et les capacités de personnes ayant servi dans certains domaines clés de l'administration publique (y compris les juges). Voir, en général, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes – Principes directeurs à respecter pour que les lois de lustration et les mesures administratives analogues soient conformes aux exigences d'un État de droit » (doc. 7568), 3 juin 1996, et Horne, C. M., « Transitional Justice: Vetting and Lustration », dans Lawther, C., Moffett, L., et Jacobs, D. (éd.), *Research Handbook on Transitional Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 424 à 441.

[56] Voir conclusions de la présidence, Conseil européen de Copenhague, 21 et 22 juin 1993. Voir, actuellement, article 49 TUE.

[57] À ma connaissance, il n'existe pas non plus d'accord international contraignant en la matière, en particulier pas d'accord international contraignant pour l'Union et/ou ses États membres.

[58] Voir, notamment, arrêt du 20 avril 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311, point 48).

bien-être économique du pays, et aux droits et libertés d'autrui[59]. À cet égard, la Cour EDH a également considéré que les États peuvent valablement adopter des mesures de lustration puisqu'« un État démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie »[60].

123. Toutefois, la Cour EDH a considéré que, même si de telles mesures n'entraînent pas nécessairement une violation des droits de l'homme, pour être compatibles avec la CEDH, les mesures de lustration doivent remplir un certain nombre de conditions. Pour ce qui intéresse la présente affaire, je rappellerai simplement que la Cour EDH exige, notamment, que le cadre légal national i) soit suffisamment précis pour pouvoir *individualiser* la responsabilité de chacune des personnes concernées[61], ii) contenir les *garanties procédurales* adéquates pour ces personnes[62] et iii) être de nature *temporaire* puisque la nécessité objective d'une restriction des droits individuels résultant des mesures de transition décroît avec le temps[63].

124. Les conclusions de la Cour EDH me semblent largement transposables dans l'ordre juridique de l'Union[64]. À la lumière de cette jurisprudence, je doute sérieusement qu'une décision juridictionnelle telle que la suggère la juridiction de renvoi soit compatible avec le droit de l'Union. Sans qu'il soit besoin de développer cette question, je vois plusieurs problèmes possibles, notamment au regard de l'article 2 TUE (État de droit) et des articles 47 et 48 de la Charte (procès équitable).

125. Néanmoins, en tout état de cause, ce qui me semble le plus frappant, c'est qu'une telle mesure soit envisagée des décennies après la chute du régime antérieur et la création d'un nouvel État, et encore, à tout le moins nominalement, au nom de la nécessité de faire face au passé communiste. Quelles que soient les véritables raisons derrière de telles suggestions, je relève simplement qu'en soi la déconnexion temporelle exclut toute nécessité objective d'adopter de telles mesures dans une société démocratique[65]. Plus simplement, le moment constitutionnel où de telles mesures pouvaient légitimement être envisagées me semble passé depuis longtemps.

126. Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que le seul fait que certains juges ont été nommés pour la première fois pendant la période de la RPP n'est pas susceptible, à lui seul, de remettre en cause leur indépendance aujourd'hui. Partant, les circonstances visées aux première, deuxième et

[59] Arrêt de la Cour EDH du 21 octobre 2014, Naidin c. Roumanie (CE:ECHR:2014:1021JUD003816207, § 51). Voir également Nations unies, *Rule-Of-Law Tools for Post-Conflict States – Vetting: An Operational Framework*, 2006, p. 3 à 5, qui suggère qu'une réforme du personnel visant à exclure du service public les personnes présentant un grave manque d'intégrité contribue à rétablir la confiance civique et à relégitimer les institutions publiques.

[60] Arrêt de la Cour EDH du 26 septembre 1995, Vogt c. Allemagne (CE:ECHR:1995:0926JUD001785191, § 59).

[61] Arrêts de la Cour EDH du 24 juin 2008, Ādamsons c. Lettonie (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116), et du 3 septembre 2015, Sõro c. Estonie (CE:ECHR:2015:0903JUD002258808, § 60 et 61). Voir, également, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, résolution 1096, du 27 juin 1996, Mesures de démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes, point 12.

[62] Arrêts de la Cour EDH du 14 février 2006, Turek c. Slovaquie (CE:ECHR:2006:0214JUD005798600, § 115) ; du 24 avril 2007, Matyjek c. Pologne (CE:ECHR:2007:0424JUD003818403, § 62), et du 24 juin 2008, Ādamsons c. Lettonie (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, point 116).

[63] Arrêts de la Cour EDH du 24 juin 2008, Ādamsons c. Lettonie (CE:ECHR:2008:0624JUD000366903, § 116), et du 21 janvier 2016, Ivanovski c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine » (CE:ECHR:2016:0121JUD002990811, § 185). Voir également la position de la Commission de Venise reproduite au § 108, sous a), de ce dernier arrêt : « [l]'adoption de mesures de lustration dans un pays donné, longtemps après qu'un processus de transition démocratique y a été engagé, peut semer le doute sur les véritables intentions du pays concerné. La revanche ne doit pas prendre le pas sur la démocratie. [...] l'application de mesures de lustration [...] doit être justifiée par des raisons convaincantes [...] ».

[64] Comme le prévoient également l'article 52, paragraphe 3, de la Charte et l'article 6, paragraphe 3, TUE.

[65] Au sens des exigences de la jurisprudence de la Cour EDH citée dans la note en bas de page 63 des présentes conclusions, en supposant qu'un tel cas puisse même franchir le stade de l'objectif légitime et de la légalité dès lors que les véritables motivations à l'origine de telles mesures devaient être analysées.

troisième questions préjudicielles ne sont pas de nature à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité d'un juge national, tel que le juge FO, au sens de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la Charte.

3. Sur les quatrième et cinquième questions préjudicielles

127. Par sa quatrième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir si le fait que certains membres de la formation de jugement ayant rendu l'arrêt attaqué ont été nommés dans cette juridiction sur le fondement de résolutions adoptées par la KRS dans des compositions résultant d'une loi que, telle qu'elle est interprétée, le Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle) a ensuite déclarée inconstitutionnelle [66] a une incidence sur l'appréciation de la question de savoir si la composition de cette juridiction satisfait à l'exigence d'indépendance. Par sa cinquième question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande également, en substance, si un organisme, tel que la KRS à l'époque des faits, qui a suivi des procédures non transparentes et non publiques en matière de nomination des juges, peut être considéré comme étant indépendant au sens du droit de l'Union.

128. Ces deux questions peuvent être examinées conjointement. Il vaut peut-être mieux les aborder en deux étapes : dans un premier temps, littéralement, c'est-à-dire sans tenir compte du contexte global, puis, dans un second temps, en enrichissant l'analyse à l'aide de ce contexte plus large [67].

129. Premièrement, il convient de relever que, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour et de la Cour EDH, toute erreur susceptible d'intervenir au cours de la procédure de nomination d'un juge n'est pas de nature à jeter un doute sur l'indépendance de ce juge.

130. Dans l'arrêt Simpson, la Cour a relevé qu'une irrégularité commise lors de la nomination des juges emporte une violation de l'article 47 de la Charte, « notamment lorsque cette irrégularité est d'une nature et d'une gravité telles qu'elle crée un risque réel que d'autres branches du pouvoir, en particulier l'exécutif, puissent exercer un pouvoir discrétionnaire indu mettant en péril l'intégrité du résultat auquel conduit le processus de nomination et semant ainsi un doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'indépendance et à l'impartialité du ou des juges concernés ». Dans cette affaire, la Cour a jugé que l'irrégularité commise par le Conseil dans la procédure de nomination d'un membre du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (à l'époque) n'était pas d'une gravité telle qu'elle méconnaissait l'article 47 de la Charte [68].

131. De même, dans l'affaire Ástráðsson, la grande chambre de la Cour EDH a suivi une démarche en trois étapes afin de rechercher si la nomination irrégulière d'un juge emportait violation du droit à « un tribunal établi par la loi » au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. La Cour EDH a vérifié, en substance, si i) il y avait eu une violation manifeste du droit interne en matière de nomination des juges, ii) la violation concernait une règle fondamentale de la procédure de nomination des juges, et iii) la violation avait fait l'objet d'un contrôle et d'un redressement effectifs par les juridictions internes [69].

66 Voir point 19 des présentes conclusions.

67 En fournissant donc une étude de cas afin de prendre en considération « toutes les circonstances pertinentes » comme il a été souligné aux points 98 à 100 des présentes conclusions.

68 Arrêt du 26 mars 2020, Réexamen Simpson/Conseil et HG/Commission (C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, en particulier points 75 à 82).

69 Arrêt de la Cour EDH du 1er décembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, § 244 à 252).

132. En ce qui concerne plus particulièrement le deuxième élément mentionné au point précédent des présentes conclusions, la Cour EDH a souligné que la violation en question doit s'analyser « à la lumière de l'objet et du but de l'exigence d'un "tribunal établi par la loi", qui sont de veiller à ce que le pouvoir judiciaire puisse s'acquitter de sa mission à l'abri de toute ingérence injustifiée, de manière à préserver ainsi la prééminence du droit et la séparation des pouvoirs ». En conséquence, la Cour EDH a considéré que « les violations de pure forme qui n'auraient aucune incidence sur la légitimité du processus de nomination doivent être considérées comme n'atteignant pas le niveau de gravité requis » [70].

133. En l'espèce, les questions identifiées par le Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle) dans sa décision K 5/17, du 20 juin 2017, concernaient la durée du mandat de certains membres de la KRS, l'un des organes participant à la procédure de nomination des juges. Les conclusions de cette juridiction semblent être pour la plupart d'ordre technique, à tout le moins lorsqu'elles sont analysées à travers le prisme de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la Charte. Ni la juridiction de renvoi ni le gouvernement polonais n'ont fourni d'explications concrètes et claires en sens contraire dans le cadre de la présente affaire. Interrogé sur ce point lors de l'audience, le gouvernement polonais a indiqué que, selon lui, l'irrégularité de la composition de la KRS n'affecte pas automatiquement la validité des résolutions que cet organisme a adoptées entre 2000 et 2018. L'incidence que pourrait avoir la conclusion du Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle) sur la perception par le public de l'indépendance des trois juges concernés reste également obscure.

134. Il en est ainsi malgré le fait que la jurisprudence montre l'importance de l'identification d'un tel élément.

135. Par exemple, dans l'arrêt Commission/Pologne (Indépendance de la Cour suprême), la Cour a jugé que la réglementation nationale en cause – qui prévoyait un abaissement effectif et immédiat de l'âge du départ à la retraite des juges du Sąd Najwyższy (Cour suprême) et conférait au président de la République de Pologne le pouvoir discrétionnaire de prolonger la fonction judiciaire active des juges – portait atteinte au principe d'inamovibilité des juges, qui est essentiel à leur indépendance, et violait dès lors l'article 19, paragraphe 1, TUE. Au vu de ses caractéristiques spécifiques et à la lumière des circonstances de son adoption, la Cour est parvenue à la conclusion que cette législation pouvait susciter des doutes raisonnables quant aux motivations qui la sous-tendent. La Cour a en particulier observé que plusieurs éléments suggéraient que cette législation avait été adoptée dans le but d'exclure ou de mettre à l'écart un certain groupe de juges [71].

136. De même, dans les arrêts A. K. e.a. et Repubblika [72], la Cour a été appelée à examiner la composition et le fonctionnement de deux organes étatiques qui interviennent dans la procédure de nomination des juges dans leurs États membres respectifs. La Cour a examiné, en particulier, les circonstances dans lesquelles les membres de ces organes étaient nommés, la manière dont lesdits organes fonctionnaient, le cadre juridique plus large régissant le rôle et les activités de ces mêmes organes et, enfin, le paysage politique dans lequel ils fonctionnaient.

137. À cet égard, dans l'arrêt A. K. e.a., la Cour a considéré que certains éléments pouvaient susciter des doutes dans l'esprit des justiciables quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs, notamment de l'influence des pouvoirs législatif et exécutif, bien

[70] Arrêt de la Cour EDH du 1er décembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418, § 246).

[71] Voir arrêt du 24 juin 2019, Commission/Pologne (Indépendance de la Cour suprême) (C-619/18, EU:C:2019:531, points 82 et 85).

[72] Arrêt du 20 avril 2021 (C-896/19, EU:C:2021:311, point 51).

qu'elle ait finalement laissé à la juridiction de renvoi le soin d'effectuer cette appréciation. En revanche, dans l'arrêt du 20 avril 2021, Repubblika (C-896/19, EU:C:2021:311), s'agissant des règles pertinentes et de la manière dont celles-ci avaient été appliquées par les institutions d'un État membre, la Cour n'a relevé aucun indice d'une éventuelle absence d'indépendance de l'organisme concerné. En effet, rien ne permettait de considérer que dans cet État membre le président de la République pouvait faire usage de ses pouvoirs de nomination des juges d'une manière susceptible de susciter, auprès du grand public, de véritables suspicions sur l'indépendance des personnes sélectionnées.

138. Dans les affaires jointes WB e.a., la juridiction de renvoi interroge la Cour sur la compatibilité d'une réglementation nationale en vertu de laquelle le ministre de la Justice/procureur général peut, sur le fondement de critères qui ne sont pas rendus publics, déléguer des juges dans des juridictions supérieures pour une durée indéterminée et, à tout moment, mettre fin de manière discrétionnaire à cette délégation avec, notamment, l'article 19, paragraphe 1, TUE, lu en combinaison avec l'article 2 TUE. Dans les conclusions que j'ai présentées dans cette affaire, j'ai considéré que cette réglementation méconnaît ces dispositions en ce qu'elle peut avoir une incidence sur la manière dont certains juges exercent leurs fonctions. J'ai en particulier suggéré que, en vertu de cette réglementation, certains juges pourraient être incités à statuer en faveur du procureur ou, plus généralement, en faveur du ministre de la Justice/procureur général. En effet, les juges des juridictions inférieures pourraient être tentés par la possibilité d'être récompensés par une délégation dans une juridiction de rang supérieur avec, le cas échéant, de meilleures perspectives de carrière et un traitement plus élevé. À leur tour, les juges délégués pourraient être dissuadés d'agir de manière indépendante, afin d'écarter le risque de voir leur délégation révoquée par le ministre de la Justice/procureur général[73].

139. À la différence de ces affaires, en l'espèce, aucun « motif, moyen ni possibilité » ne peut être détecté en ce qui concerne un éventuel manque d'indépendance des trois juges en cause dans la présente affaire. À l'instar de ma conclusion concernant les circonstances entourant la première nomination d'un juge dans la RPP, je ne peux que me demander *qui* serait, à l'heure actuelle, en mesure d'exercer une pression indue sur les trois juges concernés, surtout en raison, ou compte tenu, de l'irrégularité alléguée de leur procédure de nomination, et *pourquoi* ces juges pourraient, à tout le moins dans l'esprit des justiciables, être enclins à céder à cette pression.

140. Deuxièmement, une image quelque peu différente se dessine toutefois lorsque l'analyse est effectivement élargie à « toutes les circonstances pertinentes », notamment lorsqu'elle envisage les éventuels « motifs, moyens et possibilités » qui sous-tendent la décision du Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle) concernant l'(in)adéquation de la composition de la KRS sur laquelle la juridiction de renvoi fonde toutes ses préoccupations quant à la régularité des nominations aux fonctions de juge durant la période allant de 2000 à 2018. À cet égard, un observateur plus curieux ou plus critique pourrait éventuellement s'interroger sur la véritable motivation de cette décision et se demander si cette décision émane elle-même d'un tribunal

[73] Voir mes conclusions dans les affaires jointes WB e.a. (C-748/19 à C-754/19, EU:C:2021:403, points 171 à 196).

indépendant et régulièrement composé[74] et dans quelle mesure il peut être fait confiance, de manière générale, aux décisions d'une institution qui pourrait être perçue comme étant susceptible de faire l'objet, à l'heure actuelle, d'une instrumentalisation abusive[75].

141. En conclusion, les circonstances auxquelles les quatrième et cinquième questions préjudicielles font référence ne sont pas non plus de nature à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité des juges nationaux au sens de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la Charte.

4. Sur les sixième et septième questions préjudicielles

142. Par sa sixième question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si elle est tenue d'examiner d'office si la juridiction inférieure, qui a rendu l'arrêt attaqué, satisfait à l'exigence d'indépendance consacrée à l'article 19, paragraphe 1, TUE et à l'article 47 de la Charte aux fins de vérifier l'éventuelle invalidité d'un arrêt attaqué.

143. Par sa septième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir si, compte tenu du caractère irrévocable de la nomination des juges inscrit dans la Constitution polonaise, elle doit s'abstenir de vérifier, aux fins indiquées au point précédent des présentes conclusions, l'indépendance des juges ayant rendu l'arrêt attaqué.

144. Compte tenu des réponses apportées aux questions précédentes, il n'y a pas lieu, en principe, de répondre à ces questions.

145. Toutefois, dans un souci d'exhaustivité, je proposerai quelques brèves réflexions sur les problèmes soulevés par la juridiction de renvoi dans ces deux questions. En substance, la juridiction de renvoi se demande si elle est, en principe, tenue de soulever d'office des questions d'indépendance et si le principe d'inamovibilité des juges pourrait s'y opposer.

146. En ce qui concerne la sixième question préjudicielle, la raison pour laquelle celle-ci est posée n'apparaît pas clairement, compte tenu du fait que le juge de renvoi a apparemment l'obligation de vérifier d'office la régularité de la formation de jugement ayant rendu l'arrêt qui fait l'objet du pourvoi en vertu du droit interne[76]. Toutefois, aux fins d'une éventuelle application de l'article 47 de la Charte, la réponse aux doutes de la juridiction de renvoi peut être trouvée dans l'arrêt Simpson[77].

[74] Voir arrêt de la Cour EDH du 7 mai 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne (CE:ECHR:2021:0507JUD000490718), dans lequel la Cour EDH a considéré que certaines nominations récentes au Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle) ont été décidées en violation flagrante de la loi interne et que l'influence externe illégale que les pouvoirs législatif et exécutif exercent sur cet organisme porte atteinte à l'essence même du droit à un « tribunal établi par la loi » au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH.

[75] Voir arrêt le plus récent, qui présente une certaine pertinence pour la présente affaire compte tenu des parties concernées, du Trybunał Konstytucyjny (Cour constitutionnelle) du 15 avril 2021, K 20/20, dans lequel cette juridiction parvient à la conclusion qu'une disposition de la loi relative au Médiateur, qui prévoit que le titulaire actuel reste en fonction, même au-delà du terme de son mandat, jusqu'à ce qu'un nouveau Médiateur soit nommé, est inconstitutionnelle. Il est difficile de comprendre en quoi une disposition, qui assure légitimement la continuité institutionnelle d'un certain nombre d'organes en Europe, en ce compris la Cour (voir article 5 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne), pourrait être conceptuellement inconstitutionnelle. Toutefois, toute énigme intellectuelle à cet égard pourrait rapidement se dissiper dès lors que l'on comprend le contexte, en particulier *pourquoi* une telle décision était nécessaire et *qui* en avait besoin.

[76] Voir points 13 et 88 des présentes conclusions.

[77] Arrêt du 26 mars 2020, Réexamen Simpson/Conseil et HG/Commission (C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, en particulier points 75 à 82).

147. Dans cet arrêt, la Cour a précisé qu'il découle de l'article 47 de la Charte, qui consacre le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant, impartial et préalablement établi par la loi, et le droit à un procès équitable, que « le juge de l'Union doit pouvoir vérifier si une irrégularité entachant la procédure de nomination en cause a pu entraîner une violation de ce[s] droit[s] fondamenta[ux] ». Ces droits impliquent également que « *toute juridiction* a l'obligation de vérifier si, par sa composition, elle constitue un tel tribunal lorsque surgit sur ce point un doute sérieux ». Sur le fondement de la jurisprudence antérieure, la Cour a conclu qu'un tel contrôle constitue « une formalité substantielle dont le respect relève de l'ordre public et doit être vérifié d'office »[78].

148. Le libellé de l'arrêt du 26 mars 2020, Réexamen Simpson/Conseil et HG/Commission (C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232), est assez clair : lorsque de *réels* doutes concernant la composition de la formation de jugement naissent – par exemple en raison d'une éventuelle irrégularité dans la procédure de nomination d'un ou de plusieurs juges concernés –, *toute juridiction de l'Union* doit se saisir de cette question, le cas échéant d'office. Dès lors, même si cet arrêt porte sur une procédure juridictionnelle devant la Cour de justice de l'Union européenne, les principes qui en découlent s'appliquent également aux juridictions nationales à chaque fois que l'article 47 de la Charte est applicable.

149. Néanmoins, ainsi qu'il a été exposé dans les parties précédentes des présentes conclusions, en l'espèce, il semble n'y avoir aucun élément concret indiquant un éventuel manque d'indépendance des juges ayant rendu l'arrêt attaqué.

150. En ce qui concerne la septième question préjudicielle, tout comme la Commission, j'ai du mal à comprendre comment le principe d'inamovibilité des juges, principe qui serait consacré, comme l'indique la juridiction de renvoi, par la Constitution polonaise, aurait empêché la juridiction de renvoi de soulever une question relative à l'indépendance des juges en cause fondée sur une procédure de nomination prétendument irrégulière.

151. La juridiction de renvoi semble suggérer que, une fois que le juge a été formellement nommé en vertu du droit national, il ne peut pas être révoqué et la décision de nomination ne saurait être invalidée, malgré l'éventuelle illégalité de cette nomination au regard des normes de l'Union en matière d'indépendance, car cela irait à l'encontre du principe d'inamovibilité.

152. Je reste perplexe face aux hypothèses de départ que la juridiction de renvoi semble retenir et aux conclusions qu'elle en tire.

153. En premier lieu, cette juridiction semble à nouveau se concentrer sur une question spécifique envisagée dans un isolement clinique et, à ce titre, elle établit une fausse contradiction à un niveau d'abstraction très élevé. Si, en vertu du droit national, la décision de nomination à une fonction de juge ne peut pas être contrôlée ni annulée, il n'en résulte nullement que les décisions de ce juge sont exemptes de contrôle ni que, sous réserve du respect de toutes les règles et procédures nécessaires, ce juge ne peut être révoqué dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou d'une autre procédure pertinente.

154. En deuxième lieu, je ne vois pas en quoi le principe d'inamovibilité d'un juge, tel qu'il est communément compris, serait mis en cause dans l'affaire au principal. Le juge de renvoi doit se prononcer sur la recevabilité d'un pourvoi en cassation devant le Sąd Najwyższy (Cour suprême).

[78] Arrêt du 26 mars 2020, Réexamen Simpson/Conseil et HG/Commission (C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, points 53 à 58). Mise en italique par mes soins.

Il est clair que cette procédure n'est pas, par exemple, une procédure disciplinaire dans le cadre de laquelle la décision de révoquer le juge ou de lui infliger une autre sanction pourrait être adoptée. Dès lors, je ne vois pas d'opposition *directe* entre le principe de l'inamovibilité des juges et la possibilité d'invalider un arrêt dans le cadre d'une procédure de cassation en raison d'une composition prétendument irrégulière de la formation de jugement.

155. En troisième lieu, je ne vois pas non plus d'opposition *indirecte* à cet égard. Selon moi, les considérations exprimées dans la décision de renvoi omettent deux éléments importants qui concernent, respectivement, la nature du principe d'inamovibilité et son articulation avec les principes généraux du droit.

156. La Cour a constamment souligné que, afin d'assurer l'indépendance de la justice, certaines garanties doivent exister afin de protéger la personne de ceux qui ont pour tâche de juger, telles que l'inamovibilité. Le principe d'inamovibilité exige, notamment, que « les juges puissent demeurer en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée » [79].

157. Toutefois, dans le même temps, la Cour a précisé que l'inamovibilité ne revêt pas, et ne saurait revêtir, « un caractère totalement absolu ». L'inamovibilité, et plus largement l'indépendance de la justice qu'elle est censée garantir, va de pair avec la responsabilité de la justice. Ce principe peut en effet connaître des exceptions, à condition que « des motifs légitimes et impérieux le justifient, dans le respect du principe de proportionnalité ». La Cour a, par exemple, relevé qu'il est ainsi « communément admis que les juges puissent être révoqués s'ils sont inaptes à poursuivre leurs fonctions en raison d'une incapacité ou d'un manquement grave, moyennant le respect de procédures appropriées » [80].

158. Certes, la relation entre, d'une part, le principe d'inamovibilité des juges et, d'autre part, le principe d'indépendance de la justice et le droit à une protection juridictionnelle effective et à un procès équitable soulève des problèmes délicats. Il convient de mettre en balance ces intérêts, qui peuvent parfois suivre des directions opposées, dans chaque cas de figure. Cet équilibre ne saurait être atteint de manière abstraite, comme le laisse entendre la juridiction de renvoi dans sa septième question préjudicielle.

159. Toutefois, aucune approche envisageable à cet égard ne saurait soutenir la position suggérée dans la demande de décision préjudicielle. En effet, cette position suscite un paradoxe : afin de préserver l'indépendance de la justice, les juges non indépendants devraient également être protégés.

160. Une telle position n'est pas défendable. En effet, dans une communauté de droit où les droits fondamentaux des particuliers, tels que le droit à une protection juridictionnelle effective et le droit à un procès équitable, doivent être garantis, c'est en fait l'exact opposé de ce que suggère la juridiction de renvoi qui se vérifie. On pourrait même aller jusqu'à dire que, à cette fin, l'« amovibilité » des juges non indépendants est tout aussi importante que l'« inamovibilité » des juges indépendants. En effet, l'existence de juges inféodés à certains intérêts politiques, économiques ou privés porte atteinte à l'essence même d'un système juridique fondé sur l'État de droit et d'une démocratie reposant sur la séparation des pouvoirs.

[79] Voir arrêt du 16 juillet 2020, Governo della Repubblica italiana (Statut des juges de paix italiens) (C-658/18, EU:C:2020:572, points 47 et 48 ainsi que jurisprudence citée).

[80] Arrêt du 16 juillet 2020, Governo della Repubblica italiana (Statut des juges de paix italiens) (C-658/18, EU:C:2020:572, point 48).

161. En cela, je ne suggère pas que tout juge dont la nomination soulève des questions d'indépendance devrait ipso facto être révoqué et que ses décisions devraient être invalidées. Néanmoins, un ordre juridique doit pouvoir faire respecter le principe d'indépendance de la justice. Ceci m'amène à mon dernier point.

162. Comme il a déjà été mentionné dans les présentes conclusions, toute irrégularité dans une procédure de nomination ne soulève pas des problèmes d'indépendance. Il n'y a pas d'automatisme à cet égard [81]. Il n'existe pas non plus d'automatisme quant aux conséquences du constat qu'une personne a été nommée erronément à une fonction de juge, notamment lorsque l'illégalité résulte d'une violation du principe d'indépendance. Au contraire, sur le plan du droit de l'Union, il doit y avoir une corrélation raisonnable entre les règles ou les principes qui ont été violés, la gravité de l'infraction commise et le type et la portée des recours disponibles (et, au besoin, les sanctions infligées aux auteurs), compte tenu des faits et des circonstances d'une affaire [82].

163. Les principes généraux du droit de l'Union tels que, notamment, la proportionnalité, la sécurité juridique, le respect de l'autorité de la chose jugée et l'équité de la procédure ne seront certainement pas étrangers à l'appréciation de la question de savoir si les voies de recours nationales en la matière assurent le respect, et l'efficacité, du droit de l'Union.

164. Dès lors, je ne vois aucune tension entre l'éventuelle constatation que la nomination d'un juge est entachée d'un vice de procédure (même si cette erreur est de nature à susciter, dans l'esprit des justiciables, des doutes quant à son indépendance) et le principe d'inamovibilité des juges.

V. Conclusion

165. Je propose à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par le Sąd Najwyższy (Cour suprême, Pologne) :

1) Afin d'apprécier le respect du principe d'indépendance de la justice, consacré à l'article 19, paragraphe 1, TUE et à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, une juridiction nationale doit prendre en considération tous les éléments pertinents et, le cas échéant, tenir compte des motifs et des objectifs spécifiques des mesures nationales susceptibles d'être applicables à la situation. Dans ce contexte, tant les éléments formels et institutionnels que des éléments plus concrets et spécifiques peuvent être pertinents, en fonction des particularités du cas d'espèce et de la ou des dispositions du droit de l'Union susceptibles de s'appliquer. L'importance de ces éléments ne devrait pas être évaluée en soi ou de manière isolée, mais devrait être appréciée conjointement au regard du paysage juridique et institutionnel plus large.

2) Les circonstances visées aux première, deuxième, troisième, quatrième et cinquième questions préjudicielles ne sont pas de nature à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de magistrats nationaux au sens de l'article 19, paragraphe 1, TUE et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux.

[81] Voir également arrêt de la Cour EDH du 1er décembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland (CE:ECHR:2020:1201JUD002637418), ainsi que l'opinion partiellement concordante, partiellement dissidente, commune aux juges O'Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer et Ilievski, particulièrement § 53.

[82] Voir, en général, sur cette corrélation, mes conclusions dans l'affaire An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara e.a. (C-64/20, EU:C:2021:14, points 34 à 63).

3) L'article 47 de la charte des droits fondamentaux doit être interprété en ce sens qu'il impose au juge national de vérifier si une irrégularité entachant une procédure de nomination d'un juge est susceptible d'entraîner une violation de droits tirés du droit de l'Union. Lorsqu'il existe un doute réel et sérieux sur ce point, cette question doit être soulevée d'office. Le principe de l'inamovibilité des juges ne s'oppose pas à ce que les juridictions nationales procèdent à cette vérification.