

## PRÉFACE

Principalement construite au moyen du droit, l'Europe doit beaucoup aux relations privilégiées qui se sont nouées entre les juridictions nationales, juges de droit commun du droit de l'Union européenne, et la Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne, en charge de l'interprétation et de l'application du droit issu des traités constitutifs.

Procédure de juge à juge, le renvoi préjudiciel a permis à la Cour de justice d'examiner un grand nombre de problèmes découlant de l'application du droit communautaire et de l'Union européenne par les juridictions nationales qui, en raison des difficultés d'interprétation du droit qu'ils soulevaient, considéraient nécessaire de la saisir.

Souvent présentée de manière didactique (1), la procédure de renvoi préjudiciel a rarement donné lieu à des études systématiques de caractère critique.

Parmi les quelques auteurs qui ont concentré leur attention sur l'évolution du régime du renvoi préjudiciel, l'un d'entre eux se détache en raison de sa connaissance approfondie des rapports entre le droit de l'Union et les droits nationaux, et plus particulièrement entre la Cour de justice et les juridictions nationales, rapports auxquels il a consacré de multiples études.

Après avoir publié en 1977, avec Georges Vandersanden, le livre pionnier « *Contentieux communautaire* », Ami Barav a soutenu une thèse remarquée sur « *La fonction communautaire du juge national* » à l'Université Robert Schuman en 1983, à une époque où l'attention des communautaristes était davantage concentrée sur les institutions communautaires que sur les organes étatiques ou sur les tâches dévolues aux juridictions nationales.

C'est dans la lignée et dans le prolongement de ces écrits qu'Ami Barav, devenu lecturer, puis reader in Law dans, successivement,

---

(1) V., par exemple, D. ANDERSON and M. DEMETRIOU, *References to the European Court*, London, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> ed., 2002, 480 p. ; C. NAOME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, coll. JLMB, Bruxelles, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 2010, 384 p. ; J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Paris, Litec, 2001, 238 p. ; G. VANDERSANDEN, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 174 p.

## PRÉFACE

deux universités anglaises, puis professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, a entrepris une série d'études approfondies sur l'évolution du régime du renvoi préjudiciel en analysant certains arrêts de principe jalonnant la jurisprudence de la Cour de justice.

Ces études disséminées dans des recueils de mélanges et des revues juridiques, sont aujourd'hui réunies dans le présent ouvrage de la série « Grands écrits » de la collection « Droit de l'Union européenne ». Elles sont le fruit d'une recherche d'exhaustivité et d'une grande curiosité intellectuelle, qualités qui conduisent l'auteur, fort de son expérience de praticien, à mettre en lumière les insuffisances, voire les failles du raisonnement de la Cour de justice, certaines incohérences des solutions retenues et, surtout, les ruptures avec la jurisprudence antérieure qui était marquée par un esprit de respect et de confiance réciproques.

La première étude, publiée dans la revue *Justices* en 1997, quarante ans après la signature du traité de Rome, rend pleinement compte de l'évolution générale qui a profondément affecté la procédure préjudicielle depuis son origine. Destinée à des lecteurs non familiarisés avec les notions et concepts du droit de l'Union européenne, cette première contribution peut être conçue comme un prélude.

La deuxième étude, issue des mélanges offerts à Gil Carlos Rodriguez Iglesias, président de la Cour de justice de 1994 à 2003, met en lumière l'évolution de la jurisprudence de la Cour qui a consisté à ériger des conditions de recevabilité des questions préjudicielles que la lecture de l'article 177 du traité CEE, devenu 234 TCE puis 267 TFUE, ne permettait pas d'envisager. La jurisprudence développée à partir d'un arrêt de non-lieu dans l'affaire *Telemarsicabruzzo* en 2003, qui conduit à imposer aux juridictions nationales de définir le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions posées sous peine d'irrecevabilité, est vivement critiquée. De telles critiques sont d'autant plus fondées que la Cour dispose, comme le relève l'auteur, de moyens d'obtenir des éclaircissements auprès de la juridiction nationale à l'origine du renvoi.

La troisième étude, issue des mélanges en l'honneur de Bo Vesterdorf, président du Tribunal de première instance de 1998 à 2007, dissèque la jurisprudence de la Cour de justice consacrée à la notion de juridiction. A partir d'un examen de multiples décisions de la Cour, dont certaines n'ont pas été publiées, Ami Barav nous montre à quel point elles « *témoignent d'une incohérence rendant ambiguë, sinon difficilement saisissable, la notion de juridiction au sens de l'article 234*

## PRÉFACE

*du traité*» (2). La reconnaissance d'un critère fonctionnel vient non seulement compliquer l'appréhension du critère organique mais conduit également à introduire de fâcheux paradoxes dans la jurisprudence de la Cour.

La quatrième étude, publiée à la *Revue trimestrielle de droit européen* en 1982, représente un commentaire approfondi des arrêts rendus dans l'affaire *Foglia c/Novello*. L'auteur critique en détail et de manière soutenue la position de la Cour de justice, non pas en ce qu'elle se prémunit contre un potentiel abus dans l'utilisation de la procédure préjudicielle, mais en ce qu'elle censure la juridiction nationale au motif que « *les intentions des parties au principal lui paraissent illécites* » (3).

La cinquième étude, issue des mélanges en hommage au Recteur Guy Isaac, publiée en 2004, est consacrée à la jurisprudence de la Cour, dégagée à partir de l'arrêt *Dzodzi* rendu sur conclusions contraires de l'Avocat général Darmon, qui amène, curieusement, la Cour à répondre à des questions préjudicielles d'interprétation du droit communautaire rendu applicable par le seul droit national. La persistance de l'opposition des points de vue des avocats généraux et des juges de la Cour est soulignée à juste titre pour dénoncer une telle « *anomalie préjudicielle* » (4).

La sixième étude, issue des mélanges offerts au Professeur Jean-Claude Gautron, publiée également en 2004, est consacrée à une autre anomalie, plus profonde, en ce qu'elle conduit à une « *déviaton préjudicielle* » (5). La jurisprudence initiée dans l'arrêt *TWD* consistant à subordonner la recevabilité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité à l'examen des possibilités de recours directs des justiciables au principal devant le Tribunal, particulièrement contestable quand elle s'applique à des personnes qui ne sont pas destinataires d'un acte, est vivement critiquée: « *si elle conduit à assurer le maintien de la stabilité des relations juridiques, elle est développée aux dépens du respect de la légalité et de la protection juridictionnelle des justiciables* » (6).

La septième étude, issue des mélanges présentés au Professeur Georges Vandersanden, publiée en 2008, consiste en une étude magistrale, à certains égards récapitulative et mise à jour, des transforma-

---

(2) P. 40 de la contribution.

(3) P. 158 de la contribution.

(4) Titre de la contribution.

(5) Titre de la contribution.

(6) P. 215 de la contribution.

## PRÉFACE

tions dans la mise en œuvre du renvoi préjudiciel auxquelles la Cour de justice contribue aussi bien lorsqu'elle élargit excessivement l'accès au renvoi que lorsqu'elle le restreint sans fondement dans le traité et en contradiction avec la jurisprudence initiale.

Ainsi Ami Barav nous livre avec maestria une véritable saga du renvoi préjudiciel.

La profondeur de ses analyses, l'assurance de ses conclusions, l'exhaustivité de ses références doctrinales et jurisprudentielles, sa connaissance infinie de la jurisprudence de la Cour de justice et des juridictions nationales, son aptitude à déceler les nuances des positions de la Cour sont autant de qualités précieuses qui contribuent à faire d'Ami Barav l'un des meilleurs professeurs européens de contentieux du droit de l'Union européenne.

Ses travaux invitent constamment à la réflexion et à la contradiction, qualités auxquelles Ami Barav est particulièrement attaché dans une perspective de progrès et d'amélioration du droit.

Fabrice Picod,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas  
Chaire Jean Monnet de droit de l'Union européenne

## ÉTUDES SUR LE RENVOI PRÉJUDICIEL DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

### LISTE DES ARTICLES ET LIEUX DE PUBLICATION

- 1 Le renvoi préjudiciel communautaire, in *Justices, Revue Générale de Droit Processuel* 1997, n° 6 : Justice et Europe : Facteurs d'unité, Paris, Éditions Dalloz, pp. 1-14.
- 2 Transmutations préjudicielles, in *FESTSCHRIFT FÜR GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS – une Communauté de Droit*, Berlin, BMV-Berliner Wissenschafts Verlag 2003, pp. 621-635.
- 3 Tâtonnement préjudiciel : La notion de juridiction en droit communautaire, in *LIBER AMICORUM EN L'HONNEUR DE BO VESTERDORF*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant 2007, pp. 79-140.
- 4 Imbroglia Préjudiciel, à propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire *Foglia c/ Novello*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1982 vol. 18, Paris, Éditions Sirey, pp. 431-483.
- 5 Une anomalie préjudicielle, in *MÉLANGES EN HOMMAGE À GUY ISAAC – 50 ANS DE DROIT COMMUNAUTAIRE*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse 2004, tome 2, pp. 773-801.
- 6 Déviation préjudicielle, in *ÉTUDES EN L'HONNEUR DE JEAN-CLAUDE GAUTRON – LES DYNAMIQUES DU DROIT EUROPÉEN EN DÉBUT DE SIÈCLE*, Paris, Éditions A. Pedone 2004, pp. 227-247.
- 7 Déformations préjudicielles, in *MÉLANGES EN HOMMAGE À GEORGES VANDERSANDEN – PROMENADES AU SEIN DU DROIT EUROPÉEN*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant 2008, pp. 21-88.

## **ÉTUDES SUR LE RENVOI PRÉJUDICIEL DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

### **NOTE INTRODUCTIVE**

Ce Recueil d'études comprend sept articles, précédemment publiés, qui traitent de différents aspects du renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne.

Les versions originelles des articles ici reproduits n'ont pas été modifiées, sous réserve de la correction de quelques fautes de frappe et d'erreurs d'impression. Leur lecture permettrait de retracer des étapes marquantes dans l'évolution de la conception initiale de la Cour de justice quant à la fonction et aux caractéristiques de la procédure préjudicielle, de s'apercevoir de la transformation du régime de cette dernière résultant des arrêts et ordonnances jalonnant la jurisprudence de la Cour de justice des trois dernières décennies, d'en apprécier la signification et mesurer la portée.

Certaines notes en bas de page ont été mises à jour pour, notamment, indiquer des références aux arrêts et conclusions qui, bien que rendus au moment de la rédaction de ces articles, n'avaient pas alors fait l'objet de publication dans le Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice. Tout en conservant les modes de citation et de reproduction de notes, employés par les différents éditeurs des ouvrages et des revues dans lesquels ces articles sont originellement parus, leur présentation a été quelque peu uniformisée dans l'ensemble du Recueil.

L'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne et, après modification par le traité de Maastricht, article 177 du traité instituant la Communauté européenne, est devenu, suite à la renumérotation opérée par le traité d'Amsterdam, article 234 du traité instituant la Communauté européenne et, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui l'a modifié, est numéroté article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Les références à la Cour de justice des Communautés européennes et au Tribunal de première instance des Communautés européennes doivent être entendues comme visant, à partir de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, respectivement, la Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne.

-1-

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

Instrument de coopération judiciaire entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales, le renvoi préjudiciel institué par l'article 177 du traité CE a été conçu pour atteindre plusieurs objectifs inhérents au droit communautaire.

Parmi ceux-ci, l'impératif d'assurer – ou au moins de promouvoir – l'interprétation et l'application uniformes des règles communautaires dans l'ensemble des Etats membres occupe le premier plan. Le rôle dévolu aux tribunaux nationaux dans l'application judiciaire du droit communautaire et la tâche qui leur est confiée en matière de protection juridictionnelle des particuliers investis des droits tirés des règles communautaires expliquent l'existence d'une procédure non contentieuse permettant à la Cour de justice des Communautés européennes d'apporter son concours aux juges internes.

En s'exposant au risque que court quiconque entreprend de porter sur l'œuvre préjudicielle de la Cour « *un regard qui ne soit pas exclusivement celui de la béatitude* » et de projeter sur elle une lumière autre que « *celle, irréaliste, qui n'engendrant pas d'ombre, la prive en définitive, de tout son relief* » (1), on ne peut cependant ignorer la récente, mais profonde, transmutation de la procédure préjudicielle.

Fondé sur une nette séparation des fonctions, maintes fois soulignée, entre la Cour de justice et les juridictions nationales, le renvoi préjudiciel, par le truchement duquel la Cour de justice contribue à l'administration de la justice dans les Etats membres, n'attribue compétence à la Cour que pour interpréter et apprécier la validité des dispositions communautaires, et ce dans les limites de son interpellation par le juge de renvoi qui demeure le juge au principal. C'est à ce dernier qu'il incombe d'appliquer les dispositions du droit communautaire au cas de l'espèce.

Le régime de ce dialogue judiciaire est instruit par le respect mutuel des prérogatives réciproques de chacun des protagonistes. Dès lors

---

(1) J. Boulouis, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 23, spéc. p. 25.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

qu'une *question* de droit communautaire est posée à la Cour de justice par une *juridiction* d'un des Etats membres, la Cour est tenue de répondre. La nécessité d'une décision préjudicielle, l'opportunité de la saisine de la Cour, la pertinence de la question pour la solution du litige au principal, sont souverainement appréciées par le juge de renvoi sans que la Cour de justice puisse le censurer. De même, la formulation de la question, le moment choisi pour l'introduction de la demande, ainsi que les motifs pour lesquels le renvoi a été décidé, échappent au contrôle de la Cour. Cette dernière ne connaît ni les faits, ni les parties du litige pendant devant le juge national, si ce n'est qu'à travers les données fournies par ce dernier. Elle ne saurait ni exiger de la juridiction qui la saisit l'affirmation expresse de l'applicabilité, au cas d'espèce, du texte dont l'interprétation lui est demandée, ni apprécier l'intérêt actuel, dans le cadre de la procédure pendante devant le juge national, de la question posée. Le juge national demeure maître de la procédure et peut, à tout moment, retirer la question soumise à la Cour (2).

Tout acte communautaire, indépendamment du fait qu'il soit directement applicable ou non, peut faire l'objet d'un renvoi préjudiciel (3). Le fait qu'une directive communautaire n'a pas d'effet direct horizontal et est insusceptible d'être appliquée par le juge interne dans un litige entre particuliers, ne saurait rendre irrecevable une demande préjudicielle en interprétation d'une telle directive, d'autant que le juge interne est tenu, « *dans toute la mesure du possible* », d'interpréter les dispositions du droit national en conformité avec le texte et la finalité de celle-ci (4).

Pour fournir une réponse utile au juge de renvoi afin de permettre à ce dernier de trancher le litige dont il est saisi, la Cour s'estime en droit de prendre en considération des règles et normes communautaires auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question (5).

Puisque l'arrêt préjudiciel est destiné à être pris en considération par le juge de renvoi en rendant son jugement, ce dernier doit demeurer saisi de l'affaire au principal pour que la Cour soit à même de répondre aux questions posées. La Cour a, en effet, déclaré qu'elle « *n'a pas compétence pour connaître du renvoi préjudiciel lorsqu'au moment où il est fait la procédure devant le juge de renvoi est d'ores et déjà*

---

(2) Jurisprudence constante jusqu'à récemment.

(3) Aff. 111/75, *Mazzalai*, Rec. 1976, p. 657, point 7.

(4) Aff. C-472/93, *Spano*, Rec. 1995, p. I-4321, point 17.

(5) Aff. 35/85, *Tissier*, Rec. 1986, p. 1207, point 9; Aff. C-315/88, *Bagli Pennacchiotti*, Rec. 1990, p. I-1323, point 10; Aff. C-187/91, *Etat belge c/ Société coopérative Belovo*, Rec. 1992, p. I-4939, point 12.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*clôturée*» (6). Dans certaines circonstances particulières, la Cour se déclare incompétente pour se prononcer sur les questions préjudicielles posées par une juridiction nationale tant que cette dernière n'a pas constaté que l'action n'est pas éteinte (7).

Mais si, conformément à l'article 177 du traité, toute *juridiction* nationale a la capacité de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, la notion de *juridiction* est une notion du droit communautaire. Il en découle qu'un organe auquel le droit national ne reconnaît pas la qualité de juridiction pourrait, néanmoins, être considéré comme une juridiction au sens de l'article 177 du traité, habilitée, de ce fait, à avoir recours à la procédure organisée par cette disposition. Inversement, un organe reconnu comme juridiction par le droit interne pourrait se voir dénier cette qualité par la Cour de justice aux fins du renvoi préjudiciel communautaire. La première de ces hypothèses s'est déjà produite à plusieurs reprises (8) ; la seconde, une seule fois (9).

Tout en ne définissant pas la notion de *juridiction* en droit communautaire, la Cour de justice indique le faisceau de caractéristiques retenues dans chaque cas douteux pour déterminer la qualité de juridiction de l'organe qui l'a saisie. Parmi ces caractéristiques figurent l'origine légale de l'organe, la désignation par les pouvoirs publics de ses membres, son caractère permanent, l'application de la règle de droit, la compétence obligatoire, la procédure contradictoire. Dans certains cas, la Cour ne s'estime capable d'être saisie que par une juridiction appelée à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel. Elle nie le caractère de juridiction à un organe qui, par rapport au litige en cause, n'a pas la qualité de tiers, nonobstant le fait que ce caractère lui est reconnu par le droit national.

Il arrive que, par inadvertance, la Cour réponde à des questions posées par des organes sans examiner leur qualité de juridiction qui pourrait, néanmoins, être mise en doute (10).

---

(6) Aff. 338/85, *Fratelli Pardini*, Rec. 1988, p. 2041, point 11.

(7) Aff. jtes C-422/94, C-423/93 et C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e.a. c/ Instituto Nacional de Empleo*, Rec. 1995, p. I-1577.

(8) Aff. 61/65, *Vaassen-Göbbels*, Rec. 1966, p. 377 ; Aff. 36/73, *Nederlandse Spoorwegen*, Rec. 1973, p. 1299 ; Aff. 246/80, *Broekmeulen*, Rec. 1981, p. 1331 ; Aff. 109/88, *Dansk Arbejdsgiverforening*, Rec. 1989, p. 3199.

(9) Aff. C-24/92, *Corbiau*, Rec. 1993, p. I-1277.

(10) Voir, par exemple, les arrêts C-166/91, *Bauer*, Rec. 1992, p. I-2798, et C-447/93, *Dreessen*, Rec. 1994, p. I-4087, par lesquels la Cour a répondu à des questions préjudicielles posées par le Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des architectes belge. La Cour aurait dû également expliquer les raisons pour lesquelles elle a accueilli un renvoi préjudiciel émanant du *Tribunal de Defensa de la Competencia* espagnol (Aff. C-67/91, *AEB*, Rec. 1992, p. I-4785) qui,

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

Ni l'irrégularité dans la composition de la juridiction de renvoi, ni l'incompétence de celle-ci, ne sauraient être invoquées devant la Cour pour soutenir l'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle. Il n'appartient pas, en effet, à la Cour « *de vérifier si la décision de renvoi a été prise conformément aux règles nationales d'organisation et de procédure judiciaires* » (11).

Le rôle primordial du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel se manifeste également par rapport aux parties au principal. Ces dernières peuvent, certes, proposer qu'une ou plusieurs questions soient soumises à la Cour de justice à titre préjudiciel. Elles peuvent également s'y opposer, mais la décision de procéder ou de ne pas procéder à un tel renvoi demeure exclusivement entre les mains du juge lui-même. Ce dernier peut, dans certains cas, soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle communautaire même lorsque le droit national le lui interdit (12). Il doit le faire lorsque le droit national lui impose l'obligation de soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne contraignante ou même lorsque le droit interne lui reconnaît seulement cette faculté (13). Lorsque le juge soulève d'office un moyen de droit communautaire, il peut, s'il l'estime nécessaire, saisir la Cour de justice à titre préjudiciel en vue de l'interprétation ou de l'appréciation de validité de la disposition communautaire pertinente (14).

Le rôle des parties au principal est réduit. Devant la Cour de justice, elles ne peuvent que soumettre des observations écrites sur les questions telles que posées par le juge et participer à l'audience orale. Si, selon le droit national, l'ordonnance de renvoi est susceptible de faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation, la décision de la juridiction nationale supérieure ne saurait, néanmoins, en cette matière, priver le juge interne de l'exercice de son droit de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel (15). La Cour de justice relativise ainsi la dépendance hiérarchique des juridictions inférieures (16). On peut estimer que la même solution s'applique dans le cas inverse où la décision du juge interne de ne pas saisir la Cour de justice serait annulée ou cassée.

---

en droit interne, n'a pas la qualité de juridiction, même si l'Avocat général a brièvement abordé cette question. *Ibid.*, spéc. p. I-4809.

(11) Aff. C-39/94, *SFEI c/ La Poste*, *Rec.* 1996, p. I-3551, point 24. V. égal. Aff. C-10/92, *Balocchi*, *Rec.* 1993, p. I-5105; Aff. 65/81, *Reina*, *Rec.* 1982, p. 33.

(12) Aff. C-312/93, *Peterbroeck*, *Rec.* 1995, p. I-4599.

(13) Aff. C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a.*, *Rec.* 1996, p. I-5403, point 60.

(14) Aff. 126/80, *Salonia*, *Rec.* 1981, p. 1563; Aff. jtes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Verholen*, *Rec.* 1991, p. I-3757.

(15) Aff. 166/73, *Rheinmühlen*, *Rec.* 1974, p. 33.

(16) J. Boulouis, *AFDI* 1974, p. 425.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

Lorsqu'une ordonnance prononçant un renvoi préjudiciel est déférée à une juridiction interne d'appel ou de cassation, la procédure devant la Cour de justice, dans le cas où ladite ordonnance lui serait déjà parvenue, est suspendue, jusqu'à l'aboutissement de la procédure nationale, à la double condition que l'existence de l'appel ou du pourvoi en cassation soit portée à la connaissance de la Cour par le juge auteur du renvoi ou par le juge supérieur, et que l'appel ou le pourvoi en cassation ait, selon le droit national, un effet suspensif.

Si la faculté de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel est reconnue à toute juridiction nationale, l'exigence de prévenir que s'établisse dans un Etat membre une jurisprudence incompatible avec le droit communautaire ou une situation juridique irréversible contraire à ce dernier, a conduit les auteurs du traité à imposer à certaines juridictions une obligation de renvoi. La jurisprudence de la Cour a progressivement modifié l'étendue de cette obligation dans deux sens différents.

Conformément à l'article 177, alinéa 3, lorsqu'une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire est soulevée « *devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice* ». Il est généralement admis, même en l'absence d'une décision explicite de la Cour de justice à cet égard, que l'obligation de renvoi pèse sur toute juridiction interne qui statue, dans un cas d'espèce, en premier et dernier ressort.

Une première atténuation de cette obligation a été apportée par la Cour de justice en 1963 (17) lorsqu'elle a considéré qu'une telle obligation de renvoi s'estompe devant un arrêt préjudiciel antérieur dans lequel la Cour s'était prononcée sur une question matériellement identique dans une espèce analogue. Cette exception a été élargie et généralisée vingt ans plus tard. La Cour considère, désormais, qu'une juridiction visée à l'alinéa 3 de l'article 177 du traité peut se soustraire à son obligation en présence « *d'une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige* » (18).

Mais c'est essentiellement la reconnaissance par la Cour de justice que « *l'application correcte du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raison-*

---

(17) Aff. jtes 28 à 30/62, *Da Costa*, Rec. 1963, IX-1, p. 59.

(18) Aff. 283/81, *Cilfit*, Rec. 1982, p. 3415, point 14.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*nable sur la manière de résoudre la question posée*» (19) qui affranchit le juge statuant en dernière instance de l'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel. Cependant, avant de se prévaloir d'une telle circonstance libératoire, la juridiction concernée doit établir la conviction de l'existence d'une sorte d'adstrat: elle doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice elle-même. Pour être en mesure de parvenir à une telle conviction, la Cour de justice indique trois facteurs que le juge national devrait prendre en considération: le fait que les dispositions communautaires sont rédigées en plusieurs langues faisant également foi; le fait que le droit communautaire a une terminologie qui lui est propre; le fait que l'interprétation d'une disposition communautaire doit tenir compte du contexte, de l'ensemble des dispositions du droit communautaire, des finalités de ce dernier et de l'état de son évolution.

D'aucuns pourraient considérer qu'une telle démarche est, en fait, rédhitoire et que la Cour enlève d'un côté ce qu'elle accorde de l'autre.

Cette jurisprudence n'a été dégagée que par rapport au renvoi préjudiciel en interprétation. En matière d'appréciation de validité, la Cour de justice a, au contraire, établi une obligation de renvoi dans les hypothèses où le traité n'a prévu qu'une faculté.

Selon l'article 177, alinéa 2, du traité, lorsqu'une question d'interprétation ou de validité d'une disposition du droit communautaire «*est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question*». En d'autres termes, les juridictions visées à l'alinéa 2 de l'article 177 du traité ont la faculté de saisir la Cour de justice si elles le souhaitent. Au cas où elles décident de ne pas renvoyer la question à cette dernière, elles ont le droit de statuer elles-mêmes aussi bien sur l'interprétation que sur la validité de la disposition en cause.

Pourtant, la Cour de justice a estimé qu'«*en donnant aux juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne la faculté de poser à la Cour des questions préjudicielles en interprétation ou en appréciation de validité, l'article 177 n'a pas tranché la question du pouvoir de ces juridictions de constater elles-mêmes l'invalidité des actes des insti-*

---

(19) *Ibid.*, point 16.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

tutions communautaires» (20). En soulignant l'impératif d'assurer, par le truchement du renvoi préjudiciel, l'application uniforme du droit communautaire et l'exigence de maintenir la cohérence du système juridictionnel institué par le traité, la Cour est parvenue à la conclusion que les juridictions visées à l'article 177, alinéa 2, du traité «peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide [...]. En revanche, elles n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires» (21). Une obligation de renvoi préjudiciel en appréciation de validité est ainsi créée pour les juridictions nationales ne statuant pas en dernier ressort lorsqu'elles estiment qu'une disposition du droit communautaire est invalide. La Cour s'arroe, aux dépens des juridictions nationales, le pouvoir de constater l'invalidité des actes communautaires.

Le juge des référés, saisi d'une demande de sursis à l'exécution d'une décision nationale prise sur le fondement d'un règlement communautaire ou d'une demande d'injonction de faire dans le cadre d'un recours à l'encontre d'une telle décision au motif que le règlement communautaire en cause est invalide, peut ordonner de telles mesures provisoires en raison des doutes sérieux qu'il éprouve quant à la validité de ce règlement. La possibilité d'une constatation d'invalidité de ce dernier, réservée à la Cour, peut justifier, avant cette constatation, l'octroi de mesures provisoires par le juge interne. En octroyant de telles mesures, ce dernier doit indiquer les raisons pour lesquelles il estime que le règlement communautaire est invalide et procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, au cas où la Cour ne s'en trouve pas déjà saisie, en exposant, dans son ordonnance, les moyens d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus (22).

En revanche, le juge national ne saurait prescrire des mesures provisoires en raison de la carence d'une institution communautaire. Une telle carence ne saurait faire l'objet d'un renvoi préjudiciel. Il appartient aux destinataires et aux personnes qui seraient individuellement et directement concernées par l'acte que l'institution communautaire s'est abstenue d'adopter, d'introduire un recours direct sur le fondement de l'article 175 du traité CE devant la Cour de justice et de demander à

---

(20) Aff. 314/85, *Foto-Frost*, Rec. 1987, p. 4225, point 13.

(21) *Ibid.*, points 14 et 15.

(22) Aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Rec. 1991, p. I-415; Aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, Rec. 1995, p. I-3761.

LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

celle-ci de prescrire les mesures provisoires nécessaires en vertu de l'article 186 dudit traité (23).

Même lorsqu'il émane d'une juridiction nationale et qu'il porte sur une question de droit communautaire, un renvoi préjudiciel est considéré, dans certaines circonstances, irrecevable en vertu d'une jurisprudence particulièrement, et à plusieurs égards, contestable.

Lorsqu'une requérante devant la juridiction nationale, destinataire d'une décision communautaire ou ayant « *indiscutablement* » (24) un intérêt à agir, a omis d'attaquer en annulation une telle décision devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans un délai de deux mois, une question préjudicielle en appréciation de validité de cette décision ne saurait être renvoyée à la Cour de justice par la juridiction nationale saisie d'un recours dirigé contre la mesure nationale prise en exécution de la décision communautaire. Cette position, contraire à la jurisprudence précédente (25), serait fondée, selon la Cour de justice, sur l'exigence de sauvegarder la sécurité juridique (26). On peut, cependant, penser que le fait pour la requérante au principal de n'avoir pas attaqué en annulation la décision communautaire en cause ne devrait pas interdire au juge interne de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en appréciation de validité de ladite décision, d'autant qu'une telle question peut être soulevée par le juge lui-même en l'absence de toute contestation, par la requérante, relative à la validité de la décision communautaire. Il relève de l'ironie du sort que l'obligation de renvoi préjudiciel en appréciation de validité ait été imposée aux juridictions nationales par un arrêt rendu dans le cadre d'une affaire où la requérante au principal avait introduit devant le juge interne un recours contre une mesure nationale d'exécution d'une décision de la Commission qu'elle avait, incontestablement, le droit d'attaquer en annulation devant la Cour de justice (27).

Dès 1968, la Cour a estimé être valablement saisie « *tant que l'évolution du texte dont il s'agit n'est pas manifestement erronée* » (28).

(23) Aff. C-68/95, *T Port GmbH*, Rec. 1996, p. I-6065, points 53, 54 et 58.

(24) Aff. C-241/95, *The Queen et Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte Accrington Beef Co Ltd e.a.*, Rec. 1996, p. I-6699, point 16.

(25) Aff. jtes 133 à 136/85, *Walter Rau Lebensmittelwerke* (« *Beurre de Berlin* »), Rec. 1987, p. 2289; Aff. 216/82, *Universität Hamburg*, Rec. 1983, p. 2789.

(26) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Rec. 1994, p. I-833; Aff. C-178/95, *Wiljo NV*, Rec. 1997, p. I-585.

(27) Aff. 314/85, *Foto-Frost*, Rec. 1987, p. 4199. Le résultat est qu'un juge interne, convaincu de l'invalidité d'une mesure communautaire, sera tenu d'appliquer cette dernière en toutes circonstances sans pouvoir solliciter l'appréciation de validité de celle-ci, à titre préjudiciel, par la Cour de justice.

(28) Aff. 13/68, *Salgoil*, Rec. 1968, p. 661.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

Elle a expliqué quelques années plus tard que « *le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de validité d'une règle communautaire demandés par cette juridiction n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal* » (29). La Cour a précisé par la suite que sa compétence pour répondre aux questions préjudicielles ne saurait être valablement contestée sauf « *dans des cas exceptionnels où il est manifeste que la disposition du droit communautaire dont l'interprétation est demandée, n'est pas applicable aux faits du litige au principal* » (30). Elle estime, en outre, que sa mission au titre de l'article 177 du traité n'est pas de formuler des opinions sur des questions hypothétiques (31).

Jusqu'à très récemment, le rejet d'un renvoi préjudiciel pour de telles raisons était très rare. La Cour s'est notamment déclarée incompétente pour répondre aux questions déférées par une juridiction nationale au motif que l'examen du dossier, la motivation et le libellé de la question posée avaient fait apparaître que celle-ci ne concernait à aucun égard ni l'interprétation du traité, ni la validité ou l'interprétation d'un acte pris par les institutions de la Communauté (32).

Dans un cas demeuré célèbre (33), la Cour de justice s'est déclarée incompétente pour répondre aux questions d'interprétation du droit communautaire qui lui étaient soumises par une juridiction nationale, car un litige entre deux personnes privées mettant en cause, devant cette dernière, la conformité au regard du droit communautaire d'une législation d'un autre Etat membre lui paraissait « *artificiel* » dans le cadre d'une construction conçue en vue de faire condamner cette législation. Bien qu'une constellation de circonstances analogues se soit produite à plusieurs reprises (34), la Cour de justice, hormis ce cas isolé, n'a jamais déclaré un renvoi préjudiciel manifestement irrece-

---

(29) Aff. 126/80, *Salonia*, Rec. 1981, p. 1563, sp. p. 1573-1577. Voir également Aff. C-286/88, *Falciola Angelo SpA*, Rec. 1990, p. I-191; Aff. C-129/94, *Rafael Ruiz Bernaldez*, Rec. 1996, p. I-1829, point 7.

(30) Aff. 166/84, *Thomasdünger*, Rec. 1985, p. 3004, spéc. p. 3009.

(31) Aff. 93/78, *Mattheus-Doego*, Rec. 1978, p. 2203; Aff. 149/82, *Robards*, Rec. 1983, p. 171.

(32) Aff. 105/79, Rec. 1979, p. 2257; Aff. 68/80, Rec. 1980, p. 771.

(33) Aff. 104/79, *Foglia c/ Novello*, Rec. 1980, p. 745; Aff. 244/80, *Foglia c/ Novello*, Rec. 1981, p. 3045.

(34) Antérieurement à l'affaire *Foglia c/ Novello*, v. Aff. 20/64, *Albatros c/ SOPECO*, Rec. 1965, XI-3, p. 1; Aff. 54/72, *FOR c/ VKS*, Rec. 1973, p. 193; Aff. 22/76, *Import Godget*, Rec. 1976, p. 1371; Aff. 52/77, *Cayrol c/ Rivoira*, Rec. 1977, p. 2261; Aff. 244/78, *Union Laitière Normande*, Rec. 1979, p. 2663. Postérieurement à l'affaire *Foglia c/ Novello*, v. Aff. 261/81, *Rau*, Rec. 1982, p. 3961; Aff. 150/88, *Provide*, Rec. 1989, p. 3891.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

vable en raison du caractère « *artificiel* » du litige au principal à l'occasion duquel le juge national l'a saisie à titre préjudiciel.

Il n'en demeure pas moins que l'absence d'un litige fictif ou artificiel ou, autrement formulé, l'exigence d'un litige réel entre les parties devant le juge au principal, est devenue une condition de recevabilité du renvoi préjudiciel en toutes hypothèses, celles comportant un élément d'extranéité et celles qui n'en comportent pas (35).

La Cour vient de souligner qu'une demande de décision préjudicielle ne saurait être rejetée que dans deux hypothèses : lorsqu'il apparaît que la procédure de l'article 177 du traité a été détournée de son objet et que le renvoi tend, en réalité, à amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit, ou quand il est manifeste que la disposition communautaire faisant l'objet du renvoi en interprétation ne peut se trouver à s'appliquer au cas d'espèce (36).

Mais l'éclosion de l'irrecevabilité des renvois préjudiciels provient de l'exigence, récemment introduite dans la jurisprudence de la Cour, relative à la motivation des ordonnances prises par le juge interne. Durant les trois premières décennies de l'application de l'article 177, la Cour n'a jamais déclaré irrecevable une ordonnance de renvoi préjudiciel pour défaut ou insuffisance de motivation. Ainsi, par exemple, tout en déclarant qu'« *il est... regrettable que la juridiction nationale n'ait donné aucune motivation à ses ordonnances de renvoi, d'autant plus que ni les dossiers ni les faits des affaires ne permettent de comprendre l'utilité des questions pour les jugements qu'elle doit rendre* » (37) et qu'« *il est difficile de concevoir comment les réponses demandées à la Cour peuvent avoir une incidence sur la solution des litiges au principal* » (38), la Cour a néanmoins estimé que « *dans les circonstances de l'espèce, il serait contraire à l'économie de la procédure de ne pas répondre, pour cette seule raison, aux questions posées par la*

---

(35) V., par ex., Aff. 140/79, *Chemial*, Rec. 1981, p. 1; Aff. 46/80, *Vinal*, Rec. 1981, p. 77; Aff. jtes 98/85, 162/85 et 258/85, *Michele Bertini et autres c/ Region du Latium et Unita sanitarie locali*, Rec. 1986, p. 1885; Aff. 267/86, *Van Eycke*, Rec. 1988, p. 4769; Aff. C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc – Siplec c/ TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, Rec. 1995, p. I-179. Notons que dans ce dernier arrêt, la Cour considère que « (1) *a circonstance que les parties au principal sont d'accord sur le résultat à obtenir n'enlève rien à la réalité de ce litige* » (point 14), alors que dans l'arrêt *Foglia c/ Novello*, pour établir le caractère artificiel du litige, elle a souligné le fait que les deux parties privées étaient d'accord sur le résultat à atteindre (Aff. 104/79, Rec. 1980, p. 745, point 10).

(36) Aff. C-118/94, *Associazione Italiana per il World Wildlife Fund e.a. c/ Regione Veneto*, Rec. 1996, p. I-1223, point 15; Aff. C-85/95, *John Reisdorf c/ Finanzamt Köln-West*, Rec. 1996, p. I-6257, point 16.

(37) Aff. jtes 98/85, 162/85 et 258/85, *Michele Bertini et autres c/ Region du Latium et Unita sanitarie locali*, Rec. 1986, p. 1885, point 7.

(38) *Ibid.*, point 8.

LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*juridiction nationale* » (39) et a, par conséquent, accueilli la demande de décision préjudicielle.

Depuis 1982, elle explique que l'exigence de fournir des renseignements relatifs au litige au principal et de motiver la demande de décision préjudicielle correspond à un double souci : celui de permettre à la Cour de donner des réponses utiles et aux gouvernements des Etats membres et aux autres parties intéressées la possibilité de présenter utilement leurs observations (40). En 1993, la Cour a estimé pour la première fois qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les questions posées au motif qu'elle n'était pas suffisamment informée des faits à l'origine du litige au principal (41). Pour que la Cour soit en mesure de répondre utilement, il faut que le juge de renvoi définisse, sous peine d'irrecevabilité de son ordonnance, « *le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées* » (42). En l'absence de telles précisions, le déclinatoire de compétence de la Cour et le rejet du renvoi comme irrecevable sont normalement prononcés par voie d'ordonnance.

Ainsi, elle déclare irrecevable une demande de décision préjudicielle au motif que le juge de renvoi « *n'indique ni le contenu des dispositions de la législation nationale à laquelle il se réfère, ni les raisons précises qui le conduisent à s'interroger sur leur compatibilité avec le droit communautaire et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour. En cela, les indications de l'ordonnance de renvoi, par leur référence trop imprécise aux situations de droit et de fait visées par le juge national, ne permettent pas à la Cour de donner une interprétation utile du droit communautaire* » (43). La Cour n'est pas en mesure de donner une interprétation utile du droit communautaire, ce qui la conduit à déclarer la demande préjudicielle irrecevable, lorsque l'ordonnance de renvoi « *ne contient pas de questions précises [...] ne permet pas de décèler avec certitude les questions sur lesquelles le juge national souhaite que la Cour se prononce à titre préjudiciel et ne comporte pas d'indications*

(39) *Ibid.*, point 7.

(40) Aff. jtes 141/81, 142/81 et 143/81, *Holdijk, Rec.* 1982, p. 1299; Aff. 458/93, *Saddik, Rec.* 1995, p. I-511; Aff. C-191/96, *Modesti, Rec.* 1996, p. I-3939.

(41) Aff. jtes C-320/90 et C-321/90, *Telemarsicabruzzo, Rec.* 1993, p. I-393.

(42) *Ibid.*, point 6.

(43) Aff. C-157/92, *Banchero, Rec.* 1993, p. I-1086, point 6. V. égal. Aff. C-458/93, *Saddik, Rec.* 1995, p. I-511; Aff. C-257/95, *Bresle, Rec.* 1996, p. I-235; Aff. C-2/96, *Carlo Sunino, Rec.* 1996, p. I-1545; Aff. C-101/96, *Italia Testa, Rec.* 1996, p. I-3081; Aff. C-191/96, *Modesti, Rec.* 1996, p. I-3939; Aff. C-196/96, *Lahlou, Rec.* 1996, p. I-3947.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*suffisantes* » pour répondre aux exigences relatives à la définition du cadre factuel et réglementaire dans lesquels s'insèrent ces questions ou à l'application des hypothèses factuelles sur lesquelles elles sont fondées (44). De même, la Cour rejette comme irrecevable une demande de décision préjudicielle contenue dans une ordonnance de renvoi qui se borne à poser les questions « *sans fournir quelque indication que ce soit sur leur fondement* » (45) et lorsque « *l'ordonnance de renvoi ne comporte que l'énoncé des questions préjudicielles* » (46). Les mêmes considérations conduisent la Cour à déclarer irrecevable une décision de renvoi qui « *ne contient aucune indication donnée par le juge national quant à la situation de fait et de droit de l'affaire dont il est saisi, ni les raisons pour lesquelles il estime que les réponses aux questions préjudicielles énoncées par les défenderesses au principal seraient nécessaires à la solution du litige. Le cadre factuel et réglementaire ne pourrait être établi que par une analyse des mémoires des parties au principal* » (47).

A l'instar de tous les arrêts de la Cour, celui rendu à titre préjudiciel a une force obligatoire à compter du jour de son prononcé. La spécificité du renvoi préjudiciel et de l'arrêt par lequel la Cour *dit pour droit* entraîne un certain nombre de conséquences en ce qui concerne l'autorité de l'arrêt tant dans l'espace que dans le temps. Si l'arrêt rendu par la Cour lie le juge de renvoi (48), celui-ci pourrait, s'il l'estime nécessaire, saisir derechef la Cour d'un autre renvoi préjudiciel pour redemander l'interprétation de la disposition communautaire faisant l'objet du premier arrêt ou même de l'arrêt lui-même. Et la Cour d'expliquer qu'un second renvoi en interprétation « *peut être justifié lorsque le juge national se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt, lorsqu'il pose à la Cour une nouvelle question de droit, ou encore lorsqu'il lui soumet de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question déjà posée* » (49). En revanche, un arrêt rendu par la Cour

---

(44) Aff. C-307/95, *Max Mara*, Rec. 1995, p. I-5085.

(45) Aff. C-386/92, *Monin Automobiles*, Rec. 1993, p. I-2049, point 8.

(46) Aff. C-378/93, *La Pyramide SARL*, Rec. 1994, p. I-4001.

(47) Aff. C-326/95, *Banco de Fomento e Exterior SA c/ Amândino Mauricio Martins Pechim e.a.*, Rec. 1996, p. I-1385, point 11. Notons cependant que dans l'affaire C-17/94, *Procédure pénale c/ Denis Gervais e.a.*, Rec. 1995, p. I-4353, point 21, la Cour a relevé que « *en l'espèce, les informations nécessaires figurent dans l'ordonnance de renvoi ainsi que dans le dossier transmis à la Cour par la juridiction nationale, complétées par les réponses aux questions que la Cour a posées aux personnes mises en examen quant à leur nationalité, leurs qualifications et le lieu de leur établissement professionnel* ».

(48) Aff. 69/85, *Wünsche*, Rec. 1986, p. 947.

(49) Aff. 69/85, *Wünsche*, Rec. 1986, p. 947, spéc. p. 953, point 15.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

à titre préjudiciel ne saurait faire l'objet d'un renvoi en appréciation de validité (50).

Toutes les autres juridictions des Etats membres sont soumises au même régime. Puisque, par un arrêt préjudiciel, la Cour «*tranche, avec l'autorité de la chose jugée, une ou plusieurs questions de droit communautaire*» (51), le juge auteur du renvoi et les autres juridictions nationales sont liés par l'arrêt de la Cour. Il s'ensuit qu'un arrêt préjudiciel constatant l'invalidité d'un acte d'une institution communautaire lie non seulement le juge ayant saisi la Cour, mais constitue également «*une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre*» (52). Même dans un tel cas, les juridictions internes ont le droit de réinterroger la Cour de justice. Il leur appartient, en effet, d'apprécier l'intérêt de saisir à nouveau la Cour. «*Un tel intérêt pourrait notamment exister s'il subsistait des questions relatives aux motifs, à l'étendue et éventuellement aux conséquences de l'invalidité précédemment établie*» (53).

L'interprétation d'une règle communautaire donnée par la Cour dans le cadre du renvoi préjudiciel «*éclaire et précise [...] la signification et la portée de cette règle telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies*» (54). En d'autres termes, l'arrêt préjudiciel en interprétation a un effet rétroactif.

Cependant, la Cour se réserve le droit, notamment pour ce qu'elle appelle «*des raisons impérieuses de sécurité juridique*», d'apporter, à titre exceptionnel et dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée, des limitations intratemporelles à l'interprétation qu'elle donne. Dans ces circonstances, la disposition communautaire telle qu'interprétée par la Cour ne saurait être invoquée qu'à l'appui d'un recours juridictionnel ou d'une réclamation équivalente présentés à une date postérieure à celle du prononcé de l'arrêt préjudiciel. La

---

(50) *Ibid.*

(51) Aff. 69/85, *Wünsche*, pré.cit., spéc. p. 952, point 10.

(52) Aff. 66/80, *International Chemical Corporation*, Rec. 1981, p. 1191, point 13.

(53) *Ibid.*, point 14.

(54) Aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, Rec. 1980, p. 1205, point 16; Aff. jtes 66/79, 127/79 et 128/79, *Salumi*, Rec. 1980, p. 1237, point 9; Aff. C-137/94, *Richardson*, Rec. 1995, p. I-3407, point 31.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

Cour a expliqué qu'elle « n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises. Tel a été le cas lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves, dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base d'une réglementation considérée comme étant valablement en vigueur, et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire, en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres Etats membres ou par la Commission » (55). Elle a, toutefois, souligné que « les conséquences financières qui pourraient découler pour un Etat membre d'un arrêt rendu à titre préjudiciel n'ont jamais justifié par elles-mêmes la limitation des effets dans le temps de cet arrêt » (56).

Une « exception à l'exception » est cependant admise en faveur des personnes ayant, antérieurement à cette date, introduit de tels recours ou réclamations qui, au moment de l'arrêt de la Cour, étaient pendants devant les juridictions ou les autorités nationales (57).

En matière de déclaration d'invalidité, la Cour considère que la nature même d'une telle déclaration empêche le juge interne d'appliquer l'acte dont l'invalidité est constatée (58). Elle s'estime néanmoins en droit, même lorsque le juge de renvoi ne l'a pas interrogé sur ce point, de se prononcer sur l'effet temporel de ses arrêts. Pour des raisons de sécurité juridique, elle peut décider qu'une mesure communautaire dont l'invalidité est constatée par un arrêt préjudiciel ne saurait néanmoins autoriser de remettre en cause des situations définitivement acquises en application de la mesure communautaire (59).

Assouplissant quelque peu sa position, la Cour considère qu'il lui appartient dans le cas où elle estime devoir limiter dans le temps les effets d'une constatation d'invalidité, « de déterminer si une exception à cette limitation [...] peut être prévue en faveur soit de la partie qui a introduit le recours devant la juridiction nationale, soit de tout autre opérateur économique qui aurait agi de manière analogue avant la

---

(55) Aff. jtes C-197/94 et C-252/94, *Société Bautiaa c/ Directeur des services fiscaux des Landes*, Rec. 1996, p. I-505, point 48.

(56) Aff. jtes C-367 à C-377/93, *Roders*, Rec. 1995, p. I-2229, point 48; Aff. C-137/94, *Richardson*, Rec. 1995, p. I-3407, point 37.

(57) Aff. 43/75, *Defrenne*, Rec. 1976, p. 455; Aff. 24/86, *Blaizot*, Rec. 1988, p. 379; Aff. C-163/90, *Legros*, Rec. 1992, p. 4625; Aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921.

(58) Aff. 66/80, *International Chemical Corporation*, Rec. 1981, p. 1191, point 12.

(59) Aff. 145/79, *Roquette Frères*, Rec. 1980, p. 2917.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*constatation d'invalidité ou si, à l'inverse, même pour des opérateurs économiques qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits, une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat* » (60).

Une «*exception à l'exception*» semble être désormais admise puisque la Cour se place sur le terrain de la protection juridictionnelle des particuliers et sur celui de l'effet utile du renvoi préjudiciel lui-même. En effet, la partie au principal qui a introduit le recours devant le juge national à l'occasion duquel ce dernier a sollicité une décision préjudicielle de la part de la Cour de justice, et toute autre personne qui, antérieurement à l'arrêt de la Cour, a introduit devant une juridiction ou une autre autorité nationale, un recours ou une réclamation fondés sur l'invalidité de l'acte communautaire en cause, peuvent se prévaloir de l'arrêt constatant l'invalidité de ce dernier. La solution inverse aurait pour conséquence de priver les particuliers du droit à une protection juridictionnelle effective et de compromettre l'effet utile de l'article 177 du traité (61).

Le renvoi préjudiciel en droit communautaire qui n'est qu'un incident de procédure comporte certains traits de la question préalable (62), de l'avis consultatif (63) et se présente parfois comme une sorte de cassation préventive (64), voire d'un référé à la loi (65). Il est incontestable que sa mise en œuvre et les circonstances dans lesquelles il se déroulait ont permis aux juges nationaux d'acquérir les connaissances d'une discipline qui leur paraissait, parfois, éloignée et à la Cour de justice, par une sorte d'intendance, non seulement de les instruire mais aussi de dégager et d'élucider les principes les plus essentiels de l'ordre juridique communautaire.

La nouvelle approche suivie par la Cour en matière de recevabilité du renvoi préjudiciel a véritablement transmué son régime.

La jurisprudence actuelle traduit une tension irréductible, due à une approche aporétique, consistant à proclamer simultanément que «*l'appréciation de la nécessité d'obtenir une solution aux questions d'in-*

---

(60) Aff. 112/83, *Société produits de maïs*, Rec. 1985, p. 719, point 18. V. égal. Aff. 41/84, *Pinna*, Rec. 1986, p. 1.

(61) Aff. C-228/92, *Roquette Frères*, Rec. 1994, p. I-1445, points 25-30.

(62) C. Berr, « L'insertion dans le procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles », JCP 1967, Doct. n° 2060.

(63) F.-Ch. Jeantet, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome », JCP 1966, Doct. n° 1987.

(64) E. Arendt, « La procédure selon l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne », SEW 1965, p. 385.

(65) J. Boulouis, « La fonction normative de la jurisprudence », Dr. soc. 1989, p. 524.

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*terprétation soulevées au regard des circonstances de fait et de droit qui caractérisent les controverses au fond relève du juge national» et «qu'il n'en appartient pas moins à la Cour d'examiner, en cas de besoin, les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence» (66).*

Il est par ailleurs souligné que dans le cadre préjudiciel, «*le juge national remplit, en collaboration avec la Cour de justice, une fonction qui leur est attribuée en commun en vue d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du traité*» (67) et que «*(s)i l'esprit de collaboration qui doit présider à l'exercice des fonctions assignées par l'article 177, respectivement, au juge national et au juge communautaire impose à la Cour le devoir de respecter les responsabilités propres du juge national, il implique, en même temps que le juge national, dans l'usage qu'il fait des possibilités ouvertes par l'article 177, ait égard à la fonction propre remplie en la matière par la Cour*» (68). L'intangible exclusivité du juge national ne bénéficie que d'une immunité relative.

Bien que la Cour soit inspirée par la recherche de l'effet utile de ses arrêts, elle ne devrait pas subroger le juge national. La compétence de la Cour demeure *préjudicielle* et son exercice devrait rester tributaire du cadre tracé par le juge national et confiné dans les limites assignées par les questions posées par ce dernier.

Certes, les formules habituelles soulignant l'interdiction pour la Cour de s'immiscer dans le domaine réservé au juge national et d'empiéter sur les compétences de ce dernier sont régulièrement reproduites dans les arrêts. La réalité est toute autre. Dès lors que la Cour considère que l'exercice de sa compétence préjudicielle est subordonné à l'existence d'un «*besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux*» (69), et puisqu'elle exige que l'ordonnance de renvoi contienne un exposé

---

(66) Aff. 244/80, *Foglia c/ Novello*, Rec. 1981, p. 3045, point 21; Aff. jtes C-422/93, C-423/93 et C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e.a. c/ Instituto Nacional de Empleo*, Rec. 1995, p. I-1567, point 17.

(67) Aff. 244/80, *Foglia c/ Novello*, Rec. 1981, p. 3045, point 16; Aff. jtes C-422/93, C-423/93 et C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e.a. c/ Instituto Nacional de Empleo*, Rec. 1995, p. I-1567, point 15.

(68) Aff. 244/80, *Foglia c/ Novello*, Rec. 1981, p. 3045, point 20. V. égal. Aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4705, point 60.

(69) Aff. 244/80, *Foglia c/ Novello*, Rec. 1981, p. 3045, point 18. V. égal. Aff. C-286/88, *Falciola Angelo*, Rec. 1990, p. I-191, point 9, «*besoin objectif pour la solution du litige au principal*»; Aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. I-4921, point 65, «*besoin objectif pour la solution des litiges dont elle est régulièrement saisie*»; Aff. C-428/93, *Monin Automobiles*, Rec. 1994, p. II-1707, point 15, «*besoin objectif pour la décision que le juge-commissaire doit prendre*»; Aff. jtes C-422/94, C-423/93 et C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e.a. c/ Instituto Nacional de Empleo*, Rec. 1995, p. I-1577, point 29, «*besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux*».

LE RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

des faits, des indications relatives au contenu des dispositions nationales en cause et une motivation de la nécessité éprouvée par le juge national d'obtenir une décision préjudicielle, elle est inévitablement amenée à porter un jugement sur la nécessité et l'opportunité du renvoi et à apprécier la pertinence de la question posée (70). L'évolution de la jurisprudence communautaire comporte des effets attentatoires aux attributions des juridictions nationales. Le caractère de la procédure préjudicielle est ainsi altéré. Même si l'on peut soutenir que le progrès en cette matière réside dans la réduction du nombre des renvois, ce qui permettrait de mesurer le développement réel d'une intégration effective (71), il ne faut pas oublier que c'est la coopération judiciaire qui anime le renvoi préjudiciel (72) et qui sous-tend son succès.

---

(70) V., par ex., Aff. C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl*, Rec. 1994, p. I-1783, points 14-16.

(71) J. Boulouis, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges P.-H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 23, spéc. p. 27.

(72) R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 273.

-2-

**TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES**

La place privilégiée occupée par la procédure du renvoi préjudiciel dans l'ensemble des voies de droit destinées à assurer au droit communautaire une effectivité réelle et aux justiciables une efficace protection juridictionnelle est, depuis longtemps, reconnue et demeure toujours incontestable. Outre la recherche de la nécessaire uniformité dans l'application du droit communautaire, l'austérité des conditions permettant aux particuliers d'accéder au prétoire communautaire dans le cadre des recours directs met en exergue le rôle des juridictions nationales et donne, par suite, un relief particulier à la procédure des questions préjudicielles, conçue pour leur porter concours.

L'éloge récurrent, rituellement fait, de la procédure préjudicielle tient essentiellement au fait qu'à travers les arrêts dans lesquels la Cour « *dit pour droit* », ont été dégagés et définis les principes de base de l'ordre juridique communautaire et sa terminologie élucidée. Il ne faut, toutefois, pas oublier que c'est sur l'initiative des juridictions nationales et à leur instigation que la Cour de justice a pu se prononcer dans le cadre de l'exercice de sa compétence préjudicielle.

Même parvenue à la stabilité, la procédure préjudicielle n'est nullement éculée et ne laisse pas de susciter des débats concernant certains aspects de sa mise en œuvre, ainsi qu'en témoignent, par exemple, les conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire *Wiener*(1) et celles de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire *Lyckeskog* (2).

Au niveau national, des phénomènes de rejet, manifestés par certaines juridictions de renvoi, tel le Tribunal de Lille dans l'affaire *Roquette* (3), le *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* dans l'affaire *Wünsche* (4),

---

(1) Aff. C-338/95, *Wiener SI GmbH c/ Hauptzollamt Emmerich*, Rec. 1997, p. I-6495.

(2) Aff. C-99/00, *Procédure pénale c/ Kenny Roland Lyckeskog*, Rec. 2002, p. I-4839.

(3) Arrêt de la Cour dans l'affaire 145/79, *SA Roquette Frères c/ Etat français-Administration des douanes*, Rec. 1980, p. 2917 et jugement du Tribunal d'instance de Lille du 15 juillet 1981, Dalloz-Sirey 1982, p. 9, note J. Boulouis. Un jugement dans le même sens a été rendu le 23 février 1982 par le Tribunal administratif d'Orléans (non publié) dans l'affaire 109/79, *Sàrl Maïseries de Beauce c/ Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, Rec. 1980, p. 2883.

(4) Arrêt de la Cour dans l'affaire 345/82, *Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c/ République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1984, p. 1995 et ordonnance du 21 février 1985 du *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* et ordonnance de la Cour dans l'affaire 69/85, *Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c/ République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1986, p. 947.

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

la *High Court* britannique dans l'affaire *Arsenal* (5) et l'*Immigration Adjudicator* au Royaume-Uni dans l'affaire *Kaba* (6), sont, à vrai dire, isolés et demeurent exceptionnels.

Qualifiée parfois de « *directe* » (7), parfois d'« *étroite* » (8), la coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice dans le cadre de la procédure préjudicielle est articulée autour d'une répartition « *impérative* » (9) de fonctions dont le respect mutuel constitue la sève. C'est, sans doute, cet esprit de dialogue confiant entre protagonistes qui explique, en partie du moins, le succès du renvoi préjudiciel, même si certains ont pu se demander si ce dernier n'en était pas devenu victime (10).

Si, comme le révèle le Rapport annuel de la Cour pour 2002, le nombre des demandes de décision préjudicielle se situe, depuis une décennie, autour de la moitié des affaires annuellement introduites devant la Cour, la physionomie de cette procédure a, néanmoins, été altérée. Le changement, à la fois le plus discernable et le plus notable, mais aussi le plus controversé, concerne, à ne pas en douter, les conditions de recevabilité des demandes des décisions préjudicielles formulées par les juridictions nationales et le sort réservé à celles qui ne les remplissent pas.

En instaurant cette procédure, le traité a déterminé la compétence de la Cour mais n'a pas envisagé les conditions de recevabilité des demandes de décision préjudicielle (11). La compétence préjudicielle de la Cour est, ainsi, tributaire de la réunion de deux conditions : la

(5) Arrêt de la Cour dans l'affaire C-206/01, *Arsenal Football Club plc c/ Matthew Reed*, Rec. 2002, p. I-10273 et jugement du juge Laddie du 12 décembre 2002, *Common Market Law Reports*, 2003, Vol 1, p. 382, arrêt de la Cour d'appel du 21 mai 2003, *Common Market Law Reports*, 2003, Vol 1, p. 800.

(6) Aff. C-356/98, *Arden Kaba c/ Secretary of State for Home Department*, Rec. 2000, p. I-2623 et décision de l'*Immigration Adjudicator* du 19 décembre 2000 et aff. C-466/00, *Arden Kaba c/ Secretary of State for Home Department*, Rec. 2003, p. I-2219.

(7) V. par exemple, aff. 40/70, *Sirena Srl c/ Eda Srl e.a.*, Rec. 1979, p. 3169, sp. 3170; aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mnH c/ Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, Rec. 1994, p. I-43, point 9; aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie*, Rec. 2000, p. I-4979, point 21.

(8) V. par exemple, aff. jtes 36 et 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers Association et autres contre gouvernement d'Irlande et autres; Martin Doyle et autres contre An Taoiseach et autres*, Rec. 1981, p. 735, point 5; aff. C-306/93, *SMW Winzersekt GmbH c/ Land Rheinland-Pfalz*, Rec. 1994, p. I-5555, point 15.

(9) Aff. 93/78, *Lothar Mattheus c/ Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*, Rec. 1978, p. 2203, point 5.

(10) Thijmen Koopmans, La procédure préjudicielle – victime de son succès? *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 347.

(11) Par confusion des genres la Cour emploie indifféremment les expressions incompétence, irrecevabilité et non-lieu à statuer.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

saisine doit être le fait d'une juridiction nationale; la question doit porter sur l'interprétation ou sur l'appréciation de validité du droit communautaire. Depuis l'origine, il était constant que dès lors que ces deux circonstances étaient présentes, la Cour était tenue de répondre. D'ailleurs, sur ces deux aspects, la jurisprudence de la Cour est très souple, généreuse et, à certains égards, accueillante à l'excès.

Par voie prétorienne, la Cour a introduit un certain nombre de conditions de recevabilité des demandes de décision préjudicielle. Ces conditions, érosives des compétences des juridictions nationales, s'avèrent indûment restrictives (12).

La portée et les effets de cette jurisprudence vont au-delà du rejet de telle ou telle demande de décision préjudicielle. Ils constituent, en réalité, une palinodie et se répercutent, inéluctablement, aussi bien sur le caractère fondamental que sur l'authenticité de la procédure préjudicielle et remettent en cause son efficacité.

Peut-être ne s'agit-il que d'une inévitable conséquence de l'absence de toute interrogation de la part des juridictions nationales et, par suite, de toute explicitation par la Cour de justice, de la formule «à titre préjudiciel» qui fonde sa compétence et qui détermine son étendue. La procédure préjudicielle comporte, selon Jean Boulouis, un paradoxe: «c'est la compétence qualifiée de 'préjudicielle' qui est en réalité substantiellement essentielle et la compétence principale qui se présente comme un simple accessoire opérationnel de l'applicabilité directe» (13). Aussi a-t-il pu écrire: «la véritable logique du système est donc exactement inverse de celle qu'indique sa réglementation juridique textuelle» (14) et de conclure qu'«il ne faut donc pas être surpris que, tout en s'efforçant de maintenir les apparences dans des formules dont les deux propositions se contredisent plus qu'elles ne se complètent, la jurisprudence se soit progressivement orientée dans le sens correspondant à la logique véritable» (15). La formule

---

(12) Ceci n'a pas échappé à la doctrine. V. par exemple, Catherine Barnard and Eleanor Sharpston, The changing face of Article 177 references, *Common Market Law Review*, 1997, p. 1113; David O'Keeffe, Is the spirit of Article 177 under attack? Preliminary references and admissibility, *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Volume II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Dott. A Giuffrè Editore 1998, p. 693; Georges Vandensanden, La procédure préjudicielle: A la recherche d'une identité perdue, *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, Volume I, Bruxelles, Bruylant 1999, p. 619; Peter Oliver, La recevabilité des questions préjudicielles: La jurisprudence des années 1990, *Cahiers de droit européen*, 2001, p. 15.

(13) Jean Boulouis, Nouvelles réflexions à propos du caractère «préjudiciel» de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales, *Etudes de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Editions A. Pedone, 1984, p. 23, sp. p. 30.

(14) Ibid.

(15) Ibid.

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

« à titre préjudiciel » ne serait-elle alors « qu'une cheville destinée à décorer d'un trompe-l'œil juridique un mécanisme qui ne peut pas s'accommoder de ses exigences » (16) ?

Certes, dans l'arrêt *Salgoil* (17) rendu il y a 35 ans, la Cour avait déjà indiqué qu'une demande de décision préjudicielle serait considérée comme irrecevable si l'invocation des dispositions qui lui étaient déférées était manifestement erronée. Elle a, par la suite, précisé, dans l'arrêt *Salonia* (18), qu'il en serait de même s'il était manifeste que la question posée n'avait aucun rapport avec l'objet ou la réalité du litige principal. Mais, pendant longtemps, cette jurisprudence n'a connu qu'une application très rare, notamment, dans les deux insolites affaires du *juge de Hayange* (19), dans l'affaire *Vlaeminck* (20), et dans l'affaire *Falciola* (21).

En outre, la Cour considère comme irrecevables des questions hypothétiques (22).

En revanche, aussi longtemps qu'un litige est pendant devant le juge de renvoi, que la procédure devant lui n'est pas clôturée et qu'il pourrait, pour trancher le litige dont il est saisi, prendre en considération

(16) Ibid. p. 25.

(17) Aff. 13/68, *Société par actions Salgoil c/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, Rec. 1968, p. 661.

(18) Aff. 126/80, *Maria Salonia c/ Giorgio Poidomani et Franca Giglio, veuve Baglieri*, Rec. 1981, p. 1563. V. également, aff. C-368/89, *Antonio Crispoltoni c/ Fattoria autonoma tabacchi di Città di Castello*, Rec. 1991, p. I-3695, point 11.

(19) Aff. 105/79, *Demande de décision préjudicielle du juge chargé du service du Tribunal d'instance de Hayange*, Rec. 1979, p. 2257; aff. 68/80, *Demande de décision préjudicielle du juge chargé du service du tribunal d'instance de Hayange*, Rec. 1980, p. 771. Dans ces deux espèces la Cour s'est déclarée incompétente pour répondre aux questions posées au motif que celles-ci ne concernaient, à aucun égard, ni l'interprétation du traité ni la validité ou l'interprétation d'un acte pris par une institution communautaire.

(20) Aff. 132/81, *Office national des pensions pour travailleurs salariés c/ Alice Vlaeminck*, Rec. 1982, p. 2953, dans laquelle la Cour a déclaré qu'au vu de la situation factuelle, « la question préjudicielle apparaît sans objet. Elle ne permet pas de dégager des éléments d'interprétation de droit communautaire que le juge de renvoi pourrait appliquer utilement pour résoudre, en fonction de ce droit, le litige pendant devant lui ». Ibid. point 13.

(21) Aff. C-286/88, *Falciola Angelo SpA c/ Commune di Pavia*, Rec. 1988, p. I-191. Dans l'arrêt *Grado & Bashir*, la Cour a estimé que, même si la pratique de l'autorité nationale en cause devait être considérée comme contraire au traité, « il n'apparaissait pas que la procédure au principal en serait affectée ». Elle a rejeté, cependant, le renvoi au motif que « la question préjudicielle soumise à la Cour ne porte pas sur une interprétation du droit communautaire qui réponde à un besoin objectif de la décision que le juge doit rendre ». Aff. C-291/96, *Procédure pénale c/ Martino Grado et Shahid Bashir*, Rec. 1997, p. I-5531, points 15-16.

(22) V. par exemple, aff. 93/78, *Lothar Mattheus c/ Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*, Rec. 1978, p. 2203; aff. C-83/91, *Wienand Meilicke c/ ADV/ORGA AG*, Rec. 1992, p. I-4871; aff. C-361/97, *Rouhollah Nour c/ Burgenländische Gebietskrankenkasse*, Rec. 1998, p. I-3101; aff. C-153/00, *Procédure pénale c/ Paul der Weduwe*, Rec. 2002, p. I-11319.

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

l'arrêt rendu par la Cour, une demande de décision préjudicielle sera accueillie (23).

En parcourant le terrain du séisme jurisprudentiel, on y découvre deux épïcêtres: les arrêts *Foglia/Novello* (24), et *Telemarsicabruzzo* (25).

Par les arrêts *Foglia/Novello*, «*coup de tonnerre dans un ciel serein*» (26), la Cour a introduit une condition de recevabilité aussi déconcertante que contestable: l'exigence d'un litige réel porté devant le juge de renvoi.

Si l'existence d'un litige qu'il incombe au juge de renvoi de trancher s'attache, dans la jurisprudence de la Cour, à la notion même de juridiction habilitée à recourir à la procédure préjudicielle (27), le caractère du litige n'avait, auparavant, jamais préoccupé la Cour. L'on pouvait en légitimement déduire que la Cour était indifférente, voir apathique, à une telle circonstance ou qu'elle considérait, du moins implicitement, que l'appréciation du caractère réel ou fictif du litige ressortissait à la compétence exclusive du juge national.

Or, la recherche du caractère réel ou artificiel du litige au principal est, non seulement irréalisable dans le cadre de la procédure préjudicielle, caractérisée, précisément, par l'absence des parties, mais la tentative de la mener dénature cette procédure en conduisant la Cour, inévitablement, à empiéter, avec des effets attentatoires, sur les prérogatives du juge national et à se prononcer sur des aspects du litige qui, normalement, lui échappent. D'ailleurs, le juge national, peut se voir imposer, par son droit national, une obligation de statuer en toutes

---

(23) Aff. 338/85, *Fratelli Pardini SpA c/ Ministero del commercio con l'estero et Banca toscana (filiale de Lucca)*, Rec. 1988, p. 2041, point 11; aff. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c/ Stephan Grogan e.a.*, Rec. 1991, p. I-4685, point 12; aff. jtes C-422/93, C-423/93 et C-424/93, *Teresa Zabala Erasun e.a./ Instituto Nacional de Empleo*, Rec. 1995, p. I-1567, point 28; aff. C-314/96, *Ouradia Djabali c/ Caisse d'allocations familiales de l'Essonne*, Rec. 1998, p. I-1149, point 18.

(24) Aff. 104/79, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec. 1980, p. 745; aff. 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec. 1981, p. 3045.

(25) Aff. C-320/90, Rec. 1993, p. I-393.

(26) G. Vandersanden, *La procédure préjudicielle: A la recherche d'une identité perdue, Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, Volume I, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 619, sp. p. 621.

(27) Dans son arrêt 61/65, *Veuve G. Vaassen-Göbbels c/ Direction du beamntenfonds voor het mijnbedrijf*, Rec. 1966, p. 379, la Cour a relevé que le *Scheidsgerecht* qui l'a saisie avait pour mission de trancher des litiges en appliquant la règle de droit. Ibid. sp. p. 395. V. par exemple, aff. 318/85, *Procédure pénale contre Regina Greis Unterweger*, Rec. 1986, p. 955, point 4; aff. C-134/97, *Procédure de demande d'avis préalable engagée par Victoria Film A/S*, Rec. 1998, p. I-7023, point 14; aff. C-178/99, *Doris Salzmann*, Rec. 1999, p. I-4421, points 14-15; aff. C-86/00, *HSB-Wohnbau GmbH*, Rec. 2001, p. I-5353, point 11; aff. C-447/00, *Holto Ltd*, Rec. 2002, p. I-735, point 17; aff. C-182/00, *Requête introduite par Lutz GmbH e.a.*, Rec. 2002, p. I-547, point 13.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

circonstances, l'identité des parties et la nature ou le caractère du litige nonobstant.

Selon la Cour, le caractère artificiel du litige porté devant le pretore de Bra dans l'affaire *Foglia/Novello* découlait de la conjonction des trois circonstances qui constituaient autant d'indices. Il s'agissait d'un litige entre deux personnes privées, prétendument en accord quant au résultat à atteindre, mettant en cause, devant un juge d'un Etat membre, la conformité au traité d'une législation d'un autre Etat membre.

Il n'est pas sans intérêt de relever qu'antérieurement, la Cour était indifférente à de telles circonstances (28). De même, certaines espèces postérieures à l'affaire *Foglia/Novello*, faisant également l'objet d'un renvoi préjudiciel et présentant des traits similaires à ceux de cette dernière, n'ont pas semblé troubler la placidité de la Cour et n'ont provoqué aucune réaction de sa part (29).

On peut constater, en outre, que dans des constellations factuelles similaires, la Cour n'a pas cru retenir le caractère artificiel du litige au principal, à l'occasion duquel le juge interne a procédé au renvoi préjudiciel, évoqué devant elle. Ainsi, dans les affaires *Rau/De Smedt* (30), *Provide* (31) et *Celestini* (32), alors que des moyens d'irrecevabilité tirés du caractère prétendument artificiel du litige étaient soulevés devant elle, la Cour les a toujours écartés. Dans le premier et le deuxième de ces arrêts, la Cour s'est contentée de déclarer que « *les éléments du dossier ne permettent pas de mettre en doute le caractère réel du litige* » (33). Dans le troisième, après avoir relevé qu'aucune des parties au principal n'avait contesté les mesures prises par les autorités nationales devant les tribunaux de l'Etat du for, la Cour a considéré que « *le dossier ne fait pas apparaître d'autres éléments dont il résulterait, de manière manifeste, que les parties au litige*

---

(28) V. par exemple, aff. 20/64, *S.A.R.L. Albatros c/ Société des pétroles et des combustibles liquides (SOPECO)*, Rec. 1965, XI-3, p. 1; aff. 54/72, *Fonderie Officine Riunite « F.O.R. » c/ Vereinigte Kammgarn-Spinnereien « V.K.S. »*, Rec. 1973, p. 193; aff. 22/76, *Import Gadgets Sàrl c/ LAMP SpA*, Rec. 1976, p. 1371; aff. 52/77, *Leonce Cayrol c/ Giovanni Rivoira & Figli*, Rec. 1977, p. 2261; aff. 244/78, *Union laitière normande, Union de coopératives agricoles c/ French Dairy Farmers Limited*, Rec. 1979, p. 2663.

(29) V. par exemple, aff. 96/84, *Vereniging Slachtpluimvee-Export e.V c/ Rewe-Zentral-Aktiengesellschaft*, Rec. 1985, p. I-1157; aff. C-47/90, *Etablissements Delhaize frères et Compagnie Le Lion SA c/ Promalvin SA et AGE Bodegas Unidas SA*, Rec. 1992, p. I-3669.

(30) Aff. 261/81, *Walter Rau Lebensmittelwerke c/ De Smedt PVBA*, Rec. 1982, p. 3961.

(31) Aff. C-150/88, *Kommanditgesellschaft in eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik Glockengasse n° 4711*, Rec. 1989, p. I-3891.

(32) Aff. C-105/94, *Ditta Angelo Celestini c/ Saar-Sektkellerei Fabier GmbH & Co. KG*, Rec. 1997, p. I-2971.

(33) Aff. 261/81, *Walter Rau Lebensmittelwerke c/ De Smedt PVBA*, Rec. 1982, p. 3961, point 9; aff. C-150/88, *Kommanditgesellschaft in eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik Glockengasse n° 4711*, Rec. 1989, p. I-3891, point 12.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

*au principal se sont préalablement concertées pour amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit comme c'était le cas dans l'affaire Foglia* » (34).

Les arrêts *Foglia/Novello* qui ont modifié non seulement la technique de l'utilisation de la procédure préjudicielle, mais également la nature de cette dernière (35), ne permettent pas de savoir quel est, selon la Cour, l'aspect déterminant permettant d'établir le caractère artificiel du litige au principal, ce qui ne saurait qu'être une présomption (36), et par suite, de prononcer l'irrecevabilité du renvoi. L'accumulation des trois aspects est-elle requise pour démontrer ce caractère ? En existe-il d'autres ?

Le prétendu caractère artificiel du litige au principal a été évoqué devant la Cour dans des affaires entre particuliers en l'absence de tout élément d'extranéité (37). Dans certains arrêts rendus dans de telles affaires, la Cour a écarté l'objection découlant du caractère prétendument fictif du litige, non pas en raison de l'absence d'élément d'extranéité, mais parce qu'elle a considéré pouvoir passer outre cette objection (38). Pourtant, le fait que, dans l'affaire *Foglia/Novello*, un juge italien était appelé à se prononcer sur la compatibilité avec le traité d'une disposition législative française était, selon l'Avocat général Jacobs, une circonstance qui a influencé la décision de la Cour (39). Aussi a-t-il considéré que les principales préoccupations de la Cour dans l'affaire *Foglia/Novello* étaient d'éviter des situations dans lesquelles les juridictions d'un Etat membre décideraient de la validité des lois d'un autre Etat membre et d'offrir à l'Etat membre concerné un forum adéquat lui

---

(34) Aff. C-105/94, *Ditta Angelo Celestini c/ Saar-Sektkellerei Fabier GmbH & Co. KG*, Rec. 1997, p. I-2971, point 23.

(35) Georges Vandensanden, *La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue, Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Volume I, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 619, sp. p. 622.

(36) G. Bebr, *The existence of a genuine dispute: An indispensable precondition for the jurisdiction of the Court under Article 177 E.E.C. Treaty?*, *Common Market Law Review*, 1980, Vol. 17, p. 525, sp. p. 529.

(37) V. par exemple, aff. 140/79, *Chemical Farmaceutici SpA c/ DAF*, Rec. 1981, p. 1 (L'argument relatif au caractère artificiel du litige a été principalement invoqué par l'Avocat général Mayras); aff. 46/80, *SpA Vinal c/ SpA Orbat*, Rec. 1981, p. 77; aff. 30/87, *Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées*, Rec. 1988, p. 2479 (par l'Avocat général Vilaça); aff. 287/86, *Pascal Van Eycke c/ Société anonyme ASPA*, Rec. 1988, p. 4769; aff. C-97/98, *Peter Jägerkiöld c/ Torolf Gustafsson*, Rec. 1999, p. I-7319; aff. C-379/98, *PreussenElektra AG c/ Schleswig AG*, Rec. 2001, p. I-2099.

(38) Aff. 140/79, *Chemical Farmaceutici SpA c/ DAF*, Rec. 1981, p. 1, point 9; aff. 46/80, *SpA Vinal c/ SpA Orbat*, Rec. 1981, p. 77, point 7; aff. C-379/98, *PreussenElektra AG c/ Schleswig AG*, Rec. 2001, p. I-2099, points 44-46; aff. C-97/98, *Peter Jägerkiöld c/ Torolf Gustafsson*, Rec. 1999, p. I-7319, point 25.

(39) Conclusions sous l'arrêt C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, Rec. 1995, p. I-179, point 9.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

permettant de défendre ses lois (40). On peut rappeler qu'à cet égard, L. Goffin s'est rhétoriquement demandé « *au nom de quel principe de droit communautaire est-il interdit à des parties d'introduire devant le tribunal d'un Etat membre une procédure tendant à faire apprécier la validité de la législation d'un autre Etat membre ?* » (41).

La jurisprudence *Foglia/Novello* a été également évoquée dans des affaires préjudicielles dont l'origine résidait dans un litige entre des particuliers et l'administration nationale (42). Dans l'arrêt *Bertini*, la Cour a considéré que « *rien ne fait apparaître que ces litiges au principal ont le caractère d'une construction procédurale arrangée* » (43). Dans l'arrêt *Idéal Tourisme*, elle a écarté l'objection tenant à l'absence de caractère réel du litige au principal au motif qu'aucun élément ne faisait apparaître de manière manifeste « *que les parties se sont préalablement concertées pour amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit...* » (44).

Curieusement, l'exigence d'un litige réel a également été discutée dans le cadre de procédures pénales (45). A cet égard, l'Avocat général Lenz a estimé que l'on ne pouvait guère parler de construction « *artificielle* » dans le cadre de telles procédures (46) et l'Avocat général Mancini a considéré que si l'on pouvait imaginer qu'un juge pourrait se laisser convaincre de saisir la Cour d'une question que lui aurait été posée par les parties à un litige civil plus ou moins clairement fabriqué, il était inconcevable qu'un juge fabrique lui-même une procédure pénale pour obtenir de la Cour une décision préjudicielle (47).

(40) Conclusions sous l'arrêt C-379/98, *PreussenElektra AG c/ Schlesweg AG*, Rec. 2001 p. I-2099, point 79. Sur la vacuité de ces arguments V. Ami Barav, Imbroglia préjudiciel, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Paris, Sirey, 1982, p. 403.

(41) L. Goffin, Heur et Malheur de la procédure préjudicielle, *Journal des Tribunaux*, 1982, p. 252, sp. p. 253.

(42) V. par exemple, aff. jtes 286/82 & 26/83, *Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c/ Ministero del Tesoro*, Rec. 1984, p. 377 (par l'Avocat général Mancini); aff. jtes 98, 162 et 258/85, *Michele Bertini et Giuseppe Bisignani et autres c/ Région du Latium et Unità sanitarie locali*, Rec. 1986, p. 1885; aff. C-36/99, *Idéal Tourisme SA c/ Etat belge*, Rec. 2000, p. I-6049.

(43) Aff. jtes 98, 162 et 258/85, *Michele Bertini et Giuseppe Bisignani et autres c/ Région du Latium et Unità sanitarie locali*, Rec. 1986, p. 1885, point 8.

(44) Aff. C-36/99, *Idéal Tourisme SA c/ Etat belge*, Rec. 2000, p. I-6049, point 22.

(45) V. par exemple, aff. 203/80, *Procédure pénale c/ Guerrino Casati*, Rec. 1981, p. 2595, sp. les Conclusions de l'Avocat général Capotorti, point 3; aff. jtes 209 à 213/84, *Ministère public c/ Lucas Asjes et autres, Andrew Gray et autres, Andrew Gray et autres, Jacques Maillot et autres et Léo Ludwig et autres*, Rec. 1986, p. 1425, sp. les Conclusions de l'Avocat général Lenz, p. 1440; aff. 14/86, *Pretore di Salo c/ X*, Rec. 1987, p. 2545, sp. les Conclusions de l'Avocat général Mancini, point 8.

(46) Conclusions dans aff. jtes 209 à 213/84, *Ministère public c/ Lucas Asjes et autres, Andrew Gray et autres, Andrew Gray et autres, Jacques Maillot et autres et Léo Ludwig et autres*, Rec. 1986, p. 1425, sp. p. 1440.

(47) Conclusions sous arrêt 14/86, *Pretore di Salo c/ X*, Rec. 1987, p. 2545, point 8.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

En outre, des doutes quant au caractère réel du litige et, par suite, sur la recevabilité du recours au vu de la jurisprudence *Foglia/Novello*, ont été exprimés par le Conseil dans le cadre d'un recours en annulation formé par la Commission (48).

Si l'élément d'extraneité n'est pas décisif, l'accord entre les parties ne semble pas, non plus, avoir une incidence déterminante sur la recherche du caractère véritable du litige au principal. A cet égard la Cour a clairement déclaré que « *la circonstance que les parties au principal sont d'accord sur le résultat à obtenir n'enlève rien à la réalité du litige* » (49). Pourtant, dans l'affaire *Idéal Tourisme*, afin d'écartier un argument relatif au caractère prétendument artificiel du litige au principal, la Cour a tenu à souligner que les parties au principal « *étaient en désaccord sur un certain nombre de points importants...* » (50).

Il convient également de mentionner l'arrêt *Cura Anlagen* dans lequel la Cour a écarté un moyen d'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle, même dans l'hypothèse où l'on pouvait admettre que certains éléments du dossier pouvaient laisser penser que la situation à l'origine de la procédure au principal avait été construite en vue d'obtenir de la Cour une décision sur une question de droit communautaire d'intérêt général (51).

Il apparaît donc, que pour la Cour, le caractère artificiel du litige au principal découlerait des mobiles qui auraient animé des parties privées de saisir un tribunal. Bien qu'insondables, ces mobiles pourraient, selon la Cour, être par elle décelés de la réunion des trois circonstances retenues dans l'affaire *Foglia/Novello*, car, prise isolément, chacune de ces circonstances en elle-même, serait insuffisante.

Les principes établis dans l'affaire *Foglia/Novello*, a déclaré l'Avocat général Fennelly, « *devraient être appliqués avec le plus grand soin, puisqu'ils ne mettent pas seulement en cause la validité d'une ordonnance d'une juridiction nationale, mais également la bonne foi des parties dans l'affaire au principal* » (52). En réalité, en plus de deux décennies depuis l'éruption de l'exigence de litige réel en tant que condi-

---

(48) Aff. 45/86, *Commission c/ Conseil*, Rec. 1987 p. 1517 et les Conclusions de l'Avocat général Lenz, point 34.

(49) Aff. C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, Rec. 1995, p. I-179, point 14.

(50) Aff. C-36/99, *Idéal Tourisme SA c/ Etat belge*, Rec. 2000, p. I-6049, point 22.

(51) Aff. C-451/99, *Cura Anlagen GmbH c/ Auto Service Leasing GmbH (ASL)*, Rec. 2002, p. I-3193, point 27.

(52) Conclusions sous arrêt C-105/94, *Ditta Angelo Celestini c/ Saar-Sektkellerei Fabier GmbH & Co. KG*, Rec. 1997, p. I-2971, point 23. Rappelons que dans ses Conclusions sous arrêt C-97/78, *Peter Jägerkiöld c/ Torolf Gustafsson*, Rec. 1999, p. I-7319. L'Avocat général Fennelly a considéré qu' « *il convient d'appliquer de manière très restrictive et avec la plus grande*

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

tion de recevabilité d'une demande de décision préjudicielle, et bien que fréquemment invoqué, le caractère prétendument artificiel d'un litige n'a jamais été reconnu par la Cour qui n'a jamais rejeté une demande de décision préjudicielle pour une telle raison. Il n'en demeure pas moins que le fantôme de *Foglia/Novello* apparaît doué, à la fois, d'ubiquité et de pérennité.

Dans l'arrêt *Bacardi* (53), la Cour a relevé la présence de deux circonstances analogues à celles de l'affaire *Foglia/Novello* : Il s'agissait d'une part, d'un litige entre particuliers et, d'autre part, d'une juridiction anglaise appelée à se prononcer sur la compatibilité avec le traité d'une loi française (54). En de telles circonstances, la Cour estime devoir être informée « *de manière circonstanciée* » des raisons qui ont amené la juridiction de renvoi à considérer que la réponse à cette question était nécessaire pour lui permettre de rendre sa décision (55). Si la Cour a déclaré irrecevable la demande de décision préjudicielle, ce n'était pas en raison du soupçon, à peine dissimulé, quant au caractère artificiel du litige au principal, mais parce qu'elle s'estimait ne pas être en possession d'éléments suffisants établissant la nécessité pour se prononcer sur la question qui lui avait été déférée (56).

A cet égard, elle avait précédemment souligné, qu'« *il est indispensable que la juridiction nationale explique les raisons pour lesquelles elle considère qu'une réponse à ses questions est nécessaire à la solution du litige* » (57). Munie d'une telle explication, la Cour serait en mesure d'apprécier si l'interprétation du droit communautaire sollicitée présente un rapport avec la réalité et l'objet du litige au principal à défaut duquel elle rejeterait le renvoi (58).

L'obligation incombant au juge de renvoi de communiquer à la Cour certains renseignements relatifs au litige au principal et d'exposer les raisons l'ayant amené à considérer comme nécessaire la saisine de la Cour, constitue une deuxième condition péremptoire de recevabilité des demandes de décision préjudicielle introduite par la jurisprudence de la Cour.

---

précaution le principe selon lequel il n'y a pas lieu de statuer lorsqu'il y a eu 'abus' de cette procédure ». Ibid. point 13.

(53) Aff. C-318/00, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c/ Newcastle United Football Company Ltd*, Rec. 2003, p. I-905.

(54) Ibid. points 45-46.

(55) Ibid. point 46.

(56) Ibid. point 53.

(57) Aff. C-343/90, *Manuel José Lourenço Dias c/ Director da Alfândega do Porto*, Rec. 1992, p. I-4673, point 19.

(58) Ibid. point 20.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

Par son arrêt *Telemarsicabruzzo* (59), rendu le 26 janvier 1993, la Cour a introduit, sous peine d'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle, une exigence impérative de lui fournir certains renseignements concernant le litige au principal. Antérieurement, elle avait, en effet, considéré que la nécessité de parvenir à une « *interprétation utile* » des dispositions communautaires justifiait « *l'énoncé par la juridiction nationale du cadre juridique dans lequel doit se placer l'interprétation demandée* » (60). Parfois, la Cour exprimait des regrets en raison de l'absence de motivation dans l'ordonnance de renvoi, particulièrement lorsque l'utilité des réponses aux questions posées et leur incidence sur la solution du litige au principal ne lui paraissaient pas découler du dossier et qu'il était difficile de les concevoir (61). Mais cette jurisprudence n'était nullement appréhendée comme un prodrome ou perçue comme un prélude. Aussi, une ordonnance de renvoi lacunaire exposait-elle le juge au risque que la réponse apportée par la Cour soit inadéquate et qu'elle « *ne corresponde qu'imparfaitement aux particularités de l'espèce* » (62). Mais, en présence d'une ordonnance de renvoi déficiente, la Cour ne s'était jamais autorisée, jusqu'à l'arrêt *Telemarsicabruzzo*, à considérer la demande de décision préjudicielle comme irrecevable et à la rejeter.

Une autre raison pour asseoir l'obligation de motivation incombant au juge de renvoi a trait au droit des participants à la procédure préjudicielle de soumettre leurs observations. Dans l'arrêt *Holdijk*, la Cour a souligné, pour la première fois, que « *les informations fournies dans les décisions de renvoi permettent de donner aux gouvernements des Etats membres ainsi qu'aux autres parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 20 du statut de la Cour* » et a expliqué qu'il lui appartenait de veiller à ce que cette possibilité soit respectée (63).

---

(59) Aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, Rec. 1993, p. I-393.

(60) Aff. 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Rec. 1966, p. 337, sp. p. 357; V. également, aff. 12/71, *Günter Henck c/ Hautzollamt Emmerich*, Rec. 1971, p. 743, sp. p. 750; aff. 244/78, *Union Laitière normande, Union de coopératives agricoles c/ French Dairy Farmers Limited*, Rec. 1979, p. 266, point 5; aff. jtes 36 et 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers Association et autres c/ gouvernement d'Irlande et autres, Marin Doyle et autres c/ An Taoiseach et autres*, Rec. 1981, p. I-735, point 6.

(61) Aff. jtes 98, 162 et 258/85, *Michele Bertini et Giuseppe Bisignani et autres c/ Région du Latium et Unità sanitarie locali*, Rec. 1986, p. 1885, point 7.

(62) Aff. 77/72, *Carmine Capolongo c/ Azienda Agricola Maya*, Rec. 1973, p. 611, point 8.

(63) Aff. jtes 141 à 143/81, *Gerrit Holdijk et autres*, Rec. 1982, p. 1299, point 6. V. également, aff. C-45/93, *Procédure pénale c/ Mostafa Saddik*, Rec. 1995, p. I-511, point 13; aff. C-422/98, *Colonia Versicherung AG Zweigniederlassung München e.a. c/ Etat belge*, Rec. 1999, p. I-1279, point 8; aff. C-190/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL*, Rec. 2002, p. I-8287, point 14.

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

Dans l'arrêt *Telemarsicabruzzo*, la Cour a déclaré que pour être en mesure de répondre utilement au juge de renvoi, ce dernier doit définir « *le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose* » ou, à tout le moins, expliquer « *les hypothèses sur lesquelles ces questions sont fondées* » (64). La Cour exige, en particulier, la communication des faits qui sont à l'origine du litige au principal (65). De telles exigences valent tout particulièrement, selon la Cour, dans le domaine de la concurrence (66) mais ne sont pas confinées à ce dernier.

Dans le cas d'un renvoi préjudiciel, obligatoire d'ailleurs, par un juge national des référés, à l'occasion de l'octroi des mesures provisoires prescrites en raison de doutes sérieux quant à la validité d'un acte communautaire, le juge de renvoi doit exposer dans sa demande, « *les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus* » (67) et, plus particulièrement, les raisons pour lesquelles il estime que la Cour serait amenée à constater cette invalidité (68).

Dans le second arrêt *Foglia/Novello*, la Cour avait expliqué que, pour lui permettre de remplir sa mission conformément au traité, « *il est indispensable que les juridictions nationales expliquent, lorsque ces raisons ne découlent pas sans équivoque du dossier, les raisons pour lesquelles elles considèrent qu'une réponse à leurs questions est nécessaire à la solution du litige* » (69). Se méfiant d'un acoquinement ou d'un compéragage entre des parties privées, la Cour a souligné qu'elle « *doit user d'une vigilance particulière* » à ce que la procédure préjudicielle ne soit pas utilisée à des fins non prévues par le traité (70). Cette « *vigilance particulière* » est indiquée lorsque la Cour « *est saisie, dans le cadre d'un litige entre particuliers, d'une question destinée à permettre au juge national de porter une appréciation sur la conformité, avec le droit communautaire, de la législation d'un autre Etat*

(64) Aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, Rec. 1993, p. I-393, point 6.

(65) Ibid. point 9.

(66) Aff. jtes C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, Rec. 1993, p. I-393, point 6 ; aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL c/ Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, Rec. 2000, p. I-2681, point 22 ; aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie*, Rec. 2000, p. I-4979, point 19.

(67) Aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH c/ Hauptzollamt Paderborn*, Rec. 1991, p. I-415, point 24.

(68) Aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e.a. (I) c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec. 1995, p. I-3761, point 36.

(69) Aff. 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec. 1981, p. 3045, point 17.

(70) Ibid. points 29 & 30.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

*membre*» (71). Elle semble liée, dans l'arrêt *Bacardi*, à l'obligation de la juridiction de renvoi d'informer la Cour «*de manière circonstanciée des raisons qui amènent cette juridiction à considérer que la réponse à ces questions est nécessaire pour lui permettre de rendre sa décision*» (72).

L'arrêt *Telemarsicabruzzo* représente le point de départ d'une avalanche d'ordonnances déclarant irrecevables des demandes de décision préjudicielle. La Cour se considère empêchée de donner une interprétation utile du droit communautaire quand l'ordonnance de renvoi contient une référence trop imprécise aux situations de droit et de fait visées (73), quand l'ordonnance de renvoi contient «*trop peu de précisions*» sur les faits et «*ne fournit aucune indication*» quant aux raisons ayant conduit le juge à s'interroger sur la compatibilité de la législation nationale avec les dispositions communautaires faisant l'objet de la demande d'interprétation (74), quand le juge de renvoi «*ne décrit ni le cadre factuel du litige, ou les hypothèses factuelles sur lesquelles il se fonde, ni le cadre réglementaire national, ni les raisons précises qui le conduisent à s'interroger sur l'interprétation du droit communautaire et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour*» (75) et quand l'ordonnance de renvoi ne contient pas de questions précises et ne permet pas à la Cour de déceler, avec certitude, les questions sur lesquelles le juge de renvoi souhaite obtenir une réponse (76). Il en est de même lorsque l'ordonnance de renvoi contient des questions formulées de façon très générale en ne mentionnant aucune disposition communautaire spécifique, ne définit pas le cadre réglementaire de l'affaire au principal, se borne à reproduire les arguments développés par les parties qui présentent le litige d'une manière divergente, ne fournit pas d'indications quant au fondement des questions posées et n'expose ni les raisons pour

---

(71) Aff. C-318/00, *Bacardi-Martini SAS ET Cellier des Dauphins c/ Newcastle United Football Company Ltd*, Rec. 2003, p. I-905, point 46.

(72) Ibid. point 45.

(73) Aff. 257/95, *Gérard Bresle c/ Préfet de la Région d'Auvergne et Préfet du Puy-de-Dôme*, Rec. 1996, p. I-233, points 17 & 18.

(74) Aff. C-167/94, *Procédure pénale c/ Juan Carlos Grau Gomis e.a.*, Rec. 1995, p. I-1025, points 11 & 12.

(75) Aff. C-9/98, *Erlanno Agostini, Emanuele Agostini c/ Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo, ASBL*, Rec. 1998, p. I-4261, points 6-9. V. également, aff. C-422/98, *Colonia Versicherung AG Zweigniederlassung München e.a. c/ Etat belge*, Rec. 1999, p. I-1279, points 6-9.

(76) Aff. C-307/95, *Max Mara Fashion Group Srl c/ Ufficio del registro di Reggio Emilia*, Rec. 1995, p. I-5085, point 9. V. également, aff. C-223/00, *Director-Général do Departamento para os Assuntos do Fundo Social Europeu (DAFSE) c/ Partex-Companhia Portuguesa de Serviços SA*, Ordonnance du 22 novembre 2001 (non publiée), point 10.

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

lesquelles le juge estime nécessaire de saisir la Cour à titre préjudiciel, ni ses doutes quant à l'interprétation des dispositions communautaires applicables, ni la pertinence des questions pour la solution du litige (77).

Après avoir résumé sa jurisprudence en la matière, la Cour a déclaré irrecevable une demande de décision préjudicielle formulée par la Cour d'appel de Paris, en constatant que cette dernière « *n'explicite pas le lien qui existe entre chacune des dispositions dont elle demande l'interprétation et la situation factuelle ou la législation nationale applicable* » (78). La communication du dossier de la procédure nationale ne saurait pallier les insuffisances de l'ordonnance de renvoi puisque c'est cette ordonnance qui est communiquée aux Etats membres et aux autres participants à la procédure devant la Cour (79). Par son ordonnance la Cour précise que « *c'est au juge national qu'il incombe dès lors d'expliciter, dans la décision de renvoi même, le cadre factuel et réglementaire du litige au principal, les raisons qui l'ont conduit à s'interroger sur l'interprétation de certaines dispositions communautaires en particulier ainsi que le lien qu'il établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable audit litige* » (80).

Pour satisfaire aux exigences de cette jurisprudence, c'est l'ordonnance de renvoi elle-même qui doit contenir tous les renseignements requis (81).

Dans plusieurs affaires, le rejet par la Cour d'une demande de décision préjudicielle a été suivi par une seconde saisine par le juge de renvoi (82). Dans la première ordonnance rendue dans l'affaire *Banchemo*, la Cour a considéré que les indications contenues dans l'ordonnance de renvoi n'étaient pas suffisantes pour répondre aux exigences formulées par sa jurisprudence et a déclaré, pour cette raison, manifestement irrecevables les questions posées par le pretore de Genova (83). Se pliant aux exigences de la Cour, le pretore l'a derechef saisie. Dans son arrêt la Cour a considéré que, sur certaines questions, le juge de renvoi n'expliquait pas les hypothèses factuelles du

---

(77) Aff. C-430/01, *Monika Herbrich c/ Republik Österreich*, 21 mars 2002 (non publiée), points 13-19; aff. C-447/01, *DLG Trading Company Import-Export, spol. s.r.o. c/ Republik Österreich*, 21 mars 2002 (non publiée), points 13-19.

(78) Aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie*, Rec. 2000, p. I-4979, point 23.

(79) Ibid. points 14 & 24.

(80) Ibid.

(81) Aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie*, Rec. 2000, p. I-4979, point 23; aff. C-190/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL*, Rec. 2002, p. I-8287, point 24.

(82) Tel était le cas dans les affaires *Foglia c/ Novello*, aff. 104/79, Rec. 1980, p. 745 et aff. 244/80, Rec. 1981, p. 3045.

(83) Aff. C-157/92, *Pretore di Genova c/ Giorgio Banchemo*, Rec. 1993, p. I-1085, points 4-7.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

litige. Elle a, dès lors, déclaré que sur ces questions, à l'instar de sa première saisine, elle n'était pas en mesure de donner une réponse utile (84).

Pour des raisons identiques la Cour a déclaré irrecevable la demande de décision préjudicielle dans la première affaire *Monin*, remarquant que le juge-commissaire du tribunal de commerce de Romans qui l'avait saisie s'était borné, dans son ordonnance, à poser les questions « *sans fournir quelque indication que ce soit sur leur fondement* » (85). Saisie à nouveau par le même juge-commissaire, la Cour a rejeté la demande préjudicielle, cette fois au motif que les dispositions et règles du droit communautaire invoquées n'avaient pas à être appliquées, en l'espèce, par le juge de renvoi (86).

Dans un langage identique la Cour a déclaré irrecevables deux ordonnances de renvoi par le pretore de Rome dans les affaires *Italia Testa* (87) et *Mario Modesti* (88). La Cour y a considéré que le juge de renvoi « *n'indique suffisamment ni le cadre factuel du litige, ni le cadre réglementaire italien, ni les raisons précises* » qui le conduisent à poser des questions préjudicielles à la Cour. Elle a estimé que les indications contenues dans les ordonnances de renvoi « *par leur référence trop imprécise aux situations de droit et de fait visées par le juge national, ne permettent pas à la Cour de donner une interprétation utile du droit communautaire* » (89). Une seconde tentative de la part du pretore a subi le même sort. La Cour a, en effet, considéré que le cadre réglementaire dans lequel étaient insérées les questions préjudicielles n'était pas suffisamment précisé dans l'ordonnance de renvoi et que ni les raisons ayant conduit le pretore à la saisir ni celles pour lesquelles il considérait qu'une réponse était nécessaire pour la solution du litige n'y étaient indiquées. La seconde demande de décision préjudicielle a été dès lors déclarée irrecevable (90).

Dans la première affaire *Banco de Fomento e Exterior*, la Cour a remarqué que l'ordonnance de renvoi du tribunal civil de Lisbonne ne contenait d'indication ni quant à la situation de fait et de droit de

---

(84) Aff. C-387/93, *Procédure pénale c/ Giorgio Domingo Banchemo*, Rec. 1995, p. I-4663, points 18 & 19.

(85) Aff. C-386/92, *Monin Automobiles-Maison du deux roues*, Rec. 1993, p. I-2049, points 6-9.

(86) Aff. C-428/93, *Monin Automobiles-Maison du deux roues*, Rec. 1994, p. I-1707, points 13-17.

(87) Aff. C-101/96, *Procédure pénale c/ Italia Testa*, Rec. 1996, p. I-3081.

(88) Aff. C-191/96, *Procédure pénale c/ Mario Modesti*, Rec. 1996, p. I-3937.

(89) Aff. C-101/96, *Procédure pénale c/ Italia Testa*, Rec. 1996, p. I-3081, points 6 & 7; aff. C-191/96, *Procédure pénale c/ Mario Modesti*, Rec. 1996, p. I-3937, points 6 & 7.

(90) Aff. jtes C-128/97 et C-137/98, *Italia Testa, Mario Modesti*, Rec. 1998, p. I-2181, points 13-16.

## TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

l'affaire au principal, ni quant aux raisons pour lesquelles le juge estimait que les réponses aux questions posées étaient nécessaires pour la solution du litige. Le cadre factuel et réglementaire ne pouvait être établi, a constaté la Cour, que par l'analyse des mémoires des parties au principal(91). La seconde ordonnance de renvoi était, elle aussi, déclarée irrecevable car, selon la Cour, elle n'indiquait pas suffisamment le cadre réglementaire national dans lequel les questions posées étaient insérées et que les indications qui y étaient contenues étaient insuffisantes pour répondre aux exigences formulées par sa jurisprudence (92).

L'ensemble des exigences formulées par cette jurisprudence renforce l'emprise de la Cour sur le déroulement de la procédure de renvoi préjudiciel. S'érigeant en censeur, la Cour s'autorise à s'immiscer dans le domaine réservé au juge national, devenu un subalterne comparse et à apprécier, par une sorte de vicariance, aussi bien la nécessité des questions posées que leur pertinence. Le juge national, refoulé du prétoire et privé de l'assistance de la Cour, procédera lui-même à l'interprétation et à l'appréciation de validité des dispositions communautaires, générant ainsi d'inévitables conséquences, autres que bénignes, pour l'uniformité du droit communautaire.

Quant à la nécessité du renvoi, on peut constater avec l'Avocat général Mischo que l'article 234 dispose que «*la juridiction peut 'si elle estime qu'une question... est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour'... Le texte ne dit pas 'si elle démontre que'...* » (93).

On peut également souscrire à l'affirmation de l'Avocat général Slynn selon laquelle «*la réponse à une question que le juge considère comme nécessaire est la finalité fondamentale*» de la procédure préjudicielle(94). Enfin l'on peut aussi rappeler que l'Avocat général Lenz a préconisé une «*approche bienveillante*» en matière de recevabilité des demandes de décision préjudicielle et que, selon lui, «*le rejet d'une demande préjudicielle en raison de lacunes dans l'exposé du contexte factuel et juridique doit être limité à des cas exceptionnels*». Se référant à un certain nombre d'ordonnances rendues par la Cour en

---

(91) Aff. C-326/95, *Banco de Fomento e Exterior SA et Amândio Mauricio Martins Pechim e.a.*, Rec. 1996, p. I-1387, point 11.

(92) Aff. C-66/97, *Banco de Fomento e Exterior SA et Amândio Mauricio Martins Pechim e.a.*, Rec. 1996, p. I-3757, points 16-18.

(93) Conclusions sous aff. jtes 98, 162 et 258/85, *Michele Bertini et Giuseppe Bisignani et autres c/ Région du Latium et Unità sanitarie locali*, Rec. 1986, p. 1885, point 3.

(94) Conclusions sous aff. 180/83, *Hans Moser c/ Land Baden-Württemberg*, Rec. 1984, p. 2539, sp. p. 2550.

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

cette matière, l'Avocat général Lenz estime que la Cour a fait preuve « *d'une rigueur excessive* » (95).

Depuis l'entrée en vigueur des modifications du règlement de procédure de la Cour permettant à cette dernière de demander « *des éclaircissements* » au juge de renvoi (96), la jurisprudence *Telemarsicabruzzo* et ses épigones n'ont plus de raison d'être. Or, au moins à deux reprises la Cour a rejeté la demande de décision préjudicielle après avoir interrogé le juge de renvoi et obtenu des précisions de sa part (97). Plus fréquemment, sans s'adresser aux juridictions de renvoi, la Cour continue de prononcer l'irrecevabilité des demandes de décision préjudicielle pour non-respect des exigences formulées par sa jurisprudence (98).

Délester le prétoire, en détraquant le fonctionnement de la procédure préjudicielle, est un pernicieux expédient. Le juge national doit bénéficier de la faculté la plus étendue de saisir la Cour à titre préjudiciel lorsqu'il considère qu'une affaire pendante devant lui soulève des questions de droit communautaire (99).

Incongru et désuet, le principe énoncé dans l'affaire *Foglia/Novello* devrait être expressément récusé et définitivement abandonné. Le respect dû aux appréciations portées par le juge national, « *le seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire comme aussi des arguments mis en avant par les parties...* » (100) et la faculté pour la Cour de poser des questions aux parties au principal et à tous les

(95) Conclusions sous aff. C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e.a. c/ Jean-Marc Bosman e.a.*, Rec. 1995, p. I-4921, point 75.

(96) Modification du règlement de procédure de la Cour de justice du 16 mai 2000, JOCE n° L 122 du 24 mai 2000 p. 43. L'article 104 contient un nouveau paragraphe 5 en vertu duquel « *la Cour peut, l'Avocat général entendu, demander des éclaircissements à la juridiction nationale* ».

(97) Aff. C-519/99, *Walter Schmid*, Rec. 2002, p. I-4573; aff. C-318/00, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c/ Newcastle United Football Company Ltd*, Rec. 2003, p. I-905.

(98) V. par exemple, aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie*, Rec. 2000, p. I-4979; aff. C-391/00, *Giovano Colapietro c/ Ispettorato Centrale Repressione Frodi-Ministero per le Politiche Agricole*, Ordonnance du 19 janvier 2001 (non publiée); aff. C-223/00, *Director-Général do Departamento para os Assuntos do Fundo Social Europeu (DAFSE) c/ Partex-Companhia Portuguesa de Serviços SA*, Ordonnance du 22 novembre 2001 (non publiée); aff. C-430/01, *Monika Herbstrith c/ Republik Österreich*, Ordonnance du 21 mars 2002 (non publiée); aff. C-447/01, *DL D Trading Company Import-Export, spol. s.r.o. c/ Republik Österreich*, Ordonnance du 21 mars 2002 (non publiée); C-190/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL*, Rec. 2002, p. I-8287; C-445/01, *Roberto Simoncello, Piera Boerio c/ Direzione Provinciale del Lavoro*, Rec. 2003, p. I-1807.

(99) V. par exemple, aff. 338/85, *Fratelli Pardini SpA c/ Ministero del commercio con l'estero et Banca toscana (filiale de Lucca)*, Rec. 1988, p. 2041, point 9.

(100) Aff. 83/78, *Pigs Marketing Board c/ Raymond Redmond*, Rec. 1978, p. 2346, point 25. V. également, aff. 53/79, *Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS) c/ Fioravante Damiani*, Rec. 1980, p. 273, point 5; aff. jtes 36 et 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers Association et autres c/ gouvernement d'Irlande et autres; Martin Doyle et autres contre An*

TRANSMUTATIONS PRÉJUDICIELLES

participants à la procédure (101), ainsi que de demander des éclaircissements à la juridiction de renvoi (102), devraient rendre obsolète la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Telemarsicabruzzo* et entraîner sa caducité.

---

*Taoiseach et autres*, Rec. 1981, p. 735, point 7 ; aff. 180/83, *Hans Moser c/ Land Baden-Württemberg*, Rec. 1984, p. 2539, point 6.

(101) Faculté déduite par la Cour de l'Article 60 de son règlement de procédure, V. par exemple aff. 140/79, *Chemial Farmaceutici SpA c/ DAF*, Rec. 1981, p. 1 ; aff. 46/80, *SpA Vinal c/ SpA Orbat*, Rec. 1981, p. 77.

(102) Possibilité expressément prévue à Article 104 § 5 du règlement de procédure. Même avant l'entrée en vigueur de cette disposition, il arrivait à la Cour d'interroger la juridiction de renvoi. V. par exemple aff. C-134/94, *Esso Espanola SA c/ Comunidad Autonoma de Canarias*, Rec. 1995, p. I-4223.

-3-

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

LA NOTION DE JURIDICTION  
EN DROIT COMMUNAUTAIRE

## 1. – INTRODUCTION

Les statistiques relatives à l'activité judiciaire de la Cour de justice mettent en exergue la place qu'y occupe le renvoi préjudiciel. Depuis la création de la Cour jusqu'au 31 octobre 2007, 15190 affaires dont 5996 préjudicielles, ont été introduites. Des 12778 affaires clôturées, 4681 concernaient des renvois préjudiciels. Dans les dix premiers mois de l'année 2007, 224 demandes de décision préjudicielle ont été enregistrées et 415 affaires ont été clôturées. Au 31 octobre 2007, 377 demandes de décision préjudicielle étaient pendantes devant la Cour.

Même si, comme l'a observé le Président Lecourt, « *l'efficacité ne se mesure [...] pas seulement en termes arithmétiques* » (1), il n'en demeure pas moins que, ainsi qu'il l'a lui-même reconnu, « *le langage des chiffres est rarement privé de sens* » (2). Ces données attestent, entre autres, du développement des activités des particuliers au sein de la Communauté (3). Indépendamment de ces indices chiffrés, l'importance de la procédure préjudicielle découlerait de la circonstance, relevée par le Professeur Boulouis, qu' « *à y regarder de plus près, on s'aperçoit sans difficulté que c'est la compétence qualifiée 'préjudicielle' qui est en réalité substantiellement essentielle et la compétence principale qui se présente comme un simple accessoire opérationnel de l'applicabilité directe* » (4).

---

(1) R. LECOURT, *Le juge devant le Marché commun*, Etudes et Travaux de l'Institut universitaire de Hautes études internationales, n° 10, Genève, 1970, p. 53.

(2) R. LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 223.

(3) *Ibid.*

(4) J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère 'préjudiciel' de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, *ibid.*, p. 23, sp. p. 30. La formule 'à titre préjudiciel' ne serait alors « *qu'une cheville destinée à décorer d'un trompe-l'œil juridique un mécanisme qui ne peut pas s'accommoder de ses exigences* », *ibid.*, p. 25.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Procédure judiciaire, le renvoi préjudiciel est réservé aux juridictions des Etats membres. Les personnes privées accèdent au prétoire de la Cour de justice à travers l'antichambre préjudicielle et « *c'est par l'utilisation de la procédure préjudicielle que se trouvent protégés les droits individuels impliqués par le traité ou dérivant de celui-ci* » (5).

La finalité de cette procédure dans le cadre communautaire, les objectifs d'interprétation et d'application uniformes, pour la réalisation desquels elle a été conçue, ainsi que la reconnaissance que c'est, essentiellement, par la voie préjudicielle que la voix des justiciables est entendue à la Cour de justice, devraient conduire cette dernière à adopter une « *conception accueillante* » (6) de la notion de juridiction pour en retenir une acception large, propre au droit communautaire et qui, bien que préfigurant dans le droit national des Etats membres, ne peut lui être identique. Comme l'a souligné le Président Donner, « *il serait dangereux de se laisser ligoter une fois pour toutes par les distinctions et définitions traditionnelles* » (7).

Le Président Donner a, en outre, considéré qu' « *il serait audacieux d'entreprendre une définition abstraite et générale de cette notion* » (8). Et M. Michel Gaudet de constater que la notion de juridiction « *couvre des réalités très diverses et susceptibles de varier d'un Etat à l'autre* » (9). Une conception large de la notion de juridiction devait, pour ces raisons, s'imposer d'autant que, comme l'a judicieusement préconisé le Président Donner, « *il faut suivre la vie juridique là où elle se déroule* » (10). Aussi, la Cour devait-elle adopter

---

(5) R. LECOURT, « Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 349, sp. p. 354. Comme l'a rappelé O. Dubos, le renvoi préjudiciel est « *un complément, un renfort, voire un catalyseur de la protection juridictionnelle des droits des particuliers assumée par le juge national. Cette voie d'accès des individus à la juridiction communautaire est certes indirecte, mais elle n'en est donc pas moins essentielle et ce, d'autant plus que le prétoire de la Cour de justice est relativement peu ouvert aux citoyens communautaires. La garantie juridictionnelle des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire est ainsi une fonction essentielle de l'article 234 (ex-article 177) du traité* » (*Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Paris, 2001, p. 75).

(6) L'expression est de R. KOVAR qui considère que tel est, en effet, le cas : « La notion de juridiction en droit européen », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 606, sp. p. 607.

(7) A. DONNER, « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes », RCADI, 1965 (II), p. 1, sp. p. 40.

(8) *Ibid.*, p. 39.

(9) M. GAUDET, « La coopération judiciaire, instrument d'édification de l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges Walter Hallstein*, Frankfurt-am-Main, Klostermann, 1966, p. 202, sp. p. 206.

(10) A. DONNER, « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux nationaux », sp. p. 42, précité note 7. On peut rappeler que la Cour a reconnu la qualité de juridiction nationale habilitée à la saisir à titre préjudiciel à la Cour de justice du Benelux car « *il n'existe aucun motif valable qui justifierait qu'une telle juridiction commune à plusieurs Etats membres ne puisse soumettre des questions préjudicielles* ».

TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

une approche déontique et procéder pragmatiquement (11). Ce faisant, la cohérence ne devrait pas être sacrifiée.

En consacrant le caractère communautaire autonome de la notion de juridiction au sens de l'article 234 du traité (ex-article 177), notion qui «*relève uniquement du droit communautaire*» (12), la Cour entendait, selon Roger-Michel Chevallier et Dominique Maidani, auteurs du *Guide Pratique*, «*éliminer autant que possible le risque de voir de nombreux justiciables sans protection juridique sur le plan communautaire et privés des garanties assurées par l'article 177, étant donné l'existence, dans l'ensemble des Etats membres, d'organismes susceptibles de trancher des litiges en appliquant le droit communautaire sans cependant se voir reconnaître la qualité de juridiction par le droit national*» (13).

La Cour reconnaît qu'en droit interne, une juridiction peut exercer des fonctions non – juridictionnelles (14), qu'une autorité administrative peut être investie d'une fonction juridictionnelle (15), qu'un seul et même organisme peut se voir confier plusieurs fonctions de nature différente (16) et qu'une juridiction agissant dans le cadre général de

---

à la Cour à l'instar des juridictions relevant de chacun de ces Etats membres», arrêt de la Cour du 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior/Evora*, C-337/95, *Rec.*, p. I-6013, point 21; à la Deputy High Bailiff's Court de l'île de Man, arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, *Department of Health and Social Security/Barr et Montrose Holdings*, C-355/89, *Rec.*, p. I-3479; à la Royal Court of Jersey, arrêt de la Cour du 16 juillet 1998, *Pereira Roque/His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey*, C-171/96, *Rec.*, p. I-4607; au tribunal administratif de Papeete, arrêt de la Cour du 12 décembre 1990, *Kaefer et Procacci/Etat français*, C-100/89 et C-101/89, *Rec.*, p. I-4647, et au tribunal de paix de Papeete, arrêt de la Cour du 12 février 1992, *Leplat/Territoire de la Polynésie française*, C-260/90, *Rec.*, p. I-643.

(11) L'Avocat général FENNELLY a constaté que «*la Cour a généralement retenu une approche large pour déterminer l'étendue de la notion de 'juridiction.' Il n'est guère surprenant, étant donné la grande variété d'organes nationaux qui peuvent saisir la Cour à titre préjudiciel, qu'elle se soit abstenue d'élaborer une définition générale de la 'juridiction'*» (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, *Rec.*, p. I-7023, point 28).

(12) Arrêts de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, *Rec.*, p. I-4961, point 23; du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, *Rec.*, p. I-551, point 17; du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, *Rec.*, p. I-4421, point 13, et du 15 janvier 2002, *Lutz e.a.*, C-182/00, *Rec.*, p. I-547, point 12; ordonnances de la Cour du 26 novembre 1999, *ANAS*, C-192/98, *Rec.*, p. I-8583, point 20, et *RAI*, C-440/98, *Rec.*, p. I-8597, point 11.

(13) R.-M. CHEVALLIER et D. MAIDANI, *Guide Pratique Article 177 C.E.E.*, Luxembourg, Office des Publications Officielles des Communautés européennes, 1982, p. 44.

(14) Voir arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre I*, C-111/94, *Rec.*, p. I-3361; ordonnance de la Cour du 10 juillet 2001, *HSB-Wohnbau*, C-86/00, *Rec.*, p. I-5353; arrêt de la Cour du 15 janvier 2001, *Lutz e.a.*, C-182/00, précité note 12; ordonnance de la Cour du 22 janvier 2002, *Holto Ltd*, C-447/00, *Rec.*, p. I-735; arrêt de la Cour du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, précité note 12.

(15) Arrêts de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, *Rec.*, p. I-5539, point 35; du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, point 37, précité note 12, et du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, point 25, précité note 12.

(16) Ordonnances de la Cour du 26 novembre 1999, *ANAS*, C-192/98, point 14, et *RAI*, C-440/98, point 14, précitées note 12.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

sa mission de juger peut assumer, simultanément, des fonctions juridictionnelles et non juridictionnelles (17). Cette polyvalence, s'ajoutant à l'intrinsèque complexité de la notion de juridiction et de celles de fonction et d'acte juridictionnels (18), ne fait que décupler la difficulté pour en dégager une approche cohérente et perceptiblement univoque.

Certains auteurs avaient, depuis longtemps, considéré que c'étaient la fonction et le statut de l'organe qui importaient principalement (19). La Cour a précisé que la qualité de juridiction au sens de l'article 234 du traité était, en effet, déterminée en fonction de critères tant structurels que fonctionnels (20).

L'étude de la jurisprudence relative à la notion de juridiction ne permet pas de constater une ouverture constante ou une consistance de la part de la Cour quant aux qualités requises des organes habilités à la saisir à titre préjudiciel. Si la trame sur laquelle est tissée la mosaïque jurisprudentielle est discernable, certaines de ses composantes la brouillent au point qu'est ébranlée son unité. Les arrêts et ordonnances rendus par la Cour sont intensionnels, décèlent un tâtonnement et témoignent d'une incohérence rendant ambiguë, sinon difficilement saisissable, la notion de juridiction au sens de l'article 234 du traité.

La jurisprudence révèle une pluralité des facteurs pris en considération pour l'attribution de la qualité de juridiction en droit communautaire. Mais ces facteurs sont plurivalents et ne sont, d'ailleurs, pour la plupart, ni spécifiques ni exclusifs à la notion de juridiction (21). Ces circonstances ne font qu'amplifier les difficultés pour appréhender la

---

(17) Arrêt de la Cour du 11 juin 1987, *Pretore di Salò/X*, 14/86, *Rec.*, p. 2545, point 7.

(18) V. D. D'AMBRA, « L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges », LGDJ, Paris, 1994. R. KOVAR estime qu'il conviendrait de retenir le fait que « la fonction juridictionnelle consiste à dire le droit en tranchant des litiges. Cette formulation permet de mettre en évidence la relation consubstantielle qui unit les deux éléments de la définition de la fonction juridictionnelle. En effet, il est d'autres circonstances où le juge peut être appelé à dire le droit, comme il peut avoir à décider en dehors de tout règlement d'un litige » (« La notion de juridiction en droit européen », in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 607, sp. pp. 622-623). L'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a souligné dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00 (*Rec.*, p. I-9445) que « 'exercice de fonction juridictionnelle' n'est pas synonyme d' 'organe judiciaire' » (point 117).

(19) F. DUMON, « Questions préjudicielles », in *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, p. 341, sp. p. 350, point 972 ; Parlement européen, *Rapport fait au nom de la commission juridique sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du traité C.E.E.*, Rapporteur : M. Merchiers, Documents de séance 1969/70, document 94, p. 10, point 27.

(20) Ordonnances de la Cour du 26 novembre 1999, *ANAS*, C-192/98, point 22, et *RAI*, C-440/98, point 13, précitées note 12.

(21) Dans ses conclusions dans les affaires jointes C-110/98 à C-147/98, *Gabalfrisa e.a.* (*Rec.*, 2000 p. I-1577), l'Avocat général SAGGIO a déclaré : « Il va de soi [...] que satisfaire les conditions de la permanence, de l'origine légale et de la saisine obligatoire n'est manifestement pas suffisant pour distinguer une autorité administrative d'une instance juridictionnelle ». *Ibid.*, point 13.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

notion de juridiction, pour en définir la substance et pour en circonscrire les contours.

Retenant une conception communautaire et autonome de la notion de juridiction, la Cour a été amenée à se prononcer, afin d'établir sa compétence préjudicielle, sur les divers facteurs et circonstances dont il doit être tenu compte pour que soit reconnue la qualité de juridiction, au sens du traité, aux organes qui la saisissent (22). La reconnaissance, par la Cour, de la qualité de juridiction, au sens de l'article 234 du traité, de l'organe qui la saisit, constitue la condition première et inconvertible pour permettre à ce dernier de solliciter le concours de la Cour et pour qu'elle soit en mesure d'exercer sa compétence préjudicielle (23) (24).

Pourtant, dans plusieurs affaires, la Cour n'a pas abordé la question de la qualité de juridiction de l'organe qui l'a saisie. Dans de tels cas, lorsque les Avocats généraux examinaient cette question, l'on peut

---

(22) Voir J.-C. MOITINHO DE ALMEIDA, « La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE) », in *Mélanges F. Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 463 ; R. KOVAR, La notion de juridiction en droit européen, précité note 18 ; G. GORI, « La notion de juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE », in *Festschrift til Claus Gulmann*, Forlaget Thomson, Copenhague, 2006, p. 155.

(23) Dès l'affaire *Vaassen-Göbbels*, l'Avocat général GAND a souligné que c'est pour vérifier sa propre compétence que la Cour doit s'assurer que l'organe qui la saisit constitue bien une juridiction au sens du traité (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, *Rec.*, p. 377, sp. p. 404). De même, au point 61 de ses conclusions sous l'arrêt *De Coster*, C-17/00, précitées note 18, l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a souligné que « la notion de juridiction nationale détermine la compétence de la Cour pour mettre en marche le mécanisme du renvoi préjudiciel ».

(24) Sont très contestables, à cet égard, les ordonnances de la Cour du 26 avril 1993, *Monin Automobiles* (C-386/92, *Rec.*, p. I-2049) et du 16 mai 1994, *Monin Automobiles* (C-428/93, *Rec.*, p. I-1707). Dans la première ordonnance, la Cour a déclaré que, bien que des observations à ce sujet aient été présentées par le gouvernement français et par la Commission, elle ne disposait pas des éléments nécessaires pour déterminer si le juge-commissaire qui l'avait saisie devait être considéré, en l'espèce comme une juridiction et qu'il n'était pas nécessaire d'approfondir l'examen de son incompétence éventuelle, tout en déclarant le renvoi irrecevable au motif que le juge-commissaire ne lui avait pas communiqué des indications suffisantes pour qu'elle soit en mesure de répondre aux questions posées. A l'occasion du second renvoi par le même juge-commissaire, la Cour n'a pas davantage examiné la qualité de juridiction de ce dernier, bien qu'elle était invitée à le faire par le gouvernement français et par la Commission, et elle s'est déclarée incompétente pour répondre aux questions posées au motif que celles-ci ne portaient pas sur une interprétation des dispositions communautaires qui répondent à un besoin objectif pour la décision que le juge-commissaire devait prendre. De même, dans l'ordonnance du 25 mai 1998 dans l'affaire *Nour/Burgenländische Gebietskrankenkasse* (C-361/97, *Rec.*, p. I-3101), la Cour relève que la commission d'appel de sécurité sociale pour le Land de Burgenland était « un organisme permanent, constitué en vertu des lois régissant le droit de la sécurité sociale et statuant en dernier ressort sur les conflits opposant les médecins aux institutions de sécurité sociale avec lesquelles ils ont conclu des conventions collectives. Il ressort du dossier que ladite commission est composée de deux représentants des médecins, de deux représentants des institutions de sécurité sociale et d'un magistrat professionnel assurant la présidence ». La Cour s'est déclarée incompétente pour répondre aux questions posées par cette commission pour des raisons autres que celles relatives à sa qualité de juridiction, question que la Cour n'a pas abordée.

TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

considérer que la Cour a implicitement souscrit à la position par eux adoptée (25). Dans quelques affaires la Cour a renvoyé, expressément, aux conclusions de l'Avocat général sur cette question et s'est dispensée, dès lors, de la discuter (26).

Cependant, dans plusieurs affaires, ni les Avocats généraux, ni la Cour ne se sont expressément prononcés sur la qualité de l'organe de renvoi alors, qu'a priori, une telle question devait être examinée. Il en a été, notamment, ainsi du *Tribunal Económico-Administrativo* en cause dans l'affaire *Diversinte* (27), du *Tarkastuslautakunta*, la commission finlandaise de recours de sécurité sociale dans l'affaire *Maaheimo* (28), du Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des architectes belge qui avait saisi la Cour dans les affaires *Bauer* (29) et *Dressen* (30). On peut noter que la question, controversée en droit

(25) Voir, par exemple, arrêts de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, *Rec.*, p. 1299; du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, *Rec.*, p. 1201; du 22 septembre 1988, *Procédure pénale contre X*, 228/87, *Rec.*, p. 5099; du 19 mars 1991, *Giant/Overijse*, C-109/90, *Rec.*, p. I-1385; du 16 juillet 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia c/ Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, *Rec.*, p. I-4785; du 30 novembre 1995, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, *Rec.*, p. I-4165; du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, *Rec.*, p. I-73, et du 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, *Rec.*, p. I-7791.

(26) Voir, par exemple, arrêts de la Cour du 29 juin 1999, *DM Transport*, C-256/97, *Rec.*, p. I-3913; du 4 mars 1999, *HI*, C-258/97, *Rec.*, p. I-1405, et du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, *Rec.*, p. I-8291.

(27) Arrêt de la Cour du 1<sup>er</sup> avril 1993, *Diversinte et Iberlacta/Administración principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, C-260/91 et C-261/91, *Rec.*, p. I-1885. Dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00 (précitées note 18), l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a catégoriquement nié la qualité de juridiction au *Tribunal Económico-Administrativo* espagnol (points 26 à 28). Dans ses conclusions sous l'arrêt les affaires jointes C-110/98 à C-147/98, *Gabalfrisa e.a.* (précitées note 21), l'Avocat général SAGGIO considère que l'arrêt *Diversinte* est dépourvu de toute valeur de précédent dans la mesure où la Cour n'a pas abordé la question de la qualification du *Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña* qui l'avait saisie (point 20). L'explication donnée par le juge MORTINHO DE ALMEIDA paraît, en l'absence de toute diachronie, du moins, surprenante: «[...] L'irrecevabilité du renvoi n'avait pas été soulevée devant la Cour et celle-ci n'avait aucune raison de douter de la nature de l'organe de renvoi, dont la désignation permettait d'ailleurs de supposer qu'il s'agissait d'une juridiction». [«La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE)», précité note 22, sp. p. 469].

(28) Arrêt de la Cour du 7 novembre 2002, *Maaheimo*, C-333/00, *Rec.*, p. I-10087. G. Gori considère qu'« une lecture en filigrane du passage pertinent de cet arrêt paraît pouvoir autoriser une interprétation de celui-ci comme étant fondé sur la constatation que, dès lors que ladite commission de recours est appelée à trancher en dernier ressort un point controversé dans une matière touchant à l'application du droit communautaire, l'effet utile de ce dernier exige, conformément à la jurisprudence *Broekmeulen*, que la Cour puisse être interrogée à cet égard » («La notion de juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE», précité note 22, sp. p. 183, note 74).

(29) Arrêt de la Cour du 8 avril 1992, *Bauer/Conseil national de l'ordre des architectes*, C-166/91, *Rec.*, p. I-2797.

(30) Arrêt de la Cour du 9 août 1994, *Dressen/Conseil national de l'ordre des architectes*, C-447/93, *Rec.*, p. I-4087.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

interne, de la qualité de formations des ordres professionnels statuant, comme dans ces deux dernières espèces, en matière d'inscription au tableau, semble avoir été implicitement tranchée en droit communautaire (31).

Dans certaines affaires, lorsqu'elle refuse d'attribuer la qualité de juridiction à l'organe qui l'a saisie, la Cour ajoute une remarque, qui paraît superfétatoire, selon laquelle la fonction exercée par l'organe en cause est confiée dans les autres Etats membres à des autorités administratives. Ainsi, dans l'arrêt *Job Centre I*, elle a observé que le tribunal de Milan, ayant posé des questions préjudicielles à l'occasion d'une procédure d'homologation des statuts d'une société, était appelé à connaître d'une matière qui « dans d'autres Etats membres est confiée à des autorités administratives » (32). De même, dans l'arrêt *Victoria Film*, la Cour a remarqué que la tâche d'émettre un avis préalable en matière de taxation, que la commission suédoise de droit fiscal était, en l'espèce, appelée à délivrer, « est confiée expressément à l'administration fiscale dans d'autres Etats membres » (33). Puisque la notion de juridiction est propre au droit communautaire, la qualification, par

---

(31) J.C. MOITINHO DE ALMEIDA se réfère à la loi belge du 26 juin 1963 créant un Ordre des architectes (*Moniteur belge*, 5 juillet 1963, plusieurs fois modifiées), non mentionnée, pourtant, dans l'arrêt de la Cour, et considère que, compte tenu de la composition du conseil d'appel, du mode de désignation de ses membres et de la procédure suivie, il s'agit « sans aucun doute d'une juridiction au sens de l'article 177 » [« La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE) », précité note 22, sp. p. 468]. Il apparaît que la procédure devant le conseil d'appel, statuant sur les décisions du conseil de l'ordre provincial soit identique qu'il s'agisse de décisions disciplinaires ou des décisions relatives à l'inscription au tableau. On peut relever, à cet égard, que, en droit français, l'organisme ne se voit pas attribuer la qualité de juridiction lorsqu'il est saisi d'une décision autre que disciplinaire (voir R. CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mélanges Eisenmann*, CUVAS, Paris, 1977, p. 265). On se souviendra que dans l'affaire *Razanatsimba*, la Cour d'appel de Douai a annulé l'ordonnance de renvoi préjudiciel du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Lille au motif que ce dernier n'appartenait pas à l'appareil judiciaire de droit commun et que lorsqu'il statue en matière d'admission au stage, le Conseil de l'Ordre fait un acte d'autorité administrative et non de juridiction (GP, 1977, *Jurisprudence*, p. 555; JCP, 1978, *Jurisprudence*, n° 18940, note KOVAR). La question de fond a été soumise à la Cour de justice par la Cour d'appel de Douai dans l'affaire 65/77 (*Rec.*, 1977, p. 2229). On rappellera que dans son arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, précité note 25, la Cour a accueilli le renvoi préjudiciel du Conseil Italien de l'Ordre des Avocats saisi par M. Gebhard d'un recours contre une décision disciplinaire prise à son égard par le Conseil de l'Ordre des Avocats de Milan, ainsi que contre une décision implicite de ce dernier rejetant sa demande d'inscription au tableau. Voir les conclusions de l'Avocat général LÉGER sous cet arrêt, points 16 et 17.

(32) Arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre I*, C-111/94, précité note 14, point 11. Pourtant, dans ses conclusions sous cet arrêt l'Avocat général ELMER, se référant aux conclusions de l'Avocat général MAYRAS relatives à l'affaire *Haaga* (arrêt de la Cour du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, précité note 25, sp. p. 1213), a rappelé que cette matière relève, en France, de la compétence du tribunal de commerce (voir p. 1-3369).

(33) Arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, point 17, précité note 11.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

le droit national, de l'organe qui saisit la Cour à titre préjudiciel est, logiquement, indifférente.

Les circonstances dans lesquelles une autorité administrative pourrait se voir reconnaître le caractère de juridiction devraient être précisées. En effet, la Cour devrait prochainement discuter la question de savoir si le *Bundeskommunikationssenat* autrichien (Conseil supérieur fédéral de la communication), constitue une juridiction au sens de l'article 234 du traité lorsqu'il est saisi d'une plainte déposée par le *Kommunikationsbehörde Austria* (autorité autrichienne de régulation en matière de communication) contre l'*Österreichischer Rundfunk* (Fondation « Radiodiffusion autrichienne ») (34). Institué par la loi, le *Bundeskommunikationssenat* est composé de cinq membres dont trois juges, nommés par le président fédéral pour un mandat renouvelable de six ans. Leur indépendance est assurée par la loi et ils ne peuvent être révoqués que dans les cas prévus par cette dernière. Les décisions du *Bundeskommunikationssenat* sont prises au terme d'une procédure contradictoire, sont contraignantes et susceptibles de recours devant le *Verwaltungsgerichtshof*. L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, tout en admettant que le *Bundeskommunikationssenat* remplit l'ensemble des critères exigés par la jurisprudence lui a, toutefois, dénié la qualité de juridiction aux fins de la procédure préjudicielle. L'Avocat général soutient, ainsi qu'il l'avait préconisé antérieurement (35), qu'une autorité administrative ne saurait se voir reconnaître cette qualité que si, statuant en dernière instance, ses décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel (36). En revanche, l'*Oberster Patent-und Markesenat* (Autriche), la Chambre supérieure autrichienne des brevets et des marques, satisfaisant, lui aussi, aux exigences dégagées par la jurisprudence, devrait, selon l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer être reconnu comme une juridiction au sens de l'article 234 du traité puisque, statuant en dernier ressort, ses décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel (37).

---

(34) Affaire C-195/06, demande de décision préjudicielle présentée par *Bundeskommunikationssenat* (Autriche) le 27 avril 2006 – *Österreichischer Rundfunk (ORF)* (JO, 2006, C 178, p. 16).

(35) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt *De Coster*, C-17/00, précitées note 18.

(36) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER du 24 mai 2007 dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk (ORF)*, C-195/06, précitée note 34; arrêt rendu le 18 octobre 2007, *Rec.*, p. I-8817.

(37) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER du 26 octobre 2006 dans l'affaire C-246/05, *Häupl*, arrêt rendu le 14 juin 2007, *Rec.*, p. I-4673.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

La jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridiction est si disparate et si hétéroclite que, exaspéré, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dressant, dans de magistrales conclusions, un véritable réquisitoire contre elle, en a dépeint, à l'aide d'une panoplie ramassée d'adjectifs, jetant un clin d'œil à Cervantes, les viscérales lacunes : « *une jurisprudence flexible à l'excès et dénuée de la cohérence nécessaire, s'accompagnant d'une absence de sécurité juridique... 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* » (38). Cette jurisprudence « *est casuistique à l'excès... dépourvue des éléments clairs et précis qu'exige une notion qualifiée de communautaire* », se présentant comme « *un panorama confus et incohérent qui suscite l'incertitude générale* » (39). Plus mesuré, mais également critique, après avoir souligné l'importance « *de l'établissement de principes dépourvus d'ambiguïté, notamment en ce qui concerne les entités habilitées à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel* », le juge J.C. Moitinho de Almeida considère, par une sorte de *understatement* discret, que « *l'évolution de la jurisprudence communautaire donne... lieu à certains doutes qu'il appartient à la Cour, à l'avenir, de clarifier* » (40).

La complexité de la notion polysémique de juridiction, l'introuvable fonction juridictionnelle et l'insaisissable acte juridictionnel, exacerbés par l'absence d'une approche méthodique suivie par la Cour, sont à l'origine de ce sévère, déconcertant et troublant constat.

Pour examiner la physionomie et le contenu de la notion de juridiction en droit communautaire, la jurisprudence de la Cour permet d'adopter une approche duale. Au delà du clivage de caractéristiques organiques et fonctionnelles, l'on peut suivre une démarche analytique qui le transcende. Cette démarche consiste à mettre en exergue le fait que la réunion de certains critères requis est susceptible d'être démontrée par des constatations essentiellement objectives, passablement neutres et qui s'avéraient largement convergentes tandis que la satisfaction de certains autres ne peut, en revanche, être établie qu'en procédant à des appréciations essentiellement subjectives qui, en tant que telles, peuvent être éristiques et porter des germes de divergences.

---

(38) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt *De Coster*, C-17/00, précitées note 18, point 14.

(39) *Ibid.*, point 58.

(40) J.C. MOITINHO DE ALMEIDA, « La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE) », précité note 22, sp. p. 464 et p. 478.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

2. – LES CRITÈRES SUSCEPTIBLES  
D'UNE CONSTATATION OBJECTIVE

## 2.1. – La genèse jurisprudentielle

La jurisprudence en cette matière a été inaugurée par l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (41). A l'instar de l'Avocat général Gand, la Cour, semble avoir accordé un poids prépondérant à l'intervention des pouvoirs publics dans la désignation des membres et du président du Tribunal arbitral de la caisse de sécurité sociale des employés des mines, le *Scheidsgerecht*, dans la confection du règlement de procédure de ce dernier, ainsi que dans l'approbation et les modifications du décret qui l'avait institué. La Cour a, en outre, souligné que c'était conformément à un règlement arrêté par le Conseil de l'industrie minière, institution de droit public, que les membres de la profession de l'industrie minière étaient affiliés à la caisse de sécurité sociale en cause, même si cette dernière était une institution de droit privé. La Cour a également relevé la nature permanente du *Scheidsgerecht*, le caractère obligatoire de sa saisine ainsi que la mission de ce dernier de trancher des litiges en appliquant les règles du droit à l'issue d'une procédure contradictoire, analogue à celle des juridictions de droit commun (42).

A cet égard, il convient de rappeler que, dans ses conclusions, l'Avocat général Gand a admis que l'on ne pouvait pas ranger le *Scheidsgerecht* dans la catégorie des juridictions traditionnelles mais qu'il a, cependant, souligné que dans le domaine de la sécurité sociale les juridictions spécialisées s'écartaient fréquemment des modèles classiques sans pour autant que puisse leur être déniée la qualité de juridiction (43). Selon l'Avocat général, le *Scheidsgerecht* était une « *instance émanant de la puissance publique et tranchant en droit les litiges concernant l'application du régime d'assurances* » géré par la caisse de sécurité sociale. Il devait, dès lors, être reconnu comme une juridiction (44).

---

(41) Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, précité note 23.

(42) La Cour n'a pas abordé le fait que, pour l'audience orale devant le *Scheidsgerecht*, les parties peuvent être accompagnées de témoins ou d'experts, mais qu'il n'est pas prévu qu'elles puissent se faire représenter par un avocat bien qu'il soit précisé que la requête devant le *Scheidsgerecht* doit être signée par la requérante ou par son agent. Elle n'a pas non plus discuté les cas de récusation des membres du *Scheidsgerecht* prévus le règlement de procédure de ce dernier.

(43) Conclusions de l'Avocat général GAND sous l'arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, précitées note 23, sp. pp. 405-406.

(44) *Ibid.*, p. 406. L'Avocat général a remarqué qu'« *en dépit de son appellation de tribunal arbitral, le Scheidsgerecht n'a que peu de rapports avec une institution de cet ordre* », à savoir des tribunaux arbitraux. *Ibid.*, p. 404.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

On retrouve des considérations similaires dans l'affaire *Broekmeulen* (45). Par son arrêt, la Cour a attribué la qualité de juridiction à la Commission de recours en matière de médecine générale, organe de l'Association royale néerlandaise pour la promotion de la médecine, nonobstant le fait que cette dernière était une association de droit privé.

Après avoir relevé que le système d'enregistrement des médecins découlait « *d'une collaboration étroite entre les médecins organisés dans l'Association, les facultés de médecine et les administrations publiques compétentes en matière d'enseignement universitaire et de santé publique* » (46), la Cour a considéré que la désignation conjointe par les ministres de l'enseignement universitaire et de la santé publique, de trois des neuf membres de la commission de recours, dont le président, témoignait d'une « *participation marquée* » des pouvoirs publics dans la composition de cette dernière (47).

L'élément déterminant résidait, selon l'Avocat général Reischl, dans le fait que certaines dispositions du règlement intérieur de l'Association royale, notamment celles relatives à l'agrément et à l'inscription des omnipraticiens et celles concernant la composition, les tâches et le fonctionnement de la commission de recours, étaient soumises à l'autorité de tutelle et ne pouvaient être modifiées qu'avec l'accord des ministres compétents, circonstances qui attestaient, selon l'Avocat général, de l'existence d'un contrôle étatique sur la commission de recours (48).

Outre les liens avec les autorités publiques, la Cour a remarqué que la saisine de la commission d'enregistrement, comme celle de la commission de recours elle-même, était obligatoire. Elle a également observé que, bien que les décisions de la commission de recours fussent susceptibles d'un recours devant les juridictions ordinaires, un tel recours n'avait jamais été intenté (49).

Pour la Cour, « *la commission de recours qui exerce ses fonctions avec l'approbation des autorités publiques et fonctionne avec leur concours, et dont les décisions acquises à la suite d'une procédure contentieuse sont, en fait, reconnues comme définitives, doit être*

---

(45) Arrêt de la Cour du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, *Rec.*, p. 2311.

(46) *Ibid.*, point 13.

(47) *Ibid.*, point 9.

(48) Conclusions de l'Avocat général REISCHL sous l'arrêt du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, précité note 45, p. 2337. En même temps, l'Avocat général considère que le fait que trois membres de la Commission de recours soient nommés par les facultés de médecine et trois autres par le comité de direction de l'Association elle-même garantit « *une certaine indépendance* » à la commission de recours. *Ibid.*, p. 2338.

(49) Arrêt de la Cour du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, précité note 45, point 15.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

*considérée comme une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 177 du traité*» (50). La circonstance décisive pour la Cour consistait dans le fait qu'«*en l'absence pratique d'une voie de recours effective devant les juridictions ordinaires, dans une matière qui touche à l'application du droit communautaire*» (51), c'était à la commission de recours qu'il revenait, en réalité, de se prononcer sur l'exercice d'un droit conféré par le droit communautaire (52).

Les motifs de l'arrêt *Broekmeulen* (53), estime G. Gori, semblent indiquer, d'une part, que les éléments retenus dans l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (54) sont «*un faisceau d'indices permettant de trancher la question de qualification et, d'autre part qu'une instance nationale saisie d'un litige ayant trait à l'exercice des droits conférés par le droit communautaire doit être considérée comme une juridiction... et donc admise à déférer à la Cour des questions d'interprétation et de validité, dès lors qu'il n'existe pas en pratique, dans un ordre juridique national, d'autre voie de recours effective permettant de résoudre un tel litige, et ce même au cas où cette instance nationale ne remplirait pas tous les critères retenus par la jurisprudence pour qualifier l'organisme de renvoi de juridiction...*» (55).

A cet égard, l'on peut reproduire les propos tenus par l'Avocat général Tesauro qui, dans un autre contexte, a déclaré: «*Si un organe n'est pas une juridiction il ne le devient pas pour la seule raison qu'on ne dispose pas d'une meilleure solution*» (56).

Il convient de rappeler que, parmi les raisons pour lesquelles la Cour a refusé, dans ses arrêts *Nordsee* (57) et *Denuit & Cordenier* (58), de reconnaître la qualité de juridiction à un tribunal arbitral conven-

---

(50) *Ibid.*, point 17.

(51) *Ibid.*

(52) *Ibid.* L'Avocat général REISCHL n'a pas souligné ce point. Il a, en revanche, évoqué le caractère permanent de la commission de recours, le fait que les parties peuvent être entendues, que la requérante peut se faire représenter par un avocat, et que la commission applique les règles contenues dans le règlement intérieur de l'Association. Pour l'ensemble des considérations retenues, l'Avocat général a conclu que «*la commission de recours en matière de médecine générale doit être considérée comme une instance permanente de droit public qui statue sur des litiges contradictoires selon des points de vue juridiques et au cours d'une procédure organisée*». *Ibid.*, p. 2338.

(53) Affaire 246/80, précitée note 45.

(54) Affaire 61/65, précitée note 23.

(55) G. GORI, «La notion de juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE», précité note 22, sp. pp. 161-162.

(56) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, précité note 12, point 40.

(57) Arrêt de la Cour du 23 mars 1982, *Nordsee/Reederei Mond*, 102/81, *Rec.*, p. 1095, point 12.

(58) Arrêt de la Cour du 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, C-125/04, *Rec.*, p. I-923.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

tionnel, figure le fait que les autorités publiques n'étaient pas impliquées dans le choix de la voie d'arbitrage par les parties et que ces dernières n'étaient pas appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure arbitrale (59).

A plusieurs égards contestable, la jurisprudence de la Cour, dans laquelle l'on peut détecter « *un seuil invisible qui ne permet pas l'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire* » (60), devrait être rediscutée.

Dans l'arrêt *Nordsee* (61), la Cour a motivé le refus de reconnaître la qualité de juridiction au sens du droit communautaire aux arbitres conventionnels par la considération que le recours à ces derniers était facultatif et que les autorités publiques n'y étaient pas impliquées (62). L'intervention, possible, des juridictions ordinaires dans la procédure d'arbitrage, ainsi que dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale, s'ajoutait aux considérations précédentes (63). Deux décennies plus tard, dans l'arrêt *Denuit & Cordenier* (64), la Cour a réitéré, en substance, les mêmes raisons : « *perseverare diabolicum est* » (65).

---

(59) En revanche, est considérée comme une « *juridiction* » au sens de l'article 234 CE, un tribunal d'arbitrage catégoriel prévue par la loi et institué par la Confédération patronale et la Confédération des employés, appelé à trancher des différends entre parties à des conventions collectives dès lors que, compte tenu des dispositions législatives, sa composition n'est pas laissée entièrement au libre choix des parties et que sa saisine dans une affaire donnée ne dépend pas d'un accord entre elles : arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, 109/88, *Rec.*, p. 3199, points 7 à 9. Dans l'arrêt du 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij* (C-393/92, *Rec.*, p. I-1477), la Cour a déclaré qu'une juridiction nationale saisie d'un appel contre une sentence arbitrale, même si elle statue en équité en qualité d'amiable compositeur, peut saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel puisque, même en statuant ainsi, cette juridiction « *est tenue de respecter les règles du droit communautaire, en particulier, celles en matière de concurrence* » (voir points 23 et 24). L'arrêt *Nordsee* a été évoqué dans l'affaire *Eco Swiss China* (arrêt de la Cour du 1<sup>er</sup> juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss, Rec.*, p. I-3055), dans laquelle la Cour a déclaré qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale est tenue d'examiner l'argument, bien que ni soulevé ni discuté par le tribunal arbitral, tiré de la prétendue méconnaissance d'une « *disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur* », tel que l'article 81 du traité, dès lors que le droit procédural national prévoit l'annulation d'une telle sentence pour violation de l'ordre public (voir points 36 et 37).

(60) V. CHRISTIANOS et F. PICOD, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », *Revue des Affaires européennes*, 2005, p. 161, sp. p. 163.

(61) Affaire 102/81, précitée note 57.

(62) Cette prise de position ouvrirait la perspective de reconnaître la qualité de juridiction en cas d'arbitrage forcé. Voir S. LAZAREFF, « Réflexions critiques et perspectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne ou 'touche pas à mon arbitrage' ? », in CREDA, *Quelles juridictions économiques en Europe ?*, Paris, Litec, 2007, p. 487, sp. p. 489.

(63) Affaire 102/81, précitée note 57, points 11-14.

(64) Arrêt de la Cour du 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, C-125/04, précité note 58.

(65) S. LAZAREFF, « Réflexions critiques et perspectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne ou 'touche pas à mon arbitrage' ? », précité note 62, sp. p. 489. Le fait que, dans l'affaire *Denuit et Cordenier*, la Cour ait rendu son arrêt en l'absence des conclusions de l'Avocat général indi-

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Parmi d'autres, S. Lazareff a exprimé ses regrets de ce « *que les juges communautaires ne reconnaissent pas clairement l'arbitre comme étant une juridiction* » et considère qu' « *il serait intéressant de comprendre pourquoi ces hauts magistrats refusent d'admettre que – on a quelque hésitation à répéter une telle banalité – l'arbitrage est devenu aujourd'hui le mode normal de règlement des différends du commerce international* » (66). De même, V. Christianos et F. Picod déplorent le fait que « *la place de l'arbitrage dans l'ordre juridique des Etats membres ne trouve pas son pendant dans l'ordre juridique communautaire* » et estiment que la relégation des particuliers, ayant choisi l'arbitrage conventionnel, « *à la périphérie du système juridictionnel communautaire* » ne saurait être justifiée par « *une jurisprudence anachronique* » tenant à une crainte de l'encombrement du prétoire de la Cour (67).

---

querait qu'elle considère sa jurisprudence *Nordsee* comme, à la fois, bien fondée et immuable. Dans une note sous l'arrêt *Denuit et Cordenier*, G. CHABOT considère que « *la position de la CJCE équivaut à ignorer la nature des tribunaux arbitraux, lesquels constituent assurément de véritables juridictions* » et que cette position « *est regrettable, eu égard à l'importance que revêt l'arbitrage dans les rapports économiques contemporains* ». Il souhaite « *qu'un revirement jurisprudentiel s'opère, qui favoriserait l'harmonie des rapports entre arbitrage et droit communautaire* » (« Un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE », *JCP, La Semaine Juridique*, Edition Générale, 2005, p. 1132, n° II-10079). A cet égard, L. IDOT écrit : « *Penser que la Cour de justice, sensible aux appels qui lui sont lancés, pourrait abandonner cette jurisprudence est pour le moins irréaliste. C'est oublier que l'élargissement et l'extension des domaines soumis au contrôle juridictionnel accroissent considérablement sa charge de travail ? Procéder à un revirement de jurisprudence irait à l'encontre de toutes les réflexions qui ont été entreprises depuis le traité de Nice pour l'alléger, qu'il s'agisse de limiter les juridictions susceptibles de poser des questions, en excluant notamment les juges de premier degré, ou de confier au Tribunal de première instance cette mission dans certains domaines* » (note sous l'arrêt *Denuit & Cordenier*, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 765, sp. p. 771).

(66) S. LAZAREFF, « Réflexions critiques et prospectives sur l'arbitrage dans l'Union européenne ou 'touche pas à mon arbitrage' ? », précité note 62, sp. p. 489.

(67) V. CHRISTIANOS et F. PICOD, « L'insertion de l'arbitrage dans le système juridictionnel communautaire », précité note 60, sp. pp. 167 et 168. De même, J. MURRAY écrit : « *... it is a matter of regret that the European Court of Justice has interpreted Article 177 so as on the one hand to concede to arbitrators the powers and indeed the duty to determine issues involving the application of Community law, but at the same time, to deny them the power to seek a ruling from the Court. The worldwide tendency to increased arbitrability demonstrated over the last ten years, and the consequent conferment on arbitral tribunals of the power to determine issues previously regarded as reserved to the State courts make it imperative that the European Court of Justice looks at this issue afresh* » (« Arbitrability in the European Union », in *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law-Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton Publishing, 1996, p. 105, sp. p. 119). Ch. E. ROTH considère que « *la Cour semble avoir fermé l'accès à la procédure du renvoi préjudiciel prévu à l'article 177 du traité CEE aux tribunaux arbitraux, endiguant ainsi un afflux éventuel de demandes d'interprétation du droit communautaire de la part d'arbitres désignés par une clause compromissoire [...]. Dans l'attente d'une éventuelle évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, à la lumière des développements actuels que connaît l'arbitrage, considéré dans les échanges internationaux comme une solution de rechange aux procédures judiciaires, le caractère effectif de la protection des droits que le système communautaire attribue aux particuliers dépend de la forma-*

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Est intéressante, à cet égard, la demande de décision préjudicielle récemment présentée à la Cour par un tribunal d'Arbitrage de la République tchèque (68), en sa qualité de prestataire de services de règlement extrajudiciaire des litiges au titre du Règlement de la Commission relatif au domaine de premier niveau .eu et aux principes applicables en matière d'enregistrement (69). Considérant qu'il remplit l'ensemble des critères requis par la jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridiction à l'exception, toutefois, de celui ayant trait à l'implication des autorités publiques de l'Etat en cause dans le choix de la voie de l'arbitrage, l'organe de renvoi a saisi la Cour de la question de savoir s'il pouvait être considéré comme une juridiction habilitée à recourir à la procédure préjudicielle.

Les critères retenus par l'arrêt *Vaassen-Göbbels* ont été synthétisés en 1982 en une formule, devenue classique, par R.-M. Chevallier et D. Maidani : l'origine légale, la permanence, la juridiction obligatoire, la procédure contradictoire, l'application de la règle de droit (70). Cette présentation, lapidaire et condensée, complétée par l'exigence, postérieurement introduite, relative à indépendance de l'organe concerné, est devenue une référence de départ. Elle est fréquemment reprise dans les arrêts de la Cour (71).

---

*tion professionnelle des arbitres et des connaissances en droit communautaire des conseils des parties à l'arbitrage*» (« L'application du droit communautaire à l'arbitrage », in Union des avocats européens, *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 229, sp. pp. 242 et 243). P. BONASSIES considère que la motivation de l'arrêt *Nordsee* n'est pas convaincante et, tout en souhaitant « que le problème de l'arbitrage soit à nouveau posé à la Cour de justice » pour tenter de la faire revenir sur sa position, estime, cependant, que « l'espoir reste [...] faible de voir un jour la Cour de justice accepter un renvoi préjudiciel décidé par une juridiction arbitrale ». (« Arbitrage et droit communautaire », in *Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 21, sp. pp. 28, 30 et 31).

(68) Ordonnance du 26 février 2007 dans l'affaire C-126/07, *Reisebüro Bühler* (JO, 2007, C 117, p. 8). Cette demande a été retirée et l'affaire radiée du registre de la Cour : ordonnance du président de la Cour du 8 août 2007 (JO, 2007, C 297, p. 34).

(69) Règlement (CE) 874/2004 de la Commission du 28 avril 2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau .eu et les principes applicables en matière d'enregistrement (JO, 2004, L 162, p. 40).

(70) R.-M. CHEVALLIER et D. MAIDANI, *Guide Pratique Article 177 C.E.E.*, précité, p. 43.

(71) Voir, par exemple, arrêts de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, point 23, précité note 12 ; du 16 octobre 1997, *Garofalo e. a.*, C-69/96 à C-79/96, *Rec.*, p. I-5603, point 19 ; du 22 octobre 1998, *Jokela et Pitkäranta*, C-9/97 et C-118/97, *Rec.*, p. I-6267, point 18 ; du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, point 17, précité note 12 ; du 2 mars 1999, *Eddine El-Yassini*, C-416/96, *Rec.*, p. I-1209, point 17, et du 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, *Rec.*, p. I-8261, point 14 ; ordonnances de la Cour du 26 novembre 1999, *RAI*, C-440/98, point 11, précitée note 12, et *ANAS*, C-192/98, point 20, précitée note 12 ; arrêts de la Cour du 21 mars 2000, *Gabalfrija e. a.*, C-110/98 à C-147/98, point 33, précité note 21 ; du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 29, précité note 15 ; du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, *Rec.*, p. I-10497, point 24 ; du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, point 13, précité note 12 ; du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 10, précité note 18 ; du 15 janvier 2002, *Lutz e. a.*, C-182/00, point 12, précité note 12 et du 30 mai 2002,

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

A l'exception de l'exigence relative au contradictoire, dont le caractère systématique a donné naissance à des interrogations, les critères dégagés par la Cour dans l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (72) n'ont suscité guère de difficultés. Le critère de saisine obligatoire ne semble avoir été appliqué qu'une seule fois et a conduit la Cour à nier la qualité de juridiction à la *Commission française de conciliation et d'expertise douanière* au motif que le recours à cette dernière, en cas de différend entre un opérateur économique et l'administration des douanes, n'est pas obligatoire (73). L'on peut rappeler que c'est en raison, essentiellement, de son caractère facultatif que la Cour a refusé d'attribuer la qualité de juridiction aux instances d'arbitrage conventionnel (74). Cependant, dans l'affaire *Emanuel* (75), la Cour semble avoir procédé différemment. Elle a accueilli une demande de décision préjudicielle formée par *The Person Appointed by the Lord Chancellor under Section 76 of the Trade Marks Act 1994 on appeal from the Registrar of Trade Marks* (Personne désignée par le Lord Chancellor en vertu de l'article 76 de la loi de 1994 sur les marques pour statuer en appel sur les décisions du registre des marques), alors même que, conformément au droit anglais, la requérante aurait pu saisir la *High Court*, circonstance que la Cour n'a pas manqué de mentionner (76). Pour l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, le fait que la saisine de la Personne désignée par le Lord Chancellor ne soit pas entièrement facultative mais constitue l'une des branches de l'alternative ouverte à la requérante, permet de différencier cette affaire de celles d'un recours à l'arbitrage qui, lui, est choisi en toute liberté par les parties (77).

Il convient de rappeler que, dans l'arrêt *Vaassen-Göbbels*, la Cour s'est référée également au fait que le *Scheidsgerecht* avait « à connaître

---

*Schmid*, C-516/99, *Rec.*, p. I-4573, point 34; ordonnance de la Cour du 14 juin 2002, *Hermann Pfanner Getränke e.a.*, C-248/01, non publiée au *Recueil*, point 14; arrêt de la Cour du 18 juin 2002, *HI*, C-92/00, *Rec.*, p. I-5553, point 25; ordonnance de la Cour du 11 juillet 2003, *Cafom et Samsung*, C-161/03, non publiée au *Recueil*, point 12; arrêts de la Cour du 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, C-125/04, point 12, précité note 58, et du 31 mai 2005, *Syffait*, C-53/03, *Rec.*, p. I-4609, point 29.

(72) Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, précité note 23.

(73) Ordonnance de la Cour du 11 juillet 2003, *Cafom et Samsung*, C-161/03, non publiée au *Recueil*, précitée note 71.

(74) Arrêts de la Cour du 23 mars 1982, *Nordsee*, 102/81, point 11, précité note 57, et du 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, C-125/04, point 15, précité note 58.

(75) Arrêt de la Cour du 30 mars 2006, *Emanuel*, C-259/04, *Rec.*, p. I-3089.

(76) *Ibid.*, points 21 et 22.

(77) Point 29 des conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 30 mars 2006, *Emanuel*, C-259/04, précité note 75.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

*des litiges*» (78) et que, dans l'arrêt *Broekmeulen*, elle a noté que la commission de recours était chargée, dans le cadre d'une procédure contentieuse, d'examiner des recours intentés contre les décisions de la commission d'enregistrement (79). C'est, par conséquent, ainsi que la jurisprudence ultérieure le démontrera, la fonction de statuer sur des différends, de trancher des litiges sur la base du droit (80) qui est le pivot. Les autres critères retenus par la Cour se rattachent, principalement, aux caractères des organes auxquels cette tâche est confiée et aux modalités selon lesquelles ils s'en acquittent.

## 2.2. – La fonction de trancher un litige par une décision de caractère juridictionnel

Aux critères dégagés par l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (81) considérés comme étant «*des caractéristiques minimales générales*» (82) ont été, par la suite, ajoutées des considérations qui, pour être à la fois essentielles et légitimes, n'en constituent pas moins des sources de sérieuses difficultés. A partir de l'ordonnance rendue dans l'affaire *Borker* (83), la Cour déclare qu'elle ne pourrait être saisie à titre préjudiciel que par «*une juridiction appelée à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel*» (84). Cette formule apparaît, également, dans l'ordonnance rendue dans l'affaire *Greis Unterweger* (85). Dans ces deux dernières ordonnances, la Cour a, en outre, constaté que ni le conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris, ni la commission consultative italienne

---

(78) Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, sp. p. 395, précité note 23.

(79) Arrêt de la Cour du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, points 4 et 17, précité note 45.

(80) Et, dans certaines circonstances, sur la base de l'équité, ainsi qu'en témoigne l'arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij NV*, C-393/92, précité note 59. L'on peut rappeler que dans l'affaire 61/65 (arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, précité note 23), l'une des considérations mise en avant par le gouvernement des Pays-Bas et par la Commission pour reconnaître la qualité de juridiction au *Scheidsgerecht* était que ce dernier devait statuer en droit et non pas en équité; *ibid.*, pp. 388 et 389.

(81) Affaire 61/65, précitée note 23.

(82) Conclusions de l'Avocat général REISCHL précitées note 48, sp. p. 2337.

(83) Ordonnance de la Cour du 18 juin 1980, *Jules Borker*, 138/80, *Rec.*, p. 1975.

(84) *Ibid.*, point 4.

(85) Ordonnance de la Cour du 5 mars 1986, *Greis Unterweger*, 318/85, *Rec.*, p. 955, point 4. Voir également arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94, point 9, précité note 14, et du 12 novembre 1998, C-134/97, *Victoria Film*, point 14, précitée note 11; ordonnance de la Cour du 22 janvier 2002, *Holto*, C-447/00, point 17, précitée note 14; arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, point 29, précité note 71; ordonnance de la Cour du 6 octobre 2005, C-256/05, *Telekom Austria*, non publiée au *Recueil*, point 10.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

pour les infractions en matière monétaire, n'étaient respectivement saisis d'un litige qu'ils avaient pour mission de trancher (86). L'existence d'un litige que l'organe de renvoi doit trancher, par une décision de caractère juridictionnel, adoptée au terme d'une procédure respectant certaines exigences, deviendra le nucléus de la notion de juridiction en droit communautaire et en constituera la sève.

Que la procédure préjudicielle ait été conçue pour permettre aux seules juridictions appelées à trancher des litiges d'y faire recours a été souligné dans l'arrêt *Pardini* (87). La Cour y a déclaré que la faculté «*la plus étendue*» de la saisir à titre préjudiciel n'a été conférée aux juridictions nationales «*qu'en vue de les mettre en mesure de trancher les litiges devant elles en tenant compte des éléments de droit communautaire dégagés par la Cour*» (88). La Cour avait, précédemment, souligné que sa fonction au titre du renvoi préjudiciel était de «*fournir à toute juridiction de la Communauté les éléments d'interprétation du droit communautaire pour la solution de litiges réels qui lui sont soumis*» (89).

Ainsi, un organe non juridictionnel, tel la commission suédoise de droit fiscal, en cause dans l'affaire *Victoria Film* (90), qui satisfait, par ailleurs, aux divers critères de juridiction au sens de l'article 234 du traité, exerce, selon la Cour, une fonction essentiellement administrative dès lors qu'elle n'a pas pour mission de contrôler la légalité des décisions prises par une autorité administrative (91) ou de trancher un litige (92).

En revanche, la qualité de juridiction a été reconnue à l'*Immigration Adjudicator* qui a saisi la Cour dans l'affaire *El-Yassini* (93), au motif que, au titre de la loi qui l'avait institué, il était compétent pour connaître des litiges relatifs au droit d'entrée et de séjour des étrangers au Royaume-Uni (94). Cette même solution a été retenue dans le cas de

---

(86) Au point 16 de ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine deglo Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, précitées note 31, l'Avocat général LÉGER a observé qu'en revanche, le Conseil de l'Ordre Italien des Avocats avait été saisi en l'espèce d'un litige qu'il avait «*légalement mission de trancher*».

(87) Arrêt de la Cour du 21 avril 1988, *Pardini/Ministero del commercio con l'estero*, 338/85, *Rec.*, p. 2041.

(88) *Ibid.*, point 9.

(89) Arrêt de la Cour du 11 mars 1980, *Foglia/Novello*, 104/79, *Rec.*, p. 745, point 11.

(90) Arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, précité note 11. Voir Ph. ALQUIE, «*L'affaire Victoria Film et la notion de juridiction d'un Etat membre: des ambiguïtés subsistent*», RTDE, 1998, p. 634.

(91) *Ibid.*, point 16.

(92) *Ibid.*, point 18.

(93) Arrêt de la Cour du 2 mars 1999, *Eddline El-Yassini*, C-416/96, précité note 71.

(94) *Ibid.*, point 19.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

la *Person appointed by the Lord Chancellor under Section 76 of the Trade Marks Act 1994, on appeal from the Registrar of Trade Marks*, qui a saisi la Cour dans l'affaire *Emanuel* (95) car, ainsi que la Cour et l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer l'ont constaté, cette entité remplit l'ensemble de critères dégagés par la jurisprudence. L'Avocat général ayant souligné le fait qu'elle fait partie de l'organisation judiciaire britannique, a considéré qu'elle présente un profil analogue à celui de l'*Immigration Adjudicator* dont la qualité de juridiction avait été reconnue par la Cour et qu'elle prend des décisions de caractère juridictionnel (96).

L'exigence d'une décision de caractère juridictionnel paraît à l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer comme tautologique, sinon redondante. « *Dire que tout organe qui rend une décision juridictionnelle est une juridiction* » a-t-il déclaré, « *revient à ne rien dire du tout* » (97).

Pour la Cour, une décision de caractère juridictionnel doit avoir une force obligatoire et revêtir un caractère contraignant. Une telle décision est opposable aux personnes intéressées et revêt, à leur égard, l'autorité de la chose jugée (98). C'est, entre autres, en raison de l'absence de force obligatoire de ses décisions, en ce qui concerne les points de droit, qu'a été refusée la qualité de juridiction à la *Commission française de conciliation et d'expertise douanière* (99). En revanche, n'ayant aucun doute quant à la nature contraignante des ordonnances en référé adoptées par le *Bundesvergabeamt* autrichien en matière des marchés publics, la Cour reconnut à ce dernier la qualité de juridiction (100).

Conformément aux critères retenus par la Cour, la qualité de juridiction au sens de l'article 234 du traité serait, donc, attribuée à un organe institué par la loi à titre permanent, obligatoirement saisi afin de trancher des litiges, appliquant la règle de droit, suivant une procédure contradictoire et adoptant, en toute indépendance, une décision contraignante de caractère juridictionnel. Ces critères sont abordés par la Cour avec une « *rigueur variable* » (101) et ne semblent avoir,

(95) Arrêt de la Cour du 20 mars 2006, *Emanuel*, C-259/04, *Rec.*, p. I-3089, précité note 75.

(96) *Ibid.*, arrêt, points 20 à 25; conclusions, point 24 à 33.

(97) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 39, précitées note 18.

(98) Arrêt de la Cour du 30 juin 2005, *Längst*, C-165/03, *Rec.*, p. I-5637, point 26.

(99) Ordonnance de la Cour du 11 juillet 2003, *Cafom et Samsung*, C-161/03, non publiée au *Recueil*, précitée note 71.

(100) Ordonnance de la Cour du 9 avril 2003, C-424/01, *CS Austria*, *Rec.*, p. I-3249.

(101) F. PICOD & J. RIDEAU, « Renvoi Préjudiciel », in *Répertoire Communautaire*, Dalloz, point 99.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

tous, ni la même valeur ni la même portée. L'absence de certains d'entre eux n'entraînerait pas, nécessairement, la négation de la qualité de juridiction.

Dans certaines affaires, la Cour ne mentionne que l'exigence d'une procédure au terme de laquelle une décision de caractère juridictionnel devrait être adoptée. Il en est ainsi, notamment, mais pas exclusivement, dans les cas dans lesquels elle est saisie par un organe faisant partie de l'organisation judiciaire de l'Etat dont il relève, mais à l'occasion de l'exercice de compétences autres que juridictionnelles.

Dans de telles circonstances, la Cour se déclare incompétente pour répondre aux questions déferées par le tribunal civil et pénal de Milan (102), par le tribunal de première instance, l'*Amtsgericht*, de Heidelberg (103), par le tribunal de grande instance, le *Landesgericht*, de Salzburg (104), mais aussi à celles soumises par le *Skatterättsnämnden*, commission suédoise de droit fiscal (105), en expliquant que les juridictions nationales ne sont habilitées à la saisir à titre préjudiciel que si un litige est pendant devant elles et que si elles sont appelées à le trancher dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel. Ainsi, la Cour a décliné sa compétence pour répondre aux questions posées par le *Landesgericht Feldkirch* au motif, *inter alia*, que ce dernier devait se prononcer sur une réclamation administrative préalable à un recours juridictionnel et que, dans ce cadre, il n'exerçait pas une fonction juridictionnelle (106). La Cour s'est également déclarée incompétente pour connaître du renvoi, présenté par la *Telekom-Control-Kommission* autrichienne, visant la validité d'une décision qui lui avait été notifiée par la Commission européenne, puisque c'était à l'occasion d'une procédure par elle ouverte en l'absence de tout litige, que la *Telekom-Control-Kommission* l'avait saisie à titre préjudiciel (107).

Se reconnaissant, en revanche, compétente pour connaître du renvoi introduit par le *Landgericht Stuttgart* dans le cadre d'une procédure particulière visée par la loi allemande relative à la taxation des actes,

---

(102) Arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94, point 9, précité note 14.

(103) Ordonnance de la Cour du 10 juillet 2001, *HSB-Wohnbau*, C-86/00, point 11, précitée note 14.

(104) Ordonnance de la Cour du 22 janvier 2002, *Holto Ltd*, C-447/00, point 17, précitée note 14.

(105) Arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, point 1, précité note 11.

(106) Ordonnance de la Cour du 14 juin 2002, *Herman Pfanner Getränke e.a.*, C-248/01, non publiée au *Recueil*, points 16-18, précitée note 71.

(107) Ordonnance de la Cour du 6 octobre 2005, *Telekom Austria*, C-256/05, non publiée au *Recueil*, précitée note 85.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

la Cour a rappelé que, conformément à sa jurisprudence, « *les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour que si un litige est pendant devant elles et dont elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel* » (108).

Dans certains arrêts (109), la Cour rappelle les deux séries de considération, les critères dégagés par l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (110), complétés par l'exigence d'indépendance, et ceux exposés dans l'ordonnance *Borker* (111). Dans d'autres, elle amalgame des facteurs de l'une et de l'autre catégorie et procède à leur combinaison. Ainsi, par exemple, elle souligne qu'elle ne saurait être saisie que par un organe appelé à statuer en toute indépendance dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel (112).

La Cour exige que sa saisine soit effectuée par le juge national à propos d'une procédure destinée à aboutir à l'adoption d'une décision à caractère juridictionnel. Les arrêts *NV Nederlandsen Spoorwegen* (113) et *Garofalo* (114) témoignent de l'approche parfois peu orthodoxe, mais incontestablement réaliste, de la Cour à cet égard.

Dans le premier, elle a répondu aux questions posées par le Conseil d'Etat néerlandais reconnaissant ainsi, ne fut-ce qu'implicitement, la qualité de juridiction de ce dernier, alors qu'à l'époque, ainsi qu'il apparaît des conclusions instructives de l'Avocat général Mayras, auxquelles, incompréhensiblement, la Cour, ne se réfère pas, cet organe ne se bornait qu'à donner des avis non obligatoires à la Couronne (115). L'Avocat général a constaté que « *c'est la Couronne qui décide en définitive, par arrêt motivé, de la solution du litige* » (116). Cependant, il a indiqué que, si le ministre intéressé ne se ralliait pas, après

(108) Arrêt de la Cour du 30 juin 2005, *Längst*, C-165/03, point 25, précité note 98.

(109) Voir par exemple, arrêts de la Cour du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, points 24 et 25, précité note 71; du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, points 13 et 14, précité note 12; du 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, points 14 et 15, précité note 71, et du 15 janvier 2002, *Lutz e.a.*, C-182/00, points 12 et 13, précité note 12.

(110) Affaire 61/65, précitée note 23.

(111) Affaire 138/80, précitée note 83.

(112) Arrêt de la Cour du 12 décembre 1996, *Procédures pénales contre X*, C-74/95 et C-125/95, *Rec.*, p. I-6609, point 18. Voir également ordonnance de la Cour du 15 janvier 2004, *Saetti et Frediani*, C-235/02, *Rec.*, p. I-1005, point 23.

(113) Arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, précité note 25.

(114) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, précité note 71.

(115) R. KOVAR considère que, « *si la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais participe de la solution d'un litige, ce n'est pas lui qui 'tranche' la contestation* » (« La notion de juridiction en droit européen », in *Mélanges Jean Waline*, précité note 6, sp. p. 610).

(116) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, précité note 25, sp. p. 1318.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

consultation avec le ministre de la justice ou, le cas échéant, le premier ministre, à l'avis du Conseil d'Etat et si, par suite, la Couronne s'écartait de cet avis, ce dernier ainsi que le rapport adressé à la Couronne par le ministre devaient être publiés au *Journal Officiel* (117). La Cour «*recidiva*» (118) et il fallut attendre vingt-quatre ans pour qu'elle explique son raisonnement et le fondement de son arrêt.

En effet, dans l'arrêt *Garofalo* (119), la Cour a dû se pencher sur la question de savoir si l'on pouvait reconnaître la qualité de juridiction au Conseil d'Etat italien qui, en l'espèce, l'avait saisie dans le contexte d'un recours extraordinaire au titre duquel il n'émettait qu'un avis adressé au président de la République, ce dernier étant, dans de telles circonstances, l'autorité investie du pouvoir de décision. La Cour constate qu'un tel avis «*constitue le projet de la décision qui sera formellement adoptée par le président de la République*» et qu'il «*fait partie intégrante d'une procédure qui, à ce stade, est seule susceptible de permettre la résolution du conflit opposant des particuliers à l'administration*» (120). Elle souligne, en outre, qu'«*une décision non conforme à cet avis ne peut être adoptée qu'après une délibération du Conseil des ministres et doit être dûment motivée*» (121). En renvoyant aux conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer qui, analysant les traits essentiels de la procédure devant le Conseil d'Etat italien, avait souligné que le contenu de la décision prise par le Président de la République était déterminée, *de facto*, par l'avis du Conseil d'Etat (122), et en se référant à l'arrêt *NV Nederlandse Spoorwegen* (123), la Cour rappelle que «*dans une situation comparable*», elle avait reconnu la qualité de juridiction au Conseil d'Etat néerlandais (124). Comme l'a constaté R. Kovar, la solution consacrée par la Cour «*revient à déroger*

---

(117) *Ibid.*, p. 1320. Ainsi que l'a remarqué R. KOVAR, «*La singularité de cette procédure qui instituait le ministre comme juge s'accordait mal avec l'exigence d'impartialité mise en exergue par la Cour de justice. Bien qu'éclairés par les avis de la section du contentieux, dont l'indépendance et l'impartialité n'étaient pas en cause, les ministres qui finalement décidaient du sort d'un litige n'en étaient pas moins amenés à juger leur propre administration*» («*La notion de juridiction en droit européen*», précité note 6, sp. p. 610).

(118) R. KOVAR, *ibid.*

(119) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, précité note 71.

(120) *Ibid.*, point 24.

(121) *Ibid.*

(122) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, point 35, précité note 71.

(123) Arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, précité note 25.

(124) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, précité note 71.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

*au principe qui veut qu'un acte juridictionnel soit revêtu de la force obligatoire* » (125).

C'est en vain que l'on cherchera un litige ou un différend dans l'affaire *Déménagements-Manutention Transport* (126). La Cour a été saisie par le tribunal de commerce de Bruxelles en sa qualité de juge de l'insolvabilité. L'enquête, en l'espèce, avait été ouverte d'office et menée par le juge appartenant au service des enquêtes commerciales au sein dudit tribunal. Estimant, compte tenu des éléments recueillis, que l'entreprise en cause pouvait être insolvable, le juge des enquêtes a saisi une chambre du tribunal de commerce. Celle-ci devait alors constater, par un jugement, si l'insolvabilité de l'entreprise était ou non établie.

Ni la Cour, ni l'Avocat général Jacobs, n'ont analysé la nature de la procédure devant le tribunal en la matière ou les caractères que revêt sa décision. L'Avocat général s'est contenté d'indiquer que « *(t)out au long de la procédure il n'y a qu'une seule partie, l'entreprise qui fait l'objet de l'enquête, même si le Procureur du Roi peut intervenir dans l'intérêt de la Justice* » (127) et que le juge des enquêtes ne joue aucun rôle dans la procédure devant la chambre (128). Sans explications, l'Avocat général déclare : « *le tribunal joue donc un rôle de nature plutôt juridictionnelle qu'administrative* » (129). Se référant aux conclusions de l'Avocat général, la Cour a, laconiquement, considéré que, puisque le tribunal de commerce devait rendre un jugement sur la solvabilité de l'entreprise en cause, étaient réunies les conditions requises par sa jurisprudence pour que la qualité de juridiction lui soit reconnue (130). Dans son arrêt, la Cour, rappelle pourtant que, selon sa jurisprudence, elle ne saurait être saisie à titre préjudiciel que si un litige est pendant devant le juge de renvoi et que si ce dernier est appelé à statuer dans le cadre d'une procédure juridictionnelle (131).

Le prosaïsme de la Cour et de son Avocat général ne permet ni de déceler les protagonistes, ni de discerner un quelconque litige (132),

---

(125) R. KOVAR, article précité note 6, p. 612. Pour lui, « *cette dérogation suppose qu'il soit satisfait à deux conditions qui en circonscrivent la portée: l'organe concerné doit être, de manière incontestable, une juridiction du point de vue de sa composition, de son indépendance et de l'impartialité de ses membres; l'avis qu'il est appelé à donner doit être en droit et s'insérer de manière déterminante dans le règlement d'un litige* ».

(126) Arrêt de la Cour du 29 juin 1999, *DM Transport*, C-256/97, *Rec.*, p. I-3913, précité note 26.

(127) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 29 juin 1999, *DM Transport*, C-256/97, point 15, précité note 26.

(128) *Ibid.*, point 17.

(129) *Ibid.*

(130) Arrêt de la Cour du 29 juin 1999, *DM Transport*, C-256/97, point 9, précité note 26.

(131) *Ibid.*

(132) Sauf à considérer, artificiellement, qu'un litige, que le tribunal de commerce devait trancher, existe entre la société *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)* et le juge des enquêtes.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

ni d'établir le caractère de la procédure suivie, ni de comprendre les raisons pour lesquelles la décision rendue par le tribunal de commerce dans de telles circonstances aurait un caractère juridictionnel (133).

Dans l'affaire *Déménagements-Manutention Transport* (134) aucun litige n'existait. Dans les affaires *NV Nederlandsen Spoorwegen* (135) et *Garofalo* (136), il y avait un litige mais il devait être tranché par un organe autre que celui qui a saisi la Cour. Celle-ci s'est, pourtant, reconnue compétente pour accueillir les demandes de décision préjudicielle.

Dans la perspective de l'exigence relative à la solution de litiges, l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst* (137) était atypique. Bien que la juridiction de renvoi ait estimé que, dans le cadre de la procédure ayant donné lieu aux questions préjudicielles, elle rendait « *un avis juridique sous l'apparence d'une décision judiciaire* » (138), la Cour a considéré, néanmoins, que la décision avait un caractère juridictionnel. Bien que la juridiction de renvoi n'ait pas été appelée à trancher un litige concret, mais à rendre une décision déclaratoire sur l'existence ou l'absence de droits ou de rapports de droit de personnes non nommément désignées, le fait que cette juridiction ne pouvait être saisie que de questions concernant des situations factuelles suffisamment concrètes permettait de la considérer comme une juridiction habilitée à poser des questions préjudicielles (139). La Cour a retenu, à cet égard, le fait que la décision rendue

---

(133) Se référant à cet arrêt, l'Avocat général GEELHOED considère, cependant, sans expliciter sa pensée, qu'en l'espèce il appartenait au tribunal de commerce « *de statuer dans un litige entre des entreprises concernées et des organismes* » (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 14 juin 2001, C-178/99, *Salzmann, Rec.*, p. I-4421, point 31, note 15, précité note 12). On ne saurait considérer que le tribunal est saisi d'un litige entre l'entreprise et le juge des enquêtes. Ce dernier ne prend aucune décision et, après avoir recueilli des informations, les transmet à la formation du jugement. On peut également rappeler que dans l'affaire C-178/99, *Salzmann*, la Cour a considéré que le *Bezirksgericht* n'était pas saisi d'un recours contre la décision du *Rechtspfleger*. Elle y a déclaré, en effet, que « *le Rechtspfleger n'est pas un organe de première instance dont les décisions seraient soumises à un recours juridictionnel devant le Bezirksgericht, mais un fonctionnaire employé par cette juridiction et exerçant par délégation et sous son autorité les fonctions qu'elle lui confie. Le 'Rekurs' devant le Bezirksgericht contre la décision de son Rechtspfleger a le caractère d'une réclamation administrative interne à l'organe considéré et l'intervention préalable de ce fonctionnaire ne suffit pas à conférer à l'activité du Bezirksgericht en matière de tenue du livre foncier une nature autre qu'administrative* » (point 21).

(134) Arrêt de la Cour du 29 juin 1999, *DM Transport*, C-256/97, précité note 26.

(135) Arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, précité note 25.

(136) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, précité note 71.

(137) Arrêt de la Cour du 30 novembre 2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, précité note 71.

(138) *Ibid.*, point 18.

(139) *Ibid.*, points 28-29. Voir également les conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 30 novembre 2000, C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, précité note 71, points 42 à 59.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

revête, à l'égard des parties, l'autorité de la chose jugée et que, même en l'absence de la qualité de précédent judiciaire obligatoire, elle était destinée à servir de référence dans des cas analogues (140).

Dans certaines affaires la Cour considère, quelque peu artificiellement, qu'au stade de l'appel, la procédure devient *ipso facto* contentieuse, nonobstant le caractère non-juridictionnel de la procédure en première instance dans le cadre de laquelle la décision contestée a été adoptée.

Ainsi, dans l'affaire *Job Centre II* (141), la Cour a accueilli le renvoi préjudiciel formé par la Cour d'appel de Milan, saisie d'un recours contre une décision prise par le Tribunal civil et pénal de Milan, dans le cadre d'une procédure gracieuse. Dans l'affaire *Job Centre I* (142), la Cour de justice avait considéré, deux ans auparavant, qu'en adoptant une telle décision le tribunal avait fait un acte d'autorité administrative, n'avait pas tranché un litige et, partant, n'avait pas exercé une fonction juridictionnelle. En revanche, la décision de la Cour d'appel était prise, selon la Cour de justice, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, nonobstant le fait que, selon le droit italien, la procédure devant la Cour d'appel gardait son caractère de procédure gracieuse.

La même approche a été suivie à propos de la Commission suédoise de droit fiscal. Dans l'arrêt *Victoria film* (143), la Cour a considéré qu'en émettant, à la demande du contribuable, un avis préalable en matière d'imposition ou de taxation, le *Skatterättsnämnden*, – commission de droit fiscal – exerçait une fonction non-juridictionnelle, faisait œuvre d'administration et ne tranchait pas un litige. Ce n'est qu'au stade du recours devant la Cour suprême administrative contre l'avis émis que, ainsi qu'il résulte de l'arrêt *X AB et Y AB* (144), la fonction exercée par celle-ci et la décision par elle adoptée revêtaient un caractère juridictionnel (145).

---

(140) *Ibid.*, point 30. L'Avocat général JACOBS a considéré que la décision rendue avait une « fonction directrice » et a souligné que son objectif réel était « de fournir une décision de référence ayant une forte valeur persuasive » (point 61 des conclusions précitées note 139).

(141) Arrêt de la Cour du 11 décembre 1997, *Job Centre*, C-55/96, *Rec.*, p. I-7119.

(142) Arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94, point 11, précité note 14.

(143) Arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, précité note 11.

(144) Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, point 17, précité note 71. Voir également arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, point 18, précité note 11.

(145) Il convient de noter qu'en cette matière, la procédure, contentieuse, est identique devant la commission de droit fiscal et devant la Cour suprême administrative. Dans l'affaire *Victoria Film A/S*, l'Avocat général FENNELLY avait considéré que, si les décisions de la commission de droit fiscal devaient être considérées comme non juridictionnelles, l'on pourrait difficilement considérer différemment le rôle de la Cour suprême administrative, dans la mesure où elle « statue en appel sur les avis préalables de ladite commission » (point 28 des conclusions sous

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Il en a été, de même, dans l'affaire *Maaheimo* (146) dans laquelle la Cour a accueilli une demande de décision préjudicielle formée par le *Tarkastuslautakunta* finlandais, commission de recours en matière de sécurité sociale, dans le cadre d'une procédure d'appel contre une décision prise par la commission d'assurance maladie. Ni l'Avocat général, ni la Cour n'ont abordé la question de la qualification de l'organe de renvoi. Dans l'arrêt on ne retrouve que la constatation que la demanderesse au principal « a introduit devant la commission de recours de sécurité sociale un appel tendant à l'annulation de la décision de la commission d'assurance maladie... » et l'indication que l'organe de renvoi était indépendant et qu'il statuait en dernier ressort sur les appels en matière d'allocation de garde d'enfant à domicile (147).

Cette approche pourrait, en l'absence de toute discussion sur la qualité de l'organe de renvoi, expliquer l'exercice de la compétence préjudicielle par la Cour dans les affaires *Diversintine* (148), *Bauer* (149) et *Dressen* (150).

Il est, du moins, surprenant que la position de la Cour dans de telles affaires ne découle qu'implicitement de ses arrêts. Il apparaît que, pour la Cour, le recours formé contre la décision du tribunal de Milan (151), celui dirigé contre l'avis de la commission suédoise de droit fiscal (152), l'appel interjeté de la décision du *Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Gerona* (153), celui interjeté respectivement des décisions du conseil de l'ordre des architectes de la province de Bruxelles (154) et du celui de la province de Liège (155), ainsi que le recours contre la décision de la commission finlandaise d'assurance maladie (156), transforment par incantation une procédure non-juridictionnelle en une

---

l'arrêt précité note 11). Cette thèse a été démentie par l'arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, point 17, précité note 71.

(146) Arrêt de la Cour du 7 novembre 2002, *Maaheimo*, C-333/00, précité note 28.

(147) *Ibid.*, points 17 et 18.

(148) Arrêt de la Cour du 1<sup>er</sup> avril 1993, *Diversintine et Iberlacta/Administración principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, C-260/91 et C-261/91, précité note 27.

(149) Arrêt de la Cour du 8 avril 1992, *Bauer/Conseil national de l'ordre des architectes*, C-166/91, précité note 29.

(150) Arrêt de la Cour du 9 août 1994, *Dressen/Conseil national de l'ordre des architectes*, C-447/93, précité note 30.

(151) Arrêt de la Cour du 11 décembre 1997, *Job Centre*, C-55/96, précité note 141.

(152) Arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, précité note 71.

(153) Arrêt de la Cour du 1<sup>er</sup> avril 1993, *Diversintine et Iberlacta/Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, C-260/91 et C-261/91, précité note 27.

(154) Arrêt de la Cour du 8 avril 1992, *Bauer/Conseil national de l'ordre des architectes*, C-166/91, précité note 29.

(155) Arrêt de la Cour du 9 août 1994, *Dressen/Conseil national de l'ordre des architectes*, C-447/93, précité note 30.

(156) Arrêt de la Cour du 7 novembre 2002, *Maaheimo*, C-333/00, précité note 28.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

procédure contentieuse, puisqu'en second degré, un litige opposerait la requérante à l'autorité, restée pourtant dans l'ombre, qui avait pris la décision contestée (157).

La prémisse de cette jurisprudence se rapproche de l'exigence d'un recours contre une sorte de décision préalable faisant grief. Selon la Cour, pour qu'il y ait juridiction au sens de l'article 234 du traité, il faut, avant tout, que l'organe concerné, une juridiction au sens du droit interne ou un organe administratif, soit saisi, non pas d'une demande unilatérale sur laquelle il doit statuer mais d'un litige qu'il doit trancher dans le cadre d'un recours contre une décision prise à l'égard du demandeur.

Dans l'affaire *Job Centre I* (158), ainsi qu'il a été précédemment indiqué, le Tribunal civil et pénal de Milan faisait acte d'autorité administrative, n'était pas appelé à trancher un litige et exerçait par suite, une fonction non-juridictionnelle. Le Procureur de la République auprès du *pretore de Torino* n'ayant pas pour mission de trancher un litige, il ne saurait, dès lors, être qualifié de juridiction (159). La Cour a rappelé dans l'arrêt *Salzmann* que, pour être habilitée à la saisir à titre préjudiciel, une juridiction doit être appelée à trancher un litige par l'adoption d'une décision de caractère juridictionnel (160). Une telle qualité ne pouvait être reconnue au *Bezirksgericht*, tribunal d'arrondissement, qui, en qualité de tribunal chargé de la tenue du livre foncier, faisait un acte d'autorité administrative (161). De même, l'*Amstgericht* Heidel-

---

(157) On peut noter que dans l'arrêt du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, précité note 12, la Cour a relevé qu'en l'espèce, la commission fédérale de surveillance exerçait une fonction juridictionnelle dans la mesure où elle était saisie d'un recours contre la décision du service de contrôle (point 37). À cet égard, le juge J.C. MOITINHO DE ALMEIDA a pu écrire: « [...] il serait étrange d'adopter une notion large d'activité juridictionnelle, telle que celle suivie dans l'affaire *Dorsch Consult*, où la 'juridiction' de renvoi ne faisait pas partie de l'organisation judiciaire nationale, et de retenir une notion plus stricte lorsqu'il s'agit d'une vraie juridiction ». [« La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE) », précité note 22, sp. p. 478]. Bien que la question de savoir si le *Tribunal Económico-Administrativo Central de Madrid* était une juridiction au sens de l'article 234 du traité, n'ait pas été discutée, on peut noter, qu'en l'espèce, il était saisi d'un appel interjeté contre la décision du *Tribunal Económico Administrativo Provincial de Gerona* (arrêt de la Cour du 1<sup>er</sup> avril 1993, *Diversint et Iberlacta/ Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, C-260/91 et C-261/91, précité note 27). L'Avocat général SAGGIO considère que cet arrêt ne saurait avoir une autorité de précédent (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 et C-147/98, *Rec.*, p. I-1577, point 20). Depuis, dans cet arrêt du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, la Cour a reconnu la qualité de juridiction au *Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña*.

(158) Arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94, point 11, précité note 14.

(159) Arrêt de la Cour du 12 décembre 1996, *Procédures pénales contre X*, C-74/95 et C-129/75, point 19, précité note 112.

(160) Arrêt de la Cour du 14 juin 20001, *Salzmann*, C-178/99, point 14, précité note 12.

(161) *Ibid.*, point 15.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

berg qui avait saisi la Cour dans l'affaire *HSB-Wohnbau* n'avait pas, non plus, selon la Cour, la qualité de juridiction car, siégeant en tant qu'autorité chargée de la tenue du registre du commerce, il devait simplement connaître, en première instance, d'une demande d'inscription audit registre et n'était pas appelé à trancher un litige (162). Le même sort a été réservé au *Landesgericht*, siégeant en tant que *Handelsgericht*, tribunal de Land statuant en matière commerciale, dans les affaires *Lutz* (163) et *Holto* (164), tribunal qui n'est pas saisi d'un litige et qui agit en qualité d'autorité administrative chargée de la tenue du registre du commerce et des sociétés, exerçant ainsi une fonction non-juridictionnelle.

Cette jurisprudence pourrait faire l'objet de débats dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle actuellement pendante devant la Cour. Une Cour d'appel régionale en République d'Hongrie sollicite de la part de la Cour une réponse à la question de savoir si la qualité de juridiction au sens du droit communautaire peut être reconnue à une instance juridictionnelle, saisie d'un appel interjeté d'une décision de rejet d'une demande de modification de l'inscription du siège social au registre des sociétés, rendue en première instance par un tribunal national chargé de la tenue de ce registre (165). Si la jurisprudence précédemment évoquée devait amener la Cour à apporter une réponse positive, les doutes éprouvés par la juridiction de renvoi proviennent du fait qu'en cette matière, la procédure devant elle, comme, d'ailleurs, celle devant la juridiction de première instance, n'est pas contradictoire.

Comme l'a constaté G. Gori, l'affaire *Corbiau* (166) exceptée, dans toutes les affaires dans lesquelles la Cour a récusé la qualité de juridiction des organes qui l'avaient saisie et qui faisaient, pourtant, partie de l'organisation judiciaire nationale, c'était en raison de l'absence d'exercice de fonctions juridictionnelles par la juridiction de renvoi dans le cadre de la procédure ayant donné lieu aux questions préjudicielles (167).

---

(162) Ordonnance de la Cour du 10 juillet 2001, *HSB-Wohnbau*, C-86/00, points 14 à 16, précitée note 14.

(163) Arrêt de la Cour du 15 janvier 2002, *Lutz e.a.*, C-182/00, précité note 12.

(164) Ordonnance de la Cour du 22 janvier 2002, *Holto Ltd*, C-447/00, précitée note 14.

(165) Affaire C-210/06, Demande de décision préjudicielle présentée par la *Szegedi Ítéltá-bala* (Hongrie) le 5 mai 2006 – *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt* (JO, 2006, C 165, p. 17). L'Avocat général POIARES MADURO a prononcé ses conclusions le 22 mai 2008 et la Cour a rendu son arrêt le 16 décembre 2008, *Rec.*, 2008 p. I-9641.

(166) Arrêt de la Cour du 30 mars 1993, C-24/92, *Corbiau/Administration des contributions*, *Rec.*, p. I-1277.

(167) G. GORI, « La notion de juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE », précité note 22, sp. p. 173.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

La jurisprudence qui considère comme étant nécessairement juridictionnelle une procédure devant des organes appelés à trancher des litiges et ceux statuant en deuxième instance, est contestable dans la mesure où la Cour ne s'interroge ni sur la nature de la procédure, ni sur celle de la décision prise par ces organes. Un organe tranchant un litige ou statuant en second degré ne suit pas nécessairement une procédure juridictionnelle et ne prend pas nécessairement une décision juridictionnelle (168).

Par rapport à l'affaire *Job Centre*, Carlo Nizzo a remarqué que dans le cadre d'une procédure gracieuse, aussi bien le tribunal que la Cour d'appel exercent une activité, qualifiée par la doctrine italienne d'« *amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziali* » (169). Aussi, souligne-t-il, conformément au code de procédure civil italien, le décret clôturant une telle procédure devant, aussi bien le tribunal que la Cour d'appel, n'acquiert pas autorité de force jugée. Dans ces circonstances, se demande-t-il, comment peut-on considérer que la décision de la Cour d'appel revêt un caractère juridictionnel (170) ?

La référence faite par la Cour dans l'arrêt *Job Centre I* (171) à l'arrêt *Haaga* (172) ne paraît pas pertinente (173). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême fédérale allemande, la *Bundesgerichtshof*, a été saisie par la Cour d'appel de Stuttgart, l'*Oberlandesgericht*, et non pas par la société Haaga. En effet, devant le tribunal de première instance, l'*Amtsgericht*, cette dernière a fait opposition à l'injonction faite par le *Rechtspfleger* (174). La décision du tribunal de première instance, défavorable

---

(168) R. CHAPUS relève qu'en droit administratif français « *lorsqu'est institué un système assurant l'intervention successive de deux organismes, l'organisme du second degré, saisi du recours dirigé contre la décision de l'organisme du premier degré, n'a également pas le caractère d'une juridiction, lorsque c'est cette décision qui a seule provoqué le litige dont il est saisi* ». (« Qu'est-ce qu'une juridiction ? », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, CUJAS, 1977, p. 265, sp. p. 289).

(169) C. NIZZO, « La notion de juridiction au sens de l'article 177 : la portée de l'arrêt *Job Centre* », in *Rivista di diritto europeo*, 1995, p. 335, sp. p. 340.

(170) *Ibid.*, p. 341. L'auteur remarque que la matière n'échappe pas pour autant à la compétence des juridictions ordinaires qui peuvent, dans le cadre d'une procédure contentieuse, être saisis d'un recours en annulation contre un décret pris dans le cadre d'une procédure gracieuse. *Ibid.*, p. 342.

(171) Arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94, point 11, précité note 14.

(172) Arrêt de la Cour du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, précité note 25.

(173) Dans ses conclusions sous l'arrêt du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94 (*Rec.*, p. I-3361, point 15), l'Avocat général ELMER a considéré sans pertinence la circonstance que dans l'affaire *Haaga* la Cour avait été saisie par la Cour suprême fédérale alors que dans l'affaire *Job Centre* c'était le tribunal de Milan qui l'avait saisie, et a relevé qu'en l'espèce la procédure devant le tribunal et la Cour d'appel de Milan était identique.

(174) Un fonctionnaire de l'administration de la justice auprès du tribunal de première instance, qui est, la Cour constate, chargé de certaines fonctions juridictionnelles, notamment en matière de juridiction gracieuse. *Ibid.*, p. 1203.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

à Haaga, a été transmise par ce dernier au tribunal de grande instance, le *Landsgericht*. C'est contre la décision de ce dernier que Haaga a interjeté appel devant la Cour d'appel de Stuttgart, l'*Obserlandsericht*. Celle-ci, conformément aux dispositions de la loi relative aux affaires gracieuses, a renvoyé l'affaire devant la Cour suprême fédérale qui, à son tour, a saisi la Cour de justice. Devant toutes ces instances, la procédure, conformément au droit allemand, demeurait gracieuse (175).

Dans son arrêt *Haaga*, la Cour n'a nullement abordé la question de sa compétence. Il est donc impossible de déceler les raisons pour lesquelles elle a, implicitement, décidé qu'en l'espèce, la *Bundesgerichtshof* a agi en qualité de juridiction appelée à adopter une décision de caractère juridictionnel. En revanche, l'Avocat général Mayras a expliqué que certaines matières relevant de la compétence du tribunal de première instance étaient considérées par le droit allemand comme « *des matières administratives exécutées dans des formes judiciaires, c'est-à-dire avec les garanties d'une véritable procédure contentieuse* » (176). Pour l'Avocat général, une fonction juridictionnelle est exercée dans de telles matières par toutes les juridictions concernées, y compris par le tribunal de première instance (177).

La mention de l'arrêt *Haaga* (178) dans l'arrêt *Job Centre I* (179) semble indiquer que la Cour n'a pas souscrit à la position de l'Avocat général à cet égard. Et il est tout de même singulier qu'il ait fallu attendre presque vingt cinq ans pour que la Cour explique que, pour elle, la procédure devenait nécessairement juridictionnelle au stade du recours contre la première décision (180). Cette lecture est, d'ailleurs,

---

(175) Comme l'a constaté l'Avocat général MAYRAS, c'était dans le cadre d'une procédure gracieuse que le *Bundesgerichtshof* avait saisi la Cour de justice à titre préjudiciel: conclusions sous l'arrêt de la Cour du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, précité note 25, sp. pp. 1212-13. À cet égard, Ch. SOULARD a pu écrire que « *l'on peut se demander si cette distinction entre des juridictions statuant en premier ressort et les autres qui statuent sur recours est vraiment pertinente. En effet, l'article 234 CE (Traité de Rome, ex art. 177) ne fait aucune réserve en ce qui concerne les juridictions statuant en premier ressort et, dans le cas d'espèce, la procédure n'était pas plus contentieuse devant la Cour d'appel que devant le tribunal civil* » (« *Fondements et objet du renvoi préjudiciel* », in *Lamy Procédures communautaires*, Etude 280, point 285/65).

(176) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, précité note 25, sp. p. 1213.

(177) *Ibid.*

(178) Arrêt de la Cour du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, précité note 25.

(179) Arrêt de la Cour du 19 octobre 1995, C-111/94, *Job Centre*, point 11, précité note 14.

(180) La Cour aurait-elle admis que la décision prise par le tribunal de première instance dans le cadre de l'opposition faite par Haaga à l'injonction qui lui avait été adressée par le *Rechtspfleger* était de nature juridictionnelle? On peut relever que dans l'affaire C-178/99, *Salzmann (Rec., 2001 p. I-4421)*, la Cour a jugé que lorsqu'il agit en qualité de tribunal chargé de la tenue du livre foncier, le *Bezirksgericht* exerce une fonction non juridictionnelle et n'est pas saisi d'un litige même lorsqu'une première décision négative à été prise par le *Rechtspfleger*; ce

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

confirmée par l'arrêt *HSB-Wohnbau* (181) dans lequel la Cour a clairement jugé qu'en matière de tenue du registre du commerce, en cause également dans l'affaire *Haaga*, l'*Amtsgericht* exerçait une fonction non-juridictionnelle.

### 2.3. – Le critère relatif au caractère contradictoire de la procédure

Que trancher judiciairement un litige implique l'adoption d'une décision au terme d'une procédure contradictoire est un truisme.

Pour l'Avocat général Saggio, « *il ne saurait subsister aucun doute quant à l'absolue nécessité du caractère contradictoire de l'organisme de renvoi pour que sa demande puisse être accueillie* » (182). Cependant, comme l'a constaté l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, le caractère contradictoire de la procédure n'est plus considéré par la Cour comme une condition de recevabilité d'une demande de décision préjudicielle (183).

En les assimilant, la Cour et certains Avocats généraux semblent confondre le contradictoire et le droit d'être entendu. Pourtant l'Avocat général Léger a justement souligné que, « *pour être effectif, l'exercice du contradictoire suppose que les parties soient en mesure de répondre aux arguments adverses* » (184).

La jurisprudence de la Cour a évolué. Si, très tôt, la Cour a déclaré que sa saisine préjudicielle n'était pas subordonnée au caractère contradic-

---

dernier étant un fonctionnaire employé par la juridiction, il ne saurait être considéré comme une instance statuant en première instance. Le *Bezirksgericht* agit en tant qu'autorité administrative lorsqu'il statue sur le recours contre la décision du *Rechtspfleger* qui s'apparente à une réclamation administrative interne. On peut également noter que dans l'ordonnance du 10 juillet 2001, *HSB-Wohnbau*, C-86/00, précitée note 14, la Cour a considéré qu'en matière de tenue de registre de commerce, l'*Amstgericht* exerce une fonction non juridictionnelle.

(181) Ordonnance de la Cour du 10 juillet 2001, *HSB-Wohnbau*, C-86/00, *Rec.*, p. I-5353, précitée note 14. Voir également, dans un contexte analogue, l'arrêt de la Cour du 15 janvier 2002, *Lutz e.a.*, C-182/00, *Rec.*, p. I-547, précité note 12.

(182) Conclusions de l'Avocat général M. SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, *Rec.*, p. I-5539, point 18. L'Avocat général a reconnu que « *à la lumière de certains arrêts récents de la Cour, l'absence de caractère contradictoire de la procédure n'est pas en elle-même déterminante pour nier la qualité de juridiction de l'organe de renvoi, il est néanmoins clair que, dans les cas dans lesquels la Cour a admis des revois préjudiciels effectués au cours d'une procédure sommaire dans laquelle le défendeur ne comparait pas, elle l'a fait en prenant la précaution de compenser cette lacune par un degré élevé d'impartialité et d'indépendance de l'organe appelé à juger* ». *Ibid.*

(183) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 32, précitées note 18.

(184) Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, *Rec.*, p. I-73, point 4, précité note 25.

TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

toire de la procédure devant le juge de renvoi (185), elle a adopté, plus récemment, une formule moins radicale selon laquelle le contradictoire n'est pas un critère absolu (186), même si la première formule est encore parfois employée (187). L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer constate que le critère du contradictoire « *a vu sa portée relativisée très rapidement* » (188) et qu'il « *a progressivement perdu ses contours* » (189). L'Avocat général Darmon considère que l'absence de contradictoire n'est acceptable que si l'indépendance, « *son pendant nécessaire* », est assurée (190), c'est à dire que l'absence du caractère contradictoire de la procédure devant le juge de renvoi « *doit obligatoirement être compensée par l'indépendance du juge à l'égard des parties au litige afin de donner la suite légale, au regard des règles de compétence, de recevabilité et au fond, à la demande et aux moyens invoqués par le demandeur à la procédure* » (191).

Mais, l'exigence de contradictoire, même différé, ne saurait être considérée ni comme subalterne, ni comme permutable avec celle d'indépendance. En outre, puisque l'indépendance et l'impartialité du juge sont des qualités dont l'absence rend inconcevable qu'un organe puisse être qualifié de juridiction, il en découle que l'exigence de contradictoire serait en réalité, selon la Cour, superfétatoire, sinon superflue. C'est ce qu'a remarqué l'Avocat général Van Gerven, en constatant que « *le caractère non contradictoire de la procédure au principal n'a, en principe, aucune incidence sur la recevabilité des questions posées* » (192).

---

(185) Arrêts de la Cour du 21 février 1974, *Birra Dreher S.p.a./Amministrazione delle finanze dello Stato*, 162/73, *Rec.*, p. 201, point 3; du 28 juin 1978, *Simmenthal SA/ Amministrazione delle finanze dello Stato*, 70/77, *Rec.*, p. 1453, point 9; du 17 mai 1994, *Corsica Ferries/Corpo dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, *Rec.*, p. I-1783, point 12, et du 19 octobre 1995, *Job Centre*, C-111/94, point 9, précité note 14.

(186) Arrêts de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, point 31, précité note 12; du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, point 37, précité note 157, et du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 14, précité note 71.

(187) Arrêt de la Cour du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, point 14, précité note 12.

(188) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 29, conclusions précitées note 18.

(189) *Ibid.*, point 33.

(190) Conclusions de l'Avocat général DARMON sous l'arrêt de la Cour du 30 mars 1993, C-24/92, *Corbiau/Administration des contributions*, *Rec.*, p. I-1277, sp. p. I-1288, point 9.

(191) *Ibid.*, point 26.

(192) Conclusions de l'Avocat général VAN GERVEN sous l'arrêt de la Cour du 17 mai 1994, *Corsica Ferries/Corpo dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, *Rec.*, p. I-1783, sp. p. I-1791, point 11. A l'inverse, le fait que les parties puissent être entendues n'a pas d'incidence sur le caractère de l'activité de l'organe en cause: voir l'arrêt de la Cour du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, point 18, précité note 12.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Pourtant, très fréquemment, aussi bien les Avocats généraux que la Cour soulignent le caractère contradictoire de la procédure devant l'organe ayant procédé au renvoi préjudiciel, de sorte que cette caractéristique n'est nullement subsidiaire et, loin d'être éclipsée, elle est, en réalité, ubiquiste et largement présente.

Dans l'affaire *Vaassen-Göbbels* l'Avocat général Gand a mentionné le caractère contradictoire de la procédure devant le *Scheidsgerecht* (193) et la Cour a considéré que les règles de la procédure contradictoire devant ce dernier étaient « analogues à celles qui régissent le fonctionnement des tribunaux de droit commun » (194). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *NV Nederlandse Spoorwegen*, l'Avocat général Mayras a souligné que les avis donnés à la Couronne par le Conseil d'Etat néerlandais étaient rendus « sur une procédure de caractère rigoureusement contradictoire » (195). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Haaga*, l'Avocat général Mayras a indiqué que, selon la jurisprudence constitutionnelle allemande, le droit à l'audition s'exerce également dans le cadre de la procédure gracieuse (196). Dans l'affaire *Broekmeulen*, l'Avocat général Reischl a remarqué que la procédure suivie par la commission de recours comportait le droit de la requérante d'être entendue et de se faire représenter par un avocat (197). Dans son arrêt, la Cour a constaté que d'après le règlement intérieur de l'Association royale néerlandaise pour la médecine, la commission de recours statue après une procédure contradictoire devant elle (198). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Nordsee*, l'Avocat général Reischl a relevé que la procédure devant le tribunal arbitral comportait l'audition des parties (199). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Giant*, l'Avocat général Jacobs a rappelé que la Députation permanente tenait des audiences publiques selon une procédure de type accusa-

---

(193) Conclusions de l'Avocat général GAND sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, sp. p. 405, conclusions précitées note 23.

(194) Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, sp. p. 395, précité note 23.

(195) Conclusions de l'Avocat général MAYRAS sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, *Rec.*, p. 1299, sp. p. 1320.

(196) Conclusions de l'Avocat général MAYRAS sous l'arrêt de la Cour du 12 novembre 1974, *Haaga GmbH*, 32/74, sp. p. 1213, précitées note 176.

(197) Conclusions de l'Avocat général REISCHL sous l'arrêt de la Cour du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, sp. p. 2338, conclusions précitées note 48.

(198) Arrêt de la Cour du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, *Rec.*, p. 2311, point 10, précité note 45.

(199) Conclusions de l'Avocat général REISCHL sous l'arrêt de la Cour du 23 mars 1982, *Nordsee/Reederei Mond*, 102/81, sp. p. 1116, précité note 57.

TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

toire (200). De même, l'Avocat général Léger a indiqué que la procédure devant l'*Immigration Adjudicator*, qui avait saisi la Cour dans l'affaire *El-Yassini* (201), avait « *un caractère accusatoire donc contradictoire* » (202) et la Cour a, de même, relevé que la procédure devant l'*Immigration Adjudicator* avait un caractère contradictoire (203). Dans l'affaire *AEB*, l'Avocat général Jacobs a indiqué que la procédure devant le *Tribunal de Defensa de la Competencia* espagnol était contradictoire (204). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Mannesmann*, l'Avocat général Léger a retenu le fait que la décision de renvoi par l'Office fédéral autrichien des adjudications avait été prise consécutivement à un débat contradictoire « *identique à ceux que connaissent les juridictions* » puisque les parties avaient déposé des mémoires et qu'une audience devant l'Office avait eu lieu (205). Dans l'arrêt *Dorsch Consult*, la Cour a remarqué qu'avant de statuer la commission fédérale allemande de surveillance de la passation des marchés était tenue d'entendre les parties (206). Dans son arrêt *Garofalo*, la Cour a constaté que la procédure devant le Conseil d'Etat Italien était contradictoire (207), ainsi que l'a rappelé dans ses conclusions l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer (208). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Victoria Film*, l'Avocat général Fennelly a rappelé le caractère contradictoire de la procédure devant la commission suédoise de droit fiscal (209). L'Avocat général Saggio a noté que, conformément à la réglementation applicable, la procédure devant l'Office des adjudications du Land du Tyrol qui avait saisi la Cour dans l'affaire *Köllensperger* était contradictoire (210) et la Cour a considéré que les cinq critères dégagés par

---

(200) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 19 mars 1991, *Giant/Overijse*, C-109/90, *Rec.*, p. I-1385, point 6.

(201) Arrêt de la Cour du 2 mars 1999, *Eddline El-Yassini*, C-416/96, précité note 71.

(202) Conclusions de l'Avocat général LÉGER sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1999, C-416/96, *Eddline El-Yassini, Rec.*, p. I-1209, point 20.

(203) Arrêt de la Cour du 2 mars 1999, *Eddline El-Yassini*, C-416/96, point 20, précité note 71.

(204) Arrêt de la Cour du 16 juillet 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, point 11, précité note 25.

(205) Conclusions de l'Avocat général LÉGER sous l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, *Rec.*, p. I-73, point 44.

(206) Arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, point 33, C-54/96, précité note 12. L'Avocat général TESAURO a cependant évoqué « *l'absence du contradictoire entre les parties* », conclusions, *ibid.*, p. I-4975, point 31.

(207) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, point 23, précité note 71.

(208) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, point 25, conclusions précitées note 122.

(209) Conclusions de l'Avocat général FENNELLY sous l'arrêt de la Cour du 12 novembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, point 21, précité note 11.

(210) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, *Rec.*, p. I-551, point 19.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (211), y compris la nature contradictoire de la procédure, ont été respectés par ledit Office (212). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft*, l'Avocat général Saggio a relevé que le contradictoire était respecté dans la procédure devant la Chambre administrative indépendante du Land de Carinthie, puisque cette dernière était régie par les dispositions de la loi qui l'avait instituée selon lesquelles une audience orale devait avoir lieu et, qu'en outre, les règles de procédure, y compris le contradictoire, prévues par la loi générale relative à la procédure devant les juridictions administratives lui étaient applicables (213).

Dans l'arrêt *Gabalfrisa*, la Cour a remarqué que, dans le cadre de la procédure devant le *Tribunal Económico-Administrativo*, les intéressés avaient le droit, conformément à la loi, de déposer des mémoires et de demander la tenue d'une audience orale. Elle a considéré, dès lors, que la procédure de réclamation fiscale devant ledit *Tribunal* satisfaisait à l'exigence d'une procédure contradictoire (214). Dans l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft*, l'Avocat général Jacobs et la Cour ont considéré que la procédure particulière que devait suivre, en l'espèce, la Cour suprême autrichienne, était contradictoire bien que cette dernière ait dû statuer sur les faits tels que présentés par la partie requérante et que la partie défenderesse n'eût pas le droit de les contester (215). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Unitron Scandinavia*, l'Avocat général Alber a remarqué que la commission de recours danoise en matière de marchés publics appliquait les règles de procédure civile, que la procédure devant elle était contradictoire et qu'elle comportait, souvent, une audience orale (216). Dans l'affaire *Abrahamsson*, la Cour et l'Avocat général Saggio ont considéré que l'exigence relative au caractère contradictoire de la procédure était satisfaite par la commission de recours suédoise pour l'enseignement supérieur même si ce caractère ne résultait qu'impli-

---

(211) Arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, précité note 23.

(212) Arrêt de la Cour du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, *Rec.*, p. I-551, points 17 et 18, précité note 12.

(213) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 4 mars 1999, *HI*, C-258/97, *Rec.*, p. I-1405, point 13.

(214) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, point 37, précité note 157.

(215) Arrêt de la Cour du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, précité note 71.

(216) Conclusions de l'Avocat général ALBER sous l'arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, *Rec.*, p. I-8291, point 17.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

citement des dispositions législatives qui lui étaient applicables (217). Dans son arrêt, la Cour a estimé que le fait que les parties avaient la possibilité « *de présenter des observations et de prendre connaissance des informations fournies par d'autres parties* » et que la tenue d'une procédure orale était également prévue, répondaient à l'exigence de contradictoire (218). Dans ses conclusions sous l'arrêt *Schmid*, l'Avocat général Tizzano a estimé que le caractère contradictoire de la procédure devant la cinquième chambre d'appel de la direction régionale des finances pour Vienne, la Basse-Autriche et le Burgenland, était suffisamment garantie par « *la vaste possibilité offerte aux contribuables qui contestent les décisions de l'administration des finances de faire valoir leur point de vue devant les chambres d'appel* » (219). Dans l'arrêt *De Coster*, la Cour a relevé que, compte tenu des dispositions législatives applicables, la procédure devant le Collège juridictionnel de la Région Bruxelles-Capitale revêtait un caractère contradictoire. En effet, une copie de la requête était notifiée à la défenderesse qui avait le droit de présenter un mémoire en réponse, mémoire communiqué à la requérante. En outre, les parties avaient le droit de consulter le dossier et de présenter leurs observations orales dans le cadre d'une audience publique (220). Dans l'affaire *Längst* la Cour a relevé que « *toutes les parties intéressées ont été entendues* » par le *Landgericht Stuttgart* qui l'avait saisie à titre préjudiciel (221). Pour reconnaître la qualité de juridiction de la commission hellénique de la concurrence, l'Avocat général Jacobs a considéré qu'« *un élément plus caractéristique d'une juridiction est l'audition devant la commission de la concurrence, au cours de laquelle les plaignants et les défendeurs peuvent être légalement représentés et bénéficient de droits procéduraux similaires à ceux dont disposent les parties à une procédure juridictionnelle ordinaire* ». Ces « *garanties* », a-t-il conclu, « *confèrent dans une certaine mesure à la procédure décisionnelle de la commission de la concurrence le caractère contradictoire requis* » (222). Dans l'affaire

---

(217) Arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 35, précité note 15, et conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous cet arrêt, point 18.

(218) Arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 33, précité note 15.

(219) Conclusions de l'Avocat général TIZZANO sous l'arrêt de la Cour du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, *Rec.*, p. I-4573, point 24.

(220) Arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, points 15 et 16, précité note 71.

(221) Arrêt de la Cour du 30 juin 2005, *Längst*, C-165/03, point 26, précité note 98.

(222) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, *Rec.*, p. I-4609, point 21.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

*Emanuel*, la Cour et l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer ont constaté que la procédure devant la *Person appointed by the Lord Chancellor under Section 76 of the Trade Marks Act 1994, on appeal from the Registrar of Trade Marks* était contradictoire (223). Enfin, dans l'affaire *Häupl*, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a fait référence à la nature contradictoire de la procédure devant l'*Oberster Patent-und Makesenat autrichien* (224) et dans l'affaire *Kommunikationsbehörde Austria*, le même Avocat général a relevé que, devant l'organe de renvoi, le *Bundeskommunikationssenat* autrichien, « la procédure prévoit un débat contradictoire, dans la mesure où les parties font valoir leurs arguments..., y compris au cours d'une audience, accordée d'office ou à leur demande... » (225).

L'approche ambivalente de la Cour quant à l'exigence du contradictoire était l'une des raisons pour lesquelles la Cour régionale de Szeged a récemment saisi cette dernière à titre préjudiciel de la question de savoir si l'absence de contradictoire dans la procédure devant une juridiction du second degré, statuant sur l'appel interjeté de la décision adoptée, elle aussi sans procédure contradictoire, par le tribunal départemental de Bács-Kiskum, en sa qualité de tribunal chargé de la tenue du registre des sociétés, pouvait être considérée comme une juridiction au sens du droit communautaire (226).

La réunion des critères énoncés par l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (227), complétés par ceux dégagés par l'ordonnance *Borker* (228), est susceptible de constatations essentiellement objectives et n'a donné lieu, que très exceptionnellement, à des divergences de vue entre la Cour et ses Avocats généraux. En effet, l'origine légale, la permanence, la saisine obligatoire de l'organe de renvoi, sa mission de trancher un litige sur la base du droit en adoptant, à cette fin, une décision contraignante de caractère juridictionnel et, à un moindre degré, le caractère contradic-

---

(223) Arrêt de la Cour du 30 mars 2006, *Emanuel*, C-259/04, point 23, précité note 75, et conclusions sous cet arrêt, point 31.

(224) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER du 26 octobre 2006 dans l'affaire C-246/05, *Häupl*, point 29; arrêt du 14 juin 2007, *Rec.*, p. I-4673, point 20.

(225) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER du 24 mai 2007 dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk (ORF)*, C-195/06, point 26 (d), précitée note 34; arrêt rendu le 18 octobre 2007, *Rec.*, p. I-8817.

(226) Aff. C-210/06, Demande de décision préjudicielle présentée par la *Szegedi Ítéletábla* (Hongrie) le 5 mai 2006 – *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt* (JO, 2006, C 165, p. 17). Les conclusions de l'Avocat général POIARES MADURO ont été prononcées le 22 mai 2008 et l'arrêt de la Cour rendu le 16 décembre 2008, *Rec.*, 2008 p. I-9641.

(227) Précité note 23.

(228) Précitée note 83.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

toire de la procédure, peuvent être tout simplement vérifiés (229). Au regard de ces critères, c'était, notamment, la constatation de l'absence d'un litige que l'organe de renvoi avait pour fonction de trancher par l'adoption d'une décision de caractère juridictionnel qui constituait la raison pour laquelle la qualité de juridiction au sens du droit communautaire a été niée. En revanche, la satisfaction des autres critères requis, ceux comportant divers aspects et plusieurs degrés se prête, en raison du poids variable accordé à leur pondération, à des appréciations essentiellement subjectives et a été, en effet, différemment appréhendée.

### 3. – LES CRITÈRES IMPLIQUANT UNE APPRÉCIATION SUBJECTIVE

#### 3.1. – L'exigence d'indépendance

Bien qu'apparue tardivement dans la jurisprudence, notamment à partir de l'arrêt *Almelo* (230), conformément, d'ailleurs, aux conclusions de l'Avocat général Darmon (231), « *la nécessité d'indépendance à laquelle doit répondre toute instance juridictionnelle* » (232) est une exigence, à la fois essentielle et existentielle, au sens étymologique de ces termes, et constitue une condition *sine qua non* pour qu'un organe puisse se voir reconnaître la qualité de juridiction. Elle est intégrée à

---

(229) Cependant, admettre ou nier que la présence concomitante de certains de ces critères seulement permet d'attribuer, dans chaque cas d'espèce, la qualité de juridiction à l'organe de renvoi relève d'une appréciation subjective.

(230) Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij*, C-393/92, précité note 59.

(231) Conclusions de l'Avocat général DARMON sous l'arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij*, C-393/02, précité note 59, point 30.

(232) *Ibid.*, point 21. On retrouve, précédemment, des références à l'indépendance du juge dans les arrêts de la Cour du 11 juin 1987, *Pretore di Salò/X*, 14/86, point 7, précité note 17, et du 21 avril 1988, *Pardini/Ministero del commercio con l'estero*, 338/85, point 9, précité note 87. Cependant, le critère d'indépendance, intégré à la formule reproduisant ceux dégagés par l'arrêt *Vaassen-Göbbels*, précité, note 23, n'a fait son apparition dans la jurisprudence qu'à partir de l'arrêt *Almelo*. Le renvoi, dans ce dernier, à l'arrêt *Corbiau* (arrêt du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, précité note 166) n'est pas entièrement justifié dans la mesure où, dans l'arrêt *Corbiau* la Cour n'avait déclaré que la notion communautaire de juridiction ne pouvait, « *par essence même, désigner qu'une autorité qui a la qualité de tiers par rapport à celle qui a adopté la décision faisant l'objet du recours* » : arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij*, C-393/92, point 15, précité note 59. Or, comme l'a souligné l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, « *l'assimilation de l'indépendance à la qualité de tiers de l'organe décisionnel vis-à-vis des parties est par trop réductrice et simpliste* » (conclusions sous l'arrêt, *De Coster*, C-17/00, précitées note 18, point 93).

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

la formule consacrée tirée de l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (233) et fréquemment soulignée par les Avocats généraux (234).

L'on peut s'étonner de ce que la Cour n'ait pas mentionné cette exigence axiomatique d'indépendance dès le premier arrêt relatif à la notion de juridiction et qu'elle ne l'ait véritablement consacrée que plusieurs décennies après que les critères relatifs à la notion de juridiction eurent été dégagés dans l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (235). Pourtant, dans ses observations dans l'affaire *Vaassen-Göbbels*, la Commission avait attiré l'attention de la Cour sur l'indépendance du *Scheidsgerecht* par rapport à la caisse de sécurité sociale (236), la décision de laquelle était contestée devant lui.

Très tôt, les Avocats généraux s'attachèrent à examiner l'indépendance de l'organe dont la qualité de juridiction devait être déterminée. Ainsi, dans ses conclusions sous l'arrêt *Nederlandse Spoorewegen*, l'Avocat général Mayras a souligné que la composition de la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais, fixée par la loi, lui conférerait « *les plus hautes garanties d'impartialité et d'indépendance* » (237). L'Avocat général Reischl était d'avis que, compte tenu de sa composition, la commission de recours de l'Association royale néerlandaise pour la promotion de la médecine, en cause dans l'affaire *Broekmeulen*, bénéfici-

---

(233) Voir par exemple arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, point 23, précité note 12; du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, point 19, précité note 71; du 22 octobre 1998, *Jokela*, C-9/97 et C-118/97, point 18, précité note 71; du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, point 17, précité note 12; du 2 mars 1999, *Eddine El-Yassini*, C-416/96, point 17, précité note 71, et du 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, point 14, précité note 71; ordonnances de la Cour du 26 novembre 1999, *ANAS*, C-192/98, point 20, précitée note 12, et *RAI*, C-440/98, point 11, précitée note 12; arrêts du 21 mars 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-10/98 à C-147/98, point 33, précité note 157; du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 29, précité note 15; du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, point 24, précité note 71; du 14 juin 2001, *Salzmann*, C-178/99, point 13, précité note 12; du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 10, précité note 71; du 15 janvier 2002, *Lutz e.a.*, C-182/00, point 12, précité note 12, et du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, point 34, précité note 71; ordonnances de la Cour du 14 juin 2002, *Hermann Pfanner Getränke e.a.*, C-248/01, non publiée au *Recueil*, point 14, précitée note 71, et du 11 juillet 2003, *Cafom et Samsung*, C-161/03, non publiée au *Recueil*, point 12, précité note 71; arrêts de la Cour du 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, C-125/04, point 12, précité note 58, et du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, point 29, précité note 71.

(234) Voir, par exemple, les conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous les arrêts de la Cour du 12 décembre 1996 dans les affaires jointes C-74/95 et C-129/95, *Procédures pénales contre X* (*Rec.*, p. I-6609, point 4), et les conclusions de l'Avocat général LÉGER sous l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96 (*Rec.*, p. I-73, points 36 et 41, conclusions précitées note 205).

(235) Précité.

(236) Affaire 61/65, sp. p. 388, précitée note 23.

(237) Conclusions de l'Avocat général MAYRAS sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorewegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, sp. p. 1320, précitées note 195.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

ciait d'une « certaine indépendance » (238). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Danfoss*, l'Avocat général Lenz a cru pouvoir se référer à la jurisprudence selon laquelle « la notion communautaire de juridiction implique une instance indépendante chargée de connaître de litiges » (239). Dans l'affaire *AEB*, l'Avocat général Jacobs, à l'instar de la Commission, a considéré que le *Tribunal de Defensa de la Competencia* espagnol exerçait ses fonctions « en toute indépendance » (240).

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Corbiau*, l'Avocat général Darmon a insisté sur l'indispensable exigence d'indépendance de tout organe juridictionnel (241). Cette exigence, a-t-il déclaré, est « inhérente à la mission de juger » (242). « L'indépendance », considère l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, « n'est pas un attribut accidentel, mais substantiel, de la fonction juridictionnelle... Elle signifie équidistance par rapport aux parties et à l'objet du litige, c'est-à-dire absence de tout intérêt dans la solution du litige qui ne soit pas la stricte application de l'ordre juridique » (243). De même, l'Avocat général Saggio a souligné que l'indépendance des juges « doit être garantie par des dispositions claires » (244) qu'il convient d'examiner « avec une rigueur extrême » (245). Pour lui, « tout organisme qui prétend exercer des fonctions juridictionnelles doit en principe garantir un degré élevé d'imperméabilité vis-à-vis de toute influence externe susceptible, ne serait-ce que potentiellement, de mettre en péril l'indépendance de jugement quant aux litiges sur lesquels il est appelé à se prononcer » (246).

---

(238) Conclusions de l'Avocat général REISCHL sous l'arrêt de la Cour du 6 octobre 1981, *Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie*, 246/80, sp. p. 2338, précitée note 48.

(239) Conclusions de l'Avocat général LENZ sous l'arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, 109/88, *Rec.*, p. 3199, point 17. Il est vrai qu'auparavant, dans l'arrêt *Pretore di Salò*, la Cour avait déclaré qu'elle a compétence pour répondre aux questions préjudicielles qui émanent d'une juridiction qui a agi dans le cadre général de sa mission de juger « en indépendance et conformément au droit... » (arrêt de la Cour du 11 juin 1987, 14/86, *Pretore di Salò/X*, point 7, précité note 17).

(240) Affaire C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada e.a.*, *Rec.*, p. I-4785, respectivement p. I-4809 et p. I-4794, précitée note 25.

(241) Arrêt de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, point 10, précité note 166.

(242) Conclusions de l'Avocat général DARMON sous l'arrêt de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, point 10, précitées note 190.

(243) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, points 92 et 93, précitées note 182.

(244) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 20, précitées note 18.

(245) *Ibid.*, point 19.

(246) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, point 21, précitées note 210.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

L'exigence d'indépendance, qualité inhérente à toute juridiction, c'est à dire un tribunal inséré dans une structure judiciaire pyramidale (247), vise également tous les organes administratifs prétendant revêtir cette qualité, ceux faisant partie intégrante de l'autorité administrative dont la décision est contestée devant eux et ceux qui lui sont extérieurs. Etablir son existence nécessite une analyse des liens qui rattachent l'organe concerné à l'administration et implique, souvent, un examen du statut de ses membres, notamment, leur inamovibilité et les circonstances de leur éventuelle révocation.

Dans les cas de renvoi préjudiciel par des organes administratifs faisant partie intégrante de l'autorité administrative dont émane la décision devant eux contestée, la Cour vérifie la nature des liens qui les rattachent à l'administration. Ainsi, dans l'affaire *Corbiau*, le « *lien organique évident* » existant entre le Directeur des contributions qui avait saisi la Cour et le service de l'administration fiscale dont la décision avait été contestée, était une considération déterminante pour dénier à celui-ci la qualité de juridiction en droit communautaire, sa qualité de juridiction au sens du droit interne nonobstant (248).

Cependant, depuis l'insolite, voire énigmatique, arrêt *Gabalfrisa* (249), la Cour a adopté une approche, généreusement qualifiée de « *moins rigoureuse* » (250), qui dénature le critère de l'indépendance (251). A partir de cet arrêt, il apparaît que l'existence d'un lien organique n'est pas, en soit, décisive et qu'elle ne constitue, en réalité, qu'une sorte de présomption simple qui peut être renversée par l'existence d'une séparation fonctionnelle entre le service dont émane la décision contestée et l'organe, appartenant à la même administration, chargé de connaître des réclamations contre une telle décision (252). A cet égard, dans l'arrêt *Walter Schmid* (253) la Cour a expliqué qu'un organe, devant lequel est introduit un recours contre une décision

---

(247) Conclusions de l'Avocat général MAYRAS sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, sp. p. 1320, précitées note 195. V. en général, J. VAN COMPERNOLLE & G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du Juge et de l'Arbitre*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

(248) Arrêt de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, point 16, précité note 166.

(249) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, précité note 157.

(250) Conclusions de l'Avocat général TIZZANO sous l'arrêt de la Cour du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, point 28, précitées note 219.

(251) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 91, précitées note 18.

(252) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, point 39, précité note 157.

(253) Arrêt de la Cour du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, précité note 71.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

prise par les services de l'administration à laquelle il appartient, ne peut être considéré comme une juridiction lorsqu'il présente un lien organique avec ladite administration, « à moins que le contexte juridique national soit de nature à garantir la séparation fonctionnelle entre, d'une part, les services de l'administration dont les décisions sont contestées et, d'autre part, l'autorité qui statue sur les réclamations introduites contre les décisions desdits services, sans recevoir aucune instruction de l'administration dont ces services relèvent » (254).

Les arrêts préjudiciels rendus par la Cour révèlent le caractère indispensable du critère relatif à l'indépendance de l'organe de renvoi et la divergence d'appréciation, parfois profonde et irréductible, entre la Cour et ses Avocats généraux quant à la satisfaction de ce critère.

Dans l'arrêt *Dorsch Consult* (255) la Cour a reconnu le caractère indépendant de la commission fédérale allemande de surveillance de la passation des marchés publics alors que l'Avocat général Tesauero le lui avait véhémentement dénié. L'Avocat général avait observé que la commission de surveillance était, en réalité, « une émanation du Bundeskartellamt, c'est-à-dire de l'administration » et qu'elle était appelée à se prononcer sur des litiges en matière de passation de marchés publics, « c'est-à-dire de litiges opposant l'administration et des administrés » (256). Cette circonstance, à elle seule, devrait exclure que l'on puisse entériner l'indépendance de la commission de surveillance à moins, ironise-t-il, que l'indépendance requise des juges ne doive être comprise que « comme une qualité morale des personnes physiques qui composent le collège » (257). Rappelant que les membres de la commission de surveillance « appartiennent à l'administration et continuent à lui appartenir, y compris d'un point de vue fonctionnel », l'Avocat général Tesauero déclare : « un système tel que celui en cause ici, dans lequel la qualité de juge est reconnue, à titre temporaire et pour l'exercice de fonctions déterminées, à un nombre limité de fonctionnaires de l'administration, auxquels on applique un nombre tout aussi limité de dispositions applicables aux juges, en excluant toutefois les garanties normalement prévues pour ces derniers en matière d'annulation de la nomination et de mutation, nous semble trop compliqué et trop peu transparent pour garantir

---

(254) Arrêt précité note 71, point 37.

(255) Arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, précité note 12.

(256) Conclusions de l'Avocat général TESAURO sous l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, point 36, précitées note 56.

(257) *Ibid.*

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

*concrètement la stabilité nécessaire pour assurer l'indépendance de ceux qui exercent une fonction de juge*» (258).

Insensible à ces implacables arguments, la Cour n'a partagé ni ce raisonnement ni cette appréciation. Elle a relevé, en premier lieu, que les dispositions de la loi instituant la commission de surveillance prévoient expressément que cette dernière exerce la mission qui lui est confiée en toute indépendance et sous sa propre responsabilité, que ses membres sont indépendants et qu'ils sont soumis au respect de la loi (259). En second lieu, la Cour a souligné que, les «*dispositions essentielles*» de la loi relative aux magistrats concernant l'annulation, la révocation, la nomination et l'indépendance étaient applicables par analogie aux membres de la commission de surveillance qui appartiennent au *Bundeskartellamt* (260).

Pour l'Avocat général Tesouro, ces dispositions législatives étaient insusceptibles de modifier les données du problème. L'indépendance des membres de la commission de surveillance appartenant au *Bundeskartellamt* et qui exercent, simultanément, les fonctions de membres de ce dernier et de la commission de surveillance, ne saurait être reconnue. En effet, a-t-il souligné, la durée du mandat de tels membres n'était pas fixée par les textes de sorte qu'à tout moment ils pouvaient être relevés de leurs fonctions au sein de la commission, alors que celui des membres extérieurs était de cinq ans. Cette circonstance, insinuait l'Avocat général, «*permet de penser qu'il ne s'agit pas d'un simple oubli*» (261). En outre, alors que la Cour n'a mentionné que certaines des dispositions de la loi relative aux magistrats et qui s'appliquaient également aux membres de la commission de surveillance appartenant au *Bundeskartellamt*, l'Avocat général a rappelé que les dispositions de ladite loi prévoyant le droit des magistrats de s'opposer à la décision de les révoquer de leurs fonctions ou de les muter n'étaient, en revanche, pas applicables à ces membres de la commission de surveillance, «*de telle sorte que ces derniers pouvaient être 'révoqués' librement et à tout moment par le président du Bundeskartellamt*» (262).

L'arrêt *Dorsch Consult* marque, selon l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, le début du processus de «*relâchement progressif*» par la Cour de l'exigence d'indépendance (263). Pour sa part, le juge Moitinho

---

(258) *Ibid.*, point 35.

(259) Affaire C-54/96, point 35, précitée note 12.

(260) *Ibid.*, point 36.

(261) Conclusions sous l'affaire C-54/96, point 34, précitées note 56.

(262) *Ibid.*

(263) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 26, précitées note 18.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

de Almeida estime que cet arrêt démontre que la « *Cour s'oriente vers une conception très large des exigences de l'indépendance...* », du moins et paradoxalement, lorsque l'organe qui la saisit ne fait pas partie de l'organisation judiciaire nationale (264).

L'indépendance de l'Office des adjudications du Land du Tyrol a été la seule question discutée dans l'affaire *Köllenseperger* (265). La loi du Land du Tyrol relative à la passation des marchés publics, instituant l'Office auprès du service du gouvernement du Land du Tyrol, détermine sa compétence et son fonctionnement ainsi que sa composition et le mode de désignation de ses membres.

Pour l'Avocat général Saggio, le fait que la loi Tyrolienne contienne des dispositions relativement vagues concernant les circonstances dans lesquelles l'administration peut révoquer les membres dudit Office et que les cas de récusation des membres et de leur abstention n'y soient pas prévus, compromettent l'indépendance de l'Office. La Cour partage l'analyse de l'Avocat général mais, s'appuyant sur d'autres facteurs, elle parvient, en revanche, à la conclusion que la condition de l'indépendance est remplie. La Cour relève qu'une disposition la loi en cause prévoit expressément que la loi sur la procédure administrative générale s'applique à la procédure devant l'Office. Or, cette dernière loi comporte des dispositions détaillées relatives à l'abstention des membres de l'organe concerné. De surcroît, selon la jurisprudence constitutionnelle autrichienne, une méconnaissance de cette obligation entache de vice de forme la décision adoptée qui pourrait, dans de telles circonstances, être invoquée en justice. En outre, la loi tyrolienne reproduit une disposition de la Constitution fédérale autrichienne relative à l'indépendance des membres des autorités collégiales de caractère juridictionnel tel que l'Office, et énonce expressément que les membres de l'Office ne sont tenus par aucune instruction dans l'exercice de leurs fonctions.

Eu égard à l'ensemble de ces dispositions la Cour a conclu, désavouant son Avocat général, que l'on ne saurait nier la garantie de l'indépendance des membres de l'Office et a déclaré qu'il ne lui appartenait pas de supposer que les dispositions pertinentes de la loi tyrolienne seraient appliquées d'une manière contraire à la Constitution autrichienne et au principe de l'état de droit (266).

---

(264) « La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE) », précitée note 22, sp. p. 477. Cette constatation est antérieure à l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait*, C-53/03, précité note 71.

(265) Arrêt de la Cour du 4 février 1999, *Köllenseperger et Atzwanger*, C-103/97, précité note 12.

(266) L'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER considère que par cet arrêt la Cour abandonne l'exigence d'avoir la qualité de tiers et l'exigence des règles spécifiques destinées à garantir

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

L'indépendance du Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale a été reconnue par la Cour dans l'arrêt *De Coster* en raison, notamment, du fait que ses membres étaient désignés par le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale et non pas par l'administration communale sur les décisions de laquelle ils devaient statuer, que ses membres étaient nommés à titre irrévocable pour une période illimitée et que la qualité de membre de Collège juridictionnel était incompatible avec celle de membre d'un conseil communal ou de membre du personnel d'une administration communale (267).

L'indépendance de la Commission suédoise de recours pour l'enseignement supérieur a été admise par la Cour, dans l'affaire *Abrahamsson*, contrairement aux conclusions de l'Avocat général Saggio, au motif que les dispositions constitutionnelles prévoyaient que cette Commission statue en toute impartialité et sans recevoir aucune instruction (268). Si dans l'arrêt *Abrahamsson* (269), la Cour a retenu le fait que l'indépendance de la Commission suédoises pour l'enseignement supérieur était visée par la Constitution, l'Avocat général Jacobs a considéré, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Syfait*, que le fait que la commission hellénique de la concurrence n'était pas incluse parmi les autorités indépendantes mentionnées dans la Constitution nationale n'avait pas d'incidence sur la reconnaissance de l'indépendance de cette commission, dès lors que cette indépendance était garantie par des dispositions législatives (270).

Dans l'arrêt *Emanuel*, la Cour s'est contentée de constater que, pendant la période d'exercice de son mandat, la personne désignée par le Lord Chancellor en vertu de l'article 76 de la loi de 1994 sur les marques pour statuer en appel sur les décisions du registre des marques bénéficie des mêmes garanties d'indépendance que les juges (271).

L'indépendance de l'*Oberster Patent-und Markensenzat* autrichien a été reconnue par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer puisque la loi sur

---

l'indépendance des membres de l'organe concerné et se satisfait des dispositions génériques (conclusions sous l'arrêt du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 24, précitées note 18).

(267) Arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, points 17 à 21, précité note 18. L'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER relève que « le Collège est une institution qui bénéficie d'une indépendance fonctionnelle, mais qui n'en fait pas moins partie intégrante de l'organisation administrative de la Région de Bruxelles-Capitale » (voir ses conclusions, point 116).

(268) Arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 36, précité note 15. Pour les mêmes raisons, l'Avocat général ALBER a retenu l'indépendance de la commission danoise de recours en matière de marchés publics; conclusions sous l'arrêt de la Cour du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, point 17, précitées note 216. Dans son arrêt la Cour s'est référée, à cet égard, aux conclusions de l'Avocat général, *ibid.*, point 15.

(269) Précité.

(270) Précité points 37 et 40.

(271) Arrêt de la Cour du 30 mars 2006, *Emanuel*, C-259/04, point 24, précité note 75.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

les brevets qui l'a institué dispose que ses membres bénéficient d'une indépendance complète et qu'ils ne sauraient recevoir d'instruction de quelque personne que ce soit (272). Il en est de même du *Bundeskommunikationssenat* autrichien dont les cinq membres, y compris trois juges, sont nommés par le président fédéral sur proposition du gouvernement pour un mandat de six ans et dont l'indépendance est assurée par la constitution (273).

Le «*relâchement progressif*» par la jurisprudence de la Cour quant à l'exigence d'indépendance, constaté par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, a atteint son paroxysme dans l'arrêt *Gabalfrisa* (274).

Était en cause dans cette affaire une commission au sein du ministère espagnol de l'économie et des finances, dénommée *Tribunal Económico-Administrativo*, chargée de se prononcer sur des réclamations présentées par les particuliers contre les décisions de l'administration fiscale. Les membres du *Tribunal* sont des fonctionnaires du ministère, désignés par le ministre qui dispose, à leur égard, d'un certain pouvoir discrétionnaire de révocation.

La «*proximité structurelle*» dudit *Tribunal* à l'administration fiscale et le pouvoir de nomination et de révocation de ses membres, détenu par le ministre, ont conduit l'Avocat général Saggio à douter «*que le Tribunal dispose d'une indépendance telle qu'elle permette de servir de garantie précise contre les interventions et pressions indues de la part du pouvoir exécutif*» (275).

Sans aborder les arguments tirés des modes de désignation et de révocation des membres du *Tribunal* par le ministre, la Cour a considéré que la fonction confiée au *Tribunal*, – statuer sur des réclamations introduites contre les décisions des services de l'administration fiscale –, était distincte de celle de gestion, de liquidation et de recouvrement des taxes et impositions indues exercée par ces derniers, et que, dès lors, cette circonstance «*garantit une séparation fonctionnelle*» entre eux, laquelle suffisait pour établir l'indépendance du *Tribunal* (276).

---

(272) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER du 26 octobre 2006, dans l'affaire C-246/05, *Häupl, Rec.*, p. I-4673, point 28; arrêt du 14 juin 2007, *ibid.*, point 18.

(273) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER dans l'affaire C-195/06, *Kommunikationsbehörde Austria/Österreichischer Rundfunk*, point 26, précitée note 34; arrêt rendu le 18 octobre 2007, *Rec.*, p. I-8817.

(274) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, précité note 157.

(275) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, points 16 et 17, précitées note 21.

(276) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, points 39 et 40, précité note 157. On se rappellera que la qualité de juridiction avait été attribuée par la Cour au *Tribunal Económico-Administrativo Central de Madrid*, sans que ses caractères aient

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Cependant, dans l'affaire *Schmid* (277), la Cour semble avoir porté une appréciation différente quant à l'indépendance de la cinquième chambre d'appel de la direction régionale des finances pour Vienne, la Basse-Autriche et de Burgenland. Pour la Cour, ni le fait que le code fédéral des impôts prévoyait que les membres de la chambre d'appel ne reçoivent aucune instruction dans l'exercice de leurs fonctions, ni le fait qu'en pratique, le président de la Direction régionale des finances renonçait à la présidence de la chambre qui lui revenait légalement et qu'il désignait, pour cette fonction, un membre de l'administration fiscale, ni, enfin, le fait que le second membre de la chambre d'appel appartenant à l'administration fiscale n'intervenait pas dans les matières et les procédures dont il avait la charge au sein de cette administration, ne lui ont paru suffisants pour garantir l'indépendance de la chambre d'appel (278).

Cette dernière est instituée par la commission d'appel du Land qui est placée sous la direction du Directeur de la direction régionale des finances. Certains membres de la commission d'appel sont nommés par le ministre fédéral des finances ou par le président de la direction régionale et certains autres sont désignés par les organisations professionnelles. Des chambres d'appel sont constituées au sein de chaque commission. Leurs membres sont issus de la commission d'appel. Trois membres sont désignés par les organisations professionnelles, un membre appartient à l'administration fiscale, et c'est le président de la direction régionale qui assume la présidence ou qui désigne à cette fin un autre fonctionnaire de l'administration des finances.

Pour la Cour, la chambre d'appel est une émanation de l'administration fiscale sur les décisions de laquelle elle est amenée à statuer. Le fonctionnaire de l'administration fiscale, membre de la chambre d'appel, continue à exercer des responsabilités au sein de l'administration et est soumis, dès lors, aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques. La Cour relève que, puisqu'aucune disposition législative expresse ne détermine la durée du mandat des membres de la chambre d'appel, le président de la direction régionale des finances retient le pouvoir d'en modifier, discrétionnairement et à tout moment, la composition (279).

---

été discutés par la Cour ou par l'Avocat général GULMANN; affaires jointes C-260/91 et C-261/91, *Diversint e Iberlacta/Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, précitées note 27.

(277) Arrêt de la Cour du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, précité note 71.

(278) *Ibid.*, point 43.

(279) *Ibid.*, point 41. Une telle circonstance, on s'en souvient, était retenue par l'Avocat général TESAURO, mais non pas par la Cour, pour nier le caractère indépendant des membres de la commission allemande de surveillance de la passation des marchés publics; aff. C-54/96, point 34, précitée note 12.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Enfin, la Cour souligne que le président de la direction régionale peut former un recours devant la Cour administrative contre la décision de la chambre d'appel et défendre à cette occasion, éventuellement sur instructions du ministère des finances, une position différente de celle prise par la chambre qu'il préside. L'indépendance de la chambre d'appel ne pouvait pas, dès lors, être reconnue (280).

Dans l'arrêt *Syfait* (281), la Cour a considéré, qu'à la différence des *Tribunales Económico-Administrativos* espagnols, dont la qualité de juridiction avait été reconnue par l'arrêt *Gabalfrisa* (282), l'*Epitropi Antagonismou*, commission hellénique de la concurrence, entretenait un lien fonctionnel avec son secrétariat, circonstance qui ne permettait pas de la qualifier de juridiction au sens du droit communautaire. La Cour a relevé que les travaux du secrétariat étaient dirigés et coordonnés par le président de l'*Epitropi Antagonismou*, lui-même fonctionnaire de l'Etat et supérieur hiérarchique, en matière disciplinaire, du personnel du secrétariat. Le secrétariat serait, selon la Cour, un organe d'instruction chargé de soumettre à l'*Epitropi Antagonismou* des propositions de décisions. Pour dénier à l'*Epitropi Antagonismou* la qualité de juridiction au sens de l'article 234 du traité pour défaut d'indépendance, la Cour retient, en outre, le fait que ladite commission « est soumise à la tutelle du ministre du Développement... qui est habilité, dans certaines limites, à contrôler la légalité des décisions de l'*Epitropi Antagonismou* » (283). Dans son arrêt, la Cour a estimé que cette commission n'a pas véritablement le statut d'un tiers vis-à-vis de son secrétariat qui lui soumet des propositions sur lesquelles elle doit statuer, le rôle de ce dernier s'apparentant, selon la Cour, à celui d'une partie dans le cadre d'une procédure en matière de concurrence (284). Ne contestant pas l'indépendance personnelle et fonctionnelle dont jouissent les membres de l'*Epitropi Antagonismou*, la Cour a, néanmoins, estimé que, eu égard à l'absence de garanties particu-

(280) Arrêt de la Cour du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, point 42, précité note 71.

(281) Arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, points 31 et 32, précité note 71.

(282) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, précité note 157.

(283) Arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, point 31, précité note 71. Cette constatation a été réfutée par MM. TAGARAS et WÆLBROECK selon qui « tant les décisions de l'*Epitropi Antagonismou* relatives aux ententes et pratiques anticoncurrentielles, y compris les abus des positions dominantes, que ses décisions relatives aux concentrations, contraignantes et immédiatement exécutoires dans les deux cas, sont uniquement susceptibles de recours, en principe sans effet suspensif, devant la Cour d'appel d'Athènes » (« Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du traité, un étrange arrêt de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2005, p. 491, sp. p. 479).

(284) Arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, point 33, précité note 71. Voir les observations critiques de MM. TAGARAS et WÆLBROECK, article précité note 283, pp. 480 et s.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

lières en matière de révocation et d'annulation de leur nomination, ces derniers n'étaient pas à l'abri de pressions indues susceptibles d'être exercées par le pouvoir exécutif (285).

L'Avocat général Jacobs a, en revanche, considéré que la séparation fonctionnelle entre l'*Epitropi Antagonismou* et son secrétariat, nonobstant leurs liens structurels, était suffisamment établie pour permettre de conclure à l'indépendance de la Commission de la concurrence, puisque pouvaient être distingués le pouvoir d'enquête du secrétariat concernant les alléguées infractions à la loi grecque relative au contrôle des monopoles et des oligopoles ainsi qu'à la protection de la libre concurrence et le pouvoir juridictionnel de la Commission elle-même (286).

### 3.2. – Le statut et les qualités des membres de la juridiction

L'indépendance de l'organe est tributaire, dans une large mesure, du statut de ses membres, notamment de leur inamovibilité et des circonstances dans lesquelles ils peuvent être révoqués pendant la durée de leur office (287). L'inamovibilité des membres de l'organe ayant recours au renvoi préjudiciel est, à présent, l'une des considérations retenues par les Avocats généraux et par la Cour dans l'appréciation de l'indépendance de l'organe en cause.

Dans l'affaire *Dorsch Consult*, l'Avocat général Tesauro a émis des « *doutes sérieux* » quant à l'indépendance de la Commission fédérale de surveillance sous l'aspect de l'inamovibilité des membres qui la composent (288). La durée du mandat de ceux des membres de la Commission de surveillance qui appartiennent au *Bundeskartellamt* n'étant pas préalablement définie, ils ne bénéficient d'aucune garantie d'inamovi-

---

(285) *Ibid.*, point 31. Cette affirmation est contestée par MM. TAGARAS et WAELBROECK selon qui, compte tenu de ses décisions précédentes, sur ce point l'arrêt *Syfait* constituerait un « *revirement radical et inattendu de la jurisprudence* » : article précité note 283, p. 480.

(286) Conclusions sous l'arrêt *Syfait*, points 27 à 35, précitées, note 71. Selon MM. TAGARAS et WAELBROECK, les compétences du président de l'*Epitropi Antagonismou* à l'égard du secrétariat de cette dernière ne permettent pas de constater l'existence, entre eux, d'un lien fonctionnel suffisamment étroit pour nier à l'*Epitropi Antagonismou* le caractère d'indépendance requis pour l'application de l'article 234 CE. « *Ceci d'autant plus que, selon les règles en vigueur, le président n'est nullement impliqué dans le déroulement des enquêtes et des vérifications du secrétariat ni dans la rédaction des rapports que celui-ci adresse, à l'issue des enquêtes et des vérifications, à l'Epitropi Antagonismou* » (article précité note 283, sp. p. 483).

(287) Selon l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, l'inamovibilité représente une des garanties de l'indépendance des juges (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 92, précitées note 18).

(288) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/65, point 33, précité note 12.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

bilité qui est indispensable pour assurer leur indépendance (289). De même, dans l'affaire *Gabalfrisa*, l'Avocat général Saggio a considéré que les membres du *Tribunal Económico-Administrativo*, étant des fonctionnaires du ministère de l'économie et des finances espagnol, et partant, susceptibles d'être révoqués par le ministre, ils ne bénéficiaient pas de garantie d'inamovibilité (290). De même, selon l'Avocat général Saggio, en l'absence de dispositions spécifiques définissant les circonstances dans lesquelles les membres de la commission suédoise de recours pour l'enseignement supérieur, en cause dans l'affaire *Abrahamsson*, pouvaient être révoqués, cette commission ne pouvait pas être considérée comme indépendante (291). Pour l'Avocat général, le pouvoir de révocation ne devrait pas se transformer « *en une forme d'ingérence dans la liberté et dans l'indépendance de jugement des membres de la commission* » (292). Pour garantir l'indépendance absolue de la commission de recours, l'obligation de non-ingérence dans ses activités devait être formulée par des « *dispositions claires* » (293).

L'Avocat général Jacobs a relevé que les membres du Tribunal espagnol de *Defensa de la Competencia* étaient inamovibles (294). L'Avocat général Léger s'est référé, dans l'affaire *Mannesmann* (295), à l'inamovibilité des membres de l'Office fédéral autrichien des adjudications et a constaté que les motifs de leur révocation « *sont limitativement énumérés et correspondent à des hypothèses objectives ou, en ce qui concerne le motif tenant à l'existence d'une négligence grave, à des manquements dont l'importance exigée par la loi réduit le risque d'arbitraire ou d'ingérence de la part des autorités administratives* » (296).

A l'instar de l'Avocat général Saggio, la Cour a constaté que les membres de la Commission finlandaise de recours en matière d'acti-

---

(289) *Ibid.*, point 34.

(290) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, point 16, précitées note 21.

(291) Conclusions de l'Avocat général SAGGIO sous l'arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 19, précitées note 182.

(292) *Ibid.*, point 20.

(293) *Ibid.*

(294) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 16 juillet 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia/Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, *Rec.*, p. I-4785, point 11.

(295) Arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, précité note 25.

(296) Conclusions de l'Avocat général LÉGER, sous l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, point 41, précitées note 205.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

vités rurales qui l'avait saisie dans l'affaire *Jokela* (297) bénéficient de la même inamovibilité que les juges (298).

Dans l'affaire *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft*, l'Avocat général Saggio a souligné que les membres de la chambre administrative indépendante chargée d'assurer le contrôle de la légalité des actes de l'administration du Land, le *Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*, ne pouvaient être révoqués que dans les cas expressément prévus par la loi et qu'une décision collégiale de la chambre elle-même était nécessaire à cette fin (299).

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Köllensperger* (300), l'Avocat général Saggio souligne que les dispositions concernant la composition et le fonctionnement d'un organe juridictionnel doivent garantir « *de manière stricte* » l'indépendance et l'impartialité de ses membres (301). Il a considéré que les dispositions législatives concernant la révocation des membres de l'Office des adjudications du Land du Tyrol avaient un caractère « *trop vague pour servir de garantie contre des interventions ou pressions indues de la part du pouvoir exécutif* » (302).

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Emanuel*, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer n'avait pas de doute quant à l'indépendance de la personne désignée par le Lord Chancellor en vertu de l'article 76 de la loi de 1994 sur les marques pour statuer en appel sur les décisions du registre des marques, puisque les circonstances, exceptionnelles, dans lesquelles il peut être mis fin à ses fonctions sont prévues par la loi. Même si la décision appartient au Lord Chancellor, « *le sens exceptionnel de la mesure, d'interprétation nécessairement restrictive, dissipe tout doute* » (303).

Puisque la durée du mandat des membres de l'*Oberster Patent-und Markensenat* autrichien et les causes pour lesquelles ils pourraient être révoqués sont prévues par la loi, l'indépendance de cette autorité admi-

---

(297) Arrêt de la Cour du 22 octobre 1998, *Jokela*, C-9/97 et C-118/97, précité note 71.

(298) Arrêt, *ibid.*, point 20; conclusions, *ibid.*, point 16.

(299) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 4 mars 1999, *HI*, C-258/97, point 14, précitées note 213.

(300) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, précité note 12.

(301) *Ibid.*, point 22.

(302) *Ibid.*, point 26. La Cour souscrit à l'analyse de l'Avocat général mais, en tempérant la portée des dispositions en cause, arrive à une conclusion opposée: point 19 de l'arrêt précité note 12.

(303) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 30 mars 2006, *Emanuel*, C-259/04, point 30, précitées note 77.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

nistrative qui saisit la Cour dans l'affaire *Häupl*, a été reconnue par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer (304).

C'est dans l'arrêt *Corbiau* (305) que la Cour, sensibilisée par les conclusions de l'Avocat général Darmon, a pour la première fois considéré, ce qui était une évidence, que la notion communautaire de juridiction implique, « *par essence même* », que cette dernière revête la qualité de tiers par rapport à l'organe auteur de la décision contestée devant elle (306). Elle a réitéré cette évidence dans l'arrêt *Schmid* (307). Se référant à l'arrêt *Corbiau*, la Cour a considéré dans l'affaire *Hermann Pfanner Getränke* que, lorsqu'il statue sur une *vorstellung* contre une décision d'astreinte par lui adoptée, le *landersgericht Feldkrich*, ne saurait être considéré comme une juridiction « *cette notion ne pouvant, par essence même, désigner qu'une autorité qui a la qualité de tiers par rapport à celle qui a adopté la décision faisant l'objet du recours* » (308).

Dans l'affaire *Gabalfrisa*, la Cour a considéré que le *Tribunal Económico-Administrativo* avait la qualité de tiers par rapport aux autres services du ministère de l'économie et des finances, en dépit du fait que ses membres, appartenant à ce ministère, devaient se prononcer sur les décisions prises par les services de ce dernier (309). En revanche, dans l'arrêt *Schmid* (310), la Cour a retenu plusieurs caractéristiques de la cinquième chambre d'appel de la direction régionale des finances pour Vienne, la Basse-Autriche et de Burgenland pour lui dénier, conformé-

---

(304) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER du 26 octobre 2006 dans l'affaire C-246/05, *Häupl*, point 28 ; arrêt du 14 juin 2007, point 18, *Rec.*, p. I-4673.

(305) Arrêt de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, précité note 166. Dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour du 30 novembre 1995, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati et Procuratori di Milano*, C-55/94, précité note 31, l'Avocat général LÉGER a souligné que, par rapport à l'autorité qui avait adopté la décision faisant l'objet de recours devant lui, le Conseil national italien de l'Ordre des Avocats avait la qualité de tiers (point 13).

(306) Arrêt de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, point 15, précité note 166.

(307) Arrêt de la Cour du 30 mai 2002, *Schmid*, C-516/99, point 36, précité note 71. Dans cet arrêt, la Cour déclare simplement que la notion communautaire de juridiction « *ne peut désigner qu'une autorité qui a la qualité de tiers par rapport à celle qui a adoptée la décision attaquée* ». On peut constater que l'incise « *par essence même* » figurant dans l'arrêt *Corbiau* n'est pas reprise. L'Avocat général MANCINI était d'avis que dans le domaine de la procédure gracieuse « *la nature de tiers du juge, c'est-à-dire le fait qu'il soit étranger aux intérêts qui doivent être défendus, n'existe pas ou est, ou à tout le moins, discutable* » (conclusions sous l'arrêt de la Cour du 11 juin 1987, *Pretore di Salò/X*, 14/86, *Rec.*, p. 2545, sp. p. 2556).

(308) Ordonnance de la Cour du 14 juin 2002, *Hermann Pfanner Getränke e.a.*, C-248/01, non publiée au *Recueil*, point 17, précitée note 71.

(309) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, point 40, précité note 157.

(310) Arrêt de la Cour du 30 mai 2001, *Schmid*, C-516/99, précité note 71.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

ment aux conclusions de l'Avocat général Tizzano, la qualité de tiers par rapport à la direction régionale des finances sur les décisions de laquelle elle devait statuer. La Cour a relevé que deux des cinq membres de la chambre d'appel appartenaient à l'administration fiscale au sein de laquelle ils continuaient à exercer leurs fonctions. Elle a, en outre, remarqué que la présidence de la chambre d'appel revenait, de droit, au président de la direction régionale qui désignait, à sa guise, les membres de la chambre d'appel et qu'en l'absence de dispositions expresses relatives à la durée de leur mandat, il pouvait les révoquer à son gré. A ces circonstances s'ajoutait le fait que le président de la direction régionale pouvait, sous instructions du ministre des finances, introduire un recours contre les décisions de la chambre d'appel. La Cour en conclut que la chambre d'appel «*présente avec la direction régionale des finances dont émanent les décisions contestées devant elle un lien organique et fonctionnel qui s'oppose à ce que lui soit reconnue la qualité de tiers par rapport à cette administration*» (311).

Dans l'arrêt *Abrahamsson*, la Cour a établi la qualité de tiers de la Commission suédoise pour l'enseignement supérieur car cette dernière était indépendante, de par la Constitution même, de l'Université de Göteborg sur la décision de laquelle elle devait se prononcer en toute impartialité et sans recevoir aucune instruction (312).

Mais si la qualité de tiers est un aspect de l'indépendance du juge, elle l'est aussi de son impartialité (313).

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Nederlandse Spoorwegen*, l'Avocat général Mayras a évoqué l'impartialité de la section du contentieux

---

(311) *Ibid.*, points 38 à 42. L'Avocat général TIZZANO retient deux autres facteurs pour démontrer que la chambre d'appel n'a pas la qualité de tiers par rapport à l'administration fiscale : «*le fait que ces services n'assument pas le rôle de 'parties' dans la procédure devant les chambres d'appel, à laquelle ne peuvent participer que les contribuables qui contestent les décisions de l'administration fiscale. Le défaut de participation à la procédure des services responsables de la décision attaquée contredit en effet l'idée que lesdites chambres se trouvent dans une situation de 'tiers' par rapport aux deux parties opposées, et semble au contraire supposer que, dans ce cadre, ce sont les chambres elles-mêmes qui défendent les intérêts de l'administration. En second lieu, [...] le fait que [...] les chambres d'appel participent en qualité de parties défenderesses aux éventuels litiges devant la Cour administrative contre leurs décisions. La possibilité de défendre sa décision devant un juge administratif et le fait d'assumer le rôle de partie dans la procédure en question nous paraissent en effet difficilement conciliable avec la position de 'tiers' qui doit caractériser la fonction juridictionnelle*» (point 31 des conclusions sous l'arrêt précité note 71).

(312) Arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-408/98, points 36 et 37, précité note 15.

(313) Comme le constate R. KOVAR, «*l'indépendance des juridictions est intimement liée à l'impartialité inhérente à la qualité de juge*» («*La notion de juridiction en droit européen*», précité note 6, sp. p. 618).

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

du Conseil d'Etat néerlandais, garantie par la loi (314). Dans l'affaire *El-Yassini*, l'Avocat général Léger a rappelé que, pendant la durée de son mandat, l'*Immigration Adjudicator* bénéficiait des mêmes garanties d'impartialité que celles conférées aux juges professionnels (315). De même, dans l'affaire *Garofalo*, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer et la Cour ont souligné l'impartialité des membres du Conseil d'Etat italien (316).

L'impartialité s'apprécie, concrètement, par les circonstances dans lesquelles un membre de l'organe concerné peut se voir récuser et celles dans lesquelles il doit s'abstenir de participer dans la procédure.

Dans l'affaire *Köllensperger*, la Cour et l'Avocat général Saggio ont souligné l'absence de toute réglementation spécifique en ce qui concerne l'abstention et la récusation des membres de l'Office des adjudications du Land du Tyrol (317). Dans l'arrêt *De Coster*, la Cour a relevé qu'il existait des dispositions expresses relatives à la récusation des membres du Collège juridictionnel de la Région Bruxelles-Capitale et que les causes de telles récusations étaient identiques à celles qui étaient applicables aux magistrats de l'ordre judiciaire (318).

## 4. – CONCLUSION

Dans la grande majorité des cas, les Avocats généraux et la Cour étaient du même avis quant à la qualification de l'organe de renvoi (319). Cependant, dans au moins trois affaires, les Avocats généraux ont considéré qu'à l'organe de renvoi devait être attribuée la qualité de juridiction alors que la Cour a adopté une position contraire (320). Dans au moins cinq affaires, les Avocats généraux ont conclu à l'absence de

(314) Conclusions de l'Avocat général MAYRAS sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, sp. p. 1320, précitées note 195.

(315) Conclusions de l'Avocat général LÉGER sous l'arrêt de la Cour du 2 mars 1999, *Eddline El-Yassini*, C-416/96, point 21, précitées note 202.

(316) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, point 25, précité note 71, et conclusions sous cet arrêt, point 25.

(317) Conclusions points 25-29; arrêt point 20. Tandis que l'Avocat général a dénié à l'Office la qualité de juridiction, la Cour la lui a reconnue, constatant, notamment, que la loi relative à la procédure administrative générale qui contient « des dispositions très précises sur les circonstances dans lesquelles les membres de l'organe concerné doivent s'abstenir » s'appliquait à la procédure devant l'Office; arrêt, points 20-24.

(318) Affaire C-17/00, *François de Coster*, précitée note 18, point 20.

(319) Il faut rappeler que, conformément à l'article 20 du Statut de la Cour, l'Avocat général ne conclut pas dans toutes les affaires et que dans les cas dans lesquels la Cour décide par voie ordonnance, les conclusions des Avocats généraux ne sont pas rendues publiques.

(320) Affaire C-111/94, *Job Centre*, précitée note 14; affaire C-134/97, *Victoria Film*, précitée note 11, et affaire C-53/03, *Syfait e.a.*, précitée note 71.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

la qualité de juridiction de l'organe qui avait saisi la Cour alors que cette dernière la leur a reconnue (321). Dans cinq affaires, le désaccord entre la Cour et ses Avocats généraux portait, essentiellement, sur l'appréciation du critère de l'indépendance. Dans quatre d'entre elles, les Avocats généraux ont refusé d'admettre la qualité de juridiction aux organes de renvoi alors que la Cour la leur a reconnue (322). Dans une seule affaire, la Cour a dénié, pour défaut d'indépendance, la qualité de juridiction à l'organe qui l'avait saisie tandis que l'Avocat général la lui avait reconnue (323).

D'autres critères, objectifs et subjectifs, que devraient satisfaire les organes nationaux pour se voir reconnaître la qualité de juridiction au sens du droit communautaire, sont parfois abordés.

Aux critères objectifs retenus par la Cour l'on pourrait ajouter la capacité de la décision adoptée d'acquiescer à l'autorité de chose jugée et le fait d'être exécutoire et susceptible d'obtenir l'exequatur. En effet, dans l'affaire *Nordsee*, la Cour a relevé que le tribunal arbitral qui l'avait saisie présentait certaines caractéristiques qui permettaient de faire un rapprochement avec une juridiction, en particulier, le fait que la sentence rendue avait, entre les parties, autorité de chose jugée et pouvait constituer un titre exécutoire si elle était revêtue de l'exequatur (324). L'on peut également remarquer que, dans l'arrêt *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst*,

---

(321) Affaire C-54/96, *Dorsch Consult*, précitée note 12; affaire C-103/97, *Köllensperger et Atzwanger*, précité note 12; affaires C-110/98 et C-147/98, *Gabalfrisa e.a.*, précitées note 157; affaire C-407/98, *Abrahamsson et Anderson*, précitée note 15, et affaire C-17/00, *De Coster*, précitée note 71.

(322) Affaire C-54/96, *Dorsch Consult*, précitée note 12; affaire C-103/97, *Köllensperger et Atzwanger*, précité note 12; affaires jointes C-110/98 et C-147/98, *Gabalfrisa e.a.*, précitées note 157; affaire C-407/98, *Abrahamsson et Anderson*, précitée note 15. L'on peut ajouter que le Collège juridictionnel de la Région Bruxelles-Capitale, qui a saisi la Cour dans l'affaire C-17/00, *De Coster*, précité note 71, était considéré par l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER comme ayant un « *profil particulier* » et comme étant un « *cas limite* » (conclusions, *ibid.*, points 102, 112 et 118) et que même s'il bénéficiait d'une indépendance fonctionnelle n'en faisait pas moins partie intégrante de l'organisation administrative de la Région de Bruxelles-Capitale (*ibid.*, point 116). La Cour a reconnu l'indépendance et l'impartialité dudit Collège et sa qualité de juridiction au sens du droit communautaire, *ibid.*, points 17-22.

(323) Arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, précité note 71.

(324) Arrêt de la Cour du 23 mars 1982, *Nordsee/Reederei Mond*, 102/81, point 10, précité note 57. Se référant à ces traits, l'Avocat général REISCHL a considéré qu'ils confèrent à la sentence « *les mêmes effets qu'un acte d'autorité judiciaire* »; *Ibid.*, p. 1119. Dans l'affaire *Vaassen-Göbbels*, le gouvernement néerlandais a indiqué que les décisions du *Scheidsgerecht* n'étaient pas munies de la clause exécutoire et que pour obtenir l'exécution l'intéressé devait saisir les juridictions civiles (arrêt du 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels/Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 61/65, sp. p. 388, précité note 23). Dans les observations présentées dans l'affaire *Danfoss*, le gouvernement danois a indiqué que le tribunal d'arbitrage catégoriel rendait des sentences exécutoires (arrêt du 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening*, 109/88, sp. p. 3203, précité note 59).

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

la Cour a évoqué l'autorité de la chose jugée de la décision susceptible d'être prise par l'organe de renvoi (325) et que, dans l'arrêt *Längst*, la Cour, à l'instar de l'Avocat général Tizzano, a relevé le fait que la décision, que le *Landgericht Stuttgart* pouvait être amené à prendre dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à la saisine préjudicielle, « *acquiert force de chose jugée à l'encontre de toutes les parties intéressées* » (326).

À cet égard, il convient de rappeler que, dans ses conclusions sous l'arrêt *De Coster*, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a insisté sur le fait que l'exercice de la fonction juridictionnelle, à savoir de juger et de faire exécuter la chose jugée, était l'apanage des juges (327).

Un critère tenant à la qualité professionnelle des membres de l'organe de renvoi est parfois évoqué.

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Syfait*, l'Avocat général Jacobs a considéré qu'« *il convient d'examiner, pour apprécier le caractère juridictionnel d'un organe, combien de ses membres possèdent des qualifications de juriste ou de juge. Dans le cas de la Commission grecque de la concurrence, [...] les règles prévoient que, sur un total de neuf membres, seuls deux doivent être juristes : le premier étant un universitaire et le second un membre du Conseil juridique de l'Etat, en activité ou non, ou un ancien juge civil ou administratif. Il n'y a apparemment aucune garantie quant aux qualifications juridiques du Président. A mon sens, compte tenu du nombre relativement limité de postes spécifiquement attribués à des juristes, il y a lieu d'éprouver quelque doute quant à la qualité de juridiction de la Commission de la concurrence* » (328). Cette condition, inédite, qui, par ailleurs, interdirait aux tribunaux de commerce et aux conseils de prud'hommes de saisir la Cour de justice, n'a pourtant pas empêché l'Avocat général de reconnaître la qualité de juridiction à la Commission de la concurrence grecque. En effet, compte tenu de la composition de cette dernière, l'Avocat général a conclu que « *le nombre limité de postes réservé aux juristes et juges ne permet pas d'écarter la qualification de juridiction* » (329). L'on peut également rappeler que, dans ses conclusions dans l'affaire *De Coster*, parmi les circonstances

---

(325) Arrêt de la Cour du 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, point 30, précité note 71.

(326) Arrêt de la Cour du 30 juin 2005, *Längst*, C-165/03, point 26, précité note 98.

(327) Conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 84, précitées note 18.

(328) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, point 26, précitées note 71.

(329) *Ibid.*, point 33.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

ne permettant pas de qualifier le Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a inclus le fait que les membres de ce dernier ne peuvent pas être juges (330). Dans l'affaire *Abrahamsson*, l'Avocat général Saggio mentionnait les observations du gouvernement suédois indiquant, entre autres, que conformément au règlement applicable, le président et le vice-président de la commission de recours pour l'enseignement supérieur, composée de huit membres, qui avait saisi la Cour a titre préjudiciel, étaient des magistrats et que trois autres membres devaient être des juristes (331). Dans son arrêt la Cour a, de même, relevé que parmi les huit membres de ladite commission, le président et le vice-président doivent être ou avoir été juges titulaires et que, parmi les cinq autres membres, trois au moins doivent être juristes (332).

Parmi les critères subjectifs, la motivation de la décision à adopter par l'organe du renvoi mérite une considération particulière. Si l'absence de toute motivation peut être objectivement constatée, c'est le caractère suffisant de la motivation qui est susceptible d'appréciations subjectives différentes.

Bien que tenue pour « *inhérente à la décision de justice* » (333), la motivation de la décision à adopter par l'organe ayant saisi la Cour à titre préjudiciel ne figure pas, étrangement, parmi les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridiction. Pourtant, la Cour est tenue, elle-même de motiver ses arrêts puisque son Statut prévoit, dans son article 36, que les arrêts sont motivés et les articles 63 et 81 respectivement du Règlement de procédure de la Cour et de celui du Tribunal disposent que les arrêts par eux rendus en contiennent les motifs (334).

Au-delà d'une fonction pédagogique, la motivation des jugements est « *une véritable exigence de la démocratie... la Justice doit rendre*

---

(330) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, point 116, précitées note 18.

(331) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 17, précitées note 182.

(332) Arrêt de la Cour du 6 juillet 2000, *Abrahamsson et Anderson*, C-407/98, point 31, précité note 15.

(333) Conclusions de l'Avocat général DARMON sous l'arrêt de la Cour du 30 mars 1993, *Corbiau/Administration des contributions*, C-24/92, point 35, précitées note 190.

(334) Sur la question de la motivation des arrêts de la Cour, voir notamment, U. EVERLING, « Reflections on the reasoning in the judgements of the Court of justice of the European Communities », in *Festschrift til Ole Due*, Copenhague, G.E.C. Gads Forlag, 1994, p. 55; O. DUE, « Pourquoi cette solution ? (de certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes) », in *Mélanges Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, vol. 1, p. 273. V. en général, *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome III, Limoges, 1998, Paris, LGDJ, 2000.

## TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

*des comptes au citoyen : par des décisions claires et rationnellement construites elle contribue à démontrer l'excellence de la norme et, par voie de conséquence, à conforter l'indispensable consensus unissant les citoyens et leur système juridique*» (335). La motivation constitue une « *garantie fondamentale de bonne justice* » (336), inextricablement partie des droits de la défense.

Dans cette perspective, l'on peut lire de la plume autorisée de P. Pescatore: « *à la différence du pouvoir politique, qui statue en pure opportunité, le juge doit justifier en droit toute disposition qu'il prend: c'est l'obligation de motivation qui amène le juge à devoir justifier explicitement sa compétence, chaque fois qu'elle est contestée; ensuite, et dans tous les cas, la substance de ses décisions, en fait et en droit. L'obligation de motivation se relie étroitement à la publicité de l'administration de la justice. Dans une société démocratique, le juge doit exposer ses décisions à la critique du tout-venant, y compris bien entendu l'autorité politique, la presse et ce tribunal particulièrement sourcilleux qu'est l'opinion juridique. Le seul passage secret de la justice est le délibéré, mais son condensé obligé, dans la forme de la motivation, est soumis à la règle de publicité et, partant à la critique* » (337).

La Cour aurait pu retenir un tel critère dès l'affaire *Vaassen-Göbbels* puisqu'une disposition du règlement du *Scheidsgerecht*, mentionnée dans la partie 'en fait' de l'arrêt, prévoyait que les décisions de ce dernier étaient motivées (338). La Cour et les Avocats généraux ont, parfois, relevé l'existence d'une telle circonstance sans pour autant en avoir discuté le caractère suffisant ou insuffisant dans les cas d'espèce.

Ainsi, dans ses conclusions afférentes à l'affaire *Nederlandse Spoorwegen*, l'Avocat général Mayras a remarqué qu'un projet d'arrêt motivé a été joint à l'avis présenté à la Couronne par la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais (339). Dans l'affaire *Giant*, l'Avocat général Jacobs a souligné qu'en statuant sur des litiges relatifs aux impositions locales, la Députation permanente du Conseil provincial de

---

(335) P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, La Motivation, Tome III, Limoges, 1998, Paris, LGDJ, 2000, p. 5.

(336) J. LEROY, « La force du principe de motivation », *ibid.*, p. 35.

(337) P. PESCATORE, « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin? », in *Festskrift til Ole Due*, Copenhague, G.E.C. Gads Forlag, 1994, p. 299, sp. p. 326.

(338) Affaire 61/65, sp. p. 384, précité note 23.

(339) Conclusions sous l'arrêt de la Cour du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen/Minister van Verkeer en Waterstaat*, 36/73, précitées note 25, sp. p. 1320.

TÂTONNEMENT PRÉJUDICIEL

Brabant était tenue de motiver ses décisions (340). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Kommunikationsbehörde Austria*, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a relevé que les décisions du *Bundeskommunikationssenat* qui a saisi la Cour sont motivées (341). Dans l'arrêt *Dorsch Consult*, la Cour a noté que la commission fédérale de surveillance était obligée, de par la loi, de motiver ses décisions (342). Dans l'affaire *El-Yassini*, la Cour, à l'instar de l'Avocat général Jacobs, a souligné que, conformément à la loi, les décisions de l'*Immigration Adjudicator* étaient motivées (343). Dans l'affaire *Garofalo*, la Cour a remarqué que l'avis donné par le Conseil d'Etat italien au Président de la République dans le cadre du recours extraordinaire était motivé (344). De même, dans son arrêt *Gabalfrisa* (345), la Cour a souligné que, conformément aux dispositions légales, les décisions du *Tribunal Económico-Administrativo* étaient motivées en fait et en droit.

---

(340) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous l'arrêt de la Cour du 19 mars 1991, *Giant/Overijse*, C-109/90, point 6, précitées note 200.

(341) Conclusions du 24 mai 2007 dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk (ORF)*, C-195/06, point 26, précitée note 34; arrêt rendu le 18 octobre 2007, *Rec.*, p. I-8817.

(342) Arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, point 33, précité note 12.

(343) Arrêt de la Cour du 2 mars 1999, *Eddlinne El-Yassini*, C-416/96, point 20, précité note 71; conclusions, *ibid.*, point 20.

(344) Arrêt de la Cour du 16 octobre 1997, *Garofalo e.a.*, C-69/96 à C-79/96, point 24, précité note 71.

(345) Arrêt de la Cour du 21 novembre 2000, *Gabalfrisa e.a.*, C-110/98 à C-147/98, point 38, précité note 157.

-4-

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

À PROPOS DES ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE  
DANS L'AFFAIRE FOGLIA C. NOVELLO

### INTRODUCTION

D'après la jurisprudence communautaire, dont la constance pouvait laisser croire à son immutabilité, la configuration du mécanisme préjudiciel est devenue familière. Sa physionomie apparaissait connue, ses contours identifiables. A la base du système établi par l'article 177 du traité C.E.E. se trouve une répartition de compétences entre la Cour de justice et les juridictions nationales et l'esprit de collaboration entre elles en constitue la sève (1).

En raison de la structure de la Communauté et au vu des exigences qui commandent l'application du droit communautaire, la procédure préjudicielle revêt une importance particulière. Confiée aux organes

---

(1) De l'abondante doctrine sur le renvoi préjudiciel on mentionnera, en premier lieu l'article de A. Peppy, « L'article 177 du traité de Rome et les juridictions françaises », R.C.D.I.P., 1963, p. 475 et R.C.D.I.P., 1964, p. 695, et le tryptique du même auteur, « Les questions préjudicielles dans les traités de Paris et de Rome et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », cah. dr. europ., 1965, p. 194 ; « Le rôle des juridictions nationales dans l'application de l'art. 177 et la jurisprudence de la Cour de justice », cah. dr. europ., 1966, p. 21 ; « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du traité de Rome », cah. dr. europ., 1966, p. 459 ; V. également, A. Donner, « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes », R.C.A.D.I., 1965 (II), p. 1, et du même auteur, « Interprétation et application », *Service juridique de la commission*, 31 janv. 1974, Doc. n° JUR/214/74-F ; M. Merchiers, Rapport fait au nom de la Commission juridique du Parlement européen sur les problèmes posés par l'application de l'art. 177 du traité C.E.E., documents de séance 1969-1970, n° 94, 15 sept. 1969 ; M. Lagrange, « Les difficultés du sursis à statuer dans l'application de l'article 177 du traité de Rome », *Bulletin des juristes européens*, 1969, p. 25 ; M. Lagrange, « L'action préjudicielle dans le droit interne des Etats membres et en droit communautaire », R.T.D.E., 1974, p. 268 ; M. Gaudet, « La coopération judiciaire, instrument d'édification de l'ordre juridique communautaire », in *Festschrift für Walter Hallstein*, Francfort, Klestermann, 1966, p. 202 ; R. Kovar, « La Cour de justice des Communautés européennes et l'intégration des systèmes juridiques : analyse fonctionnelle de la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation », in *Federalism and supreme courts and the integration of legal systems UGA*, Heule, 1973, p. 217, F. Dumon, « Le renvoi préjudiciel », in *Semaine de Bruges*, 1965, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, p. 197 ; J. De Richemont, *L'intégration du droit communautaire dans l'ordre juridique interne*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1975 ; R.-M. Chevallier et D. Maidani, *Guide pratique article 177 C.E.E.*, Office de publications officielles des Communautés européennes, 1982.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

nationaux, l'exécution décentralisée du droit communautaire, s'effectuant conformément aux règles de procédure interne, risque d'aboutir à une disparité par trop marquée dans sa signification matérielle et dans ses effets. Commun dans ses origines, le droit communautaire doit avoir une portée identique à travers les Etats membres. C'est là un impératif cardinal de l'ordre juridique institué par le traité (2).

C'est cet objectif que vise à réaliser l'article 177 du traité en l'absence de voies d'appel auprès de la Cour de justice à l'encontre de décisions rendues par les juridictions nationales. C'est par le fonctionnement de l'appareil judiciaire étatique que le droit communautaire, dans son application contentieuse, doit déployer ses effets à l'intérieur de l'ordonnement juridique national.

Il faut cependant admettre que ce but n'est pas à même d'être entièrement atteint. Comme le juge A. Donner l'a justement souligné, l'article 177 ne crée qu'un moyen visant à promouvoir l'uniformité dans l'interprétation du droit communautaire par le truchement des décisions préjudicielles. C'est sur le terme « *promouvoir* » que l'auteur insiste car « *aussi longtemps qu'il subsiste une multiplicité des juridictions, l'uniformité de la jurisprudence demeure relative* » (3).

Même ainsi comprise, la procédure préjudicielle est essentielle dans l'application judiciaire du droit communautaire. L'article 177 du traité attribue à la Cour de justice compétence pour répondre aux questions préjudiciellement soumises par les juridictions des Etats membres. Mais dans le cadre de cette procédure, plus que dans toute autre, la Cour est tributaire des juridictions nationales. Ces dernières, en ayant recours au renvoi préjudiciel, visent un objectif quelque peu différent de celui poursuivi par la Cour. En saisissant la Cour à titre préjudiciel, le juge interne désire notamment être éclairé sur un point de droit communautaire soulevé à propos d'un litige pendant devant lui (4). Les deux traits fondamentaux de la procédure préjudicielle sont, comme l'a noté M.F.-Ch. Jeantet, « *atteindre l'objectif de l'unification (ou plutôt de la non-diversification) du droit communautaire, mais y parvenir*

---

(2) V. notamment, P. Pescatore, *L'Ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses Universitaires, 2 éd., 1973, p. 187 s. et p. 214 s.

(3) A. Donner, *Interprétation et application*, loc. cit., p. 12.

(4) Comme l'a écrit Cl. Berr, « *Les tribunaux... lorsqu'ils surseoient à statuer au cours d'une instance attendent une réponse précise donnée dans le cadre du litige et qui leur permettra de satisfaire les parties. La Cour de justice des Communautés, de son côté, se refuse à participer directement à l'élaboration d'une décision juridictionnelle interne. Elle saisit en revanche l'occasion qui lui est offerte de proposer sa coopération et elle est donc mue avant tout par des impératifs d'ordre général européen* ». L'insertion dans le procès français du mécanisme européen des questions préjudicielles, J.C.P., 1967, Doc. n° 2060.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*sans porter atteinte à l'indépendance de chaque juridiction par la collaboration et non par la contrainte* » (5).

On sait que l'article 177, alinéa 2, reconnaît la faculté des juridictions nationales contre les décisions desquelles il existe une voie de recours en droit interne, de saisir préjudiciellement la Cour de justice. De telles juridictions ont donc le droit de procéder elles-mêmes à l'interprétation et à l'appréciation de validité des normes communautaires en vue de leur application et pour vérifier la compatibilité des dispositions nationales avec elles. En revanche, les juridictions visées à l'alinéa 3 de l'article 177 sont tenues de saisir la Cour de justice de questions portant sur le droit communautaire lorsque de telles questions sont soulevées devant elles. L'obligation de renvoi dans cette hypothèse n'implique pas une négation de leur faculté de discernement. Il s'agit d'une question de compétence (6). En effet, « *l'apparition d'une question préjudicielle lors d'une instance est le signe que le juge a atteint les limites de sa compétence* » (7).

C'est fréquemment à l'initiative des juridictions inférieures – pour lesquelles le renvoi préjudiciel est facultatif – que la Cour de justice est invitée à se prononcer en vertu de l'article 177. Ainsi, le respect de leurs prérogatives en la matière s'impose comme une nécessité vitale. Aussi longtemps que les juges internes demeurent rassurés que leurs compétences restent intègres, ils n'hésiteraient pas à coopérer avec la Cour de justice. Les confins de la compétence de celle-ci sont définis à l'article 177 lui-même. En vertu de cette disposition la Cour n'est compétente que pour statuer sur des questions de droit communautaire. Elle est en droit d'interpréter et d'apprécier la validité des normes communautaires. Il lui est interdit de se prononcer sur les dispositions du droit national. Elle ne saurait pas appliquer le droit communautaire au cas d'espèce. Ces attributions relèvent de la compétence des juridictions internes.

---

(5) F.-Ch. Jeantet, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome », J.C.P., 1966, Doctr. n° 1987.

(6) V. la polémique à ce sujet entre MM. R. Odent, A. Colliard, A. Pepy, M. Lagrange, P. Reuter, M. Gaudet, et N. Catalano in *Bulletin de l'association des juristes européens*, 1965, p. 5 s. On n'entend pas aborder ici la controverse sur *l'acte clair*. Les arguments présentés par M. P. Pescatore dans son étude, « L'interprétation du droit communautaire et la doctrine de l' 'acte clair' », *Bulletin des juristes européens*, 1971, p. 49, ceux soutenus par M. M. Lagrange dans son article, « Cour de justice européenne et tribunaux nationaux, la théorie de l' « acte clair » : pomme de discorde ou trait d'union », *Gaz. Pal.*, 1971, p. 130, sont suffisamment connus. La Cour de justice a été saisie de cette question par la Cour de cassation italienne dans l'affaire 283/81, *C.I.L.F.I.T.* Au moment de la rédaction du présent article, l'arrêt de la Cour n'a pas encore été rendu. L'Avocat général Capotorti s'est prononcé catégoriquement contre l'acte clair dans ses conclusions du 13 juillet 1982. L'arrêt de la Cour a été rendu le 16 octobre 1982, *Rec.*, 1982, p. 3415.

(7) Cl. Berr, *loc. cit.*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

La répartition de fonctions ainsi conçue se révèle en pratique quelque peu problématique. Bien que pour accomplir sa mission la Cour ne doive que statuer abstraitement sans tenir compte des circonstances de l'affaire à propos de laquelle elle a été saisie, il est très tôt apparu que pour rendre une décision utile au juge de renvoi, la Cour doit prendre en considération les données concrètes de l'espèce. Cette démarche signifie, parfois, que la réponse apportée est circonscrite de telle sorte qu'il ne reste au juge du fond que d'appliquer à l'espèce une solution déjà préconstituée. De même, bien que traitant exclusivement du droit communautaire, l'arrêt préjudiciel permet souvent au juge interne d'apprécier la compatibilité avec le traité d'une disposition nationale. C'est fréquemment, d'ailleurs, pour cette fin que le renvoi est prononcé. Mais la Cour ne saurait être blâmée d'outrepasser ses compétences. Comme l'a observé M.F.-Ch. Jeantet, « *la vraie question est toujours de savoir à quelle solution conduit la norme communautaire dans un cas donné; si la question est bien posée, la réponse règle nécessairement le cas* » (8).

En effet, la Cour ne manque pas d'affirmer qu'elle ne saurait empiéter sur le domaine réservé au juge national et s'immiscer dans ses prérogatives. Son attachement à cette pratique est sans doute un des facteurs de l'éclosion de la procédure préjudicielle.

Cantonnée dans les limites de sa propre compétence, la Cour de justice a défini dans sa jurisprudence les caractères fondamentaux de la procédure préjudicielle. Constituant un incident de procédure dans un procès se déroulant devant un juge interne, le renvoi préjudiciel se présente comme une procédure non contentieuse de coopération entre juridictions (9). Saisie par un juge national dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, la Cour s'interdit de se prononcer sur l'opportunité et sur la nécessité du renvoi, refuse de considérer la pertinence de la question soumise et ne s'estime pas en droit de porter un jugement sur les motifs pour lesquels le juge interne a décidé de la saisir (10).

---

(8) F.-Ch. Jeantet, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome », J.C.P., 1966, Doctr. n° 1987.

(9) V. par ex., affaires 44/65, *Hessische Knappschaft C. Maison Singer*, Rec., 1965, p. 1191; 6/71, *Rheinmühlen*, Rec., 1971, p. 823.

(10) V. notamment, affaires 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec., 1963, IX-1, p. 1; 13/68, *Salgoil*, Rec., 1968, p. 661; 19/68, *De Cicco*, Rec., 1968, p. 689; 10/69, *Portelange*, Rec., 1969, p. 309; 127/73, *SABAM*, Rec., 1974, p. 51; 35/76, *Simmenthal*, Rec., 1976, p. 1871; 111/75, *Mazzalai*, Rec., 1976, p. 657; 5/77, *Tedeschi*, Rec., 1977, p. 1555; 52/77, *Cayrol*, Rec., 1977, p. 2261; 111/77, *Pierik*, Rec., 1978, p. 1453; 83/78, *Redmond*, Rec., 1978, p. 2347; 86/78, *Peureux*, Rec., 1979, p. 897; 244/78, *Union laitière normande*, Rec., 1979, p. 2663; 53/79, *Damiani*, Rec., 1980, p. 273.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Cette auto-limitation ne manquait pas de porter ses fruits. Le nombre croissant de demandes de décisions préjudicielles témoignait de la propriété de ce choix. Et l'on pouvait compter sur un afflux de questions préjudicielles tant que le mécanisme ne se dérégla pas et continuait à fonctionner conformément aux principes qui, dès les origines, ont régi son déroulement. La coopération judiciaire, observe le président R. Lecourt, «*est le maître mot qui animera les rapports entre la Cour et les juridictions nationales*» (11). Et au juge A. Donner de constater qu'«*une seule maxime semble dominer l'attitude de la Cour en matière préjudicielle: exercer sa tâche coordinatrice dans le respect des compétences et de la liberté que l'article 177 laisse aux juridictions nationales*» (12).

L'affaire *Foglia-Novello* et les deux arrêts rendus par la Cour de justice le 11 mars 1980 (13) et le 16 décembre 1981 (14) constituent des événements dramatiques troublant la placidité de l'opération préjudicielle. Si l'on pouvait estimer que le premier arrêt constituait déjà un prodrome, on n'était pas absolument certain s'il s'agissait d'une option fondamentale ou d'un choix circonstanciel (15). Le second arrêt vient dissiper toute incertitude à cet égard. Il s'agit bien d'une apostasie et d'une politique jurisprudentielle nouvelle (16).

Les faits de l'espèce se présentent comme une bagatelle et peuvent être brièvement relatés. La dame Novello a commandé au sieur Foglia, tous les deux résidents en Italie, quelques cartons de vins de liqueur italiens pour leur livraison à une personne établie en France. Le contrat entre eux stipulait que l'acheteuse ne prendrait pas à sa charge d'éventuelles taxes exigées par les autorités italiennes ou françaises «*contraires à la libre circulation des marchandises entre les deux pays ou, en tout état de cause, indues*». N'effectuant pas l'expédition lui-même, M. Foglia a confié ces bouteilles à l'entreprise de transport Danzas. Les frais d'expédition et de transport devaient être payés sur la base d'une note de frais établie après la livraison au destinataire par Danzas. Le contrat entre Foglia et Danzas contenait une clause relative

---

(11) R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 272-273.

(12) A. Donner, «*Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes*», R.C.A.D.I., 1965 (II), p. 25.

(13) Affaire 104/79, *Rec.*, 1980, p. 745.

(14) Affaire 244/80, *Rec.*, 1981, p. 3045, et *infra*, p. 595.

(15) Dans ce sens par ex., G. Bebr, «*The existence of a genuine dispute: An indispensable precondition for the jurisdiction of the Cour under Article 177 E.E.C. Treaty?*» *Common Market Law Review*, (17) 1980, p. 525; A. Barav, «*Preliminary Censorship? The judgment of the European Court in Foglia v. Novello*», *European Law Review*, (5) 1980, p. 443.

(16) Ce qu'observe M. G. Bebr dans son article sur le second arrêt *Foglia*, intitulé «*The possible implications of Foglia v. Novello II*», *Common Market Law Review*, (19) 1982, p. 421.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

aux impositions indues, similaire à celle insérée dans le contrat entre Novello et Foglia.

Après avoir livré le vin en France, Danzas a présenté une facture de transport et de livraison à Foglia. La note comprenait la somme de 148 300 livres représentant le montant des droits que le transporteur avait acquittés aux autorités douanières françaises conformément à la législation française en vigueur. M. Foglia a payé l'intégralité de la somme indiquée à Danzas et s'est retourné ensuite contre M<sup>me</sup> Novello. Devant le refus de celle-ci de lui rembourser le montant correspondant aux droits perçus par la douane française, Foglia l'a assignée devant le *pretore* de Bra en action pour remboursement.

Pour sa défense, M<sup>me</sup> Novello a soutenu que les droits perçus par les autorités françaises étaient contraires au droit communautaire. Invoquant la clause contenue dans son contrat avec M. Foglia, elle a prétendu qu'elle n'en était pas redevable. Mais Novello ne s'est pas contentée de conclure au rejet de l'action. Elle a demandé au *pretore* de rendre un jugement déclaratoire sur la situation juridique subjective et objective.

Le *pretore* a considéré que pour décider sur l'éventuelle obligation de M<sup>me</sup> Novello de rembourser M. Foglia et sur l'opportunité d'appeler à la cause le transporteur Danzas, il lui était nécessaire de connaître la position de la Cour de justice sur certaines questions de droit communautaire.

Par ordonnance du 6 juin 1979, il a saisi la Cour de justice à titre préjudiciel en lui posant cinq questions d'interprétation du droit communautaire. Trois de ces questions portent sur les articles 92 et 95 du traité C.E.E. Seules la troisième et la quatrième questions nous intéressent ici. Elles ont été ainsi libellées :

- 3) *« Y a-t-il lieu de considérer qu'une imposition contraire au droit communautaire est de ce fait même illégale et, partant, que la perception de l'imposition supplémentaire sur les produits importés constitue d'une perception indue et, par conséquent, un paiement indu ? »*,
- 4) *« Faut-il considérer que cette illégalité peut être invoquée dans toute la Communauté devant les juges nationaux de tous les pays membres, même au cours d'une procédure entre particuliers ? »*.

Par son arrêt du 11 mars 1980, la Cour s'est déclarée incompétente pour répondre aux questions soumises par le *pretore*. Elle a motivé sa décision par deux *attendus* :

*« Il apparaît ainsi que les parties au principal visent à obtenir une condamnation du régime fiscal français des vins de liqueur*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*par le biais d'une procédure devant une juridiction italienne entre deux parties privées qui sont d'accord sur le résultat à atteindre et qui ont inséré une clause dans leur contrat en vue d'amener la juridiction italienne à se prononcer sur ce point. Le caractère artificiel de cette construction est d'autant plus manifeste que les voies de recours ouvertes par le droit français contre l'imposition des droits de consommation n'ont pas été utilisées par l'entreprise Danzas, qui avait cependant tout intérêt à le faire, étant donné la clause contractuelle par laquelle elle aussi était liée, et qu'au surplus, Foglia a payé la note de cette entreprise, qui englobait un montant payé au titre de cette taxe, sans protester.*

*La fonction confiée à la Cour de justice par l'article 177 du traité consiste à fournir à toute juridiction de la Communauté les éléments d'interprétation de droit communautaire qui lui sont nécessaires pour la solution de litiges réels qui lui sont soumis. Si, par le biais d'arrangements du genre de ceux ci-dessus décrits, la Cour était obligée à statuer, il serait porté atteinte au système de l'ensemble des voies de recours juridictionnelles dont disposent les particuliers pour se protéger contre l'application de lois fiscales qui seraient contraires aux dispositions du traité.*

*Il en résulte que les questions posées par la juridiction nationale, compte tenu des circonstances de l'espèce, ne se situent pas dans le cadre de la mission juridictionnelle qui incombe à la Cour de justice en application de l'article 177 du traité.*

*La Cour de justice n'est dès lors pas compétente pour statuer sur les questions posées par la juridiction nationale ».*

Suite au refus opposé par la Cour de justice, M<sup>me</sup> Novello a soulevé devant le *pretore* une exception d'inconstitutionnalité de la loi italienne de ratification du traité C.E.E. et de celle ratifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice. Elle a notamment soutenu que l'interprétation donnée par la Cour de l'article 177 du traité empêcherait le *pretore* d'exercer sa fonction juridictionnelle et rendrait cette disposition, pour cette raison, contraire à la Constitution italienne (17).

---

(17) Dans sa seconde ordonnance de renvoi, le *pretore* explique que la défenderesse au principal a maintenu devant lui qu'en refusant de répondre à la première demande de décision préjudicielle, la Cour de justice « a usurpé les pouvoirs discrétionnaires constitutionnellement attribués au juge italien ». V. le texte ronéo de l'ordonnance, et *Rec.*, 1981, p. 3045, spéc. pp. 3049 à 3051. Le *pretore* lui-même estime « que la signification et la portée de l'arrêt de la Cour sont de nature à laisser légitimement penser que l'interprétation et l'application qui ont été données en l'espèce à l'article 177 comportent l'exercice d'attributions de fond de la part du juge de l'interprétation et un contrôle implicite sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires que le juge de renvoi reçoit de manière autonome de son propre système national, pouvoirs qui lui sont constitutionnellement attribués ». V. le texte ronéo de l'ordonnance, pp. 15-16, et *Rec.*, 1981, p. 3045, spéc. pp. 3049 à 3051.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Le *pretore* a estimé que le fondement de l'exception d'inconstitutionnalité dépendait de la portée et de la signification de l'arrêt rendu le 11 mars 1980 par la Cour. Revenant à la charge, il a, par ordonnance du 18 octobre 1980, sursis à statuer et a saisi de nouveau la Cour de cinq questions préjudicielles (18).

La cinquième question porte sur l'interprétation de l'article 95 du traité. Les quatre premières ont été ainsi formulées :

« 1. Comment doit être interprété l'article 177 du traité C.E.E. en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice à l'égard de la formulation des questions interprétatives qui lui sont soumises et surtout à leur fonction dans l'économie de l'affaire a quo ; plus particulièrement quelles sont les attributions respectives de la Cour et des juges auteurs des renvois préjudiciels – compte tenu surtout des pouvoirs qui sont accordés à ces derniers par leurs systèmes nationaux respectifs – en vue de l'appréciation de toutes les circonstances de fait et de droit qui caractérisent les controverses du fond, ainsi que des questions qui y sont évoquées, surtout lorsque ce sont des jugements déclaratifs qui sont demandés dans les procédures a quo ?

2. Dans l'hypothèse où la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel se déclare incompétente, pour un motif quelconque, pour se prononcer sur les questions qui lui ont été soumises – le juge auteur du renvoi qui est tenu par son propre droit national de rendre de toute façon justice aux parties, peut-il, et dans quelles limites et selon quels critères, également procéder à l'interprétation du droit communautaire ou doit-il au contraire décider exclusivement à la lumière du droit national ?

3. Dans le cadre des critères interprétatifs de l'article 177 du traité C.E.E., existe-t-il dans le système communautaire un principe d'ordre général qui impose ou permet aux juges nationaux – saisis de controverses au cours desquelles surgissent des questions d'interprétation du droit communautaire qui mettent en cause des règles nationales appartenant éventuellement à des systèmes différents de celui du juge saisi – de décider, avant le renvoi à titre préjudiciel à la Cour de justice, d'appeler en cause les autorités de l'Etat membre intéressé ?

---

(18) Le *pretore* avait le choix entre poser des questions d'interprétation du premier arrêt *Foglia* ou de l'article 177 lui-même : « le fondement de l'exception d'inconstitutionnalité dépend d'une appréciation exacte et certaine de la portée et de la signification de l'arrêt du 11 mars 1980 de la Cour de justice et donc, en définitive, de la solution d'une question d'interprétation qui peut être proposée soit comme question d'interprétation de l'arrêt lui-même soit – de manière plus catégorique et décisive – comme une question d'interprétation de l'article 177 du traité. Cette seconde voie paraît préférable ». V. Ordonnance de renvoi et Rec., 1981, p. 3049, spéc., pp. 3049-3051.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

4. *En tout cas chaque fois que devant les juridictions nationales ou par les juridictions nationales, il est soulevé dans un procès entre personnes privées une question d'interprétation qui implique directement les situations subjectives de citoyens ou d'opérateurs économiques relevant de l'un des Etats membres, ces situations subjectives du droit matériel communautaire bénéficient-elles d'un degré de protection différent et en tout cas affaibli par rapport au degré de protection que peuvent obtenir les mêmes situations subjectives dans le cas où les administrations des Etats membres dont les dispositions de droit font l'objet de questions interprétatives concernant leur compatibilité avec le traité C.E.E. sont présentes et parties au procès, soit devant les juges nationaux soit devant la Cour de justice C.E.E. ? ».*

Par son arrêt du 16 décembre 1980, la Cour a répondu à trois des cinq questions posées par le *pretore*. Elle a expliqué et développé la solution retenue par son premier arrêt. Ainsi, l'affaire *Foglia-Novello* se trouve au cœur même de la problématique relative à la compétence préjudicielle de la Cour. Cette compétence ne saurait s'exercer que si certaines conditions sont réunies. La préoccupation de sauvegarder l'intégrité du système juridictionnel communautaire vient renforcer cette solution.

## I

## LES ARRÊTS FOGLIA-NOVELLO

## ET LA RECEVABILITÉ DE RENVOIS PRÉJUDICIELS

Aux termes mêmes de l'article 177 du traité, deux conditions doivent être réunies pour que la Cour puisse se prononcer à titre préjudiciel. D'une part, elle doit être saisie par une juridiction d'un des Etats-membres. D'autre part, la question posée doit porter sur l'interprétation ou la validité d'une règle communautaire.

Ces exigences ont donné lieu à une discussion doctrinale et ont été précisées par la jurisprudence. Des arrêts *Vaassen-Göbbels* (19), *Nederlandse Spoorwegen* (20) et *Broekmeulen* (21), il découle que la notion

---

(19) Affaire 61/65, *Rec.*, 1966, p. 377, dans laquelle la Cour a accueilli une demande préjudicielle formée par le *Scheidserecht* – tribunal d'arbitrage de la caisse des employés des mines aux Pays-Bas.

(20) Affaire 36/73, *Rec.*, 1973, p. 1299, où sans discuter la qualité de la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais, la Cour a répondu aux questions préjudicielles soumises par celle-ci reconnaissant ainsi implicitement qu'elle constituait une *jurisdiction* au sens du traité. La question a été abordée par l'Avocat général Mayras dans ses conclusions, *ibid.*, p. 1315 s.

(21) Affaire 246/80, *Rec.*, 1981, p. 2311, à propos de laquelle la Cour a reconnu la qualité de *jurisdiction* à la Commission de recours en matière de médecine générale de l'Association royale néerlandaise pour la promotion de la médecine.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

de juridiction au sens de l'article 177 est une notion communautaire. Dès lors, la Cour peut se voir saisie préjudiciellement par des organes qui n'ont pas la qualité de juridiction au sens de leur droit interne. Comme l'a remarqué M. M. Gaudet, la Cour « *ne modifie pas les ordres juridiques internes des Etats membres mais définit seulement les conditions d'articulation de ces ordres juridiques avec celui de la Communauté* » (22). Dans son ordonnance dans l'affaire *Borker* (23), la Cour a précisé qu'elle ne peut être saisie en vertu de l'article 177 que par une juridiction appelée à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel. Récemment, dans son arrêt *Nordsee* (24), elle a considéré qu'un arbitre privé ne saurait être reconnu comme une juridiction au sens du traité et serait donc privé de la faculté de la saisir.

La Cour ne peut se prononcer que sur les normes du droit communautaire. Elle a rejeté dans l'affaire *Adlerblum* une demande de décision préjudicielle, constatant que « *La question litigieuse... – consistant dans la qualification au regard de la législation sociale française d'une prestation accordée en vue de la loi allemande d'indemnisation – relève du seul droit national et échappe à la compétence de la Cour* » (25). Dans le cadre préjudiciel, la Cour ne saurait appliquer une

---

(22) M. Gaudet, « La coopération judiciaire, instrument d'édification de l'ordre juridique communautaire », in *Festschrift Walter Hallestein*, préc., p. 208.

(23) Affaire 138/80, *Rec.*, 1980, p. 1975. La Cour, par une ordonnance, s'est déclarée incompétente pour répondre à la question posée par le Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris. Elle y a constaté que le Conseil de l'ordre n'était pas saisi « *d'un litige qu'il aurait légalement mission de trancher, mais d'une demande visant à obtenir une déclaration relative à un différend qui oppose un membre du barreau aux juridictions d'un autre Etat membre* ». *Ibid.*, p. 1977.

(24) Affaire 102/81, arrêté du 23 mars 1982, *Rec.*, 1982, p. 1095. Bien que les considérations retenues par la Cour s'attachent à l'arbitrage considéré, on pourrait estimer que cet arrêt règle la question controversée de la faculté des arbitres privés d'avoir recours à la procédure préjudicielle. Sur cette question, V. notamment, M. J. Robert, « Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire », *Revue de l'arbitrage*, 1966, p. 22; R. Monaco, « Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés européennes », in Torino: UTET, 1974, *Collana di studi sull'arbitrato*, n° 3, *Arbitrage commercial*, Essais in memoriam Eugenio Minoli, p. 237. M. F. Dumon s'est prononcé, dans son rapport à la *Semaine de Bruges*, 1965, contre le droit des arbitres de saisir préjudiciellement la Cour de justice, « le renvoi préjudiciel », in *Droit communautaire et droit national*, p. 197, spéc., p. 220-222. En revanche, le juge A. Donner a écrit : « *la seule circonstance que l'arbitre n'est pas tenu par la lettre du droit ne saurait priver la jurisprudence arbitrale de sa nature juridique. Que le droit appliqué ne soit pas le droit étatique, il n'en reste pas moins un droit réel et, à l'examen, les écarts se révèlent d'ailleurs moins essentiels qu'on l'a parfois prétendu. Si les arbitres estiment devoir passer outre à la règle communautaire, la question sort du cadre de l'article 177, mais tant qu'ils fondent leurs sentences sur le droit des traités, on ne voit pas pourquoi il faudrait leur refuser l'accès à la Cour de Luxembourg. Il faut suivre la vie juridique là où elle se déroule* ». « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes », R.C.A.D.I., 1965 (II), p. 42.

(25) Affaire 93/75, *Rec.*, 1975, p. 2147, spéc., p. 2151.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

disposition communautaire au cas d'espèce (26). Sa compétence s'étend à l'interprétation et à l'appréciation de validité de la règle en question et l'on sait la diversité d'opérations couvertes par ces notions et les difficultés de les séparer parfois de l'application du droit qui relève, elle, de la compétence du juge du fond (27). Comme l'a observé le président R. Odent, « *cette dichotomie est intellectuellement très raisonnable, très facile à saisir et très facile à définir. Dans la pratique, en raison de la complexité et de la connexité des questions dont l'ensemble fait un litige unique, elle risque d'être difficile à opérer* » et impose aux juridictions concernées « *une gymnastique juridique qui exige une belle subtilité* » (28).

Aux conditions de recevabilité prévues à l'article 177 du traité, la jurisprudence antérieure à l'affaire *Foglia-Novello* en a ajouté d'autres. Ainsi, dans l'arrêt *Salgoil* la Cour a déclaré que « *tant que l'évocation du texte dont il s'agit n'est pas manifestement erronée, la Cour est valablement saisie* » (29). De même, dans son arrêt *Salonia*, elle a affirmé que « *le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaissait de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de validité d'une règle communautaire demandés par cette juridiction n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal* ». Ainsi, la question posée ne saurait être *manifestement* sans rapport avec le litige principal (30).

Certes, une jurisprudence constante nous enseigne que la Cour ne saurait exiger de la juridiction nationale l'affirmation expresse de l'ap-

---

(26) V. par ex., affaires 112/75, *Hirardin*, *Rec.*, 1976, p. 553, spéc., p. 560; 35/76, *Simmenthal*, *Rec.*, 1976, p. 1871, spéc., p. 1883; 49/76, *Gesellschaft für Übersshandel*, *Rec.*, 1977, p. 41, spéc., p. 52; 228/78, *Beneventi*, *Rec.*, 1979, p. 1163, spéc., p. 1177.

(27) V. notamment, F. Dumon, « La jurisprudence de la Cour de justice, examen critique des méthodes d'interprétation », in *Rencontre judiciaire et universitaire*, Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, III, A. Donner, « Interprétation et application », Service juridique de la Commission, 31 janv. 1974, Doc. n° JUR/214/74-F.

(28) R. Odent, « L'article 177 du traité de Rome et la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Bulletin de l'association des juristes européens*, 1965, p. 5, spéc., p. 13.

(29) Affaire 13/68, *Rec.*, 1968, p. 661, spéc., p. 672. Dans cette affaire le ministère italien du Commerce extérieur, partie défenderesse au principal, a soulevé une exception d'incompétence au motif que le juge de renvoi – la Cour d'appel de Rome – avait omis de constater que le litige devant elle concernait le commerce entre Etats membres. Il s'agissait, en effet, du commerce avec des Etats tiers et, dès lors, les questions posées ne seraient pas pertinentes. En rejetant cet argument la Cour a, également, déclaré qu'elle ne saurait exiger du juge de renvoi d'affirmer expressément l'applicabilité au cas d'espèce de la disposition communautaire faisant l'objet de la demande préjudicielle.

(30) Affaire 126/80, *Rec.*, 1981, p. 1563, spéc., p. 1576-1577. Les défendeurs au principal ont soulevé l'irrecevabilité des questions posées à titre préjudiciel par le *tribunale civile de Ragusa* en prétendant qu'aucune disposition de droit communautaire n'a été invoquée par les parties à l'affaire et qu'aucune ne serait pas applicable au cas de l'espèce.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

plicabilité à l'espèce du texte dont l'interprétation est demandée et que la question de savoir si les dispositions ou les notions de droit communautaire dont l'interprétation est demandée sont effectivement applicables au cas d'espèce, échappe à la compétence de la Cour et relève de celle de la juridiction nationale (31). Il n'en demeure pas moins que le caractère manifeste de l'erreur commise par le juge de renvoi autorise la Cour de décliner sa compétence préjudicielle.

Dans l'affaire *Mattheus-Doego* la Cour a refusé de répondre à une question d'interprétation de l'article 237 du traité essentiellement en raison du caractère hypothétique de celle-ci (32). Mais c'est notamment à propos des questions soumises préjudiciellement à deux reprises par le juge chargé du service au tribunal d'instance d'Hayange, que la Cour a rejeté des demandes de décisions préjudicielles en raison du caractère manifestement erroné de l'invocation du droit communautaire. Par deux ordonnances du 27 juin 1979 (33) et du 12 mars 1980 (34), elle a, en effet, déclaré qu'« *il apparaît de l'examen du dossier, ainsi que de la motivation et du libellé de la question posée que celle-ci ne concerne à aucun égard, ni l'interprétation du traité C.E.E. ni la validité ou l'interprétation d'un acte pris par une institution de la Communauté* ». Elle a conclu que « *la Cour est donc manifestement incompétente pour répondre à la question ainsi posée* » (35).

On ne saurait contester le bien-fondé de cette position. Cependant, il n'en est pas de même des conditions de recevabilité introduites par l'affaire *Foglia-Novello*. Des arrêts de la Cour dans cette affaire, il résulte que pour être recevable une décision préjudicielle doit être *nécessaire* en vue de la solution d'un *litige réel*.

## A. – L'exigence d'un litige réel

Dans son premier arrêt *Foglia*, la Cour a décliné sa compétence en expliquant que sa fonction en vertu de l'article 177 du traité consiste à fournir à toute juridiction de la Communauté les éléments d'interprétation du droit communautaire qui lui sont nécessaires pour la solution

---

(31) Affaire 13/68, *Salgoil*, *Rec.*, 1968, p. 661, spéc., p. 672; 5/77, *Tedeschi*, *Rec.*, 1977, p. 1555, spéc., p. 1574; 111/77, *Pierik*, *Rec.*, 1978, p. 1453.

(32) Affaire 93/78, *Rec.*, 1978, p. 2203.

(33) Affaire 105/79, *Rec.*, 1979, p. 2257.

(34) Affaire 68/80, *Rec.*, 1980, p. 771.

(35) *Rec.*, 1979, p. 2257; *Rec.*, 1980, p. 771. Dans la seconde ordonnance la Cour a invoqué l'art. 92, paragr. 2, nouveau de son règlement de procédure, entré en vigueur le 12 sept. 1979 (J.O.C.E., 21 sept. 1979, n° L 238/1) aux termes duquel « *La Cour peut à tout moment examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public* ».

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

de litiges réels qui lui sont soumis (36). La Cour a reproduit cet *attendu* dans son second arrêt *Foglia* en précisant sa pensée (37). Elle considère que sa mission au titre de l'article 177 est de contribuer à l'administration de la justice dans les Etats membres et non pas de formuler des opinions consultatives sur des problèmes généraux ou *hypothétiques* de droit communautaire. Au surplus, elle estime qu'elle n'est pas compétente pour répondre aux questions qui ne correspondent pas à un *besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux* (38).

L'exigence d'une question qui ne serait pas *hypothétique* s'explique et se justifie par le caractère judiciaire de la Cour et de la procédure préjudicielle. Il est moins certain qu'il doive nécessairement s'agir d'un *contentieux* devant le juge interne. Pourtant, la Cour insiste sur cet aspect et, lorsqu'elle affirme que le fait qu'il s'agissait en l'espèce d'une demande de jugement déclaratoire n'a aucune importance, elle précise que « *les conditions dans lesquelles la Cour accomplit sa fonction en la matière, sont indépendantes de la nature et de l'objectif des procédures contentieuses engagées devant les juridictions nationales* » (39). Rappelons à cet égard que dans l'affaire *Haaga* (40), la Cour a répondu à une question préjudicielle renvoyée par le *Bundesgerichtshof* dans le cadre d'une procédure gracieuse dans laquelle la Haute juridiction fédérale a été saisie par un tribunal. Personne n'a contesté alors la compétence de la Cour de justice.

De même, l'exigence d'un *besoin objectif* inhérent à la solution d'un contentieux n'est pas davantage justifiée. Cette condition se rattache, dans une certaine mesure, au caractère nécessaire de la décision préjudicielle demandée et sera abordée à ce titre plus loin.

De l'article 177 lui-même et de la jurisprudence antérieure à l'affaire *Foglia*, il résultait que la Cour de justice était compétente pour répondre aux *questions* de droit communautaire. C'est l'existence d'une *question* soumise par une juridiction nationale qui a déclenché la procédure préjudicielle. A présent, la Cour exige un *litige réel* devant le juge du fond pour pouvoir exercer sa compétence préjudicielle.

Cette exigence nouvelle remet en cause des aspects des plus fondamentaux de la procédure préjudicielle. Pour vérifier l'existence d'un litige réel entre les parties à l'action principale, la Cour devrait prendre

---

(36) *Rec.*, 1980, p. 760.

(37) *Rec.*, 1981, p. 3059.

(38) *Ibid.*, p. 3062-3063.

(39) *Ibid.*, p. 3066.

(40) Affaire 32/74, *Rec.*, 1974, p. 1201. V. à cet égard les conclusions de l'Avocat général Mayras, *ibid.*, p. 1209, spéc., p. 1212-1213.

IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

connaissance des faits, apprécier le comportement des parties, peut-être même exiger un débat contradictoire avant que le juge du fond ne puisse prendre une ordonnance de renvoi.

Si tel devait être le cas, un secouement des solutions acquises et un bouleversement d'une jurisprudence bien établie en résulteraient.

En vertu de la séparation des fonctions entre la Cour de justice et les juridictions nationales, la Cour se défendait de toute prise de connaissance des faits de l'espèce à propos de laquelle une question préjudicielle lui était soumise. Dans les arrêts tels que *Albatros* (41), *Salgoil* (42), *Portelange* (43), *Simmenthal* (44), et *Tedeschi* (45), pour n'en citer que les principaux, la Cour a déclaré que « l'article 177 du traité, basé sur une nette séparation de fonctions entre la juridiction nationale et la Cour de justice ne permet à celle-ci ni de connaître des faits de l'espèce, ni de censurer les motifs de la demande d'interprétation » (46).

La Cour a également considéré dans son arrêt *Oelschlänger* qu'elle est uniquement habilitée à se prononcer sur les règles communautaires à partir des faits qui lui sont indiqués par la juridiction nationale ajoutant que « la vérification de l'exactitude de ces faits échappe à l'appréciation de la Cour et relève du juge national » (47). Dans son arrêt *Pabst et Richardz*, elle a récemment affirmé qu'il appartient à la juridiction nationale et non pas à la Cour d'établir les faits qui ont donné lieu au litige et d'en tirer les conséquences pour la décision qu'elle est appelée à rendre (48).

Cette jurisprudence ne signifie pourtant pas que la Cour ignore les faits de l'affaire principale. Comme l'ont observé les professeurs J. Boulouis et R.-M. Chevallier, les données concrètes de l'affaire sont parfaitement connues de la Cour. Mais la connaissance que cette dernière en prend, s'acquiert à travers l'exposé que lui présente le juge de renvoi (49). Ainsi que l'a montré M. F.-Ch. Jeantet, la nécessité d'interpréter le traité apparaît à propos d'un problème que posent les faits, et, le plus souvent, que pose l'application du droit interne aux faits.

(41) Affaire 20/64, *Rec.*, 1965, XI-3, p. 1.

(42) Affaire 13/68, *Rec.*, 1968, p. 661.

(43) Affaire 10/69, *Rec.*, 1969, p. 309.

(44) Affaire 35/76, *Rec.*, 1976, p. 1871.

(45) Affaire 5/77, *Rec.*, 1977, p. 1555.

(46) *Rec.*, 1965, XI-3, p. 8, *Rec.*, 1968, p. 672; *Rec.*, 1969, p. 315; *Rec.*, 1976, p. 1882; *Rec.*, 1977, p. 1574.

(47) Affaire 104/77, *Rec.*, 1978, p. 791, spéc., p. 797.

(48) Affaire 17/81, *Rec.*, 1982, p. 1221, *attendu* n° 12.

(49) J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1978, p. 144.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Pour pouvoir exercer sa compétence préjudicielle, la Cour transforme une question concrète en hypothèse de raisonnement. Pour rechercher comment le traité doit s'appliquer à une hypothèse de droit interne la Cour procède à sa « qualification » qui n'est « qu'une sorte de traduction par laquelle le juge, prenant la règle externe comme un fait, la transpose, pour la comprendre, dans la technique de son propre droit. Cette transposition, qui nécessite un certain examen de l'institution choisie comme hypothèse, une fois faite, le juge communautaire applique à l'hypothèse sa propre règle. Dans cette opération, la Cour ne fait rien d'autre que chercher à intégrer l'hypothèse de droit interne considérée dans l'institution communautaire en cause pour dire alors, interprétant le droit communautaire et non le droit interne, comment le droit communautaire régleme cette hypothèse » (50).

Au surplus, une connaissance plus intime des faits est commandée pour apporter une réponse utile au juge de renvoi. Dans des arrêts tels que *Société Technique Minière* (51) et *Henck* (52), la Cour a déclaré que « la nécessité de parvenir à une interprétation utile des textes litigieux justifie l'énoncé par la juridiction nationale du cadre juridique dans lequel doit se placer l'interprétation demandée » (53). Le juge A. Donner a constaté que l'évolution de la jurisprudence s'orientait vers une interprétation concrète du droit communautaire. Cet auteur explique que, « l'expérience nous a appris qu'une interprétation générale, abstraite, ne répond pas à l'objectif visé, mais qu'il faut une interprétation fondée davantage sur l'analyse des cas d'espèce pour atteindre le but de l'article 177... L'interprétation doit être donnée en tenant compte des circonstances de l'espèce pour laquelle elle est demandée sinon elle ne fournit aucun éclaircissement, et n'est dans le meilleur des cas qu'une sorte d'explication des dispositions communautaires qui n'apporte au juge national qu'une aide précaire et reste muette sur les points réellement litigieux » (54).

Si donc la Cour estime devoir prendre connaissance des faits de l'affaire, c'est pour parvenir à une interprétation utile d'une norme communautaire et pour permettre au juge interne d'appliquer celle-ci correc-

---

(50) M.F.-Ch. Jeantet, « L'arrêt *Albatros* (A propos de l'application du traité C.E.E. au régime français d'importation du pétrole) Compétences réciproques de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales », J.C.P., 1965, Doc. n° 1907.

(51) Affaire 56/65, *Rec.*, 1966, p. 337.

(52) Affaire 12/71, *Rec.*, 1971, p. 743.

(53) *Rec.*, 1971, p. 357, *Rec.*, 1971, p. 750.

(54) A. Donner, « Interprétation et application », Service juridique de la Commission, *loc. cit.*, p. 11.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

tement. En revanche, dans l'affaire *Foglia-Novello*, les faits de l'espèce ont conduit la Cour à nier l'existence d'un litige réel entre les parties et à décliner sa compétence préjudicielle. Cette conclusion était renforcée par le comportement des parties, tant devant le juge interne que devant la Cour elle-même. Il convient donc d'examiner la place qu'occupent les parties dans le cadre de la procédure préjudicielle.

Le rôle des parties au principal est pratiquement négligé aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence. Ce sont seulement les tenants de la théorie de *l'acte clair* qui craignent le fantôme ubiquiste des justiciables engagés dans des manœuvres dilatoires.

D'une jurisprudence bien établie, il découlait que les parties au principal ne sont que des comparses. Les auteurs du *Guide pratique*, parlent de « *l'effacement des parties qui n'ont aucun rôle déterminant à jouer* » (55). A plusieurs reprises la Cour a précisé que la nature même du renvoi préjudiciel implique le rôle réduit des parties à l'affaire. D'abord, c'est exclusivement au juge national qu'il appartient de saisir la Cour au titre de l'article 177. Comme la Cour l'a expliqué dans son arrêt *Wöhrmann*, « *tant l'article 177 du traité que l'article 20 du protocole sur le statut, de la Cour C.E.E., prévoient que c'est la juridiction nationale qui décide de suspendre la procédure et de saisir la Cour. Que si les parties à un procès pendant devant une juridiction nationale pouvaient s'adresser directement à la Cour pour lui demander une décision préjudicielle, elles pourraient obliger le juge national de suspendre la procédure en attendant la décision de la Cour. Que ni le traité ni le protocole ne prévoient pourtant pareille limitation aux pouvoirs du juge national* » (56).

Dans l'arrêt *Grassi*, la Cour a souligné « *qu'aux termes de l'article 177 du traité, il appartient au juge national et non aux parties au litige principal de saisir la Cour. Que la faculté de déterminer les questions à poser étant dévolue au seul juge national, les parties ne peuvent en changer la teneur* » (57). Une observation analogue a été formulée dans l'arrêt *Hessische Knapschaft* où la Cour a ajouté « *que la Cour de justice, à la requête d'un plaideur, ne saurait donc être contrainte de se saisir d'une question dont l'initiative revient non aux parties mais à la juridiction nationale elle-même... que d'ailleurs, la thèse contraire méconnaît que les auteurs de l'article 177 ont entendu instituer une coopération directe entre la Cour de*

---

(55) R.-M. Chevallier et D. Maidani, *Guide pratique article 177 C.E.E.* Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, p. 41.

(56) Affaires jointes 31.33/62, *Rec.*, 1962, VIII-4, p. 965, spéc., p. 980.

(57) Affaire 5/72, *Rec.*, 1972, p. 443, spéc., p. 448.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*justice et les juridictions nationales aux termes d'une procédure non-contentieuse, étrangère à toute initiative des parties et au cours de laquelle celles-ci sont seulement invitées à se faire entendre* » (58). Cette prise de position a été réitérée par l'ordonnance de la Cour du 14 juillet 1971 dans l'affaire *Rheinmühlen*, où on peut lire, au surplus, que les parties ne disposent que de la faculté de présenter des observations écrites et d'être entendues une fois oralement dans le cadre de la procédure orale (59). Dans son arrêt *Bollmann*, la Cour a précisé que le droit des parties de soumettre des observations s'entend « *au cadre juridique tracé par la juridiction nationale* » (60).

Pourtant, pour décliner sa compétence, la Cour a, dans l'affaire *Foglia-Novello* attaché une importance décisive aux intentions présumées des parties au principal. Outre l'objectif qu'elles lui paraissaient viser – la condamnation d'une disposition législative française par une juridiction italienne – que la Cour désapprouve, c'est la convergence de vues, l'absence de désaccord entre les parties, qui l'amènent à reconnaître le caractère artificiel du litige (61). Outre les difficultés d'établir une telle conviction, cette démarche attribue une prépondérance aux parties dans une procédure sans parties...

Dans le cadre de la procédure préjudicielle la Cour n'est pas en mesure de sonder le cœur et l'âme des parties au principal. Elle est compétente à titre préjudiciel dès lors qu'une question du droit communautaire lui est posée par une juridiction nationale. Une telle question peut être soulevée d'office par le juge sans tenir compte des vues des parties. L'interlocuteur de la Cour de justice est le juge de renvoi. L'Avocat général Mayras a correctement exposé cet aspect dans ses conclusions sous l'affaire *Variola*. Selon l'Avocat général, « *la mise en jeu de l'article 177 n'implique pas qu'une question d'interprétation du droit communautaire fasse l'objet d'un litige entre parties devant une juridiction nationale, mais seulement qu'une question de cette nature soit soulevée devant une telle juridiction* » (62). C'est cette même thèse qui a été défendue par l'Avocat général Slynn dans ses conclusions relatives au second arrêt *Foglia*. Sir Gordon Slynn y a

---

(58) Affaire 44/65, *Rec.*, 1965, XI-4, p. 1191, spéc., p. 1198-1199.

(59) Affaire 6/71, *Rec.*, 1971, p. 719, spéc., p. 720.

(60) Affaire 62/72, *Rec.*, 1973, p. 269, spéc., p. 275.

(61) Dans l'arrêt du 11 mars 1980, la Cour relève que les parties sont d'accord sur le résultat à atteindre, (*Rec.*, 1980, p. 759, *attendu* n° 10). Elle a, de même, constaté dans son arrêt du 16 décembre 1981 que les parties portaient une appréciation commune sur la légalité de la législation française en cause (*attendu* n° 32). Elle doute donc d'une collusion entre les parties et la condamne.

(62) Conclusions sous l'arrêt 34/73, *Rec.*, 1973, p. 994, spéc., p. 995.

IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

déclaré que « *le fait que les parties adoptent la même position sur le point de droit communautaire n'a aucune importance... Le problème décisif n'est pas de savoir si les parties sont d'accord, c'est de savoir si le juge estime que la question doit recevoir une réponse en vue du prononcé du jugement* » (63).

L'exigence d'un désaccord entre les parties sur le problème du droit communautaire soumis préjudiciellement à la Cour pour que cette dernière soit habilitée à répondre, remet nécessairement en cause la jurisprudence établie par des arrêts tels que *SACE* (64), *Eunomia* (65), *Politi* (66), *Geddo* (67), *Birra Dreher* (68), *Simmenthal* (69), *Stauder* (70), *Deutsche Grammophon* (71) et *Hoffman-La Roche* (72), dans lesquels la Cour a répondu aux questions posées par des juges de référé dans le cadre de procédures urgentes, sommaires et en injonction. Le trait commun de ces procédures réside dans le fait que le renvoi préjudiciel a été prononcé sans contradictoire préalable, sans que la défenderesse ait pu exprimer son point de vue sur le point litigieux (73). La Cour a même répondu aux questions préjudiciellement soumises à propos d'une affaire sans parties (74).

Dans ses arrêts *Politi* et *Birra Dreher* la Cour a expressément déclaré qu'il n'y a pas lieu pour elle de considérer le stade de la procédure où la question préjudicielle a été posée (75). Elle a, de même affirmé dans son arrêt *Hoffman-La Roche*, que le caractère sommaire et urgent d'une procédure nationale n'empêche pas que la Cour se considère valablement saisie en vertu de l'article 177 du traité (76). L'Avocat général Warner a considéré cette jurisprudence peu satisfaisante car la

(63) *Rec.*, 1981, p. 3071.

(64) Affaire 33/70, *Rec.*, 1970, p. 1213.

(65) Affaire 18/71, *Rec.*, 1971, p. 811.

(66) Affaire 43/71, *Rec.*, 1971, p. 1039.

(67) Affaire 2/73, *Rec.*, 1973, p. 865.

(68) Affaire 162/73, *Rec.*, 1974, p. 201.

(69) Affaire 70/77, *Rec.*, 1978, p. 1453.

(70) Affaire 29/69, *Rec.*, 1968, p. 419.

(71) Affaire 78/70, *Rec.*, 1971, p. 487.

(72) Affaire 106/76, *Rec.*, 1977, p. 957. V. également les conclusions de l'Avocat général Capotorti, *ibid.*, p. 975, spéc., p. 976-981.

(73) Sur ce sujet V.G.M. Ubertazzi, « Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de la C.E.E. sans contradictoire préalable », *Gaz. Pal.*, 1976, p. 12.

(74) Affaire 110/76, *Pretore di Cento contre Inconnu*, *Rec.*, 1977, p. 851. Dans ses conclusions, l'Avocat général Warner a remarqué que « *l'affaire est insolite en ce qu'il n'y a pas de parties* ». *Ibid.*, p. 857.

(75) *Rec.*, 1971, p. 1048; *Rec.*, 1974, p. 212. Dans ce dernier arrêt la Cour a expressément déclaré que « *l'article 177 ne subordonne pas la saisine de la Cour au caractère contradictoire, ou non, de la procédure en conclusion de laquelle le juge national a formulé la question préjudicielle* ». *Ibid.*

(76) Affaire 107/76, *pré. cit.*, *Rec.*, 1977, p. 972.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Cour n'est pas en mesure de savoir s'il existe une convergence de vues entre les parties ou si, au contraire, celles-ci adoptent des positions différentes (77). Certes, dans l'arrêt *Simmenthal*, la Cour a reconnu que « *si l'article 177 ne subordonne pas la saisie de la Cour au caractère contradictoire de la procédure au cours de laquelle le juge national formule une question préjudicielle, il peut, le cas échéant, s'avérer de l'intérêt d'une bonne administration de la justice que la question préjudicielle ne soit posée qu'à la suite d'un débat contradictoire* » (78). Mais la Cour s'empresse d'ajouter « *qu'il appartient cependant à la seule juridiction nationale d'apprécier cette nécessité* » (79). La Cour a clairement affirmé dans son arrêt *Irish Creamery* que « *le choix par le juge national du moment où il introduit un recours en vertu de l'article 177, obéit à des considérations d'économie et d'utilité procédurale dont l'appréciation appartient à ce juge* » (80).

Dans l'affaire *Benedetti-Munari* (81), le véritable litige impliquait non pas la défenderesse au principal mais une autorité publique italienne qui, ainsi que la Cour l'a constaté, « *n'était pas encore partie au litige et n'a pas été mise en état de s'expliquer* » (82). C'était le comportement de cette autorité qui avait amené la défenderesse de prendre l'action pour laquelle elle a été assignée devant le juge interne. A propos de l'espèce *Union Laitière Normande* (83), l'Avocat général Warner observait que le litige opposait une société-mère et sa filiale et que « *cette dernière ne semble pas avoir fait montre de beaucoup de combativité* » (84).

Notons aussi que dans les affaires telles que *Chatin* (85) et *Wilner* (86), la Cour a répondu aux questions renvoyées par un juge d'instruction.

---

(77) Conclusions sous l'arrêt 104/79, *Foglia-Novello, Rec.*, 1980, p. 767.

(78) Affaire 70/77, *pré. cit., Rec.*, 1978, p. 1468, ce qu'elle avait déjà affirmé dans ses arrêts *Politi* et *Birra Dreher, pré. cit.*

(79) *Ibid.*

(80) Affaires jointes 36.71/80, *Rec.*, 1981, p. 735, spéc., p. 748.

(81) Affaire 52/76, *Rec.*, 1977, p. 163.

(82) *Ibid.*, p. 180. Dans l'action en réparation des dommages introduite par Benedetti contre Munari en raison de la concurrence déloyale faite par cette dernière, la défenderesse a soutenu qu'elle vendait des quantités de farine à un prix inférieur que celui du marché car l'organisme italien d'intervention pour l'organisation commune du marché des céréales (AIMA) lui avait vendu du blé tendre à un prix inférieur à celui pratiqué sur le marché, conformément aux décisions du Comité interministériel de la planification économique (CIPE). La responsabilité du dommage causé était donc attribuée à AIMA.

(83) Affaire 244/78, *Rec.*, 1979, p. 2663.

(84) Conclusions sous l'arrêt 104/79, *Foglia-Novello, Rec.*, 1980, p. 767.

(85) Affaire 65/79, *Rec.*, 1980, p. 1345.

(86) Affaire 54/80, *Rec.*, 1980, p. 3673.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

La condition que pour exercer sa compétence préjudicielle il doit y avoir un litige entre les parties et non seulement une question de droit communautaire soumise par un juge interne, implique donc un abandon d'une jurisprudence bien établie et l'adoption d'une approche différente de celle qui a toujours été considérée comme essentielle en matière préjudicielle. L'exigence d'un *litige réel* est encore plus problématique.

Certes, le président A. Pepy a estimé qu' « *il faudrait se garder de considérer la question préjudicielle... comme une sorte d'artifice de procédure, comme un moyen de retarder la solution d'un procès, ou même comme un procédé commode pour faire trancher des cas douteux. Outre que les parties qui agiraient de la sorte s'exposeraient, au cas où il y aurait sursis à statuer et renvoi à la Cour de justice, à des attendus sévères de la part de celle-ci, de telles pratiques auraient pour conséquence de risquer de fausser le mécanisme de l'article 177. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes, juridiction unique, ne tient pas à voir son rôle encombré de litiges sans consistance réelle, sans valeur juridique, inspirés par le seul désir de faire de la procédure* ». Mais ces observations du président Pepy n'ont pas été formulées pour permettre à la Cour de refuser de répondre aux questions préjudiciellement soumise par une juridiction d'un Etat membre. L'auteur envisage seulement de reconnaître aux juridictions internes « *une certaine liberté d'appréciation quant à la valeur de la question préjudicielle soulevée devant elles, de filtrer en quelque sorte les demandes de sursis à statuer qui lui seraient présentées, pour ne laisser arriver devant la Cour de justice que les contestations sérieuses et dignes de retenir son attention* » (87).

Dans leurs observations sagaces, MM. G. Bebr et A. Tizzano ont souligné les difficultés inhérentes à la notion même de litige fictif. M. Bebr insiste sur le caractère flou, fragile et relatif d'un tel concept et souligne ses dangereux et inhérents traquenards (88). M. Tizzano estime critiquable la voie suivie par la Cour pour établir la nature artificielle du litige, non seulement en raison de la fragilité et de l'élasticité des critères retenus, mais surtout « *parce qu'elle finit par priver le juge national d'un pouvoir d'appréciation qui, selon la lettre même de l'article 177 et à la lumière de la jurisprudence constante de la*

(87) A. Pepy, « L'art. 177 du traité de Rome et les juridictions françaises », R.C.D.I.P., 1964, p. 695, spéc., p. 707-708.

(88) G. Bebr, « The existence of a genuine dispute: An indispensable precondition for the jurisdiction of the Court under Article 177 E.E.C. Treaty? » *Common Market Law Review*, (17) 1980, p. 525, et « The possible implications of Foglia v. Novello II », *Common Market Law Review*, (19) 1982, p. 420, spéc. p. 429. V. également l'ouvrage récent du même auteur, *Development of judicial control of the European Communities*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1981, spéc., p. 395 s.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*Cour, devrait au contraire entrer dans le champ des compétences exclusives de ce juge*» (89).

Dans son premier arrêt *Foglia*, la Cour a retenu certains indices, qui lui paraissaient probants, pour affirmer le caractère artificiel de l'arrangement entre Foglia et Novello. D'une part, elle a constaté que M. Foglia a remboursé au transporteur Danzas l'intégralité de la note qui lui était présentée sans protester, d'autre part elle a insisté sur l'omission par l'entreprise Danzas d'introduire une action en répétition contre les autorités douanières françaises. A cet égard on peut faire les observations suivantes. En premier lieu, on voit mal comment l'attitude d'un tiers pourrait déterminer la nature de la transaction entre Foglia et Novello. Même si Danzas avait formé un recours contre l'autorité douanière française, la nature de l'arrangement entre Foglia et Novello n'aurait pas été modifiée (90). Au surplus, on peut se demander avec M. G. Bebr si la disposition communautaire en cause aurait pu être invoquée devant le juge italien au cas où le transporteur échouait dans son action devant une juridiction française sans que celle-ci ne demande, pour prendre son jugement, une décision préjudicielle de la Cour de justice (91). Deuxièmement, les raisons pour lesquelles Foglia a préféré rembourser Danzas et se retourner ensuite contre M<sup>me</sup> Novello peuvent être variées et ne sauraient nécessairement lui imputer l'intention retenue par la Cour.

La Cour relève, en outre, que les parties ont porté une appréciation commune sur la légalité de la législation française en cause, que devant le *pretore* l'attitude de Foglia peut être qualifiée de neutre et que dans les observations écrites soumises à la Cour Foglia et Novello estiment que la législation française est incompatible avec le traité (92). A cet égard, M. Foglia a contesté la qualification donnée par la Cour à sa position devant le *pretore*, et a souligné dans ses observations soumises lors de la seconde procédure préjudicielle qu'il n'avait jamais soutenu devant le *pretore* que les taxes en cause n'étaient pas conformes au droit communautaire. Si, devant la Cour de justice son attitude à l'égard

---

(89) A Tizzano, « Litiges fictifs et compétence préjudicielle de la Cour de justice européenne », R.G.D.I.P., 1981, p. 514, spéc., p. 524-525.

(90) A cet égard M. L. Goffin observe : « la Cour, pour appuyer son raisonnement, constate qu'une autre partie n'a pas fait usage d'un recours ouvert dans l'Etat membre dont la législation était en cause, comme si la possibilité d'un recours ouvert à un tiers excluait la possibilité pour les parties d'exercer un autre recours et surtout, comme si la Cour de justice était compétente pour statuer sur la recevabilité d'un droit procédural d'un autre Etat membre ». « Heur et malheur de la procédure préjudicielle », J.T., 1982, p. 252, spéc., p. 253.

(91) G. Bebr, article *pré. cit.*, *Common Market Law Review*, (17) 1980, spéc., p. 536.

(92) Premier arrêt, *attendu* n° 9, second arrêt *attendu* n° 32.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

de la loi française était indifférente, c'est qu'il savait que s'il succombait dans son action contre Novello, il pourrait obtenir un remboursement de Danzas (93).

Mais ce qui a, avant tout, amené la Cour à décliner sa compétence paraît être le but que les parties semblaient vouloir réaliser : la condamnation judiciaire d'une disposition législative nationale. Il est, bien sûr, extrêmement difficile, et dans le cadre préjudiciel quasi-impossible d'établir les intentions véritables des parties, surtout lorsqu'elles sont dissimulées. Des affaires telles que *Cucchi-Avez* (94), *Donà-Mantero* (95) et *Union Laitière Normande* (96), n'auraient-elles pas dû subir le même sort que celui réservé à *Foglia-Novello*? Les facteurs relevés par la Cour dans l'affaire *Foglia* ont seulement donné naissance, comme l'a observé M. G. Bebr, à une *présomption* de litige artificiel (97).

C'est notamment dans les affaires *Chemial Farmaceutici* (98) et *Vinal* (99) que la Cour a éprouvé certaines difficultés quant à la recevabilité des demandes de décisions préjudicielles formulées dans des circonstances prétendues similaires à celles de l'affaire *Foglia-Novello*. Dans les deux cas il s'agissait de renvois préjudiciels prononcés à propos de litiges qui apparaissaient artificiels entre des personnes privées. Cependant, à la différence de l'affaire *Foglia-Novello*, seule la compatibilité avec le traité de la législation de l'Etat du for a été contestée. Lors de la procédure orale dans l'affaire *Chemial*, le gouvernement

---

(93) Dans les observations soumises à la Cour dans la seconde affaire au nom de M. Foglia, on peut lire : « *M. Foglia n'a jamais soutenu que les taxes en cause n'étaient pas conformes au droit communautaire. D'un point de vue procédural, au moins en droit italien, il n'avait d'ailleurs justement aucun besoin de le faire, puisque ce qui intéressait et intéresse M. Foglia dans le procès au fond est la condamnation au paiement d'une somme... La défense de Foglia a réellement affirmé que les conséquences d'une interprétation de l'art. 95 dont dériverait l'illégalité des taxes françaises étaient relativement indifférentes pour Foglia puisque – même s'il succombait dans le procès au fond – il pourrait obtenir de Danzas la restitution de ce qu'il avait payé. Il est en revanche inexact de penser que c'est une position procédurale d'indifférence dans la procédure au fond qui correspond à cette affirmation. Notre affirmation ébauchée... ne constituait... que notre appréciation de la situation de fait qui ne correspondait pas nécessairement à la position procédurale réelle du requérant dans l'affaire devant la Pretura de Bra... La ligne de défense adoptée par M. Foglia dans les observations qu'il a présentées dans l'affaire 104/79 a été justifiée, en fait, par son indifférence quant au fond à l'égard de l'issue de la procédure et par sa déclaration honnête et franche qu'il représentait des intérêts plus larges que les intérêts particuliers... nos observations dans l'affaire 104/79 ont été présentées dans l'intérêt de l'interprétation correcte de la règle de droit communautaire* ». V. *Le mémoire soumis par M. Foglia, Rec.*, 1981, p. 3052.

(94) Affaire 77/76, *Rec.*, 1977, p. 987.

(95) Affaire 13/76, *Rec.*, 1976, p. 1333.

(96) Affaire 244/78, *Rec.*, 1979, p. 2663.

(97) Article *pré. cit.*, *Common Market Law Review*, notamment p. 529.

(98) Affaire 140/79, *Rec.*, 1981, p. 1.

(99) Affaire 46/80, *Rec.*, 1981, p. 77.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

italien a invoqué le caractère fictif du litige au principal(100). Mais c'était notamment l'Avocat général Mayras qui, en se référant à l'arrêt *Foglia-Novello*, a conclu à l'incompétence de la Cour sans examiner les questions de fond(101). Une décision d'incompétence était justifiée en l'espèce selon M. Mayras en raison du caractère manifestement artificiel de la transaction entre les parties au principal.

De même, dans l'affaire *Vinal*, le gouvernement italien, dans ses observations écrites, a contesté la recevabilité de la demande préjudicielle au motif qu'en l'espèce, les parties ont créé un expédient afin de faire condamner le régime fiscal italien des alcools dénaturés, par le biais d'un litige purement fictif(102). L'Avocat général Reischl a écarté cette fin de non-recevoir en estimant que les circonstances de l'affaire étaient bien différentes de celles de l'affaire *Foglia-Novello*. Pour M. Reischl, la particularité de l'affaire *Foglio-Novello* résidait dans le fait que les parties au principal visaient manifestement à obtenir une condamnation du régime fiscal français par le biais d'une procédure devant un juge italien. Or, dans l'affaire *Vinal*, l'Avocat général a considéré qu'il n'existait pas de circonstances faisant clairement apparaître que les questions posées ne pourraient pas relever de l'article 177. Le comportement des parties au principal ne lui semblait pas traduire un prétexte procédural conçu pour mettre en cause le régime fiscal italien à propos d'un litige fictif. Au demeurant, il n'y avait pas de convergence entre les parties quant à l'interprétation de la disposition communautaire en cause. Et l'Avocat général Reischl a conclu que «*faute d'indices clairs et manifestes faisant apparaître que, comme dans l'affaire Foglia, un litige artificiel a été créé dans le but de reprocher une violation du traité à un Etat membre – et ce n'est que dans ces cas que la compétence devrait être exceptionnellement déniée – nous proposons à la Cour d'affirmer sa compétence et de déclarer la demande de décision à titre préjudiciel recevable*»(103).

La Cour a, cependant, eu des doutes à cet égard. Pour être «*plus amplement informée*», elle a posé des questions aux parties au principal, au gouvernement italien et à la Commission. Il semble que ces questions devaient lui permettre d'apprécier le caractère véritable du litige principal. Dans les deux affaires, la Cour a laconiquement déclaré qu'«*après avoir pris connaissance des réponses données à ces questions, la Cour estime qu'il est possible de passer outre, en l'espèce,*

---

(100) *Rec.*, 1981, p. 9.

(101) *Ibid.*, p. 17.

(102) *Rec.*, 1981, p. 82.

(103) *Ibid.*, p. 98-99.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*aux doutes exprimés par le gouvernement italien et d'aborder le fond de l'affaire» (104).*

C'est donc l'allégation du caractère fictif du litige qui a conduit la Cour à procéder ainsi. Devrait-on en déduire que sa décision de décliner sa compétence dans l'affaire *Foglia-Novello* était fondée sur le caractère qu'elle a considéré fictif du litige en cause et non pas sur le fait qu'une loi française était soumise à l'appréciation du juge italien ?

Il n'est pas clair d'identifier ce qui était déterminant dans cette affaire. Dans son arrêt du 11 mars 1980, rappelons-le, la Cour a motivé sa décision d'incompétence par la considération que le *but* visé par les parties était, selon elle, de faire condamner une loi française par le juge italien. Le litige entre M. Foglia et M<sup>me</sup> Novello lui semblait artificiel, car destiné, exclusivement, à cette fin. A la lumière des arrêts *Chemial* et *Vinal* on pourrait soutenir que l'élément d'extranéité n'est pas décisif et que ce que la Cour désapprouve c'est un litige monté de toutes pièces pour faire condamner judiciairement une disposition nationale au regard du droit communautaire.

Même si l'objectif visé par Foglia et Novello était de faire juger la compatibilité de la loi française avec le droit communautaire, on ne voit pas en quoi un tel arrangement est subreptice. Au demeurant, il est regrettable que sur cet aspect crucial de l'affaire, la position de la Cour n'est pas exempte d'une certaine ambiguïté.

Ce que la Cour condamne en particulier n'apparaît pas très clairement. Dans son arrêt *Foglia I*, il lui est apparu que les parties visaient à obtenir une condamnation de la loi française par un *juge italien* et à la lecture de l'arrêt cette considération paraissait déterminante dans la décision d'incompétence (105). Cependant, dans son second arrêt *Foglia*, elle désapprouve des «*constructions procédurales arran-*

---

(104) La Cour n'a pas procédé d'une manière identique dans ces deux affaires. Dans l'affaire *Chemial*, elle a éprouvé des doutes, notamment en raison des conclusions de l'Avocat général, et a donc réouvert la procédure en invitant les parties au principal, le gouvernement italien et la Commission à répondre à certaines questions. La Cour s'en explique dans la partie en fait de l'arrêt en parlant de mesures d'instructions et dans les motifs de l'arrêt sous le titre «*sur la compétence de la Cour*». *Rec.*, 1981, pp. 10 et 13. Dans l'affaire *Vinal*, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable mais a invité les parties au principal, la Commission et le gouvernement italien à répondre à un certain nombre de questions avant l'ouverture de celle-ci. Dans les motifs de son arrêt elle s'en réfère également sous le titre «*sur la compétence de la Cour*». *Rec.*, 1981, p. 80 et 91. Observons que la Cour parle de *l'admissibilité* de la demande préjudicielle plutôt que de sa *recevabilité*. Elle avait utilisé ce même terme à propos de son avis 1/75. Peut-être envisage-t-elle ainsi de marquer la différence entre sa fonction consultative et sa fonction contentieuse ? V. J. Boulouis, «*La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux relations extérieures des Communautés*», R.C.A.D.I., 1978 (II), p. 337, notamment, p. 347 et 350.

(105) *Rec.*, 1980, p. 759.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*gées par les parties en vue d'amener la Cour à prendre position sur certains problèmes de droit communautaire qui ne répondent pas à un besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux»* (106). Elle estime, de même, que dans certaines situations procédurales il existe un risque «*que la procédure de l'article 177 soit détournée par les parties des fins pour lesquelles elle a été prévue par le traité*» (107). Cette remarque se comprend mal. Les parties n'ont pas pu envisager de contraindre le juge du fond de poser une question préjudicielle. Au titre de l'alinéa 2 de l'article 177, le *pretore* conserve une liberté d'appréciation quant à la nécessité d'une décision préjudicielle. Mais même si l'on admet avec M. L. Goffin que le but envisagé par Foglia et Novello était d'obtenir un arrêt préjudiciel de la part de la Cour, on rejoint cet auteur lorsqu'il soutient que «*d'une part, ce but n'est pas en soi illicite. Il est même louable dans la mesure où la Cour est ainsi amenée à se prononcer sur un problème de droit communautaire et à assurer ainsi la clarté de l'ordre juridique communautaire. D'autre part, même si la Cour le jugeait blâmable, elle ne pouvait... passer outre à une décision de renvoi émanant d'une juridiction nationale autonome faisant application de son droit national et de l'article 177*» (108).

Si l'on s'en tient au premier arrêt *Foglia*, il faudrait examiner dans quelle mesure le fait qu'un *juge italien* était appelé à se prononcer sur la compatibilité avec le traité d'une *loi française*, pouvait expliquer le rejet du renvoi du *pretore*. Cette question se rattache aux considérations relatives à la conservation de l'intégrité du système juridictionnel communautaire et sera examinée à ce titre plus loin.

## B. – La nécessité d'une décision préjudicielle

Aux termes mêmes de l'alinéa 2 de l'article 177 du traité, lorsqu'une juridiction nationale estime qu'une décision préjudicielle est *nécessaire* pour rendre son jugement, elle peut demander à la Cour de justice de répondre aux questions de droit communautaire. L'exigence de nécessité ne figure pas à l'alinéa 3 de cette disposition, ce qui a amené certains auteurs à soutenir que l'obligation de juridictions de dernier ressort de saisir préjudiciellement la Cour est absolue et inconditionnelle dès lors qu'une question de droit communautaire est soulevée sans qu'un examen préalable par une telle juridiction de la nécessité d'un renvoi

---

(106) *Rec.*, 1981, p. 3062-3063.

(107) *Ibid.*, p. 3065.

(108) L. Goffin, «*Heur et malheur de la procédure préjudicielle*», J.T., 1982, p. 253.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

ne soit autorisé. C'est la position défendue notamment par le président A. Pepy (109). En revanche, le juge A. Donner estime que la condition de nécessité est à interpoler du second alinéa de l'article 177 dans les cas des juridictions supérieures (110).

Notre propos n'est pas d'aborder cet aspect de la procédure préjudicielle. Le problème provoqué par l'affaire *Foglia-Novello* n'est pas celui de l'existence d'une nécessité d'une décision préjudicielle mais plutôt celui de savoir de la compétence de qui, Cour de justice ou juge de renvoi, ressortit l'appréciation de la nécessité d'une telle décision. Il convient cependant d'observer que dans le *rapport Merchiers* on pouvait déjà lire que « *la Commission juridique estime que l'interprétation étroite de l'adjectif nécessaire risquerait d'imposer à la procédure de renvoi des conditions par trop strictes. Elle souhaite donc que le texte en question soit interprété comme signifiant uniquement qu'il importe qu'une décision soit prise pour que le jugement national puisse être rendu dans les meilleures conditions* » (111).

Jusqu'aux arrêts *Foglia-Novello*, la jurisprudence sur cet aspect de la procédure préjudicielle paraissait claire et univoque. L'appréciation de la nécessité d'une décision à titre préjudiciel appartenait exclusivement au juge de renvoi (112). Ce dernier bénéficiait d'une liberté totale à cet égard. Ce pouvoir illimité signifiait que le juge du fond était en droit de recourir à la procédure préjudicielle nonobstant les positions réciproques des parties en s'affranchissant éventuellement de toute règle nationale dont l'effet serait de le priver de l'exercice de ce droit (113). Le respect du pouvoir d'appréciation du juge interne quant à la nécessité d'un renvoi préjudiciel impliquerait aussi la condamnation de tout procédé, tel que l'insertion d'une clause contractuelle, qui l'obligerait à surseoir à statuer (114).

---

(109) A. Pepy, « L'article 177 du traité de Rome et les juridictions françaises », R.C.D.I.P., 1963, p. 474, notamment, p. 488 s.

(110) A. Donner, « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux nationaux », R.C.A.D.I., 1965 (II), p. 1, spéc., p. 38.

(111) Parlement Européen, documents de séance 1969/1970, document n° 94, p. 15.

(112) V. par ex., affaires 82/78, *Redmond, Rec.*, 1978, p. 2347; 86/78, *Peureux, Rec.*, 1979, p. 897; 53/79, *Damiani, Rec.*, 1980, p. 273.

(113) Affaire 166/73, *Rheilmühlen, Rec.*, 1974, p. 33, spéc., p. 38-39.

(114) Dans l'arrêt 92/78, *Mattheus-Doego, Rec.*, 1978, p. 2203, la Cour a affirmé que la répartition de compétences opérée par l'article 177 est impérative et « *qu'elle ne saurait être modifiée, ou l'exercice de ces compétences entravé, notamment par des conventions entre personnes privées qui tendraient à obliger les juridictions des Etats membres à demander une décision préjudicielle en les privant de l'exercice indépendant du pouvoir d'appréciation que le deuxième alinéa de l'article 177 leur reconnaît* ». Elle estime que la question se pose « *de savoir si une clause... faisant dépendre la légitimité du contrat d'une décision de la Cour de justice, n'est pas nulle en tant qu'incompatible avec les dispositions citées* ». Mais la Cour constate qu'« *une question dans ce sens n'a pas été posée par la juridiction nationale et*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

La nécessité d'une décision préjudicielle de la Cour de justice était, jusqu'à l'affaire *Foglia-Novello*, admise comme une *donnée* insusceptible de démenti dès lors qu'une demande à cet effet avait été formulée par une juridiction nationale. Toute contestation de cette nécessité, par les parties au principal ou par les intervenants dans la procédure devant la Cour a été catégoriquement écartée par cette dernière. Comme l'a constaté M. F. Dumon, « *le juge apprécie souverainement et pour les besoins de sa propre information, si un arrêt de la Cour de justice lui est nécessaire* ». C'est toujours le partage de compétences entre la Cour de justice et les juridictions nationales qui explique cette position (115).

Rappelons à cet égard l'arrêt *De Cicco* dans lequel la Cour a déclaré qu'elle « *est valablement saisie et obligée de se prononcer lorsqu'une juridiction nationale lui demande de statuer à titre préjudiciel sur l'une des questions indiquées par l'article 177 du traité, si cette juridiction estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement* » (116). De même, dans les arrêts *Salgoil* et *Tedeschi* la Cour a affirmé que « *dès lors qu'une juridiction nationale demande l'interprétation d'un texte de droit communautaire, il y a lieu de considérer qu'elle estime cette interprétation nécessaire à la solution du litige* » (117). Plaçant cette jurisprudence dans le cadre de la répartition de compétences entre les juridictions concernées, la Cour déclare dans son arrêt *Redmond* que « *dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles, entre les juridictions nationales et la Cour par l'article 177 du traité, le juge national qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire comme aussi des arguments mis en avant par les parties, et qui devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, est mieux placé pour apprécier, en pleine connaissance de cause, la pertinence des questions de droit soulevées par le litige dont il se trouve saisi et la nécessité d'une décision préjudicielle, pour être en mesure de rendre son jugement* » (118). De même, dans l'arrêt *Peureux* la Cour affirme « *qu'il appartient à la juridiction nationale, en vertu de la séparation de compétences sur laquelle est basée l'article 177 du traité, d'ap-*

---

*qu'eu égard à ce qui suit il n'est pas nécessaire que la Cour se prononce d'office à ce sujet* ». *Ibid.*, p. 2210.

(115) F. Dumon, « Le renvoi préjudiciel », in *Semaine de Bruges*, 1965, *Droit Communautaire et droit national*, p. 197, spéc., p. 263.

(116) Affaire 19/68, *Rec.*, 1968, p. 689, spéc., p. 698.

(117) Affaire 13/68, *Rec.*, 1968, p. 661, spéc., p. 672; affaire 5/77, *Rec.*, 1977, p. 1555, spéc., p. 1574.

(118) Affaire 83/78, *Rec.*, 1978, p. 2347, spéc., p. 2368.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*précier dans quelle mesure l'interprétation du droit communautaire lui est nécessaire pour rendre son jugement*» (119).

C'est cette jurisprudence qui se trouve désavouée par les arrêts *Foglia-Novello* au profit d'une conception plus contestable, plus problématique, moins maniable et moins conforme à la nature même de la procédure préjudicielle. Le partage des compétences et l'équilibre scrupuleusement préservé entre les juridictions appelées à collaborer dans le cadre de cette procédure se trouvent ébranlés.

Le caractère nécessaire d'une décision à titre préjudiciel a été examiné par l'Avocat général Slynn. Celui-ci s'attachait à souligner le fait que le juge du fond est tenu, en vertu de l'article 177 lui-même, d'examiner l'existence d'une telle nécessité. Sir Gordon Slynn estime que « *le juge national doit... être convaincu qu'une telle question est soulevée et que sa solution lui est nécessaire. S'il n'apparaît pas à la Cour que le juge s'est demandé s'il était nécessaire de répondre à la question pour pouvoir se prononcer dans l'affaire ou si, de toute évidence, le juge a simplement pensé qu'il serait indiqué d'avoir une réponse sans que celle-ci soit nécessaire aux fins de son jugement, il nous semble que la Cour peut refuser de traiter de ces questions* ». Dans un tel cas l'Avocat général estime que la Cour pourrait demander au juge de renvoi d'examiner, à la lumière des observations faites par elle, « *s'il était vraiment nécessaire de déférer la question* ». Développant sa pensée, en envisageant la seconde question posée par le *pretore*, Sir Gordon considérerait que « *si la Cour refuse de répondre à une question parce qu'elle n'est pas convaincue que la juridiction nationale s'est demandée si une réponse à cette question était nécessaire pour lui permettre de se prononcer, le juge national doit alors procéder à cet examen. S'il conclut qu'une réponse à la question est nécessaire, il ne fait aucun doute que le problème doit alors de nouveau être déféré à la Cour mais, comme dans le cas d'espèce, le juge national doit fournir à la Cour des éléments suffisants pour lui prouver qu'il s'est consacré à l'examen du point qu'il convenait d'apprécier* » (120).

On peut le constater, l'Avocat général Slynn ne reconnaît pas le droit de la Cour d'apprécier la nécessité d'une décision préjudicielle, mais seulement celui de vérifier si l'existence d'une telle nécessité a été effectivement examinée par le juge interne. Pour l'Avocat général, « *si le juge national estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre le jugement, il a alors... le droit de la déférer au titre*

---

(119) Affaire 86/78, *Rec.*, 1979, p. 897, spéc., p. 908.

(120) Conclusions de l'Avocat général Slynn sous le second arrêt *Foglia*, *Rec.*, 1981, p. 3069.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

de l'article 177» (121). En l'espèce, l'Avocat général Slynn a estimé que cette condition était remplie.

Les prémisses de la Cour sont différentes et la solution retenue par son arrêt est moins satisfaisante de celle adoptée par son Avocat général. Malgré quelques formules lénifiantes contenues dans son arrêt, la Cour paraît bien exiger que la nécessité d'une décision préjudicielle soit démontrée. Elle exige donc une motivation dans l'ordonnance de renvoi et se reconnaît le droit de la contrôler.

La Cour reconnaît, d'abord, qu'il appartient au juge national d'apprécier la nécessité d'un renvoi préjudiciel (122). Elle déclare aussitôt que lorsque la nécessité d'une décision préjudicielle ne découle pas « sans équivoque » du dossier de l'affaire, « *il est indispensable que les juridictions nationales expliquent... les raisons pour lesquelles elles considèrent qu'une réponse à leurs questions est nécessaire pour la solution du litige* » (123). A la différence de l'Avocat général Slynn qui demande seulement que le juge national démontre qu'il ait effectivement considéré la nécessité d'une décision préjudicielle, la Cour exige que cette nécessité soit établie.

Pour fonder sa position la Cour explique qu'en utilisant le mécanisme préjudiciel, le juge national remplit une fonction qui lui est confiée par le traité (124). « *Dès lors, les éléments que peut soulever l'exercice de son pouvoir d'appréciation par le juge national et les rapports qu'il entretient dans le cadre de l'article 177 avec la Cour relèvent exclusivement des règles du droit communautaire* » (125). Le fait, subtil, pour la Cour d'insister sur son contrôle de *l'exercice* du pouvoir et non pas de *l'appréciation* de nécessité elle-même, ne masque néanmoins pas l'ampleur véritable de ce revirement jurisprudentiel. Ce contrôle de la nécessité s'explique, selon la Cour, par des considérations prolixes tenant à sa propre compétence (126). Elle doit remplir sa mission « *conformément au traité* » (127) et pour ce, « *être mise en mesure de porter toute appréciation inhérente à l'accomplissement de sa propre fonction, notamment en vue de vérifier, le cas échéant, comme toute juridiction en a l'obligation, sa propre compétence* ». Mais la plus

---

(121) *Ibid.*

(122) *Rec.*, 1981, p. 3062.

(123) *Ibid.*

(124) *Ibid.*, attendu n° 16. Elle précise, en effet que le juge remplit, « *en collaboration avec la Cour de justice, une fonction qui leur est attribuée en commun en vue d'assurer le respect du droit dans l'application et l'interprétation du traité* ».

(125) *Ibid.*

(126) *Ibid.*, p. 3062.

(127) *Ibid.*, p. 3063.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

significative et, sans doute, la plus controversée des considérations est celle par laquelle elle déclare que « *compte tenu des répercussions de ses décisions en la matière, la Cour doit tenir compte dans l'exercice du pouvoir juridictionnel que lui confère l'article 177 non seulement des intérêts des parties au litige, mais encore de ceux de la Communauté et de ceux des Etats membres* » (128). La nécessité d'une décision préjudicielle s'apprécie, selon la Cour, par le « *besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux* » (129). Mais la marge d'appréciation réservée aux juridictions visées au second alinéa de l'article 177 signifie que la question préjudicielle correspond à un *besoin subjectif* ressenti par le juge du fond qui d'office, ou eu égard aux prétentions des parties, éprouve des difficultés d'appréhender le sens ou d'apprécier la validité d'une règle communautaire. Appliquée aux juridictions de dernier ressort, l'exigence d'un besoin objectif rejoindrait la technique de *l'acte clair* pour permettre à ces juridictions de se soustraire à l'obligation de renvoi préjudiciel. Le fait pour la Cour d'affirmer, dans le même souffle, qu'« *il appartient au juge national... d'apprécier au regard des faits de l'affaire la nécessité, pour rendre son jugement, de voir trancher une question préjudicielle* » (130), que « *l'appréciation de la nécessité d'obtenir une solution aux questions d'interprétation soulevées au regard des circonstances de fait et de droit qui caractérisent les controverses au fond relève du juge national* » (131), « *qu'elle doit pouvoir s'en remettre de la façon la plus large à l'appréciation du juge national en ce qui concerne la nécessité des questions qui lui sont adressées* » (132), et qu'une déclaration d'incompétence de sa part « *ne porte en rien atteinte aux prérogatives du juge national* » n'est qu'une sorte de prétérition et se comprend mal à la lumière de son raisonnement et de sa décision.

Aux justifications données par la Cour à l'exigence de motivation des ordonnances de renvoi préjudiciel, vient dans un arrêt postérieur à l'arrêt *Foglia-Novello* (133) s'ajouter une autre. A propos de l'affaire *Holdijk, Mulder et Alpuro* (134), le gouvernement danois estimait n'être pas en mesure de soumettre des observations au titre de l'article 20 du statut de la Cour en raison du caractère succinct de l'ordonnance de renvoi prise par une juridiction néerlandaise. Le gouvernement danois

---

(128) *Ibid.*

(129) *Ibid.*, p. 3062.

(130) *Ibid.*, attendu n° 15.

(131) *Ibid.*, p. 3063-3064.

(132) *Ibid.*, p. 3063.

(133) *Ibid.*, p. 3062-3063.

(134) Affaires jointes 141 à 143/81, *Rec.*, 1982, p. 1299.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

a, à cette occasion, suggéré que tout renvoi préjudiciel contienne certains renseignements essentiels permettant aux intervenants éventuels de connaître le fond du problème soulevé. A ce titre, il a proposé que les faits importants de l'affaire, la pertinence des normes nationales en cause, les arguments des parties et les raisons pour lesquelles le juge éprouve des doutes quant à l'interprétation ou la validité d'une disposition communautaire, devraient figurer dans les demandes de décisions préjudicielles.

Par son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1982 la Cour paraît partager ces préoccupations qui se rapprochent, partiellement, de celles présentées en 1978 dans ce qu'on désigne le *Memorandum britannique* (135). En l'espèce, la Cour a écarté l'objection danoise au motif que « *compte tenu de la possibilité de compléter les observations écrites au cours de la procédure orale, le caractère, même très succinct, des jugements de renvoi ne saurait être considéré comme ayant privé les Etats membres de la possibilité de présenter des observations en vue de la réponse à donner à la question préjudicielle* » (136).

Néanmoins, l'argument danois a fourni une raison supplémentaire pour exiger la motivation des ordonnances de renvoi énoncée par l'arrêt *Foglia*. La Cour rappelle d'abord que dans ses arrêts *Union laitière normande* et *Irish Creamery* elle avait déjà affirmé que le cadre juridique dans lequel devait se placer l'interprétation demandée devait être défini pour lui permettre d'apporter une réponse utile et que les faits de l'espèce devraient, de préférence, être établis et les questions de droit national tranchées, avant qu'elle ne soit saisie préjudiciellement (137). Mais la Cour se réfère également à son arrêt *Foglia* pour réitérer qu'il est « *indispensable que les juridictions nationales expliquent les raisons pour lesquelles elles considèrent qu'une réponse à leurs questions est nécessaire à la solution du litige au principal, lorsque ces raisons ne ressortent pas sans équivoque du dossier* » (138). Remarquons, cependant, que l'exigence de motivation est fondée dans l'arrêt *Foglia* sur la considération de permettre à la Cour de remplir sa mission. Dans l'arrêt *Holdijk, Mulder et Alpuro*, elle s'explique par le souci de permettre aux intervenants éventuels de soumettre leurs observations conformément à l'article 20 du statut de la Cour. La Cour affirme qu'il lui incombe de veiller à ce que cette possibilité soit effec-

---

(135) Note présentée par le gouvernement du Royaume-Uni sur la participation des Etats membres aux affaires soumises à la Cour de justice, le 2 oct. 1978.

(136) Arrêt 141-143/81, attendu n° 7.

(137) *Ibid.*, attendu n° 5.

(138) *Ibid.*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

tivement sauvegardée (139). Il est également opportun de rappeler qu'en 1976 lors de la *Rencontre judiciaire et universitaire* qui s'est tenue à Luxembourg, MM. F. Dumon et I. Verougstraete ont estimé qu'il faut que le juge de renvoi indique lui-même avec précision quels sont les faits au sujet desquels la question d'interprétation se pose et qu'il précise également le sens de la disposition nationale en cause, mais ceci pour que la Cour reste dans le cadre de ses compétences (140).

Contrairement à l'Avocat général Slynn, la Cour estime dans son second arrêt *Foglia*, que la nécessité d'une décision préjudicielle de sa part n'a pas été établie. Elle invite le *pretore* à examiner, à la lumière des développements sur sa compétence, s'il subsiste une nécessité d'obtenir une réponse à la question figurant dans les deux ordonnances relative à l'interprétation de l'article 95 du traité (141).

Cette position ne laisse de surprendre. La nécessité d'une interprétation de cette disposition n'était jamais en doute. Le *pretore* doit connaître le sens de l'article 95 du traité pour pouvoir trancher le litige entre M. Foglia et M<sup>me</sup> Novello. Dans le cas où cette disposition l'amènerait à considérer que la loi française est incompatible avec le traité, M<sup>me</sup> Novello ne serait pas condamnée à rembourser à M. Foglia le montant de la somme acquittée par Danzas aux autorités douanières françaises. Dans une telle hypothèse, le *pretore* pourrait décider de joindre le transporteur Danzas à l'affaire. Dans le cas contraire, si l'interprétation de l'article 95 devait le conduire à reconnaître la conformité de la loi française au droit communautaire, le *pretore* devrait donner raison à M. Foglia et condamner M<sup>me</sup> Novello à lui restituer le montant litigieux. Comme l'écrit le professeur L. Goffin, « *comment douter cependant que le pretore estime qu'il y a nécessité à obtenir une réponse puisque déjà deux fois il avait posé la même question ?* » (142).

La nécessité de répondre à la quatrième question contenue dans la première ordonnance du *pretore* était, elle aussi, évidente. Rappelons que par cette question le *pretore* posait la question essentielle de savoir si l'incompatibilité d'une loi d'un Etat membre avec le traité C.E.E. pouvait être invoquée, dans le cadre d'un litige exclusivement privé, devant une juridiction d'un autre Etat membre. Bien qu'en l'espèce l'Avocat général Warner ait répondu négativement à cette question, ce

---

(139) *Ibid.*, attendu n° 6.

(140) Cour de justice des Communautés européennes, *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, 1976, III-28.

(141) *Rec.*, 1981, p. 3067.

(142) Article *pré. cit.*, p. 254.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

qui l'amenait à considérer le renvoi du *pretore* irrecevable, la réponse de principe apportée par M. Warner est affirmative. L'Avocat général a insisté sur le fait que « *toutes les juridictions de tous les Etats membres sont appelées à mettre en vigueur le droit communautaire lorsqu'il s'applique dans les affaires dont elle ont à connaître. Lorsque la décision à rendre dans un litige entre des personnes privées qui est porté devant une juridiction d'un Etat membre s'avère poser la question de la conformité au droit communautaire de la législation d'un autre Etat membre, cette juridiction est tenue d'examiner cette question. Elle ne saurait se soustraire à cette obligation au simple motif que c'est la validité de la législation d'un autre Etat membre qui est contestée* » (143).

Dans son premier arrêt *Foglia*, la Cour n'a abordé, ni cette question ni les autres questions soumises par le *pretore*. Dans son second arrêt, elle n'a toujours pas répondu à la question relative à l'interprétation de l'article 95 du traité qui a été soumise, derechef, à son examen. La Cour s'est également abstenue de répondre à la seconde question, pourtant essentielle, par laquelle le *pretore* demandait si, à la suite du premier arrêt et du rejet de sa demande de décision préjudicielle, il devait procéder lui même à l'interprétation de la disposition communautaire en cause ou, au contraire, trancher le litige exclusivement en fonction de son droit national. Comme l'a observé M. L. Goffin, cette question est particulièrement pertinente, « *elle met en lumière les inconvénients et le danger de la position de la Cour* » (144). Et cet auteur estime qu'« *il est regrettable que la Cour se soit abstenue de se prononcer sur un problème aussi fondamental et si grave* » (145). La nécessité d'une réponse à cette question ne pouvait pas être contestée. Le *pretore* explique, en effet, qu'il est tenu de statuer en vertu de son droit national. En outre, en raison du premier arrêt *Foglia*, la défenderesse au principal a demandé qu'une question de la conformité à la Constitution italienne de lois de ratification du traité C.E.E. et du protocole sur le statut de la Cour de justice soit soumise à la Cour constitutionnelle italienne. Le *pretore* n'estimait pas pouvoir écarter la question d'inconstitutionnalité comme privée de tout fondement. C'est pour lui permettre de décider si un tel renvoi à la Cour constitutionnelle devait avoir lieu qu'il a formulé sa seconde ordonnance. Comment comprendre, dès lors, qu'après avoir répondu à trois des cinq questions

---

(143) Affaire 104/79, *Rec.*, 1980, p. 761, spéc., p. 764.

(144) Article *pré. cit.*, p. 254.

(145) *Ibid.*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

dans la seconde affaire *Foglia*, la Cour déclare que « *compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de répondre à cette question* » (146) ?

## II

LES ARRÊTS FOGLIA-NOVELLO  
ET LE SYSTÈME JURIDICTIONNEL COMMUNAUTAIRE

Une des préoccupations essentielles de la Cour dans les arrêts *Foglia-Novello* est de préserver l'intégrité du système de voies de recours juridictionnelles en droit communautaire (147). Elle insiste, surtout dans son second arrêt, sur son devoir de veiller à ce que le renvoi préjudiciel ne soit pas utilisé pour des fins autres que celles voulues par le traité. Elle souligne son obligation de vérifier sa propre compétence et celle du juge national de la respecter (148).

Selon la Cour, il pourrait être porté atteinte à sa compétence préjudicielle et au système des voies de recours juridictionnelles, par certains arrangements entre personnes privées, notamment en raison de l'autonomie de la volonté qui leur est reconnue en matière contractuelle (149). La circonstance qu'une stipulation contractuelle pourrait amener une juridiction d'un Etat membre à se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une disposition législative d'un autre Etat membre, alors même que le juge naturel serait un juge de ce dernier Etat, conduit la Cour à expliquer sa méfiance à l'égard d'arrangements exclusivement privés. A la lecture de certains *attendus* du second arrêt *Foglia* on a l'impression que la Cour soupçonne l'existence d'un conciliabule dès lors qu'une disposition nationale d'un Etat membre se trouve contestée, pour une prétendue violation du droit communautaire, devant un juge d'un autre Etat membre.

A cet aspect essentiel des arrêts *Foglia-Novello* s'en ajoute un autre qui, s'il n'était pas expressément considéré par la Cour, a néanmoins été évoqué par certains Avocats généraux. Il s'agit des rapports entre le recours en constatation de manquement d'Etat qui, lui, permet à la Cour de statuer directement sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire, et le renvoi préjudiciel à propos duquel un résultat similaire peut être indirectement obtenu.

---

(146) *Rec.*, 1981, p. 3067.

(147) Arrêt 104/79, *Rec.*, 1980, p. 760, *attendu* n° 11.

(148) *Rec.*, 1981, p. 3063 et 3065.

(149) *Ibid.*, *attendu* n° 29.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

A. – Litige privé impliquant une loi d'un Etat membre  
autre que celui du for

La circonstance qu'une question se greffait sur un litige entre particuliers plutôt que sur une action dirigée contre l'autorité publique n'exerçait, jusqu'à l'affaire *Foglia-Novello*, aucune influence sur la compétence préjudicielle de la Cour ni sur le déroulement de la procédure devant elle. L'origine de la question préjudicielle lui était indifférente et aucune importance n'a été attachée à la qualité des justiciables à l'action principale (150).

Saisie à titre préjudiciel par une juridiction nationale qui a elle-même formulé la question, la Cour de justice se considérait obligée de répondre dès lors que la question portait sur le droit communautaire, sans s'immiscer dans les aspects internes de la procédure du fond à propos de laquelle le renvoi a été prononcé, ni vérifier sa régularité (151).

Dans les arrêts *Foglia-Novello*, la Cour estime devoir vérifier les conditions dans lesquelles elle a été préjudiciellement saisie en vue d'apprécier sa propre compétence. Pour ce, elle prend connaissance des faits de l'espèce, du comportement des parties et apprécie la nécessité d'une décision préjudicielle pour la solution du litige pendant devant le juge de renvoi. Si elle a décliné sa compétence dans cette affaire c'est qu'elle a estimé que l'objectif visé par Foglia et Novello était d'obtenir une condamnation judiciaire d'une loi française pour violation du traité et que, circonstance aggravante, l'affaire a été portée devant une juridiction italienne.

Le premier arrêt *Foglia* laissait planer des incertitudes quant à la portée exacte de la prise de position de la Cour. Il n'apparaissait pas très clairement si c'est la concomitance de tous les facteurs réunis dans

---

(150) Evoquons les arrêts 77/72, *Copolongo-Maya, Rec.*, 1972, p. 611 ; 52/76, *Benedetti-Munari, Rec.*, 1977, p. 163 ; 5/77, *Tedeschi-Denkavit, Rec.*, 1977, p. 1555 ; 13/77, *Inno-ATAB, Rec.*, 1977, p. 2115 ; 105/76, *Interzuccheri-Resano e Cavassa, Rec.*, 1977, p. 1029 ; 74/76 *Jannelli-Meroni, Rec.*, 1977, p. 557 ; 111/75, *Mazzalai-Ferrovie Del Renon, Rec.*, 1976, p. 657 ; 63/75, *Fonderies Roubaix-Fonderies Roux, Rec.*, 1976, p. 111 ; 36/74, *Walrave et Koch-Association Union Cycliste Internationale, Rec.*, 1974, p. 1405, et les affaires mettant en cause l'art. 119 du traité telles que 43/75, *Defrenne-SABENA, Rec.*, 1976, p. 455 ; 129/79, *McCarthy-Smith, Rec.*, 1980, p. 1275 ; 69/80, *Worringham-Lloyds Bank, Rec.*, 1981, p. 767 ; 96/80, *Jenkins-Kingsgate, Rec.*, 1981, p. 911 ; 12/81, *Garland-British Rail, Rec.*, 1982, p. 359 ; 19/81, *Burton-British Rail, Rec.*, 1982, p. 554.

(151) Dans l'affaire 65/81, *Reina*, la défenderesse au principal a contesté la recevabilité de la demande préjudicielle formée par le *Weraltungsgericht*, Stuttgart, au motif que l'ordonnance de renvoi a été prise par le tribunal statuant en formation de trois juges de carrière alors que le droit procédural allemand exigerait la participation de deux juges non professionnels. A cet argument la Cour a répondu qu'il ne lui appartient pas, en raison de la répartition des fonctions entre elle et la juridiction nationale, « de vérifier si la décision par laquelle elle a été saisie a été prise conformément aux règles d'organisation et de procédure judiciaires du droit national ». *Rec.*, 1982, p. 42-43.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

l'affaire *Foglia-Novello* qui était déterminante ou si pris isolément, un ou plusieurs de ces aspects étaient suffisants pour motiver une décision d'incompétence. En effet, si grande était la confusion à cet égard que le « précédent » *Foglia* a été invoqué devant la Cour pour appuyer des objections d'incompétences et d'irrecevabilité dans des hypothèses bien différentes.

Ainsi, par exemple, la défenderesse au principal dans l'affaire *Salonia* (152) a contesté la recevabilité de la demande préjudicielle formée par le *tribunale civile de Regusa* à propos d'une action intentée contre elle par une personne privée pour refus de vente, au motif, *inter alia*, qu'il s'agissait, pour le juge interne, d'apprécier la conformité avec le traité de l'Accord national pour la réglementation de la revente des quotidiens et périodiques, conclu entre la *Federazione Italiana Editori Giornali* et la *Federazione Sindacala Unitaria Giornalai*, alors que les parties contractantes n'étaient pas impliquées dans la procédure au fond et qu'elles n'avaient pas le droit d'intervenir dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice. L'argument d'irrecevabilité a été fondé sur le fait qu'« une situation comparable aurait été prise en considération par la Cour dans l'affaire *Foglia-Novello*, où la demande de décision à titre préjudiciel aurait justement été déclarée irrecevable » (153).

L'Avocat général Reischl n'a pas cru devoir répondre à cet argument. La Cour, quant à elle, a déclaré, sans se référer à l'arrêt *Foglia-Novello*, que « la circonstance que ni la requérante ni les défendeurs au principal ne soient parties à l'accord national au sujet duquel la juridiction nationale renvoie à la Cour des questions relatives à l'interprétation du traité ne met pas en cause la compétence de la Cour, l'application de l'article 177 du traité étant liée uniquement à l'exigence de permettre aux juridictions nationales de disposer de tous les éléments utiles de droit communautaire qui leur sont nécessaires pour rendre leur jugement » (154).

A propos du renvoi préjudiciel prononcé par le *tribunal de Bolanzo* dans l'affaire *Casati* (155), c'est le gouvernement français qui, au cours de la procédure orale, a invoqué l'arrêt *Foglia-Novello* pour soutenir un argument d'incompétence de la Cour de justice. Cette prétention était fondée sur le fait que les normes communautaires en cause n'étaient

---

(152) Affaire 126/80, *Maria Salonia C. Giorgio Poidomani et Franc Giglio*, *Rec.*, 1981, p. 1563.

(153) *Ibid.*, p. 1572.

(154) *Ibid.*, p. 1577, *attendu* n° 7.

(155) Affaire 203/80, *Guerrino Casati*, *Rec.*, 1981, p. 1595.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

pas applicables au cas d'espèce et que « *l'on pourrait estimer que les réponses aux questions formulées par le tribunal de Bolanzo ne sont pas destinées à avoir une influence sur la solution de l'affaire pendante devant le tribunal* » (156).

La Cour n'a pas abordé la question de sa compétence. En répondant aux questions posées, elle a implicitement rejeté la thèse du gouvernement français. L'Avocat général Capotorti a cependant formulé certaines observations sur l'intérêt que l'arrêt *Foglia-Novello* pouvait revêtir en l'espèce. Selon M. Capotorti, quelle que soit la valeur du précédent *Foglia*, l'arrêt de la Cour du 11 mars 1980 ne pouvait utilement être invoqué pour soutenir l'incompétence de la Cour dans l'affaire *Casati*. Et l'Avocat général explique : « *il faut absolument exclure à la suite des résultats de la procédure, que le litige pendant devant le tribunal de Bolanzo a été créé artificiellement. D'autre part, nous estimons arbitraire d'étendre la ratio de l'arrêt Foglia contre Novello à l'hypothèse bien différente, dans laquelle on peut craindre que le juge national parvienne à la conviction, après s'être adressé à la Cour, qu'il est possible de trancher l'affaire au fond en faisant abstraction des règles communautaire dont il a demandé l'interprétation. En réalité, mettre en doute qu'un cas d'espèce déterminé entre dans le champ d'application des règles communautaires auxquelles se réfèrent les questions préjudicielles, équivaut à s'interroger sur l'importance de ces questions, pour la solution de l'affaire principale. Mais la constatation de ce point n'entre pas dans la compétence de notre Cour au titre de l'article 177 cité ; c'est exclusivement au juge national qu'il appartient de faire cette constatation* » (157).

Le fait qu'il s'agissait, dans l'affaire *Foglia-Novello* d'un litige exclusivement privé s'était vu attribuer une certaine importance par l'Avocat général Warner. Après avoir déclaré que le juge national ne saurait se soustraire à l'obligation d'examiner la question de la conformité d'une loi d'un autre Etat membre, même dans le cadre d'un litige privé, M. Warner estimait que pour sauvegarder les intérêts de l'Etat dont la législation est ainsi mise en cause, le juge interne ne devrait exercer sa compétence que lorsqu'il existe un véritable litige entre les parties. Puisque, en l'espèce, l'Avocat général estimait que le litige entre les parties ne présentait pas ce caractère, il a conclu à l'incompétence de la Cour pour répondre aux questions soumises par le *pretore* (158).

---

(156) Cité par l'Avocat général Capotorti dans ses conclusions sous cet arrêt, *Rec.*, 1981, p. 2623.

(157) *Ibid.*, p. 5.

(158) *Rec.*, 1980, p. 764 s.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

La réponse de principe apportée par M. Warner à la quatrième question posée par le juge de renvoi était, par conséquent, affirmative. Cependant, l'Avocat général a assorti sa réponse d'une condition: l'existence d'un litige réel entre les parties. Au surplus, une qualification a été ajoutée par l'Avocat général. Pour lui, « *au moins dans les affaires civiles, dans lesquelles seuls les intérêts des parties sont en jeu, il doit s'agir d'une question qui, une fois soulevée, est contestée entre les parties. Sinon il ne s'agit pas du tout d'une véritable question dans le contexte de procédure de cette nature. Nous disons bien lorsque seuls les intérêts des parties sont 'en jeu' parce qu'il en irait autrement dans une procédure 'in rem' par exemple, ou dans une affaire dans laquelle l'ordre public serait en jeu* » (159).

Le traitement différentiel des questions renvoyées préjudiciellement à propos d'un litige entre particuliers par rapport à celui réservé aux questions soumises dans le cadre d'un contentieux avec l'autorité publique résultant de l'arrêt *Foglia I* n'a pas échappé au *pretore*. Vu la décision de la Cour et notamment les conclusions de l'Avocat général Warner le *pretore*, dans sa seconde ordonnance, se reprochait « *d'avoir à l'époque introduit la quatrième question de l'ordonnance de renvoi du 16 juin 1979 puisque de toute évidence sa rédaction était malheureuse au point de provoquer des réactions exactement opposées à celles qu'elle visait à obtenir* » (160). Il a néanmoins, par la quatrième question de sa seconde ordonnance, demandé en substance si la protection assurée aux particuliers par la procédure de l'article 177 est différente, voire affaiblie, dans le cas où une question de droit communautaire est soulevée dans un litige entre particuliers, en comparaison avec des litiges qui opposent un particulier à l'administration.

Il n'apparaît pas très clairement ce que le *pretore* visait à comparer. S'agit-il d'un recours dirigé contre l'Etat du for par rapport au litige entre personnes privées mettant en cause la législation de ce même Etat ou plutôt par rapport à une action exclusivement privée mettant en cause la loi étrangère? Le contexte de l'affaire *Foglia-Novello* pourrait conduire à penser que c'est cette dernière éventualité qui était envisagée, mais puisque la question précédente concernait une telle situation, la Cour a traité le problème posé en considérant les positions respectives d'un particulier attaquant l'administration et d'un particulier engageant une procédure contre un autre particulier (161).

---

(159) *Ibid.*, p. 765.

(160) Ordonnance de renvoi, texte ronéo, p. 14.

(161) Dans l'*attendu* n° 22 du second arrêt *Foglia* la Cour constate: « *ainsi que le pretore l'a fait ressortir avec raison par ses troisième et quatrième questions, des problèmes particuliers* »

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

De la réponse de la Cour à cette question, il apparaît que le caractère privé d'un litige n'est pas sans effet sur la démarche adoptée au vu de sa compétence. Deux raisons essentielles sont avancées par la Cour pour expliquer que « *la question de savoir si une action en justice est engagée entre particuliers ou si elle est dirigée à l'encontre de l'Etat dont la législation est mise en cause n'est pas en toutes circonstances indifférente* » (162).

La première concerne les pouvoirs du juge du fond. Déjà dans ses conclusions sous le premier arrêt *Foglia*, l'Avocat général Warner avait examiné cette question. M. Warner a, en effet, remarqué, que lorsque le juge d'un Etat membre statue sur la compatibilité d'une loi d'un autre Etat membre avec le droit communautaire, « *sa décision n'aura force de chose jugée qu'entre les parties au litige; elle ne saurait lier l'Etat membre dont la législation a été contestée. La décision de cette juridiction ne saurait non plus lier une autre juridiction dans la Communauté en vertu de la doctrine du respect des décisions rendues et du précédent, ni au titre d'un quelconque concept jurisprudentiel* » (163). Ces arguments paraissent militer plutôt en faveur du droit du juge interne de se prononcer sur la compatibilité avec le traité d'une disposition d'un Etat membre autre que le sien.

Dans son second arrêt *Foglia*, la Cour constate que, saisi dans de telles circonstances, le juge autre que celui de l'Etat du for ne serait pas toujours en mesure de donner aux particuliers une protection juridique efficace à l'égard de cette législation (164). Elle ne dit pas davantage, mais cette observation mérite un examen.

Il est indéniable qu'un juge possède moins de pouvoirs à l'égard d'une législation étrangère qu'il n'en détient par rapport à son droit national. Cependant, cette constatation ne paraît pas devoir porter un poids considérable dans un contexte tel que celui de l'affaire *Foglia-Novello*.

Quelle protection le juge interne doit-il assurer aux particuliers relevant du droit communautaire? La Cour de justice est très réticente à préciser l'obligation incombant au juge national dans ce domaine. Dans

---

peuvent se poser en ce qui concerne l'application de l'article 177 lorsque les questions d'interprétation sont soulevées par le juge national en vue de le mettre en état d'apprécier la conformité avec le droit communautaire d'actes législatifs d'un Etat membre ». Dans l'attendu n° 25, elle observe que « *par la quatrième question, le pretore a demandé si la protection assurée aux particuliers par la procédure de l'art. 177 est différente, voire affaiblie, dans le cas où une question de ce genre est soulevée dans un litige entre particuliers, en comparaison des litiges qui opposent un particulier à l'administration* ».

(162) *Rec.*, 1981, p. 3065.

(163) *Rec.*, 1980, p. 764.

(164) *Rec.*, 1981, p. 3065.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

son arrêt *Simmenthal* (165), elle a souligné l'obligation des juridictions internes d'appliquer immédiatement et intégralement le droit communautaire. Dans l'arrêt *Salgoil* (166), elle a déclaré que la protection des droits engendrés par les normes communautaires à effet direct doit être directe et immédiate.

Certains ont proposé de reconnaître aux justiciables un droit à l'annulation de la mesure nationale contraire, à la répétition de l'indu ainsi qu'au paiement de dommages et intérêts (167). De la jurisprudence il ressort que la Cour n'exige pas l'annulation d'une disposition nationale incompatible avec le traité. Elle se contente de son inapplicabilité (168). Un arrêt isolé paraît viser un droit à la réparation du dommage causé dans le cadre des dispositions nationales relatives à la responsabilité de l'Etat, mais on ne peut pas affirmer avec certitude que la Cour l'exige (169). Seul le droit à la restitution des montants illégalement perçus a été récemment reconnu (170).

Mais est-il certain que les juridictions nationales possèdent les moyens juridiques pour assurer aux individus une protection adéquate

---

(165) Affaire 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629.

(166) Affaire 13/68, *Rec.*, 1968, p. 661.

(167) V. notamment M<sup>me</sup> C. Megret pour qui : « n'est ce pas admettre implicitement, dans un souci d'uniformité et d'efficacité, que les droits conférés aux victimes de la violation d'une règle directement applicable leur ouvrent non seulement droit à l'annulation de l'acte national irrégulier au terme d'un contentieux objectif, mais aussi droit à répétition de l'indu et même droit à dommages et intérêts au terme cette fois d'un contentieux subjectif qui seul peut assurer une protection directe et immédiate du justiciable? », « Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des Etats membres », *Journ. dr. internat. (Clunet)*, 1976, p. 367, spéc., p. 383. V. également, R. Kovar, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in Institut d'études européennes, Université Libre de Bruxelles, *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 245.

(168) V. notamment les arrêts 34/67, *Rec.*, 1968, p. 359; 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629.

(169) Dans l'arrêt 60/75, *Russo c. AIMA*, on peut lire : « Que, dans le cas où un tel préjudice aurait été causé par le fait d'une violation du droit communautaire, il incomberait à l'Etat d'en assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'Etat. » *Rec.*, 1976, p. 45, spéc., p. 56. Déjà dans l'arrêt 39/72, *Commission c. Italie*, la Cour a déclaré : « en présence tant d'un retard à exécuter une obligation que d'un refus définitif, un arrêt rendu par la Cour au titre des articles 169 et 171 du traité peut comporter un intérêt matériel en vue d'établir la base d'une responsabilité qu'un Etat membre peut être dans le cas d'encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard d'autres Etats membres, de la Communauté ou des particuliers ». *Rec.*, 1973, p. 101, spéc., p. 112.

(170) V. notamment les arrêts 177/78, *McCarren*, *Rec.*, 1979, p. 2161; 68/79, *Just*, *Rec.*, 1980, p. 501, 130/79, *Express Dairy Foods*, *Rec.*, 1980, p. 1887. Sur ce sujet, V. F. Hubeau, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *R.T.D.E.*, 1981, 442, M. Waelbroeck, « La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire », in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, p. 430, A. Barav, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. dr. europ.*, 1981, p. 507.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

de leurs droits communautaires vis-à-vis leur propre Etat? Le professeur J. Rideau a justement observé que «*les contentieux nationaux n'ayant pas été conçus pour la solution des différends nés de l'application du droit communautaire, les moyens dont disposent les juges nationaux ne sont pas toujours adaptés à l'exercice de leurs missions communautaires*» (171). Cet auteur remarque que les juges peuvent donc procéder à certains ajustements des systèmes juridiques nationaux en tirant les conséquences des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire mais les transformations profondes, que rendra nécessaire l'accomplissement du rôle communautaire des Etats membres, ne pourront être d'origine jurisprudentielle (172).

Ces remarques paraissent fondées. Pourtant, on peut lire dans l'arrêt dit *Croisières du beurre* que le traité «*n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national*» (173).

Le président J. Mertens de Wilmars a posé le problème dans ses véritables dimensions: «*sans doute, écrit-il, à la base même de la solidarité qui rassemble les Etats et les peuples dans les Communautés, il y a l'adhésion aux institutions démocratiques qui implique, comme allant de soi l'existence dans chaque Etat membre d'organes réalisant l'Etat de droit. Leur absence ou leur insuffisance notoire signifierait que ne sont pas ou ne sont plus réalisées les conditions de l'appartenance à la Communauté. Mais l'existence, dans chaque Etat membre, de systèmes de protection juridique assurés, fondés sur le droit, appropriés aux nécessités et particularités nationales n'implique pas ipso facto une aptitude égale de ces systèmes à assurer une protection adéquate dans un ordre juridique commun, distinct par définition des ordres juridiques nationaux*» (174).

Pour revenir à l'affaire *Foglia-Novello*, le *pretore* était parfaitement en mesure d'assurer une protection aux justiciables à l'égard de la loi française en cause. Si, à la suite de l'interprétation demandée de l'article 95 du traité le *pretore* devait considérer la loi française incompatible

---

(171) J. Rideau, «Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux», D., 1974, Chron. 147, spéc., p. 156.

(172) J. Rideau, «Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire», A.F.D.I., 1972, p. 864, spéc., p. 903.

(173) Affaire 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord MBH et Rewe-Market Stennen, Kiel c. Hauptzollamt Kiel*, Rec., 1981, p. 1805, spéc., p. 1828.

(174) J. Mertens de Wilmars, «L'efficacité des différentes techniques nationales de protections juridiques contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers», Cah. dr. europ., 1981, p. 379, spéc., p. 381.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

avec le traité, il aurait donné raison à M<sup>me</sup> Novello en rejetant l'action de M. Foglia. Il pourrait aussi, dans une telle hypothèse, appeler en cause l'entreprise Danzas et la condamner au remboursement à M. Foglia de la somme correspondant à la taxe perçue par les autorités douanières françaises. Au cas inverse où, suite à l'interprétation donnée par la Cour, la loi française apparaissait conforme au traité, la *pretore* devrait condamner M<sup>me</sup> Novello à restituer à M. Foglia le montant de la taxe française qu'il avait remboursé à Danzas.

La seconde raison fournie par la Cour dans son arrêt du 16 décembre 1981 pour expliquer sa méfiance à l'égard des litiges privés s'inspire, en partie du moins, de la préoccupation de permettre à l'Etat dont la législation est mise en cause, de pourvoir à sa défense. Un tel souci avait déjà été exprimé par l'Avocat général Warner dans ses conclusions relatives au premier arrêt *Foglia*.

M. Warner expliquait sa réticence d'admettre la recevabilité du renvoi du *pretore* par des raisons tenant à la sauvegarde des intérêts de l'Etat dont la législation est prétendue incompatible avec le traité. L'Avocat général estime qu'« *une des raisons pour lesquelles la Cour ne devrait pas examiner une telle affaire est que cette dernière n'aura aucune chance d'être présentée de manière appropriée devant la juridiction nationale et n'aura aucune chance d'être discutée de manière adéquate devant la Cour* ». M. Warner ajoute que « *la procédure qui permet aux Etats membres, par l'intermédiaire de leur gouvernement, de présenter des observations dans les affaires dont est saisie la Cour au titre de l'article 177, n'a pas pour but de mettre un Etat membre dans la situation du demandeur ou du défendeur unique ou principal dans une affaire, et il serait tout à fait contraire à l'équité de considérer que cette procédure convient à cet effet* » (175). L'Avocat général souligne que lorsque le renvoi émane d'une juridiction de l'Etat membre dont la législation est mise en cause, cet Etat aurait des garanties plus étendues que celles qui lui sont offertes lorsque la compatibilité de sa législation avec le traité fait l'objet d'un renvoi préjudiciel effectué par une juridiction d'un autre Etat membre. D'une part, la langue de procédure ne serait pas la sienne, d'autre part, avant même que l'affaire ne soit renvoyée à la Cour de justice, l'Etat membre qui n'est pas partie à l'affaire devant le juge interne ne serait pas en mesure de préparer une argumentation complète et de la présenter devant le juge du fond (176).

---

(175) *Rec.*, 1980, p. 766.

(176) *Ibid.*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

On ne peut se rallier aux arguments exposés par l'Avocat général Warner. En premier lieu, l'aspect linguistique qui paraît seul d'une certaine pertinence, n'est certes pas déterminant. Les efforts considérables et fructueux de la Cour en matière de traduction réduisent sensiblement les inconvénients inhérents au fonctionnement d'une Communauté plurilinguistique. Notons que l'Etat intervenant est en droit de présenter ses propres observations dans sa langue officielle. Lorsque les Etats membres interviennent dans des procédures préjudicielles, quelles qu'elles soient, leurs intérêts sont bien protégés. Il serait fastidieux, voire même futile, d'examiner les affaires dans lesquelles les gouvernements des Etats membres ont soumis des observations dans le cadre de procédures préjudicielles engagées par des juridictions autres que les leurs et dans lesquelles leurs intérêts étaient présentés d'une manière adéquate (177).

En second lieu, l'argument relatif à la possibilité de préparer une défense et une argumentation plus complète lorsque sa propre législation se trouve mise en cause comporte en fait deux aspects. D'abord, la possibilité de présenter des observations devant le juge interne avant même qu'un renvoi à titre préjudiciel ne soit prononcé, n'existe, certes, pas toujours. Ceci n'a rien de particulier au droit communautaire. M. Bebr estime que l'argument de la Cour n'est pas convaincant car en cas de litige réel entre les parties mettant en cause la conformité au traité d'une loi d'un Etat membre devant une juridiction d'un autre Etat, la position du premier est identique (178). Ensuite, la possibilité pour un Etat de présenter sa défense devant la Cour de justice dans le cadre d'une procédure préjudicielle entamée à l'initiative d'une juridiction d'un autre Etat membre mérite elle aussi, d'être examinée. En fait, que l'Etat soit partie à l'affaire principale ou qu'il ne le soit pas, il paraît bénéficier de garanties identiques devant la Cour de justice.

Dans les deux cas, c'est l'article 20 du statut C.E.E. de la Cour de justice qui s'applique. Aux termes de cette disposition, « *les parties, les Etats membres, la Commission et, le cas échéant le Conseil, ont le droit de déposer devant la Cour des mémoires ou observations écrites* ». Selon l'article 29 du règlement de procédure, « *les Etats membres sont autorisés à utiliser leur propre langue officielle lorsqu'ils interviennent à un litige devant la Cour ou lorsqu'ils participent à l'une des procédures préjudicielles visées à l'article 103. Cette disposition*

---

(177) V. en général, K.J.M. Mortelmans, « Observations in the cases governed by Article 177 of the E.E.C. Treaty: Procedure and practice », *Common Market Law Review*, (16) 1979, p. 557 s.

(178) G. Bebr, « The possible implications of Foglia V. Novello II », *Common Market Law Review*, (19) 1982, p. 420, spéc., p. 432.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*s'applique tant aux documents écrits qu'aux déclarations orales*». Davantage encore, l'article 104 du règlement prévoit que «*les décisions des juridictions nationales visées à l'article 103 sont communiquées aux Etats membres dans la version originale, accompagnées d'une traduction dans la langue officielle de l'Etat destinataire*».

Ces dispositions tendent à mettre tous les Etats membres dans une position identique lors du déroulement de la procédure préjudicielle. Mise à part la langue de procédure, les Etats membres, en tant que parties à l'action principale et en tant qu'intervenants sont sur un pied d'égalité. Il convient cependant d'indiquer que l'Avocat général Warner, lorsqu'il admet la compétence préjudicielle de la Cour dans des litiges réels mettant en cause la législation d'un Etat membre devant une juridiction d'un autre Etat membre, reconnaît que les garanties exposées par lui n'existeraient pas. M. Warner considère cependant que dans le cas d'un véritable litige entre les parties «*il faut tolérer cette absence de garanties, tout d'abord afin d'éviter un déni de justice plus grand à l'égard de ces parties, et ensuite, parce que dans ce cas normalement l'Etat membre concerné ne deviendra pas le demandeur ou défendeur unique ou principal, mais prendra position pour l'une des parties*» (179).

Au vu de notre conclusion que les garanties sont en tout cas identiques, le sacrifice n'est pas réel. Constatons, au demeurant que le gouvernement français ne contestait pas la compétence de la Cour dans la première affaire *Foglia-Novello*.

A cinq occasions au moins, dont certaines ne paraissaient pas moins artificielles que l'affaire *Foglia-Novello*, la Cour de justice a répondu aux questions préjudicielles soumises par des juridictions des Etats membres, dans le cadre d'un litige entre particuliers à propos duquel la conformité au traité d'une législation d'un autre Etat membre a été mise en cause. A l'exception d'une d'entre elles, la compétence de la Cour n'a jamais été contestée. Elle n'a jamais été déclinée.

Au renvoi préjudiciel prononcé par le tribunal civil dans Rome à propos de l'affaire *Albatros-SOPECO* (180), le gouvernement français a opposé une fin de non-recevoir. La thèse du gouvernement français consistait à soutenir que les questions posées à la Cour de justice ne pouvaient en aucune manière contribuer à la solution du litige principal car il n'appartenait pas à une juridiction italienne de statuer sur la légalité d'un acte des autorités publiques françaises.

---

(179) *Rec.*, 1980, p. 766-767.

(180) Affaire 20/64, *Rec.*, 1965, XI-3, p. 1.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

S'adressant aux juges, l'Avocat général Gand a rejeté cet argument en ces termes: «*Il vous appartient d'interpréter le traité; ce n'est pas seulement une faculté, c'est pour vous une obligation lorsque vous êtes saisis. Refuser cette interprétation parce qu'elle risquerait de conduire dans le litige au fond à un empiètement de la juridiction d'un Etat membre sur celle d'un autre Etat membre serait vous prononcer sur la compétence respective de ces deux juridictions, ce qui déborde bien évidemment votre propre compétence*» (181).

Se prononçant sur sa compétence, la Cour a, elle aussi, écarté l'objection française. La Cour considère qu'en l'espèce elle a été saisie non pour statuer sur la validité par rapport au traité de la législation française relative à l'importation du pétrole, mais pour interpréter les dispositions du traité eu égard aux données juridiques exposées par le juge de renvoi (182).

Les questions renvoyées à titre préjudiciel à la Cour de justice par le *tribunal de Biella* dans l'affaire *F.O.R.-V.K.S.* (183), mettaient indirectement en cause la conformité au traité de la loi allemande sur la taxe sur le chiffre d'affaires. Dans l'affaire *Import Gadgets* (184), bien qu'en apparence la question posée à la Cour de justice par le *tribunale di Pavia* ne portait que sur l'interprétation de deux dispositions du tarif douanier commun, il s'agissait, en fait, ainsi que la Commission l'a souligné, d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire des mesures prises par les autorités douanières françaises à l'égard de la demanderesse au principal. De même, la réponse apportée par la Cour au *tribunale di Saluzzo* dans l'affaire *Cayrol-Rivoira* (185) devait permettre au juge du fond de se prononcer sur la compatibilité avec le traité de la législation douanière française en matière de déclarations d'origine. Enfin, le renvoi préjudiciel prononcé par le tribunal de commerce de Paris à propos de l'affaire *Union laitière normande* (186) était destiné à faire trancher la question de la compatibilité de la réglementation britannique sur l'importation et la commercialisation du lait entier en Grande-Bretagne avec le droit communautaire (187).

Dans cette dernière affaire, la Commission a exprimé les vœux que «*compte tenu d'une jurisprudence constante de la Cour, elle ne va pas contester la recevabilité des questions, bien que celles-ci portent,*

---

(181) *Ibid.*, p. 15.

(182) *Ibid.*, p. 8.

(183) Affaire 54/72, *Rec.*, 1973, p. 193.

(184) Affaire 22/76, *Rec.*, 1976, p. 1371.

(185) Affaire 52/77, *Rec.*, 1977, p. 2261.

(186) Affaire 244/78, *Rec.*, 1979, p. 2663.

(187) *Ibid.*, p. 2675.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*au moins en partie, sur la compatibilité de dispositions nationales anglaises avec le droit communautaire* ».

Puisque dans l'affaire *Foglia-Novello* une certaine importance a été accordée au fait qu'il s'agissait de contester la compatibilité avec le traité d'une loi française devant une juridiction italienne, il est intéressant de connaître le point de vue des Etats membres impliqués dans des situations analogues. Or, on est frappé de constater que mis à part le gouvernement français dans l'affaire *Albatros*, les gouvernements concernés ne paraissaient pas préoccupés par cet aspect. En effet, le gouvernement français lui-même n'avait contesté la compétence de la Cour ni dans l'affaire *Import-Gadgets*, ni dans l'affaire *Cayrol-Rivoira*, ni dans l'affaire *Foglia I*. Dans les deux premières il n'a même pas soumis des observations écrites. De même, ni dans les observations soumises par le gouvernement allemand à propos de l'affaire *F.O.R.-V.K.S.*, ni dans celles du gouvernement britannique dans l'affaire *Union laitière normande*, la compétence de la Cour était contestée ou même discutée.

L'indifférence à cette circonstance s'est également manifestée chez les Avocats généraux. L'Avocat général Roemer dans l'affaire *F.O.R.-V.K.S.*, l'Avocat général Mayras à propos de l'espèce *Union laitière normande*, et l'Avocat général Warner dans ses conclusions relatives aux renvois préjudiciels dans les affaires *Import Gadgets* et *Cayrol-Rivoira* n'ont aucunement abordé cette question. On pouvait ainsi estimer que cette problématique a été réglée par l'arrêt de la Cour et les conclusions conformes de l'Avocat général Gand dans l'affaire *Albatros*, évoqués précédemment.

Pourtant, le fait que dans l'affaire *Foglia-Novello* il s'agissait d'un litige entre particuliers mettant en cause la conformité d'une loi française au droit communautaire devant le juge italien, a été reconnu comme ayant un poids considérable dans la décision de la Cour pour décliner sa compétence. Mais alors, on peut se demander avec M. L. Goffin, « *au nom de quel principe de droit communautaire est-il interdit à des parties d'introduire devant le tribunal d'un Etat membre une procédure tendant à faire apprécier la validité de la législation ou de la réglementation d'un autre Etat membre ?* » (188).

Est-ce donc le *but*, présumé, des parties « *à obtenir une condamnation du régime fiscal français des vins de liqueur par le biais d'une procédure devant une juridiction italienne entre deux parties*

---

(188) L. Goffin, « *Heur et malheur de la procédure préjudicielle* », J.T., 1982, p. 252, spéc., p. 253.

IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*privées qui sont d'accord sur le résultat à atteindre*» (189) qui diffère l'affaire *Foglia-Novello* des autres affaires et justifie la décision d'incompétence ?

Par son second arrêt *Foglia*, la Cour a estimé qu'on ne saurait exclure des comportements des parties privées destinés à mettre l'Etat intéressé dans l'impossibilité de pourvoir à une défense adéquate de ses intérêts faisant décider la question de l'invalidité de sa législation par une juridiction d'un autre Etat membre (190). Et la Cour ajoute qu'*on ne peut donc, dans de telles situations procédurales exclure le risque que la procédure de l'article 177 soit détournée par les parties des fins pour lesquelles elle a été prévue par le traité*» (191).

On éprouve des difficultés à suivre ce raisonnement qui comporte, en fait, deux aspects distincts. En premier lieu il s'agit de la défense des intérêts de l'Etat dont la législation est mise en cause devant une juridiction d'un autre Etat membre. Mais si la Cour est concernée par cette situation, elle aurait peut-être dû répondre affirmativement à la troisième question contenue dans la seconde ordonnance de renvoi et admettre l'obligation ou seulement la faculté, d'appeler en cause l'Etat dont la législation se trouve contestée pour violation du traité. La Cour a pourtant laissé ce problème être réglé par le droit de l'Etat lui-même et par les principes du droit international (192). Deuxièmement, si l'on envisage la procédure préjudicielle elle-même, on pourrait peut-être songer à *obliger* une juridiction nationale à saisir la Cour de justice en vertu de l'article 177 pour permettre à celle-ci de trancher la question du droit communautaire soulevée et, en même temps, de donner l'occa-

(189) Arrêt 104/79, *Rec.*, 1980, p. 759, *attendu* n° 10.

(190) *Rec.*, 1981, p. 3065.

(191) *Ibid.*, *attendu* n° 29.

(192) L'Avocat général Slynn a considéré à ce propos: « nous ne pensons pas qu'il existe un tel principe général de droit communautaire, imposant ou permettant l'appel en cause des autorités de l'Etat membre dont la législation est soumise aux juridictions d'un autre Etat membre. Il se peut même qu'il y ait un principe général, commun au droit des Etats membres, selon lequel les juridictions nationales ne peuvent pas être saisies des actes d'une puissance étrangère, au moins lorsqu'ils ont été effectués dans l'exercice d'un pouvoir souverain... Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de décider de cette question dans la présente espèce, car, même en l'absence d'un tel principe, il appartiendra au droit national de déterminer si un autre Etat peut être appelé en cause dans de telles procédures, et si un Etat membre peut invoquer l'immunité fondée sur sa souveraineté pour s'opposer à son appel en cause. La procédure de renvoi au titre de l'article 177 (contrairement à la procédure d'action directe au titre de l'article 169) ne permet pas en soi d'appeler en cause des Etats membres en tant que parties à cet effet, mais donne à ces derniers la possibilité d'intervenir. Il peut encore moins exister une règle de droit communautaire selon laquelle de tels Etats membres doivent, ou peuvent, être appelés en cause dans les procédures nationales avant qu'il soit procédé au renvoi ». *Rec.*, 1981, p. 3073. M. G. Bebr critique la référence faite par la Cour au droit international. V. son article « The possible implications of *Foglia V. Novello II* », *Common Market Law Review*, (19) 1982, p. 420, spéc., p. 435.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

sion à l'Etat dont la législation est mise en cause d'intervenir dans la procédure et d'exprimer son point de vue. Nous l'avons vu, que l'Etat soit défendeur au principal ou qu'il ne soit pas partie à l'action devant le juge interne, sa position devant la Cour de justice dans le cadre de la procédure préjudicielle est identique.

Méfiant d'un compérage, la Cour ne partage pas cette conception. Sur la base des raisons avancées, elle a conclu qu'elle doit user d'une vigilance particulière lorsqu'elle est saisie dans le cadre d'un litige entre particuliers d'une question destinée à permettre au juge de porter une appréciation sur la conformité au droit communautaire de la législation d'un autre Etat membre (193).

Le système juridictionnel communautaire implique, comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt dit *Croisières du beurre* « *que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national* » (194). Ce système, comme l'a constaté M. A. Tizzano, se réduit trop souvent à bien peu de choses (195). Comment dès lors censurer une demande de décision préjudicielle formulée par un juge interne, tenu de statuer en vertu de son droit national, alors même que la Cour souligne dans son second arrêt *Foglia* son devoir de respecter les responsabilités propres du juge national ? (196).

#### B. – Les rapports entre le recours en constatation de manquement et le renvoi préjudiciel

Lorsque, dans ses arrêts *Foglia-Novello*, la Cour se réfère au « *système de l'ensemble des voies de recours juridictionnelles* », elle vise essentiellement le fait qu'un litige mettant en cause la conformité au traité d'une mesure nationale était porté devant une juridiction d'un autre Etat membre. Normalement, une pareille contestation doit avoir lieu devant les tribunaux de l'Etat dont la législation est mise en cause. Nous avons observé que le souci majeur de la Cour est d'éviter des arrangements procéduraux destinés à permettre une condamnation judiciaire d'une mesure nationale à propos de litiges artificiels. Par là même, elle désire préserver l'intégrité de sa compétence préjudicielle.

---

(193) *Rec.*, 1981, p. 3065.

(194) Affaire 158/80, *pré. cit.*, *Rec.*, 1981, p. 1805, spéc., p. 1838.

(195) A Tizzano, « Litiges fictifs et compétence préjudicielle de la Cour de justice européenne », R.G.D.I.P., 1981, p. 514, spéc., p. 522.

(196) *Rec.*, 1981, p. 3063.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Certes, au titre de l'article 177 du traité la Cour ne se prononce pas sur des normes du droit national. Mais la reconnaissance par la Cour que l'interprétation donnée est destinée à permettre à la juridiction nationale d'apprécier la compatibilité des normes de droit interne avec le droit communautaire pourrait créer une confusion avec le recours en constatation de manquement qui, lui, permet à la Cour, directement, de censurer une mesure nationale pour violation du traité. Dès lors, on pouvait se demander si un certain chevauchement entre les deux procédures devait être admis.

Cette problématique n'est ni théorique ni nouvelle. Les Avocats généraux de la Cour y ont porté leur attention à plusieurs reprises (197). Même la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet.

Dans ses conclusions relatives au premier arrêt *Foglia*, l'Avocat général Warner a observé qu'«*il existe deux principales voies de porter devant la Cour la question de la conformité au droit communautaire d'une règle de droit ou d'une pratique administrative exis-*

---

(197) Ainsi, par ex., dans ses conclusions relatives à l'affaire 63/74, *Cadsky*, l'Avocat général Trabucchi a constaté: «*Une fois de plus, une matière qui concerne au fond une prétendue violation du traité de la part d'un Etat membre, est donc soumise à l'examen de la Cour dans la perspective de la procédure à titre préjudiciel. Tout en reconnaissant que la voie ouverte par l'article 169 pourrait aboutir à une décision plus réfléchie sur ce qui forme l'ensemble du litige, l'usage – dont les résultats constructifs sont des plus importants – est désormais établi d'aboutir à un examen de la validité des actes nationaux à travers l'initiative intéressée et vigilante des parties et avec la collaboration du juge national*». *Rec.*, 1975, p. 293. De même, l'Avocat général Mayras a observé dans ses conclusions sous l'arrêt 104/75, *De Peijper*: «*Certes, la voie normale pour apprécier la compatibilité d'une législation interne avec le traité est la procédure de l'article 169. Et la Commission... vous a appris... qu'elle venait effectivement d'ouvrir une telle procédure à l'encontre du régime néerlandais. Cependant, malgré cette connexité et le risque de confusion entre deux procédures qui répondent à des buts différents, nous ne vous proposerons certainement pas de surseoir à statuer... nous commencerons donc par l'étude de la réglementation néerlandaise, sans dissimuler qu'une telle analyse est nécessairement incomplète et n'a qu'une portée relative dans le cadre de la procédure non contentieuse de l'article 177... ces dernières réserves ne pourraient, semble-t-il, être entièrement levées qu'à l'occasion de la procédure de manquement qui vient d'être entamée par la Commission*». *Rec.*, 1976, p. 643. A propos de l'affaire 32/80, *Kortman*, l'Avocat général Capotorti a déclaré: «*Cette question, bien qu'elle soit rédigée en termes généraux et que sa présentation doit donc formellement conforme à la règle de l'article 177 du traité C.E.E., concerne en fait la légalité ou non, au regard du droit communautaire de la réglementation néerlandaise en vigueur... Il en résulte qu'une fois encore cette Cour est appelée à résoudre dans le cadre d'une procédure préjudicielle, une question qui aurait pu être examinée de manière détaillée si la Commission avait formé un recours direct au sens de l'article 169 du traité C.E.E.*». *Rec.*, 1981, p. 275. De même, dans ses conclusions relatives à l'affaire 132/80, *United Foods*, M. Capotorti a tenu les propos suivants: «*Avant d'examiner la portée de ces normes au regard d'affaires préjudicielle, une question qui nous soit permis de noter qu'une fois de plus, la Cour est invitée, en substance, à se prononcer sur la conformité avec le droit communautaire des dispositions en vigueur dans un Etat membre non pas à la suite d'une action engagée conformément à l'article 169, mais par le biais d'une procédure au titre de l'art. 177. Les inconvénients d'une telle approche ont déjà été tant de fois soulignés qu'il peut paraître redondant d'insister sur ce point*». *Rec.*, 1981, p. 1031.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*tant dans un Etat membre. L'une est la procédure entreprise par la Commission au titre de l'article 169 du traité. L'autre est le renvoi au titre de l'article 177, effectué par une juridiction de cet Etat dans une procédure à laquelle l'autorité compétente de cet Etat est partie*» (198). Une remarque similaire a été faite par l'Avocat général Mayras à propos de l'affaire *Chemial*. Selon M. Mayras, «*si la procédure de l'article 177 constitue bien une voie de droit autonome par laquelle les particuliers peuvent obtenir directement la sauvegarde des droits qu'ils tiennent des dispositions du traité, il y a une confusion inadmissible entre cette voie de droit et le recours en manquement lorsque la procédure de l'article 169 a été entamée avant les faits ayant donné lieu à la demande préjudicielle*» (199). Et l'Avocat général Mayras rappelle les conclusions de l'Avocat général Gand sous l'affaire *Albatros* (200).

Bien que les vues des Avocats généraux ici évoquées se rattachent à certains aspects communs au renvoi préjudiciel et au recours en constatation de manquement, il convient de noter qu'elles n'ont pas été exprimées par rapport à une situation telle que présentée dans l'affaire *Foglia-Novello*.

Dans l'affaire *Albatros*, M. Gand cherchait à réfuter une fin de non-recevoir opposée par le gouvernement français. Pour appuyer son argument d'irrecevabilité, le gouvernement français a soutenu, *inter alia*, que la Cour ne serait pas compétente pour répondre aux questions préjudicielles soumises dans le cadre de l'article 177 utilisé pour tourner d'autres dispositions du traité, notamment l'article 169. Estimant qu'une limite devrait un jour être fixée pour empêcher un abus de procédure, l'Avocat général Gand s'est demandé: «*faut-il... pousser jusqu'à ses dernières conséquences le principe suivant lequel la Cour n'a pas à apprécier les considérations sur lesquelles le juge national a fondé le renvoi pour décision préjudicielle, même si la question posée est manifestement sans rapport avec le litige au principal? La Cour devra-t-elle cependant donner dans ce cas une interprétation abstraite, doctrinale, sans lien avec la solution du litige, mais qui n'en sera pas moins susceptible d'être invoquée à d'autres fins et de créer des conflits avec les juridictions ou les autorités nationales*». C'est, donc, le caractère manifestement erroné de l'invocation d'une

---

(198) *Rec.*, 1980, p. 766.

(199) *Rec.*, 1981, p. 19.

(200) *Ibid.*

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

disposition communautaire par le juge du fond qui est visée par l'Avocat général Gand (201).

La «*confusion inadmissible*» dont a parlé l'Avocat général Mayras dans l'affaire *Chemical*, entre les procédures des articles 169 et 177, n'a été soulignée que dans le cas où la procédure en constatation de manquement a été entamée avant la survenance des faits donnant lieu au renvoi préjudiciel. M. Mayras a notamment estimé que la mission de la Commission au titre de l'article 155 du traité ne permettrait pas à celle-ci de retarder sa décision de saisir la Cour sur la base de l'article 169 dans l'espoir qu'entre-temps, la question de la conformité d'une disposition nationale au traité soit réglée par le juge national. L'Avocat général Mayras considère aussi la délicate situation dans laquelle se trouverait l'Avocat général qui, ayant conclu dans le cadre de la procédure préjudicielle, serait amené, avant le prononcé de l'arrêt par la Cour, à présenter ses conclusions à propos du recours fondé sur l'article 169 du traité introduit par la Commission (202).

Enfin, l'Avocat général Warner n'a pas été très préoccupé, dans ses conclusions sur l'affaire *Foglia*, par l'application simultanée et parallèle des articles 169 et 177. M. Warner a surtout visé les garanties dont bénéficie, selon lui, l'Etat membre lorsqu'il est directement traduit devant la Cour dans le cadre du recours en constatation de manquement, et dans le cas où un renvoi préjudiciel est prononcé par un juge interne à propos d'une action dans laquelle l'Etat dont la législation est mise en cause est défendeur, pour les comparer à l'hypothèse où, comme dans l'affaire *Foglia-Novello*, une décision préjudicielle devait permettre au juge autre que celui de l'Etat dont la législation est contestée, d'apprécier la conformité au traité de cette législation (203).

Mais en dépit des circonstances particulières dans lesquelles les Avocats généraux se sont prononcés, la question des relations entre le recours en constatation de manquement et le renvoi préjudiciel mérite d'être abordée.

Rappelons que le recours au titre de l'article 169 du traité «*est le seul moyen dont dispose la Communauté pour obtenir l'instauration d'une situation conforme au traité*» (204). Qualifiée de «*comminatoire*» par la Cour elle-même (205), la procédure en constatation de manquement

---

(201) *Rec.*, 1965, XI-3, p. 14.

(202) *Rec.*, 1981, p. 19.

(203) *Rec.*, 1980, p. 766.

(204) Conclusions de l'Avocat général Roemer, affaire 48/71, *Commission c. Italie, Rec.*, 1972, spéc., p. 541.

(205) Affaires jointes 2 & 3/62, *Commission c. Luxembourg et Belgique, Rec.*, 1962, VIII-4 spéc., p. 825.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

« constitue l'ultima ratio permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par les traités contre l'inertie et contre la résistance des Etats membres » (206). Elle permet de « déterminer la portée exacte des obligations des Etats membres en cas de divergences d'interprétation » (207).

Dans son arrêt *Commission c. République fédérale d'Allemagne* (aides à la reconversion des régions minières), la Cour a déclaré que l'objectif du traité, dans le cadre d'actions fondées sur les articles 93 et 169, est d'aboutir « à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées et futures » (208).

Pendant longtemps, il a été généralement admis que l'arrêt prononcé par la Cour de justice au titre d'une action en constatation de manquement était de nature essentiellement déclaratoire (209). L'Etat réprimandé serait alors tenu, conformément à l'article 171 du traité, « de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice ». Mais il n'appartenait pas à la Cour d'indiquer l'action requise de la part de l'Etat concerné pour rétablir une situation conforme au traité.

Cependant, certains auteurs se sont demandé dans quelle mesure la Cour de justice ne devait pas avoir des pouvoirs plus étendus en cette matière. Le juge P. Pescatore estimait que « la question se pose de savoir si les arrêts prononcés par la Cour au titre des manquements d'Etat ne peuvent pas, le cas échéant, avoir un contenu plus constructif » (210). D'autres se disent pouvoir déceler dans la jurisprudence une telle tendance (211).

La question des pouvoirs dont dispose la Cour de justice dans le cadre du recours en constatation de manquement s'est posée d'une manière aiguë à propos des mesures provisoires que la Cour peut pres-

---

(206) Affaire 25/59, *Pays-Bas c. Haute autorité de la C.E.C.A.*, *Rec.*, 1960, VI-2<sup>e</sup> partie, 1, spéc., p. 761.

(207) Affaire 7/71, *Commission c. France*, *Rec.*, 1971, spéc., p. 1021.

(208) Affaire 70/72, *Rec.*, 1973, p. 813.

(209) V. par ex., G. Rasquin, *Les manquements des Etats membres des Communautés européennes devant la Cour de justice*, Heule (UGA), 1964, p. 33; Ph. Cahier, « Le recours en constatation de manquement des Etats membres devant la Cour de justice des Communautés européennes », *cah. dr. europ.*, 1976, p. 123, spéc., p. 158; J. Amphoux, in *Les Nouvelles*, 379, spéc., p. 388; S.F. Eynard, « L'article 169 du traité de Rome : Douze ans d'application de la procédure d'infraction à l'égard des Etats membres de la C.E.E. », *Riv. dir. eur.*, 1970, p. 99, spéc., p. 121; G. Ferrière, *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, pp. 56 et 57.

(210) P. Pescatore, « Responsabilité des Etats membres en cas de manquements aux règles communautaires », *II Foro Padano*, oct. 1972, p. 16 de l'extrait.

(211) Par ex., D. de Bellescize, « L'article 169 du traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des Etats membres », *R.T.D.E.*, 1977, 173, spéc., p. 210.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

crire, selon l'article 186 du traité, dans les affaires dont elle est saisie. Une des objections majeures à ce qu'un tel pouvoir soit exercé à propos de recours en constatation de manquement a été formulée par l'ancien directeur du service juridique de la Commission W. Mûch. Ce dernier s'est demandé si des mesures provisoires ordonnées par la Cour en référé greffées sur un recours en constatation de manquement n'impliqueraient-elles pas « *que la Cour ait plus de pouvoir dans le cadre de la procédure provisoire que dans celui du litige principal au titre de l'article 169 qui ne lui donne pas la possibilité d'adresser des ordres aux Etats mais seulement celui de constater avec effet déclaratoire leurs infractions ?* » (212).

La Cour, on le sait, ne partage pas cette vue. Dès 1977 elle se considère compétente pour ordonner des mesures provisoires au titre de l'article 186, lorsque la Commission les sollicite, dans le cadre de recours en constatation de manquement (213).

Cette position a été approuvée par les professeurs J. Boulouis et R.-M. Chevalier selon qui « *on peut imaginer bien des procédures nationales ou communautaires, où le juge des référés peut prendre des mesures d'une nature différente de celles à adopter pour régler le fond de l'affaire* » (214). Et les auteurs des *Grands arrêts* estiment que « *dès lors que l'on admet la compétence du juge des référés, on doit lui reconnaître, quel que soit le contentieux, le pouvoir essentiel que se reconnaissait déjà le prêteur : celui d'éviter l'irréparable* » (215).

Le but, les caractères et le régime de la procédure préjudicielle sont différents. Il ne s'agit pas d'une action contentieuse mais d'un renvoi prononcé par une juridiction interne au titre d'une collaboration avec la Cour de justice. Au sens strict, il n'y a devant la Cour de justice ni demandeur ni défendeur. L'objectif n'est pas de condamner le comportement d'un Etat membre mais d'interpréter et d'apprécier la validité des normes communautaires. La Cour n'a pas compétence pour se prononcer sur des dispositions de droit national.

Cependant, ainsi qu'elle l'a déclaré dans l'arrêt *Demag*, « *la Cour est compétente pour interpréter les dispositions... du traité afin de mettre*

---

(212) In « La Commission gardienne des traités », in Institut d'études européennes, Université libre de Bruxelles, *La Commission des Communautés européennes et l'élargissement de l'Europe*, 1974, p. 99.

(213) Affaires 31 et 53/77 R, *Commission c. Royaume-Uni*, Rec. 1977, p. 921 ; 61/77 R, *Commission c. Irlande*, Rec., 1977, p. 937 et 1411 ; 24 et 97/80 R, *Commission c. France*, Rec., 1980, p. 1319 ; 42/82 R *Commission C. France*, Rec., 1982, p. 841.

(214) J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1978, p. 215-216.

(215) *Ibid.*, p. 216.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*la juridiction en mesure d'appliquer correctement la règle de droit communautaire... »* (216). Elle a reconnu dans ses arrêts *Hirardin* et *Inzirillo*, qu'elle peut, dans le cadre de l'article 177, fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui pourraient lui être utiles dans l'appréciation des effets des dispositions du droit interne (217). Davantage même, la Cour n'ignore pas que son arrêt préjudiciel devrait permettre au juge interne d'apprécier le conformisme d'une disposition nationale au traité. Dans des arrêts tels que *Dechman* et *Grosoli* elle a, en effet, déclaré qu'elle est compétente « *pour fournir à la juridiction nationale tous éléments d'interprétation relevant du droit communautaire et permettant à cette juridiction de juger de la compatibilité de ces normes (de droit interne) avec la règle communautaire évoquée* » (218).

Les différences indéniables entre les deux procédures considérées n'excluent pas la reconnaissance de l'existence d'une certaine connexité entre elles. Il en est notamment ainsi lorsqu'on se penche sur les *effets* des arrêts rendus respectivement, au titre du recours en constatation de manquement et du renvoi préjudiciel.

Ni dans le cadre du recours de l'article 169 ni, *a fortiori*, dans celui de l'article 177, la Cour n'a compétence d'annuler elle-même les dispositions du droit interne. Lorsqu'une mesure nationale est incriminée par un arrêt en constatation de manquement, un tel arrêt, revêtant l'autorité de la chose jugée, implique « *pour les autorités nationales compétentes, une prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité* » (219). De même, lorsqu'une incompatibilité avec le traité d'une disposition nationale est établie à la lumière d'un arrêt préjudiciel, la disposition interne devient inapplicable de plein droit et le juge national doit la laisser inappliquée de son propre chef (220).

(216) Affaire 27/74, *Rec.*, 1974, p. 1073, spéc., p. 1046.

(217) Affaires 112/75, *Rec.*, 1976, p. 553, spéc., p. 560; 63/76, *Rec.*, 1976, p. 2057, spéc., p. 2066.

(218) Affaires 154/77, *Rec.*, 1978, p. 1573, spéc., p. 1582; 223/78, *Rec.*, 1979, p. 2621, spéc., p. 2630; V. également, affaires 77/76, *Cucchi-Avez*, *Rec.*, 1977, p. 987, spéc., p. 1003; 105/76, *Interzuccheri C. Ditta Rezzano e Cavassa Londau*, *Rec.*, 1976, p. 181, spéc., p. 184; 95 et 96/79, *Kefer et Delmelle*, *Rec.*, 1980, p. 103, spéc., p. 112.

(219) Cette formule qui a été incluse, pour la première fois dans l'arrêt de la Cour 48/71, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1972, p. 529, spéc., p. 534, a été reprise par l'ordonnance relative aux affaires jointes 24 et 97/80 R, *Commission c. France*, *Rec.*, 1980, p. 1319, spéc., p. 1333. A la lumière de cette ordonnance il est établi que c'est l'autorité de l'arrêt en constatation de manquement qui implique un tel effet.

(220) V. notamment affaire 106/77, *Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, spéc., p. 643-644.

IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Des arrêts *Code du travail maritime*(221) et *Expéditeurs en douane* (222), on pourrait déduire que les dispositions nationales déclarées contraires au droit communautaire dans un arrêt en constatation de manquement devraient être rapportées par les autorités étatiques compétentes. On a pu même soutenir que la formule « *prendre les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice* » contenue dans l'article 171 du traité implique, en principe, une suppression rétroactive de l'infraction (223).

Dans son arrêt *Salumi*, la Cour a précisé que « *l'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177, la Cour de justice donne d'une règle du droit communautaire, éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut être appliquée par le juge même à des rapports nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation* » (224).

Un autre rapprochement des effets des arrêts rendus par la Cour respectivement au titre des articles 169 et 177 du traité a pu être considéré. On sait que pour délier les juridictions de dernier ressort de l'obligation de saisir préjudiciellement la Cour de justice, cette dernière a déclaré dans son arrêt *Da Costa* que l'autorité de l'interprétation donnée par elle en vertu de l'article 177 « *peut priver cette obligation de sa cause et la vider ainsi de son contenu* ». La Cour a précisé « *qu'il en est notamment ainsi quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant fait déjà l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue* » (225). A cet égard M. A. Trabucchi a souligné qu'il s'agit seulement d'une interprétation donnée dans le cadre préjudiciel (226). En revanche, M. M. Waelbroeck estime que la solution énoncée par la Cour pourrait être étendue au cas où un juge national applique une interprétation donnée par la Cour dans un arrêt rendu à un autre titre que l'article 177, et notamment à l'occasion d'un recours en constatation de manquement (227).

(221) Affaire 167/73, *Commission c. France, Rec.*, 1974, p. 359.

(222) Affaire 159/78, *Commission c. Italie, Rec.*, 1979, p. 3247.

(223) R. Kovar, « L'autorité des arrêts et des résolutions des organes de protection », in Colloque de Grenoble, *l'efficacité des mécanismes juridictionnels de protection des personnes privées dans le cadre européen*, R.D.H., 1973, p. 685, spéc., p. 699.

(224) Affaires jointes 66, 127 et 128/79, *Rec.*, 1980, spéc., p. 1260.

(225) Affaires jointes 28-30/62, *Rec.*, 1963, IX-1, p. 59, spéc., p. 75-76.

(226) A. Trabucchi, « L'effet *erga omnes* des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », R.T.D.E., 1974, p. 56, spéc., p. 71-72.

(227) M. Waelbroeck, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1971, p. 570.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

La Cour paraît considérer le recours en constatation de manquement et le renvoi préjudiciel distincts l'un de l'autre, et qui, loin d'être exclusifs, peuvent être complémentaires.

La jurisprudence révèle des cas dans lesquels un arrêt préjudiciel a précédé un arrêt en constatation de manquement portant sur la même disposition nationale. Les hypothèses inverses se sont également produites et la Cour a rendu des arrêts préjudiciels après avoir condamné une disposition du droit interne dans le cadre d'un recours en constatation de manquement. Parfois elle a prononcé les deux arrêts, l'un en constatation de manquement, l'autre à titre préjudiciel, le même jour. Dans de telles circonstances elle préfère, pour des raisons évidentes, formuler des observations plus amples dans l'arrêt en constatation de manquement et le prononcer en premier pour pouvoir s'en référer dans son arrêt préjudiciel où elle se contente d'une motivation plus sommaire et d'un renvoi à l'arrêt en constatation de manquement.

Des affaires telles que *Commission c. Italie* (objets d'art) (228), *Eunomia* (229) et *Commission c. Italie* (exécution de l'arrêt 7/68) (230), *Leonesio* (231) et *Commission c. Italie* (primes à l'abattage de vaches et à la non commercialisation du lait) (232), *Commission c. Irlande* (pêche maritime) (233) et *Schonenberg* (234), *Meijer* (235) et *Commission c. Royaume-Uni* (pommes de terre) (236), *Commission c. Danemark* (régime fiscal des eaux-de-vie) (237) et *Hans Just* (238), *Gilli* (239) et *Commission c. Italie* (mesures d'effet équivalent-vinaigre) (240), *Commission c. Royaume-Uni* (pêche maritime – mesures de conservation) (241) et *Tymen* (242), *Commission c. Italie* (subordination du paiement anticipé de marchandises importées à la constitution d'une caution) (243) et *Orlandi* (244), démontrent la complémentarité du recours en constatation de manquement et du renvoi préjudiciel.

---

(228) Affaire 7/68, *Rec.*, 1968, p. 617.

(229) Affaire 18/71, *Rec.*, 1971, p. 811.

(230) Affaire 48/71, *Rec.*, 1972, p. 529.

(231) Affaire 93/71, *Rec.*, 1972, p. 287.

(232) Affaire 39/72, *Rec.*, 1973, p. 101.

(233) Affaire 61/77, *Rec.*, 1978, p. 417.

(234) Affaire 88/77, *Rec.*, 1978, p. 473.

(235) Affaire 118/78, *Rec.*, 1979, p. 1387.

(236) Affaire 231/78, *Rec.*, 1979, p. 1447.

(237) Affaire 171/78, *Rec.*, 1980, p. 447.

(238) Affaire 68/78, *Rec.*, 1980, p. 501.

(239) Affaire 788/79, *Rec.*, 1980, p. 2081.

(240) *Rec.*, 1981, p. 3019.

(241) Affaire 804/79, *Rec.*, 1981, p. 1045.

(242) *Rec.*, 1981, p. 3079.

(243) Affaire 95/81, *Rec.*, 1982, p. 2187.

(244) Affaires jointes 206, 297, 209 & 210/80, *Rec.*, 1982, p. 2147.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

L'existence de voies de droit interne permettant de contester la conformité d'une mesure nationale au droit communautaire, ne saurait empêcher la Commission d'entamer la procédure en constatation de manquement. La Cour a, en effet déclaré que *« l'existence de voies de droit ouvertes auprès des juridictions nationales ne saurait préjudicier, à aucun égard, à l'exercice du recours visé à l'article 169, les deux actions poursuivant des buts et ayant des effets différents »* (245). De même, la possibilité d'introduire un recours sur la base de l'article 169 du traité n'est pas de nature à priver des individus de leur droit d'invoquer les dispositions communautaires devant les juridictions nationales. Dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a clairement affirmé que le fait que les articles 169 et 170 du traité permettent à la Commission et aux Etats membres d'attirer devant la Cour un Etat pour manquement à ses obligations communautaires *« n'implique pas pour les particuliers l'impossibilité d'invoquer, le cas échéant, devant le juge national ces obligations, tout comme le fait que le traité met à la disposition de la Commission des moyens pour assurer le respect des obligations imposées aux assujettis n'exclut pas la possibilité, dans les litiges entre particuliers devant le juge national, d'invoquer la violation de ces obligations »*. Et la Cour précise *« qu'une limitation aux seules procédures des articles 169 et 170 des garanties contre une violation de l'article 12 par les Etats membres supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants... que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des Etats membres »* (246). De même dans sa décision *Molkerei-Zentrale*, elle a reconnu le droit des individus de solliciter de leurs juridictions nationales la protection des droits tirés du traité et a estimé que de telles actions diffèrent de l'exercice de pouvoir attribué aux institutions communautaires dans le cadre du traité. Elle a déclaré, en effet, que *« l'action d'un particulier tend à la sauvegarde de droits individuels dans un cas d'espèce, tandis que l'intervention des autorités communautaires vise l'observation générale et uniforme de la règle communautaire; qu'il apparaît ainsi que les garanties accordées aux particuliers, en vertu du système du traité, pour la sauvegarde de leurs droits individuels et les attributions reconnues aux institutions communautaires en ce qui concerne le respect par les*

---

(245) Affaire 31/69, *Commission c. Italie*, Rec., 1970, p. 25, spéc., p. 33.

(246) Affaire 26/62, Rec., 1963, IX-1, p. 1, spéc., p. 24-25.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*Etats de leurs obligations ont un objet, des fins et des effets différents et ne peuvent être mises en parallèle*» (247).

Cette solution mérite d'être approuvée. La complémentarité des articles 169 et 177 permet de colmater les brèches dans la protection juridictionnelle des intérêts et des droits tirés par des individus de l'ordre juridique communautaire. Au titre de l'article 169, on le sait, la Commission jouit d'une marge d'appréciation considérable. Les particuliers ne disposent pas de moyens pour la contraindre de poursuivre un Etat membre pour manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du traité. D'ailleurs, si la Commission avait entamé la procédure en manquement contre la France à propos de la taxe sur le vin de liqueur italien, l'affaire *Foglia-Novello* n'aurait probablement jamais eu lieu.

M. J. Amphoux a estimé que «*la Commission commettrait une faute en s'abstenant de poursuivre les manquements des Etats*». Mais il a constaté que «*le refus de mettre en œuvre la procédure de l'article 169, d'émettre un avis motivé ou de saisir la Cour ne paraît pas cependant susceptible de faire l'objet d'un recours*» (248). En effet, la jurisprudence en matière de contentieux de l'annulation et de carence ne permettrait pas aux individus d'imposer à la Commission d'entamer la procédure en manquement contre les Etats membres. Cependant, on peut se demander si une autre voie, celle du recours en dommages et intérêts, ne leur serait pas ouverte. Cette hypothèse a, en effet, été envisagée par M. R. Lecourt. L'ancien président de la Cour de justice a écrit à cet égard: «*il n'est cependant pas défendu d'attendre avec curiosité le moment où, faute de pouvoir obtenir l'application d'une disposition communautaire dans son propre Etat, un particulier, après avoir requis vainement de la Commission toute mesure opportune, saisirait la Cour d'une action en indemnité contre la Communauté, à qui il ne resterait plus sans doute qu'à se retourner contre l'Etat défaillant*» (249).

La saisine de la Cour de justice au titre de l'article 169 du traité, même avant le prononcé de l'arrêt en constatation de manquement, peut influencer le déroulement de certaines procédures judiciaires nationales. C'est notamment l'affaire *Rossi de Montalera* qui illustre cet aspect.

---

(247) Affaire 28/67, *Rec.*, 1968, p. 211, spéc., p. 227.

(248) J. Amphoux, article *pré. cit.*, *Les Nouvelles*, p. 380.

(249) R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976, p. 266. Notons, que dans l'affaire 40/75, *Société des produits Bertrand S.A. c. Commission*, *Rec.*, 1976, p. 1, la Cour a rejeté un tel recours comme non fondé et non pas comme irrecevable.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Par un jugement du 21 juin 1977, le tribunal de Grande Instance de Bobigny a condamné les prévenus pour infractions aux dispositions du Code des débits de boissons. Le 6 juillet 1978, la Commission a introduit devant la Cour de justice un recours en constatation de manquement mettant en cause, précisément, les dispositions du Code des débits de boissons sur la base desquelles les prévenus ont été condamnés. Ces derniers ont demandé à la Cour d'appel de Paris, *inter alia*, que la procédure soit suspendue jusqu'à ce que la Cour de justice rende son arrêt. La Cour de Paris a refusé d'accéder à cette demande. Constatant qu'en vertu de l'article 185 du traité C.E.E., les recours formés devant la Cour de justice n'ont pas d'effet suspensif, elle s'estimait devoir poursuivre la procédure devant elle. C'est contre cette décision que les prévenus se sont pourvus en cassation. Par un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1979, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour de Paris. La Haute Juridiction française a considéré que c'était à tort que la Cour d'appel ne se considérait pas en droit de surseoir à statuer jusqu'au prononcé de l'arrêt en constatation de manquement par la Cour de Justice. La Chambre criminelle estime que « *la circonstance que le sursis à statuer, à raison d'une instance pendante devant la Cour de justice des Communautés européennes, ne soit pas de droit ne dispense pas le juge de rechercher, à la demande d'une des parties, si un tel sursis ne s'impose pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* ». Pour elle, « *en se croyant tenue d'appliquer la législation française sans pouvoir surseoir à statuer, la Cour d'appel a méconnu l'étendue de ses prérogatives* » (250).

L'affaire a été alors renvoyée devant la Cour d'appel de Versailles. Celle-ci devait donc apprécier, conformément à l'arrêt de la Cour de cassation, dans quelle mesure la bonne administration de la justice exigeait que l'on sursoie à statuer dans l'appel interjeté par les prévenus contre leur condamnation par le tribunal de Grande Instance de Bobigny.

Cependant, le 10 juillet 1980, la Cour de justice a déclaré les dispositions pertinentes du Code des débits de boissons contraires au traité C.E.E. (251). Il ne restait donc, à la Cour de Versailles que de prendre acte de cet arrêt. Par un bel arrêt du 27 avril 1981, elle a relaxé les prévenus en constatant que, suite à l'arrêt de la Cour de justice, le fondement légal des poursuites n'existait plus. Elle estimait, à juste titre, que l'article 171 du traité, en imposant aux Etats membres de se conformer à l'arrêt de la Cour de justice, « *s'applique à l'ensemble des*

---

(250) J.C.P., 1981, Jurispr. n° 19554, note Roux.

(251) Affaire 152/78, *Commission c. France, Rec.*, 1980, p. 2299.

IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

*organes étatiques sans en excepter ceux chargés d'exercer la fonction juridictionnelle».*

CONCLUSION

Une scolie sur les arrêts *Foglia-Novello* et sur la singulière affaire à propos de laquelle ils ont été rendus doit ébaucher une tentative d'explication sédative pour édulcorer le désarroi et l'anxiété juridiques qui peuvent en résulter et pour mesurer ses répercussions et ses prolongements potentiels.

Une ablation, du moins partielle, de la jurisprudence en matière préjudicielle est l'élément le plus éclatant de ces arrêts. Mais la sobriété juridique implique des solutions de continuité. Outre sa valeur précautive, la jurisprudence, même fiduciaire, est dispensatrice de certitudes. Elle ne saurait se modifier au gré de variables inconnus.

Les règles régissant la procédure préjudicielle doivent être formulées par la Cour et comprises par les juridictions nationales. On ne saurait attendre de celles-ci une réception passive d'un commandement au nom d'une intangible hiérarchie normative. Et même si les considérations qui ont inspiré la Cour dans ses arrêts *Foglia-Novello* sont, sans doute, légitimes, on peut regretter le peu de dextérité avec lequel elles ont été formulées.

Soulignons d'abord, que la Cour elle-même est consciente du caractère insolite de la position exprimée dans les arrêts *Foglia-Novello*. Dans son premier arrêt, elle a tenu à insister sur le fait que c'est au vu «*des circonstances de l'espèce*» (252) qu'elle s'est déclarée incompétente. Dans son second arrêt, elle a davantage souligné qu'elle ne saurait «*rester indifférente à l'égard des appréciations portées par les juridictions des Etats membres dans les cas exceptionnels où celles-ci pourraient avoir une incidence sur le fonctionnement régulier de la procédure prévue par l'article 177*» (253). Si elle s'estime en droit d'examiner les conditions dans lesquelles elle est préjudiciellement saisie, c'est seulement «*en cas de besoin*» (254).

Ce n'est donc qu'exceptionnellement, et dans des circonstances particulièrement flagrantes, que la Cour procéderait ainsi. Des arrêts *Foglia-Novello*, il transpire que la Cour est concernée par le souci, indéniablement légitime, de préserver l'intégrité de sa juridiction et la probité de

(252) Affaire 104/79, *Rec.*, 1980, p. 760, *attendu* n° 12.

(253) *Rec.*, 1981, p. 3063.

(254) *Ibid.*, p. 3063-3064.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

sa compétence. Elle ne désire pas se rendre coupable de prévarication en se laissant entraîner par des abus.

Déjà en 1965, M. E. Arendt a déclaré : « *En cas d'abus de procédure, le juge européen devrait pouvoir rejeter la demande d'interprétation* » (255). De même, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Albatros*, l'Avocat général Gand a estimé qu'un jour la Cour serait amenée à « *fixer une limite à ce qui apparaîtrait comme un abus de procédure* » (256). A propos de l'affaire *Foglia-Novello*, l'idée d'un détournement de procédure était mentionnée par les Avocats généraux. Lorsqu'il a reconnu la compétence de la Cour d'accueillir un renvoi préjudiciel d'une juridiction d'un Etat membre à l'occasion d'un litige réel mettant en cause la législation d'un autre Etat membre, M. Warner estimait que ce dernier n'aurait pas les garanties voulues mais « *cela tiendra alors aux imperfections inévitables de la procédure judiciaire et non à un détournement de cette procédure* » (257). Sir Gordon Slynn, lui, observait qu'« *il peut... se produire des cas exceptionnels dans lesquels la Cour peut refuser de traiter de questions qui constituent manifestement un abus de procédure* » (258).

C'est la conviction qu'il existait bien un abus de procédure qui paraît avoir motivé la décision d'incompétence prise par la Cour dans l'affaire *Foglia-Novello*. Bien que le terme n'ait pas figuré dans son premier arrêt, c'est bien de cela qu'il semblait s'agir (259). Plus explicite dans son second arrêt, la Cour déclare à plusieurs reprises qu'elle vise à éviter « *l'utilisation de la procédure de l'article 177 à des fins autres que celles qui lui sont propres* » (260), que dans certaines situations procédurales elle ne saurait « *exclure le risque que la procédure de l'article 177 soit détournée par les parties des fins pour lesquelles elle a été prévue par le traité* » (261) et qu'elle doit « *veiller à ce que la procédure de l'article 177 ne soit pas utilisée à des fins non voulues par le traité* » (262).

---

(255) E. Arendt, *La procédure selon l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne, rapport général, XXI<sup>e</sup> Congrès de l'Union internationale des avocats, Social-Economische Weigeving*, 1965, p. 385, spéc., p. 402.

(256) *Rec.*, 1965, XI-3, p. 14.

(257) *Rec.*, 1980, p. 767.

(258) *Rec.*, 1981, p. 3071.

(259) A cet égard, M. Tizzano a remarqué : « *c'est donc pour la première fois que la Cour admet ouvertement la nécessité de vérifier l'éventuel abus de la procédure de l'article 177 et d'élaborer des critères de contrôle de la 'recevabilité' des renvois préjudiciels afin de mettre un frein à ce qui est maintenant considéré comme un usage abusif et impropre de cette procédure* ». Article *pré. cit.*, p. 519.

(260) *Rec.*, 1981, pp. 3062-3063.

(261) *Ibid.*, p. 3065.

(262) *Ibid.*, p. 3066.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Le désir d'éviter des abus et des détournements de la procédure préjudicielle qui a guidé la Cour dans ses décisions *Foglia-Novello* se comprend aisément. Elle est sans doute en droit de veiller au respect de son prétoire. On s'accorde à reconnaître avec la Cour que le renvoi préjudiciel ne devrait être utilisé à des fins non voulues par le traité. Mais encore, faut-il s'entendre sur le but pour lequel cette procédure a été organisée, ce qu'en constitue un usage abusif et quels sont les potentiels contrevenants.

On ne saurait trop s'attarder sur l'explication de l'objet du renvoi préjudiciel. Une abondante jurisprudence soutenue par une prolifique doctrine ont suffisamment mis en évidence que le but de mécanisme préjudiciel est de permettre une interprétation et une application uniformes du droit communautaire dans tous les Etats membres. Le caractère judiciaire de la procédure signifie que seules des juridictions nationales peuvent y recourir. Itérativement, c'est à travers le prisme contentieux que le sens des règles communautaires est dégagé.

Il ne fait aucun doute que la Cour ne saurait être privée de son droit de se prémunir contre un abus de procédure. Des arrêts *Foglia-Novello*, en dépit de quelques incertitudes quant à ses ingrédients, il semble qu'un expédient destiné exclusivement au vu d'une condamnation judiciaire d'une mesure nationale pour violation du droit communautaire, est constitutif d'un abus. Mais, en raison de la nature de la procédure préjudicielle, il faut se demander par quel moyen, un arrangement ainsi conçu arrive devant de la Cour.

Cette dernière est saisie préjudiciellement par les juridictions nationales elles-mêmes. Si le juge de renvoi soumet une question de droit communautaire à la Cour, celle-ci ne saurait le censurer au motif que les intentions des parties au principal lui paraissent illicites. A moins de modifier substantiellement le caractère même de la procédure préjudicielle, une connaissance et, *a fortiori*, une appréciation de telles intentions lui échappent, au même titre d'ailleurs, que toute autre considération relative à l'affaire principale et à la procédure judiciaire interne.

Mais alors, comment concilier son devoir de préserver l'intégrité de sa compétence avec celui de répondre à toute question de droit communautaire renvoyée par des juridictions nationales ?

Une possibilité serait d'identifier le coupable de l'abus de procédure qui ne saurait être que le juge de renvoi, qui, d'office ou en connivence avec les parties, saisit la Cour à titre préjudiciel. L'abus consisterait en une fraude à la loi et en la formulation d'une demande vexatoire. On pourrait également songer que dans certaines circonstances, il serait judiciairement inopportun que la Cour se prononce à titre préjudiciel.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

Des considérations tenant à son caractère judiciaire peuvent imposer un refus de répondre. Il ne s'agirait pas d'un tel cas de défaut de compétence mais de ce que dans la terminologie anglo-saxonne on désigne par *judicial propriety* (263).

Si l'on se place sur le terrain de la compétence, il convient de préciser qu'il s'agit, en effet, d'un double degré d'incompétence. Une action judiciaire introduite devant une juridiction interne en vue de faire condamner une disposition nationale pour méconnaissance du traité ne devrait pas être admise par celle-ci. L'incompétence de la Cour pour répondre préjudiciellement résulterait de l'incompétence du juge de renvoi de connaître de l'affaire.

Une telle solution semble pouvoir être tirée des conclusions de l'Avocat général Warner sous le premier arrêt *Foglia*. Lorsque l'Avocat général a répondu à la quatrième question du *pretore* dans le sens que l'incompatibilité d'une loi d'un Etat membre avec le traité ne saurait être invoquée devant un juge d'un autre Etat membre en l'absence de litige réel entre les parties, il indique par là-même, sans le dire directement, que c'est le *pretore* qui n'avait pas compétence en l'espèce. Cette position constitue, d'ailleurs, une réponse précise à la question posée.

L'objection que le juge national est tenu, en vertu de sa Constitution, de trancher les litiges portés devant lui n'est pas dirimante. Puisqu'il s'agit d'une question de droit communautaire – c'est de la compatibilité d'une loi nationale avec le traité qu'il s'agit – la Cour est en droit de préciser les conditions dans lesquelles le droit communautaire ne saurait être invoqué devant le juge national. Ce dernier, on l'a trop souvent dit, est le juge communautaire de droit commun. Son titre juridique et sa mission sont définis par référence à l'ordre juridique communautaire lui-même. Cette fonction communautaire du juge national s'exerce parfois en s'affranchissant des règles nationales. L'arrêt *Simmmenthal* (264) en est le témoignage le plus éloquent. En matière préjudicielle, c'est l'arrêt *Rheinmühlen* (265) qui doit être évoqué. A propos de ce dernier arrêt,

---

(263) Dans son avis consultatif du 27 mai 1975 dans l'affaire du *Sahara Occidental* la Cour internationale de justice a reconnu que le défaut de consentement d'un Etat intéressé pourrait l'amener à ne pas émettre un avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposeraient un refus de répondre. Elle a constaté que le consentement d'un Etat intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif. Ainsi, la Cour pourrait apprécier s'il est judiciairement opportun de donner un avis. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.I.J.*, 1975, p. 25.

(264) Affaire 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629.

(265) Affaire 166/73, *Rec.*, 1974, p. 33.

## IMBROGLIO PRÉJUDICIEL

le professeur J. Boulouis n'a-t-il pas remarqué que la Cour relativise la dépendance hiérarchique des juridictions inférieures (266) ?

La Cour ne se prononce pas expressément dans son second arrêt *Foglia* sur la compétence du *pretore*. Mais ne partage-t-elle pas, implicitement, cette conception ? Lorsque elle l'invite « *d'examiner s'il subsiste une nécessité d'obtenir une réponse à la cinquième question et dans ce cas de fournir à la Cour tout élément nouveau qui puisse justifier une appréciation différente par celle-ci de sa compétence* », elle précise qu'un tel examen devrait se faire « *à la lumière des considérations qui précèdent* » (267) ? Puisque les « *considérations qui précèdent* » s'attachent au caractère artificiel du litige entre *Foglia* et *Novello* et à son incompétence qui en découle, l'examen envisagé par la Cour n'est-il pas celui qui porte sur la nature véritable du litige pendant devant le *pretore* ? Une appréciation différente de la compétence de la Cour ne pourrait résulter que de l'existence d'un fait nouveau. Par là, n'envisage-t-elle pas un fait qui démontrerait le caractère authentique du litige ?

La solution ainsi esquissée sera approuvée par certains et critiquée par d'autres. Les arrêts *Foglia-Novello* ne devraient pas être perçus comme une avanie. L'autorité du droit communautaire ne devrait être sapée ni devant le juge national ni devant la Cour de justice.

---

(266) A.F.D.I., 1974, p. 425.

(267) *Rec.*, 1981, p. 3067.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

Le champ de la compétence préjudicielle de la Cour dans le cadre du traité CE s'étend, en matière de validité, aux actes pris par les institutions de la Communauté et par la Banque Centrale Européenne, auxquels s'ajoutent, en matière d'interprétation, le traité et les statuts des organismes créés par un acte du Conseil lorsque ces derniers le prévoient.

Par voie d'interprétation de l'article 234 du traité, la Cour est amenée à expliciter certains aspects de sa compétence préjudicielle. A cet égard, Guy Isaac a estimé, il y a quinze ans, que «(s)'il n'est pas de mission plus nécessaire – mais aussi de plus périlleuse – c'est bien celle qui porte la Cour de justice des Communautés européennes à préciser le contenu de sa propre compétence» (1). Il n'est pas certain que la Cour se soit judicieusement acquittée de cette mission.

Le traité subordonne l'exercice de la compétence préjudicielle de la Cour à la réalisation d'une double condition : la Cour doit être saisie par une juridiction d'un Etat membre d'une question de droit communautaire.

La notion communautaire de «*jurisdiction*» comprend, non seulement des organes appartenant à l'appareil judiciaire des Etats membres, mais aussi une panoplie floue et disparate d'entités administratives diverses lorsque certains critères dégagés par la Cour lui paraissent être satisfaits (2).

L'expression «*question de droit communautaire*» n'a pas été véritablement scrutée. La notion de droit communautaire a été discutée par rapport, notamment, à celle d'acte susceptible de faire l'objet d'une décision préjudicielle. La notion de question n'a été abordée qu'à l'occasion, principalement, du débat concernant l'obligation des juridictions visées à l'article 234, aliéna 3, de saisir la Cour de justice. Une «*ques-*

---

(1) G. Isaac, La modulation par la Cour de justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité, CDE 1987 p. 445.

(2) V. sur ce sujet l'article de R. Kovar, La notion de juridiction en droit européen, in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz 2002 p. 606 et les conclusions critiques de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire C-17/00, *François de Coster c/ Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsdorf*, Rec. 2001 p. I-9445.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

tion de droit communautaire» consisterait en l'existence d'un doute raisonnable, d'une «*incertitude objective*» (3) quant au sens ou à la validité de dispositions communautaires (4), y compris des actes, règles, normes et principes faisant partie du droit communautaire.

Il s'ensuit que, dans le cadre de la procédure préjudicielle, la Cour de justice n'est compétente pour se prononcer que lorsqu'une question d'interprétation ou de validité de dispositions communautaires est soulevée à l'occasion d'une procédure judiciaire se déroulant devant une juridiction nationale. Qu'une telle question doive porter sur une matière ressortissant à la compétence communautaire est un apodictique truisme. La compétence de la Cour de justice découle de cette dernière qui en délimite, à la fois, le contenu et les contours.

Une hypothèse quelque peu singulière concerne le cas d'une demande de décision préjudicielle portant sur des dispositions communautaires rendues applicables aux faits de l'espèce au principal par un renvoi unilatéralement opéré par le droit national dans des domaines qui n'entrent pas dans le champ d'application du traité *ratione materiae* et/ou *ratione personae* et auxquels, de par elles-mêmes, les normes communautaires ne s'appliqueraient pas (5).

Cette «*question importante*» (6) qui intéresse, naturellement, la compétence de la Cour, a été amplement discutée par les Avocats généraux. Ceux-ci, sans acoquinement, ont conclu, pour la plupart, à l'incompétence de la Cour pour accueillir des demandes de décision préjudicielle dans de telles circonstances. La Cour, quant à elle, a adopté une solution inverse et, animée par une sorte d'irrédentisme voilé, se considère compétente pour répondre aux questions d'interprétation des normes, dispositions et notions communautaires, rendues applicables au litige devant le juge de renvoi du seul fait du droit national.

Le désaccord entre les Avocats généraux et la Cour sur ce sujet témoigne d'un antagonisme conceptuel irréductible et révèle une Cour

---

(3) Conclusions de l'Avocat général Capotorti sous aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la Santé*, Rec. 1982 p. 3415, sp. p. 3434, point 3.

(4) V. par exemple, conclusions de l'Avocat général Roemer sous aff. 26/62, *N.V. Algemene Transport-ex Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Rec. 1963, IX-1, p. 1; Conclusions de l'Avocat général Capotorti sous aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la Santé*, Rec. 1982 p. 3415; Conclusions de l'Avocat général Tizzano sous aff. C-99/00, *Procédure pénale c/ Kenny Roland Lyckeskog*, Rec. 2002 p. I-4839.

(5) Sur cette question v. P. Poilvache, *Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire*, JTDE 1998 p. 121.

(6) Conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) c/ Finanzamt für grossunternehmen in Hamburg*, Rec. 2003 p. I-1, point 1.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

récalcitrante qui, sans réfuter ni même sérieusement discuter, les arguments probants, pourtant intelligibles, mis en avant par ses Avocats généraux, persiste à multiplier la récidive en manifestant un attachement irrationnel à une jurisprudence des plus contestables en matière de renvoi préjudiciel.

L'absence de compétence de la Cour dans une telle hypothèse paraissait si évidente que, lorsque la question s'est pour la première fois posée, l'Avocat général Mancini ne lui a consacré que quelques brèves remarques. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Thomasdünger* (7) l'Avocat général a simplement relevé que la disposition communautaire dont l'interprétation était sollicitée ne concernait les parties au principal que '*per relationem*', c'est-à-dire qu'elle n'entraînait en considération «*que parce qu'une autorité nationale a décidé librement et unilatéralement, de l'adopter comme un point de référence pour la détermination de ses propres règles*» (8). Admettre sa compétence dans de telles circonstances reviendrait pour la Cour à assumer, selon M. Mancini, «*une tâche qui lui est explicitement interdite par l'article 177 du traité*» (9) à savoir «*l'interprétation des normes nationales dans lesquelles les règles communautaires ont été absorbées*» (10).

La Cour n'a pas répondu à cette objection, aussi décisive qu'élémentaire. Bien qu'avertie par l'Avocat général qu'une reconnaissance de sa compétence dans de telles circonstances constituerait une flagrante méconnaissance du traité, la Cour, s'appuyant sur sa jurisprudence classique à l'époque selon laquelle sa compétence préjudicielle était tributaire de la décision du juge qui l'a saisie a, sur la base d'un raisonnement compendieusement lacunaire, procédé à «*une intrusion dans la sphère du droit national*» (11) et a accueilli la demande (12).

Lorsque, cinq ans plus tard, dans l'affaire *Dzodzi* (13), la question devait, à nouveau, être discutée, l'Avocat général Darmon a expliqué, avec limpidité et par quelques considérations ramassées, que la finalité du renvoi préjudiciel – assurer l'uniformité des effets du droit communautaire – «*ne concerne évidemment que le champ d'appli-*

---

(7) Aff 166/84, *Thomasdünger c/ Oberfinanzdirektion Frankfurt am main*, Rec. 1985 p. 3001.

(8) *Ibid.* p. 3003.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*

(11) H. Gallat, *L'article 177 du traité de Rome, quarante ans après*, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon III) 1998, p. 276.

(12) Rec. 1985 p. 3001, point 11.

(13) Aff. jtes C-297/88 & C-197/89, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, Rec. 1990 p. I-3763.

UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

*tion de ce dernier tel que par lui-même et par lui seul défini* » (14). Il en découle, naturellement, que la portée tant *ratione materiae* que *ratione personae* du droit communautaire ne saurait être étendue par une opération nationale unilatérale et autonome qui ne saurait avoir une quelconque incidence quant au champ d'application de ce dernier. Et l'Avocat général de souligner une évidence : « *l'unité de l'ordre juridique communautaire est indifférente aux situations extérieures à son champ d'application... Il n'est pas de droit communautaire hors de son champ d'application* » (15).

Aussi, succinctement mais avec perspicacité, l'Avocat général a-t-il exposé les incontournables écueils pour retenir la compétence préjudicielle de la Cour en de telles circonstances.

Pour démontrer le caractère insolite de la reconnaissance d'une telle compétence, M. Darmon a soulevé de « *sérieuses interrogations* » qui « *laissent entrevoir les graves inconvénients que comporterait pour... la Cour de s'engager dans une collaboration aux contours indéfinis, affranchie du cadre et des objectifs précis du mécanisme préjudiciel* » (16). Ces interrogations ont trait à l'autorité de l'arrêt rendu, à la possibilité de déférer à la Cour une question en appréciation de validité et à l'éventuelle obligation des juridictions visées à l'alinéa 3 de l'article 234 de recourir à la procédure préjudicielle, autant d'aspects révélateurs de l'absurdité d'une décision en faveur de la compétence de la Cour.

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Gmurzynska-Bscher* (17), l'Avocat général Darmon a repris les arguments présentés dans ses conclusions dans l'affaire *Dzodzi*, prononcées le même jour, et y a, en outre, critiqué la motivation rudimentaire de l'arrêt *Thomasdünger*. L'Avocat général n'a pas contesté le fait, retenu dans ce dernier, qu'aussi bien la pertinence que la nécessité d'une question préjudicielle étaient déterminées souverainement par le juge de renvoi, mais a considéré, à juste titre, que ce raisonnement ne résolvait pas la difficulté de principe (18). M. Darmon a, au surplus, expliqué que la solution d'incompétence qu'il préconisait « *se borne à reconnaître que le juge national est le seul interprète des normes qu'il doit appliquer au titre du droit national* ». Il ajoutait que la circonstance que ces normes « *emprunte-*

(14) *Ibid.* point 8.

(15) *Ibid.* point 11.

(16) *Ibid.* point 12.

(17) Aff. C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*, Rec. 1990 p. I-4003.

(18) *Ibid.* point 4.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

*raient leur contenu au droit communautaire ne recèle certainement pas plus de virtualités menaçantes pour l'unité de ce dernier que n'en comporte le système judiciaire communautaire lui-même, qui permet au juge national, hors les hypothèses où il statue en dernier ressort, d'interpréter directement le droit communautaire» (19).*

Les conclusions présentées par l'Avocat général Darmon dans ces deux affaires contiennent en filigrane l'essentiel des objections à la reconnaissance de la compétence de la Cour. Proligères, elles ont tracé le cadre de l'analyse déontique postérieure de cette question par les autres Avocats généraux.

Confrontées à ces objections, à vrai dire, irréfutables, la Cour, précédemment avare d'explications, fut prolix dans la motivation de ces deux arrêts. Rappelant les caractères fondamentaux de la procédure préjudicielle (20), elle a expliqué, ensuite, que, eu égard à la compétence du juge national, c'était à ce dernier qu'il appartenait d'appliquer les dispositions communautaires par elle interprétées *« en tenant compte des circonstances de fait et de droit de l'affaire dont il est saisi »* (21). La Cour a, en outre, souligné, qu'en principe, et sauf dans le cas d'un litige construit ou quand la disposition communautaire en cause ne pourrait manifestement se trouver à s'appliquer, elle n'avait pas *« à s'interroger sur les circonstances dans lesquelles les juridictions nationales ont été amenées à lui poser les questions et se proposent de faire application de la disposition de droit communautaire qu'elles lui ont demandée d'interpréter »* (22).

Arrivée à ce stade du raisonnement, la Cour a considéré, dans le seul arrêt *Gmurzynska-Bscher*, qu' *« une telle situation exceptionnelle n'existe cependant pas lorsque la disposition de droit communautaire faisant l'objet du renvoi préjudiciel soumise à son interprétation est rendue applicable par le droit d'un Etat membre fût-ce en dehors du champ d'application défini par le droit communautaire »* (23). Et la Cour d'expliquer qu' *« il importe, dans une telle hypothèse, d'assurer au droit communautaire le même effet dans tous les Etats membres de la Communauté afin de prévenir des divergences dans l'interprétation de ce droit dans le cas où l'application du droit communau-*

---

(19) *Ibid.* point 12.

(20) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, *Dzodzi*, pré.cit. points 31-35; aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, pré.cit. points 16-20.

(21) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, *Dzodzi*, pré.cit. point 38; aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, pré.cit. point 21.

(22) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, *Dzodzi*, pré.cit. points 39 & 40; aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, pré.cit. points 22 & 23.

(23) Aff. C-231/89, pré.cit. point 24.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

*taire serait directement en cause*» (24). Cette dernière considération figure aussi dans l'arrêt *Dzodzi*. La Cour y a affirmé davantage que l'ordre juridique communautaire avait « *un intérêt manifeste* » à ce que des divergences futures dans l'interprétation des dispositions communautaires soient évitées, quel que soit par ailleurs le contexte dans lequel elles étaient appelées à s'appliquer (25).

L'intersigne entre l'interprétation d'une disposition communautaire dans un contexte purement national et l'uniformité de l'application du droit communautaire dans son propre contexte n'est pas révélé et demeure toujours introuvable.

Dans l'arrêt *Dzodzi* (26) la Cour a, en outre, déclaré que « *(d)ans le cas où le droit communautaire est rendu applicable par les dispositions du droit national, il appartient au seul juge national d'apprécier la portée exacte de ce renvoi au droit communautaire. S'il considère que le contenu d'une disposition de droit communautaire est applicable, en raison de ce renvoi, à la situation purement interne à l'origine du litige qui lui est soumis, le juge national est fondé à saisir la Cour d'une question préjudicielle dans les conditions prévues par l'ensemble des dispositions de l'article 177 du traité, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence de la Cour* » (27).

Une considération qui a, vraisemblablement, paru importante à la Cour, puisque exposée au début des motifs de l'arrêt *Dzodzi* (28), a été reculée dans l'arrêt postérieur *Gmurzynska-Bscher* à la fin du raisonnement (29). Il s'agit d'un surprenant argument de texte, susceptible, selon l'Avocat général Tizzano, d'engendrer une « *perplexité* » (30), selon lequel « *(i)l ne ressort ni des termes de l'article 177 du traité, ni de l'objet de la procédure instituée par cet article que les auteurs du traité aient entendu exclure de la compétence de la Cour les renvois préjudiciels portant sur une disposition communautaire dans le cas particulier où le droit national d'un Etat membre renvoie au contenu de cette disposition pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne de cet Etat* » (31).

---

(24) *Ibid.*

(25) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, pré.cit. point 32.

(26) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, pré.cit.

(27) *Ibid.*

(28) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, *Dzodzi*, pré.cit. point 16.

(29) Aff. C-231/89, pré.cit. point 25.

(30) Conclusions sous aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rec. 2001 p. I-7467, point 30.

(31) Aff. jtes C-287/88 & C-197/89, *Dzodzi*, pré.cit. point 16; aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, pré.cit. point 25.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

Un tel argument n'a pas manqué de susciter une critique sévère de la part de certains Avocats généraux.

L'Avocat général Tesauro a considéré cette affirmation « *non fondée* » et a déclaré : « *Les hypothèses non expressément exclues sont effectivement nombreuses, mais ce n'est pas pour autant qu'il y a lieu de les considérer comme incluses ; et cela vaut a fortiori dans le système communautaire qui, faut-il le rappeler, s'inspire du principe des compétences d'attributions* » (32). Dans le même sens, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a souligné que les compétences de la Communauté et de ses institutions étaient d'attribution, « *c'est-à-dire qu'elles n'existent qu'en tant qu'elles découlent des traités constitutifs* ». La position de la Cour à cet égard représente, selon lui, une méconnaissance du principe fondamental de la répartition des compétences au sein de la Communauté. Aussi a-t-il déclaré, « *les traités n'ont pas chargé la Cour de justice de statuer sur des affaires étrangères au champ d'application du droit communautaire, de sorte que le discours tenu par la Cour à propos de l'absence d'argument de texte en sens contraire ne parvient pas à me convaincre* » (33).

Explicite quant aux contours de sa compétence, la Cour a expliqué dans l'arrêt *Dzodzi* qu'en procédant à l'interprétation de la disposition communautaire en cause, elle ne saurait tenir compte des dispositions du droit interne et que, puisque la disposition communautaire « *n'est applicable que par l'intermédiaire de la loi nationale* » c'est au juge national qu'il appartenait de décider sur les limites de l'application de cette disposition (34).

On peut le constater, aucun argument mis en avant par l'Avocat général Darmon n'a retenu l'attention de la Cour et aucune des questions, pourtant cruciales, qu'il a formulées, n'a été abordée.

Intervient, ensuite, l'arrêt *Tomatis & Fulchiron* (35). L'Avocat général Jacobs n'a pas soulevé d'objections quant à la compétence de la Cour. S'inclinant, par implicite acquiescement, provisoire d'ailleurs, devant l'autorité des arrêts *Dzodzi* (36) et *Gmurzynska-Bscher* (37), il s'est contenté de rappeler que « *le fait que le droit communautaire ne soit applicable dans un cas précis que parce que sa portée a été*

---

(32) Conclusions sous aff. C-346/93, *Kleinwort Benson c/ City of Glasgow District Council*, Rec. 1995 p. I-615, sp. p. I-630, point 25.

(33) Conclusions sous aff. C-1/99, *Kofisa Italia*, Rec. 2001 p. I-207, sp. p. 219-220, points 33-35.

(34) Aff. C-231/89, pré.cit. point 42.

(35) Aff. C-384/89, *Procédure pénale c/ Gérard Tomatis et Christian Fulchiron*, Rec. 1991 p. I-127 (publication sommaire).

(36) Pré.cit.

(37) Pré.cit.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

*élargie par le droit national ne prive pas la Cour de sa compétence, au titre de l'article 177, pour se prononcer sur l'interprétation des dispositions du droit communautaire concernées en l'espèce» (38).*

Se référant à une considération, pourtant parmi les plus controversées, par elle invoquée dans les arrêts *Dzodzi* (39) et *Gmurzynska-Bscher* (40), la Cour a réitéré dans son arrêt *Tomatis* que rien dans l'article 177 du traité n'excluait sa compétence interprétative dans le cas d'un renvoi par le droit national à une norme communautaire afin de déterminer les règles applicables à une situation purement interne à l'Etat concerné (41).

Lorsqu'une problématique analogue s'est présentée dans l'affaire *Kleinwort Benson* (42), l'Avocat général Tesauro a procédé à une analyse aussi exhaustive que convaincante pour conclure catégoriquement et sans réserve à l'incompétence de la Cour.

En des termes explicites, témoignant d'un certain agacement devant le raisonnement de la Cour, l'Avocat général a incité cette dernière à revoir la jurisprudence *Dzodzi*, *«jurisprudence à laquelle nous ne parvenons pas à souscrire, principalement parce que, sur le plan de la théorie juridique générale, elle trahit la logique qui est à la base du mécanisme du renvoi préjudiciel, en aboutissant – pourquoi se le dissimuler – à un véritable détournement de procédure, mais également parce que, plus modestement mais de manière toute aussi manifeste, elle se trouve en contradiction avec la jurisprudence plus récente de la Cour en matière de renvoi préjudiciel»* (43).

Si la question de principe concernant la compétence préjudicielle de la Cour dans l'affaire *Kleinwort Benson* était identique à celle soulevée dans les affaires précédemment évoquées, il n'en demeure pas moins qu'elle présentait certaines différences. Il s'agissait dans cette affaire d'une demande d'interprétation de certaines dispositions de la Convention de Bruxelles, presque littéralement reprises par le droit national, pour l'application desquelles les juridictions nationales avaient la possibilité de tenir compte de l'interprétation donnée par la Cour, dispositions qui pouvaient, en outre, être modifiées par les autorités nationales pour s'éloigner de cette interprétation.

---

(38) Point 6 du texte ronéo des conclusions.

(39) Pré.cit.

(40) Pré.cit.

(41) Point 9 du texte ronéo de l'arrêt du 24 janvier 1991.

(42) Aff. C-346/93, *Kleinwort Benson c/ City of Glasgow District Council*, Rec. 1995 p. I-615.

(43) *Ibid.* p. I-631 point 27.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

Ces différences ne devaient avoir une quelconque incidence sur l'analyse juridique du problème de la compétence de la Cour. L'Avocat général Tesauro a rappelé le traitement réservé par la Cour à ce problème dans les affaires antérieures et l'a ainsi résumé : « *il suffit que les questions soulevées par la juridiction nationale portent d'une façon ou d'une autre sur l'interprétation du droit communautaire pour que la Cour se déclare compétente pour statuer. Et la Cour a exercé cette compétence en ayant pleinement conscience tant de l'utilité simplement éventuelle et future, pour l'ordre juridique communautaire, de son interprétation que de l'éventuelle absence d'utilité pour le juge a quo lui-même* » (44).

Selon l'Avocat général, les critères retenus par la Cour et les raisons avancées dans ses arrêts permettaient d'examiner la question de sa compétence préjudicielle dans les circonstances de l'affaire *Kleinwort Benson* d'une manière identique à celle suivie dans les affaires évoquées. « *A vrai dire* » estima-t-il avec raison, « *il est difficile de comprendre la raison d'une solution différente selon que l'on se trouve hors du domaine d'application de la Convention, comme dans le cas d'espèce ou hors du champ d'application du droit communautaire, comme dans l'affaire Dzodzi. En effet, dans un cas comme dans l'autre, les prémisses logiques et le fondement juridique du renvoi préjudiciel sont les mêmes, à savoir fournir à la juridiction nationale l'interprétation qu'elle demande, afin d'assurer l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit communautaire ainsi que de la Convention, lorsque la décision préjudicielle est nécessaire pour rendre un jugement qui applique la disposition (du droit communautaire au sens strict ou de la Convention) en question* » (45). Le fait que dans l'affaire *Kleinwort Benson* il s'agissait d'une reproduction de certaines dispositions de la Convention et non pas d'un renvoi au droit communautaire ne revêtait aucune importance puisque « *ce n'est pas le contenu de la disposition ou sa teneur littérale qui importe, mais le caractère communautaire ou non communautaire de cette disposition* » (46). Pour ces raisons, a expliqué l'Avocat général, l'analyse par lui entreprise concernait aussi bien le renvoi préjudiciel dans le cadre de la Convention de Bruxelles que de celui du traité CE (47).

Hostile à la reconnaissance de la compétence préjudicielle de la Cour dans de telles circonstances, l'Avocat général Tesauro a soutenu

---

(44) *Ibid.* point 15.

(45) *Ibid.* point 17.

(46) *Ibid.*

(47) *Ibid.* point 18.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

que « *la coopération entre juge national et juge communautaire et le mécanisme du renvoi préjudiciel ne sauraient être utilisés à des fins autres que celles consistant à rendre le jugement dans un cas concret. L'assistance technique, voire la consultation juridique, sont à l'évidence étrangères au système retenu par le protocole de 1971 ainsi que par l'article 177 du traité* » (48).

Se référant, à cet égard, à l'argument exposé par l'Avocat général Darmon dans l'affaire *Dzodzi* (49), M. Tesauro a affirmé : « *la compétence de la Cour pour se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation de la Convention, en vertu du protocole de 1971, ne peut qu'être appréciée à l'aune du champ d'application de la Convention. Il devrait être clair pour tous* », a-t-il déclaré, « *que lorsque la Convention de s'applique pas, la compétence de la Cour pour son interprétation n'existe pas non plus* » (50).

Selon l'Avocat général Tesauro, pour des affaires purement internes, non soumises à la Convention en vertu de cette dernière, la compétence de la Cour ne faisait pas seulement défaut mais n'avait « *aucun sens* » (51). Prendre, aux fins de situations internes, les règles communautaires comme modèle n'impliquait nullement que ces dernières reçoivent une interprétation identique dans tous les cas. Et l'Avocat général a rappelé que la jurisprudence de la Cour admettait que des dispositions identiques ou analogues pouvaient être interprétées différemment selon, entre autres, la finalité et l'objectif de l'acte dans lequel elles figuraient (52).

Faisant écho à l'une des interrogations formulées par l'Avocat général Darmon dans ses conclusions sous les arrêts *Dzodzi* et *Gmurzynska-Bscher*, l'Avocat général Tesauro a considéré qu'un arrêt préjudiciel rendu dans les circonstances de l'espèce n'aurait pas d'effet contraignant, compte tenu de ce que des modifications du droit national destinées à s'écarter des dispositions de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour, pouvaient être introduites et du fait que le juge interne n'était pas tenu d'appliquer les dispositions en cause conformément à l'interprétation qu'en donnerait la Cour (53). Et l'Avocat général renvoyait à l'avis 1/91 de la Cour dans lequel cette dernière avait

---

(48) *Ibid.* point 25.

(49) Aff. jtes C-297/88 & C-197/89, *Dzodzi*, pré.cit.

(50) Conclusions sous l'arrêt C-346/93, pré.cit. point 19.

(51) *Ibid.* point 20.

(52) *Ibid.* point 22.

(53) *Ibid.* point 23. L'Avocat général Tesauro apporte ici une réponse négative à la question concernant l'effet obligatoire de l'arrêt soulevée par l'Avocat général Darmon dans ses conclusions relatives aux affaires *Dzodzi* et *Gmurzynska-Bscher*.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

affirmé que l'absence d'effet obligatoire pour ses arrêts dénaturerait sa fonction de juridiction (54). En outre, rendre un arrêt comportant une interprétation non nécessaire et dépourvue d'effet contraignant irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour consacrant l'irrecevabilité des questions hypothétiques (55).

Dans son arrêt, la Cour a retenu les aspects différenciant l'affaire *Kleinwort Benson* (56) des affaires précédemment évoquées, pourtant considérés par l'Avocat général Tesauro comme sans pertinence, et s'est déclarée incompétente. Elle a souligné, notamment, qu'en l'espèce, la disposition nationale en cause n'opérait pas de renvoi direct et inconditionnel au droit communautaire (57), que celle-ci n'était pas libellée d'une manière entièrement identique à la disposition de la Convention (58) et que les autorités nationales pouvaient modifier la disposition nationale de façon à lui faire produire des effets divergents de ceux résultant de la disposition analogue de la Convention telle qu'interprétée par la Cour (59).

Ces considérations auraient pu suffire pour justifier le déclinatoire de sa compétence. Eu égard à ces circonstances la Cour a estimé en effet, qu'il n'était pas possible de considérer que les dispositions de la Convention soumises à son interprétation avaient été rendues applicables en tant que telles par le droit de l'Etat contractant concerné, fût-ce en dehors du champ d'application de cette Convention (60).

En outre, la Cour a relevé que les juridictions nationales « *ne sont pas tenues de trancher les litiges dont elles sont saisies en appliquant, de façon absolue et inconditionnelle l'interprétation de la Convention que la Cour leur a fournie* » de sorte qu'un arrêt rendu par la Cour n'aurait pas d'effet contraignant pour le juge national. Or, a-t-elle souligné, elle ne saurait admettre que ses arrêts aient un effet purement consultatif dépourvu d'effets obligatoires (61).

L'arrêt d'incompétence rendu par la Cour dans l'affaire *Kleinwort Benson* semble indiquer que seul un renvoi direct et inconditionnel aux dispositions du droit communautaire l'autoriserait à considérer que ces

---

(54) *Ibid.* point 24.

(55) *Ibid.*

(56) Aff. C-346/93, pré.cit.

(57) *Ibid.* point 16.

(58) *Ibid.* point 17.

(59) *Ibid.* point 18. La valeur de cette dernière considération a été contestée par l'Avocat général Jacobs selon qui un législateur national est toujours en mesure de modifier une loi interne. V. ses conclusions du 15 novembre 2001 relatives à l'affaire C-306/99, *BIAO, Rec.* 2003 p. I-1, point 50.

(60) Aff. C-346/93, pré.cit. point 19.

(61) *Ibid.* point 23.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

dernières ont été valablement rendues applicables par le droit national à des situations purement internes et que, pour établir sa compétence, l'effet obligatoire de son arrêt devrait être assuré par le droit national.

Les affaires *Leur-Bloem* (62) et *Giloy* (63) ont donné l'occasion à l'Avocat général Jacobs d'entreprendre une analyse aussi minutieuse que critique de la jurisprudence de la Cour en cette matière. Reprenant, en les approfondissant, les objections formulées par les Avocats généraux qui s'étaient antérieurement prononcés sur cette question, l'Avocat général Jacobs a considéré « *raisonnable de présumer* » que l'ensemble du droit communautaire – les dispositions relatives au renvoi préjudiciel incluses – devrait s'appliquer dans le seul champ d'application défini par l'ordre juridique communautaire (64). Rappelant l'objectif d'application uniforme du droit communautaire poursuivi par la procédure préjudicielle, M. Jacobs a avoué ne pas apercevoir en quoi la Cour servirait cet objectif « *en statuant dans des litiges intéressant une disposition communautaire qu'un Etat membre a empruntée pour la transposer dans un contexte non communautaire* » (65).

L'argument avancé par la Cour selon lequel, en statuant dans de telles circonstances, elle parviendrait à prévenir une application ultérieure non conforme au droit communautaire, n'emportait pas la conviction de l'Avocat général. Le risque d'une telle interprétation ne saurait, selon lui, qu'être « *indirect et temporaire* ». L'interprétation, par une juridiction nationale, d'une règle communautaire absorbée par le droit national en dehors du contexte de cette dernière, pourrait être remise en cause lorsqu'elle serait interprétée dans un contexte communautaire, d'autant que pour la plupart, les juridictions nationales ne sont pas tenues à saisir préjudiciellement la Cour (66). Et l'Avocat général se demandait comment une règle de droit pourrait être interprétée en dehors de son contexte (67) et rappelait que, pour être à même de statuer, la Cour exigeait que le juge de renvoi lui communique le cadre factuel et réglementaire dans lequel la question préjudicielle a surgie (68). Dès lors

---

(62) Aff. C-28/95, A. *Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, Rec. 1997 p. I-4161.

(63) Aff. C-130/95, *Bernard Giloy c/ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, Rec. 1997 p. I-4291.

(64) Conclusions communes sous aff. C-28/95, *Leur-Bloem* et sous aff. C-130/95, *Giloy*, pré. cit. Rec. 1997 p. I-4161, sp. point 42.

(65) *Ibid.* point 47.

(66) *Ibid.* point 49.

(67) *Ibid.* point 50.

(68) *Ibid.* point 51. Cet argument avait été invoqué par l'Avocat général Tesouro dans ses conclusions sous l'arrêt C-346/93, *Kleinwort Benson*, pré. cit. Rec. 1995 p. I-615 sp. p. I-631, point 27, note n° 34.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

que les éléments de fait se situent en dehors du champ d'application du droit communautaire, « *la Cour est par hypothèse appelée à interpréter la règle hors de son contexte propre* » et court ainsi le double risque de ne pas prendre en considération des éléments pertinents et d'être induite en erreur par des facteurs externes (69).

En outre, l'Avocat général a considéré qu'un arrêt rendu dans de telles circonstances ne serait pas utile pour le juge national puisque, comme la Cour elle-même l'a reconnu, deux dispositions identiques pouvaient être interprétées différemment, compte tenu de leur finalité respective, des objectifs et du contexte de l'acte dans lequel elles étaient insérées (70). En effet, la finalité d'une disposition communautaire, son objectif et sa place dans l'économie du traité pourraient ne présenter aucun intérêt pour l'interprétation de la disposition nationale analogue ou même identique (71), qui, au surplus, pourrait ne pas s'accommoder d'une telle interprétation (72).

L'Avocat général Jacobs a souligné que, pour assurer au droit communautaire une application uniforme, était fondamental le principe selon lequel les arrêts de la Cour lient les juridictions nationales. Or, « *ce principe serait sérieusement ruiné si la Cour acceptait que la juridiction nationale soit en fait libre d'ignorer son interprétation dans certains types d'affaires au motif qu'elles s'inscrivent dans un contexte différent* » (73).

Aussi, a-t-il déclaré, l'absence de toute garantie quant à l'utilité, pour la solution du litige, d'un arrêt interprétatif rendu par la Cour dans de telles circonstances et le fait que l'uniformité de l'application du droit communautaire ne soit pas directement compromise, entameraient considérablement les arguments mis en avant en faveur de l'extension de la procédure du renvoi préjudiciel (74).

A l'instar de l'Avocat général Tesauero, l'Avocat général Jacobs a vu dans l'absence d'effet obligatoire de l'arrêt rendu par la Cour dans de telles circonstances, un obstacle dirimant à la reconnaissance de la compétence préjudicielle de cette dernière.

---

(69) Conclusions communes sous aff. C-28/95, *Leur-Bloem* et sous aff. C-130/95, *Giloy*, pré. cit. *Rec.* 1997 p. I-4161, point 52.

(70) *Ibid.* point 56. Cet argument avait été précédemment invoqué par l'Avocat général Tesauero dans ses conclusions sous aff. C-346/93 *Kleinwort Benson*, pré. cit. *Rec.* 1995 p. I-615, sp. p. I-628, point 22, note 22.

(71) Conclusions communes sous aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré. cit. et sous aff. C-130/95, *Giloy*, pré. cit. *Rec.* 1997 p. I-4161, sp. p. I-4183, point 57.

(72) *Ibid.* point 63.

(73) *Ibid.* point 61.

(74) *Ibid.* point 62.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

Répondant, en substance, aux autres interrogations formulées par l'Avocat général Darmon dans ses conclusions relatives aux affaires *Dzodzi* (75) et *Gmurzynska-Bscher* (76), l'Avocat général Jacobs a considéré que seule « *une gymnastique juridique* » permettrait de tenir obligées les juridictions de dernière instance à saisir la Cour à titre préjudiciel (77) et a estimé par ailleurs, qu' « *il serait particulièrement inapproprié* » que la Cour statue, dans des telles circonstances, sur une question en appréciation de validité (78).

Se tournant, ensuite, vers l'arrêt *Kleinwort Benson*, l'Avocat général Jacobs a considéré que la solution « *médiane* » (79) adoptée par la Cour, selon laquelle sa compétence préjudicielle ne serait admise qu'en cas d'un renvoi « *direct et inconditionnel* » par le droit national aux dispositions du droit communautaire était « *arbitraire* » (80) et constituait « *un compromis malaisé* » (81).

Plusieurs objections ont été élevées par M. Jacobs à l'encontre de la distinction introduite par l'arrêt *Kleinwort Benson*. En premier lieu, il a considéré qu'elle n'avait « *aucun fondement théorique solide* » (82). Selon lui, une disposition communautaire intégrée unilatéralement par un Etat membre à une disposition nationale ne pourrait servir que de « *modèle* » à une disposition nationale dans un autre Etat membre de sorte que la compétence de la Cour serait, en réalité, déterminée par la législation nationale, compétence qui pourrait alors varier considérablement d'un Etat à l'autre (83). En second lieu, l'Avocat général a estimé que le but recherché par l'arrêt *Kleinwort Benson*, à savoir, garantir que l'arrêt de la Cour serait effectivement appliqué par la juridiction nationale, n'était pas atteint. Pour se soustraire à l'interprétation donnée par la Cour d'une disposition communautaire à laquelle le droit national opérait un renvoi, la juridiction nationale pourrait considérer que, compte tenu de la différence entre les contextes dans lesquels s'inscrivaient ces dispositions, une interprétation différente s'impose (84). En troisième lieu, il existe toujours des difficultés inhérentes à l'interprétation des dispositions communautaires en dehors

---

(75) Aff. jtes C-297/88 et C-197/89, pré.cit. *Rec.* 1990 p. I-3763, sp. p. I-3780, point 12.

(76) Aff. C-231/89, pré.cit. *Rec.* 1990 p. I-4003, sp. p. I-4010, point 9.

(77) Conclusions communes sous aff. C-28/95 et sous aff. C-130/95 pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-3763, sp. p. I-4185, point 64.

(78) *Ibid.* point 65.

(79) *Ibid.* point 67.

(80) *Ibid.* points 72 et 73.

(81) *Ibid.* point 68.

(82) *Ibid.*

(83) *Ibid.* points 68 & 69.

(84) *Ibid.* point 70.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

de leur propre contexte (85). En quatrième lieu, le critère d'un renvoi « *direct et inconditionnel à la législation communautaire* » pourrait se révéler difficile à appliquer (86).

En outre, l'Avocat général Jacobs a considéré que la solution consacrée par l'arrêt *Kleinwort Benson* était de nature à créer une « *grande incertitude* ». « *Cela aboutira inévitablement* », estima-t-il, « *à élever systématiquement des contestations sur la compétence de la Cour, lesquelles ne pourront le plus souvent être tranchées qu'au stade final de toute la procédure devant la Cour* » (87).

Le déclinatoire de compétence de la Cour s'impose. « *Cette approche est la seule* », déclare l'Avocat général, « *qui soit juridiquement conforme et qui répond à la finalité de l'article 177, qui garantisse l'utilité de l'arrêt de la Cour à la solution du litige et qui prévienne le risque de voir la Cour appelée à interpréter une disposition communautaire en dehors de son contexte. Elle offre également un critère commode et clair qui donnera aux juridictions nationales la certitude nécessaire sur l'étendue de la compétence de la Cour* » (88).

L'on pouvait s'attendre à ce que la Cour s'exprimât sur les arguments mis en avant par son Avocat général et se prononçât sur les objections qu'il avait formulées. Pourtant, dans ses arrêts *Leur-Bloem* (89) et *Giloy* (90) rendus le même jour, la Cour s'est contentée, pour l'essentiel, à reproduire, par une redondante redite et dans un langage presque identique, les motifs de sa jurisprudence en la matière. Elle n'a ni discuté ni, a fortiori, réfuté, les arguments invoqués par l'Avocat général qui méritaient, incontestablement, une analyse approfondie et un examen sérieux.

On retrouve dans les arrêts de la Cour la considération relative aux prérogatives des juridictions nationales dans le cadre de la procédure préjudicielle (91), l'argument tiré du texte de l'article 234 (92), le rappel des hypothèses dans lesquelles une demande de décision préjudicielle ne sera pas accueillie (93) et un renvoi à sa jurisprudence

---

(85) *Ibid.* point 71.

(86) *Ibid.* point 72.

(87) *Ibid.* point 74.

(88) *Ibid.* point 75.

(89) Aff. C-28/95, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4161.

(90) Aff. C-130/95, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4291.

(91) Aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4161, point 24; aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4291, point 20.

(92) Aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4161, point 25; aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4291, point 21.

(93) Aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4161, point 26; aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4291, point 22.

UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

précédente en la matière(94). Et la Cour de déclarer que lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations internes à celles retenues en droit communautaire afin, «notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux»(95) ou «d'assurer une procédure unique dans des circonstances comparables»(96), «il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétations futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer»(97).

Dans ces circonstances, l'Avocat général Jacobs ayant perdu, provisoirement, sa combativité, ou reprenant du répit, n'a pas contesté la compétence préjudicielle de la Cour dans l'affaire *Schoonbroodt*(98). L'Avocat général Léger, se référant dans ses conclusions relatives à l'affaire *DE + ES Bauunternehmung*(99) à l'arrêt *Leur-Bloem*(100) dont il a déclaré partager la solution, a simplement considéré que «la circonstance que la solution du litige au principal ne dépend pas directement de l'application de dispositions communautaires, n'est pas de nature, dans les circonstances de l'espèce, à faire douter» de la compétence de la Cour(101).

Lorsque, dans l'affaire *Kofisa Italia*(102), la question de la compétence préjudicielle de la Cour devait être, une fois de plus, abordée, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, loin de se résigner, et muni d'un impressionnant arsenal d'arguments, n'a pas manqué d'exprimer, «de façon persuasive» selon un de ses collègues(103), les raisons de sa réprobation de la position de la Cour sur cette question.

(94) Aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4161, points 27, 28 & 29; aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4291, points 23, 24 & 25.

(95) Aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4161, point 32.

(96) Aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4291, point 28.

(97) Aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4291, point 32; aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4291, point 28. La Cour renvoie au point 37 de l'arrêt *Dzodzi* (aff. jtes C-297/88 é C-197/89, pré.cit. Rec. 1990 p. I-3763) dans lequel elle a évoqué un «intérêt manifeste».

(98) Aff. C-247/97, *Marcel Schoonbroodt c/ Etat belge*, Rec. 1998 p. I-8095.

(99) Aff. C-275/97, Rec. 1999 p. I-5331.

(100) Aff. C-28/95, pré.cit. Rec. 1997 p. I-4161.

(101) Conclusions sous aff. C-275/97, *DE + ES Bauunternehmung c/ Finanzamt Bergheim*, Rec. 1999 p. I-5331, points 26-30.

(102) Aff. C-1/99, *Kofisa Italia et Ministero delle Finanze, Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova*, Rec. 2001 p. I-207.

(103) Conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire C-306/99, *BIAO*, pré.cit. point 48.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

Relevant que la jurisprudence en la matière « *a toujours buté sur l'opposition des Avocats généraux* » (104) dont la Cour n'a jamais suivi les conclusions (105), l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a récusé les différentes raisons avancées par la Cour pour asseoir sa compétence.

En ce qui concerne l'argument tiré du rôle réservé aux juridictions nationales dans l'appréciation de la nécessité et de la pertinence d'une question préjudicielle, il a rappelé la jurisprudence selon laquelle il n'appartenait pas à la Cour de formuler, dans le cadre préjudiciel, des avis consultatifs sur des questions générales ou hypothétiques ou de répondre à des questions n'ayant pas de rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal et à celles qui ne correspondent pas à un besoin objectif pour la solution du litige devant le juge interne (106). En outre, l'interprétation donnée par la Cour en dehors du contexte communautaire pourrait être inappropriée (107). S'appuyer sur les prérogatives des juridictions nationales risque de créer, dans ces circonstances, une contradiction entre le traitement « *rigoureux* » réservé par la Cour à la recevabilité des questions préjudicielles posées afin de trancher un litige relevant du droit communautaire et celui réservé à l'examen de la recevabilité des questions déferées dans le cadre d'un litige dont l'objet échappe au champ d'application de ce dernier (108).

Prétendre, comme le fait la Cour, qu'aucun argument tiré du texte de l'article 234 ne saurait être invoqué pour dénier sa compétence constitue, selon l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, une méconnaissance du principe des compétences d'attribution.

Enfin, pour soutenir que l'intérêt communautaire dans l'interprétation uniforme du droit communautaire justifie la reconnaissance de la compétence de la Cour, encore faut-il établir le risque encouru

---

(104) Conclusions sous l'affaire C-1/99, *Kofisa Italia*, Rec. 2001 p. I-207, sp. p. 216, point 22.

(105) *Ibid.* point 25.

(106) *Ibid.* point 29.

(107) *Ibid.* point 32.

(108) *Ibid.* point 30. Cette même idée a été avancée par l'Avocat général Tesouro qui a relevé que : « *Les conditions restrictives qui ont été ainsi posées par la Cour quant à la recevabilité de renvois préjudiciels dans des cas manifestement régis par le droit communautaire, mettent pleinement en évidence la contradiction qui existe avec la jurisprudence en question. En particulier, on peut raisonnablement se demander comment le refus de fournir au juge national les réponses aux questions posées, en raison de l'absence d'un cadre factuel et réglementaire bien défini qui permette de donner une réponse utile pour le cas concret, est conciliable avec la compétence affirmée en ce qui concerne des demandes d'interprétation ayant trait à des cas non régis par le droit communautaire, alors que, dans cette dernière hypothèse, une connaissance du contexte national est exclue ou en tout cas inutile pour la Cour : son interprétation, par conséquent, ne pourra qu'être – par définition – abstraite, c'est-à-dire coupée du cas pratique qui est à l'origine de cette interprétation, précisément parce qu'il s'agit d'une situation purement interne* ». Conclusions sous aff. C-346/93, *Kleinwort Benson*, pré.cit. Rec. 1995 p. I-615, sp. p. I-631, note 34.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

pour l'uniformité d'interprétation du droit communautaire en l'absence d'une telle compétence. Or, constate l'Avocat général, la Cour n'a jamais fourni d'explications quant à ce risque (109).

A cet égard l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a soutenu que « *le prétendu intérêt communautaire... est tout simplement inexistant* » (110). Outre les considérations retenues sur ce point par l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions sous les arrêts *Leur-Bloem* (111) et *Giloy* (112), M. Ruiz-Jarabo Colomer a souligné, suivant en cela ses prédécesseurs, que l'arrêt de la Cour n'aurait pas d'effet contraignant – les juridictions nationales n'étant pas tenues à se conformer à l'interprétation donnée par la Cour (113). Ceci est en « *contradiction ouverte* » avec la jurisprudence de cette dernière et enlève « *de manière définitive toute portée utile à l'argument de la Cour relatif à l'intérêt qu'il y a de sauvegarder l'uniformité d'interprétation de toute disposition du droit communautaire* » (114).

La solution retenue par la Cour, faisant dépendre d'une décision nationale le champ d'application du droit communautaire et sa propre compétence, remettait en cause d'une « *manière paradoxale... sous prétexte de garantir l'uniformité d'interprétation* », le principe essentiel de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire (115). En outre, à l'instar de l'Avocat général Jacobs, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a considéré que les difficultés découlant de l'absence d'obligation pour les juridictions de dernière instance de saisir la Cour et d'une éventuelle demande préjudicielle en appréciation de validité d'un acte communautaire, ne sauraient, dans de telles circonstances, être ignorées (116).

Se ralliant à la position défendue par les Avocats généraux Mancini, Darmon et Jacobs, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a conclu à l'incompétence de la Cour pour répondre, à titre préjudiciel, à des questions d'interprétation qui trouvent leur origine dans le cadre d'un litige étranger au droit communautaire pour la solution duquel le droit national se réfère (117).

---

(109) Conclusions sous aff. C-1/99, *Kofisa Italia*, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-207, sp. p. 220, point 36.

(110) *Ibid.* point 37.

(111) Pré.cit.

(112) Pré.cit.

(113) Conclusions sous aff. C-1/99, *Kofisa Italia*, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-207, sp. pp. 220-221, point 38.

(114) *Ibid.*

(115) *Ibid.* point 39.

(116) *Ibid.* point 40.

(117) *Ibid.* point 42.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

Dans un second temps et bien qu'en l'espèce il n'apparaissait pas que le droit interne ait opéré un renvoi direct et inconditionnel au droit communautaire, l'Avocat général a porté son attention sur l'arrêt *Kleinwort Benson* (118) qui, selon lui, «*marque, par rapport aux affaires antérieures, un infléchissement dans la jurisprudence de la Cour de justice*» (119).

L'Avocat général a considéré que si l'on voulait retenir la compétence de la Cour dans l'hypothèse d'un renvoi par le droit national au droit communautaire, la jurisprudence *Kleinwort Benson* était préférable à la jurisprudence *Leur-Bloem* et *Giloy* (120). Aussi, a-t-il estimé, l'exigence d'un renvoi direct et inconditionnel au droit communautaire traduisait le souci de ne répondre qu'à des questions d'interprétation objectivement nécessaires à la solution du litige au principal par un arrêt ayant un effet contraignant (121).

Et l'Avocat général conclut: «*Je propose de reprendre le critère utilisé dans l'arrêt Kleinwort Benson et de déclarer que la Cour de justice est incompétente pour se prononcer sur toute question préjudicielle relative à l'interprétation d'une norme communautaire qui ne remplirait pas la condition d'être applicable dans l'ordre juridique interne en vertu d'un renvoi direct et inconditionnel*» (122).

Imperturbable, la Cour a relevé dans son arrêt que le juge de renvoi avait indiqué que le droit national opérait un renvoi au droit communautaire dont les dispositions ne servaient pas seulement de modèle et qu'aucune possibilité de modifier le droit national pour s'écarter de l'interprétation donnée par la Cour n'était expressément prévue (123). Au lieu d'exiger que l'effet obligatoire de son arrêt soit démontré, la Cour a simplement remarqué qu'aucun élément du dossier ne permettait de supposer que la juridiction de renvoi n'était pas tenue par son arrêt (124). Pour cette raison, la solution d'incompétence retenue dans l'affaire *Kleinwort Benson* ne saurait être adoptée en l'espèce.

La Cour a reproduit certains motifs de l'arrêt *Giloy* (125) relatifs aux prérogatives des juridictions nationales dans le cadre de la procédure

---

(118) Pré.cit.

(119) Conclusions sous l'affaire C-1/99, *Kofisa Italia*, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-207, sp. p. 222, point 45.

(120) Notamment l'exigence de communication du contexte factuel et réglementaire dans lequel s'inscrivent les questions déferées, le lien avec le litige au principal et un besoin objectif d'une interprétation à titre préjudiciel. *Ibid.* points 49-50.

(121) *Ibid.* point 50.

(122) *Ibid.* point 51.

(123) Aff. C-1/99, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-207, points 23-26, 28 et 30.

(124) *Ibid.* point 31.

(125) Aff. C-130/95, pré.cit.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

préjudicielle, à l'absence d'argument de texte permettant d'exclure sa compétence et aux circonstances dans lesquelles une demande d'une décision préjudicielle ne saurait être accueillie (126).

A l'instar des affaires précédentes, elle a déclaré que « *lorsque... une législation nationale se conforme, pour les solutions qu'elle apporte à une situation interne, à celles retenues en droit communautaire, afin d'assurer une procédure unique dans des situations comparables, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer* » (127).

C'est cette même considération qui a été réitérée par la Cour dans l'arrêt *Adam* (128).

Pourtant l'Avocat général Tizzano, abordant la question de la compétence de la Cour sous l'angle de la nécessité et de la pertinence de la question posée, a conclu, au terme d'une analyse qualifiée par l'un de ses collègues de « *réfléchie et convaincante* » (129), à l'incompétence de la Cour (130).

Certes, à l'instar de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, l'Avocat général Tizzano a rappelé que la jurisprudence de la Cour reconnaissait la prérogative du juge national en ce qui concerne l'appréciation de la nécessité et de la pertinence des questions préjudicielles (131). Mais cette jurisprudence était, toutefois, subordonnée à une autre, selon laquelle la Cour ne saurait répondre à des questions hypothétiques, à celles manifestement sans rapport avec la réalité ou l'objet du litige ou dépourvues de pertinence pour ce dernier, et lorsqu'il était manifeste que la disposition communautaire ne s'appliquait ni directement ni indirectement aux circonstances de l'affaire au principal (132).

En l'espèce, a constaté l'Avocat général, la disposition communautaire faisant l'objet de la question préjudicielle n'était, incontestable-

---

(126) Aff. C-1/99, *Kofisa Italia*, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-207, points 20-22.

(127) *Ibid.* point 32.

(128) Aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, *Rec.* 2001 p. I-7464, point 27.

(129) Conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire C-306/99, *BIAO*, pré.cit. point 48.

(130) Conclusions sous l'arrêt C-267/99, *Adam*, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-7464, point 22.

(131) *Ibid.* point 23.

(132) *Ibid.* point 24.

UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

ment, pas applicable au litige au principal (133). Dès lors, la question préjudicielle n'était pas pertinente (134).

M. Tizzano a exposé plusieurs aspects de la disposition nationale en cause : celle-ci a été adoptée de manière autonome par les autorités nationales et ne renvoyait ni directement ni indirectement à la disposition communautaire pas plus qu'elle ne la retenait comme modèle. En outre, si la disposition nationale en cause employait une notion figurant dans une directive communautaire, on ne saurait en déduire qu'elle entendait lui attribuer, totalement ou partiellement, le sens donné à cette même notion par le droit communautaire (135).

Pour ces raisons, l'Avocat général Tizzano a considéré qu'une interprétation donnée par la Cour dans de telles circonstances « *risquerait d'être purement hypothétique ou abstraite, parce que totalement étrangère au contexte matériel et normatif du litige au principal* » (136). Et l'Avocat général de conclure à l'incompétence de la Cour en raison du manque de pertinence de la question posée.

Se déclarant compétente, la Cour a repris dans son arrêt, une fois de plus, les motifs éculés, rebattus dans sa jurisprudence en la matière. Ayant rappelé les prérogatives du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel et les circonstances dans lesquelles elle serait amenée à se déclarer incompétente pour statuer (137), la Cour a reconnu qu'en l'espèce, les questions posées portaient sur l'interprétation d'une notion du droit communautaire dans un contexte qui lui était extérieur (138). Elle a considéré, néanmoins, que cette circonstance ne permettait pas, à elle seule, de conclure que la question d'interprétation qui lui avait été déférée était sans aucun rapport avec le litige au principal de manière à la conduire à décliner sa compétence (139).

Réitérant l'existence d'un intérêt communautaire à ce qu'une interprétation uniforme soit donnée aux notions reprises du droit communautaire afin d'éviter des divergences d'interprétation future (140) quel que soit le contexte dans lequel elles s'appliquent (141), la Cour a considéré, sans expliciter sa pensée, qu'un tel intérêt communautaire existait, à plus forte raison, lorsqu'une notion contenue dans une directive

(133) *Ibid.* point 25.

(134) *Ibid.* point 27.

(135) *Ibid.* point 33.

(136) *Ibid.* point 34.

(137) Aff. C-267/99, pré.cit. *Rec.* 2001 p. I-7464, points 23 & 34.

(138) *Ibid.* point 25.

(139) *Ibid.* point 26.

(140) *Ibid.* point 28.

(141) *Ibid.* point 27.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

communautaire figurait dans une mesure nationale de transposition de cette dernière, même dans le cas où cette notion s'appliquerait à des situations non régies par le droit communautaire (142) et, par suite, qu'on ne saurait exclure le lien entre l'interprétation sollicitée et l'objet du litige au principal (143).

Ainsi, la Cour reconnaît sa compétence préjudicielle non seulement dans le cas d'un renvoi par le droit national à des dispositions communautaires, mais aussi dans le cas où, sans renvoi, le droit national utiliserait une notion de droit communautaire dans un contexte qui est étranger à ce dernier (144).

Dans l'arrêt *Andersen og Jensen* (145), la demande d'interprétation portait sur certaines dispositions d'une directive communautaire applicable à une situation impliquant un élément d'extranéité, alors que l'opération donnant lieu au litige au principal concernait une transaction purement interne et qu'un tel élément était absent. Des travaux préparatoires de la loi de transposition, il ressortait, toutefois, que le législateur national avait entendu étendre à une telle transaction le régime prévu par la directive. S'inclinant, sans pour autant y souscrire, devant l'« *orientation jurisprudentielle non équivoque* » dégagée par l'arrêt *Leur-Bloem*, et soulignant « *l'identité substantielle des situations* » entre les deux affaires, l'Avocat général Tizzano a considéré que l'on ne pouvait pas contester la recevabilité des questions déferées à la Cour.

Se plaçant sur le terrain de sa compétence, la Cour a relevé qu'« *il est constant que le litige au principal porte sur une disposition de droit national qui s'applique dans un contexte purement national* » (146). Se référant à l'ordonnance de renvoi dans laquelle la juridiction nationale a expliqué la nécessité de l'interprétation de certaines notions contenues dans la directive qui ont été reprises par la loi de transposition qui étendait leur application à des situations non visées par la directive, la Cour a rappelé que selon sa jurisprudence il existe « *un intérêt communautaire certain* » à éviter des divergences d'interprétation futures et à

---

(142) On peut noter que dans ses conclusions du 15 novembre 2001 relatives à l'affaire C-306/99, *BIAO*, pré.cit., l'Avocat général Jacobs n'a attaché aucune importance à une telle considération.

(143) Aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rec. 2001 p. I-7464, point 27.

(144) On rappellera que dans l'affaire *Thomasdüniger*, aff. 166/84, Rec. 1985 p. 300, le droit national n'a procédé à aucun renvoi au TDC mais que certaines autorités administratives allemandes y faisaient référence dans des affaires auxquelles il ne s'appliquait pas en tant que tel.

(145) Aff. C-43/00, *Andersen og Jensen ApS c/ Skatteministeriet*, Rec. 2002 p. I-379.

(146) Aff. C-43/00, Rec. 2002 p. I-379, point 16.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

assurer une interprétation uniforme « *quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer* » des notions du droit communautaire, rendues applicables par le droit national à des situations purement internes, afin d'éviter une discrimination à l'encontre des ressortissants nationaux ou d'éventuelles distorsions de concurrence (147). Après avoir constaté qu'aucune partie n'avait contesté sa compétence, la Cour s'est déclarée compétente pour interpréter les dispositions de la directive « *même si celles-ci ne régissent pas directement la situation en cause au principal* ».

On peut relever qu'à la différence de l'arrêt *Adam* (148), la Cour n'a attaché aucune signification explicite au fait que les dispositions invoquées devant le juge au principal étaient contenues dans la loi de transposition de la directive communautaire.

La dernière tentative à l'heure actuelle, de convaincre la Cour des lacunes, de la faiblesse et de l'incohérence de sa jurisprudence en cette matière, a été faite courageusement mais infructueusement, par l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions relatives à l'affaire *BIAO* (149). Inlassable, l'Avocat général ne s'est pas résigné à exhorter la Cour de revenir sur sa jurisprudence antérieure (150). La Cour, a-t-il déclaré, devrait « *résister à toute tentation d'é luder la question brûlante de recevabilité* » (151). Le refus de la Cour de résoudre ce problème de façon univoque conduira, a déclaré M. Jacobs, « *à ce que l'incertitude subsiste dans des affaires futures* » (152).

L'Avocat général a, liminairement, rappelé qu'en matière d'interprétation, la jurisprudence de la Cour a toujours accordé une « *importance primordiale* » au contexte (153).

Il a, ensuite, considéré qu'il était difficile de savoir en quoi une interprétation fournie par la Cour des dispositions communautaires reprises en droit national et applicables en vertu de ce dernier à une situation manifestement extérieure à leur champ d'application serait utile pour atteindre l'objectif visé par l'article 234 du traité (154). L'Avocat général a souligné que des dispositions apparemment identiques pouvaient

---

(147) *Ibid.* point 18.

(148) *Pré.cit.*

(149) Aff. C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale SA (BIAO) c/ Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg*, *Rec.* 2003 p. I-1.

(150) Conclusions dans aff. C-306/99, *ibid.* points 1, 47, 58, 67 & 70.

(151) *Ibid.* point 47.

(152) *Ibid.* point 70.

(153) *Ibid.* point 52.

(154) *Ibid.* point 59.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

avoir des significations différentes dans des contextes différents (155). Il a évoqué l'absence d'effet contraignant de l'arrêt, ce qui signifie que la Cour ne remplirait qu'une fonction consultative (156). La compétence de la Cour dépendrait du droit national (157). L'intérêt communautaire, retenu par la jurisprudence de la Cour pour justifier sa compétence, pourrait être à « double tranchant ».

En effet, « l'intérêt communautaire, ne saurait s'accommoder de ce que la compétence de la Cour, dans une affaire donnée, dépende seulement du droit national, ou que la Cour rende un arrêt que la juridiction nationale ne serait pas obligée d'appliquer » (158). Le critère d'un « renvoi direct et inconditionnel » retenu par la jurisprudence de la Cour, ne garantissait pas, selon l'Avocat général, la sécurité juridique (159).

En définitive, a déclaré l'Avocat général Jacobs, « nous restons convaincu donc que les objections à la compétence de la Cour pour interpréter les dispositions de la législation communautaire s'appliquant en vertu du droit national à des personnes ou à des situations ne relevant pas du champ d'application de cette législation ne peuvent être ignorées » (160).

A contrecœur, en quelque sorte, et bien qu'il les ait antérieurement considérés comme « arbitraires » (161) et comme engendrant « une grande incertitude » (162), l'Avocat général Jacobs estima que l'adoption, par la Cour, des critères retenus dans l'arrêt *Kleinwort Benson*, à savoir, un renvoi direct et inconditionnel au droit communautaire et l'obligation absolue et inconditionnelle pour le juge national de trancher le litige pendant devant lui conformément à l'arrêt de la Cour, pourrait atténuer, sans pour autant les résoudre, les difficultés résultant de sa jurisprudence (163).

Bien que la juridiction de renvoi ait demandé à la Cour de répondre à la question de sa compétence pour interpréter des dispositions d'une directive communautaire qui, par elles-mêmes, ne s'appliquaient pas

---

(155) *Ibid.* point 60.

(156) *Ibid.* point 61.

(157) *Ibid.* point 62.

(158) *Ibid.* point 63.

(159) *Ibid.* point 64.

(160) *Ibid.* point 65.

(161) Conclusions communes sous les arrêts C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4161 et C-130/95, *Giloy*, *Rec.* 1997 p. I-4291, points 72 & 73.

(162) *Ibid.* point 74.

(163) Conclusions dans aff. C-306/99, *BIAO*, pré.cit. point 68.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

aux faits de l'espèce au principal, la Cour s'est placée sur le terrain de la recevabilité des questions déferées.

Dans l'ordonnance de renvoi, la juridiction nationale exposa qu'en transposant la directive en cause, le législateur national manifestait l'intention d'appliquer les principes qu'elle énonçait à des entités non visées par celle-ci, telle que la requérante au principal.

Après avoir relevé que les questions déferées portaient « *sur la situation fiscale interne et apparaissent, à première vue, étrangères au droit communautaire* », la Cour a considéré qu'« *en réalité, les problèmes d'interprétation de celui-ci que la juridiction nationale cherche à résoudre ont trait essentiellement à l'approche comptable exigée par la quatrième directive* » (164). Relevant que postérieurement à la date des faits du litige au principal plusieurs directives du Conseil ont étendu le champ d'application de la directive en cause pour y inclure entre autres, des entités telles que la requérante au principal (165), la Cour a remarqué que bien que les dispositions nationales en cause n'aient pas repris textuellement les dispositions de ladite directive, l'objet, les principes et les dispositions de cette dernière pouvaient, selon le gouvernement de l'Etat concerné, être appliqués à l'égard des entités non visées par elle (166). La Cour a également souligné qu'aussi bien le gouvernement que la juridiction de renvoi admettaient que l'interprétation donnée par la Cour aurait un effet contraignant pour cette juridiction. Aussi a-t-elle estimé que l'affaire *BIAO* était différente de l'affaire *Kleinwort Benson* dans laquelle l'effet contraignant de l'interprétation fournie par la Cour n'était pas établi et où la législation nationale en cause admettait que l'on pouvait s'en écarter (167).

Pour ces raisons, la Cour a déclaré recevables les questions qui lui étaient déferées.

Curieusement, la solution dégagée par la jurisprudence consacrant la compétence de la Cour dans les cas où le droit communautaire n'est applicable aux faits de l'espèce ni *ratione materiae* ni *ratione personae* n'a pas été retenue dans l'hypothèse où le droit communautaire ne s'appliquait pas au litige au principal pour des raisons chronologiques.

Le 26 avril 2002, la Cour a rendu une ordonnance dans l'affaire *Duphar International Research* (168). Cette affaire présentait une

---

(164) Aff. C-306/99, *BIAO*, Rec. 2003 p. I-1, point 90.

(165) *Ibid.* points 71 et 91.

(166) *Ibid.* point 92.

(167) *Ibid.* point 93.

(168) Aff. C-454/00, *VIS Farmaceutici Istituto scientifico dell Venezia SpA c/ Duphar International Research*, 26 avril 2002 (non publiée).

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

circonstance inédite, à savoir l'interprétation d'une disposition communautaire inapplicable *ratione temporis* aux faits du litige au principal.

A l'origine de cette affaire était une disposition législative italienne de 1991 prévoyant que le certificat complémentaire de protection pour les médicaments produit, en ce qui concerne la mise sur le marché, des effets identiques à ceux du brevet auquel il se réfère.

A l'occasion d'un litige porté devant elle, la juridiction italienne a considéré que cette disposition devait être interprétée à la lumière d'une disposition analogue contenue dans un règlement du Conseil de 1992. Or, ce dernier ne s'appliquait qu'aux certificats délivrés après son entrée en vigueur et il était constant que le certificat en cause avait été octroyé avant cette date.

Saisie par la Cour d'appel de Milan d'une question d'interprétation dudit règlement, la Cour a rappelé sa jurisprudence selon laquelle elle avait compétence pour interpréter les dispositions communautaires rendues applicables à des situations extérieures à leur champ d'application par un renvoi opéré par le droit national (169). Or, en l'espèce, elle a constaté qu'aucun renvoi n'avait été fait par la réglementation italienne au règlement communautaire pour des cas se situant en dehors du champ d'application *ratione temporis* de ce dernier (170).

Soulignant que le droit communautaire ne saurait imposer à la juridiction nationale l'obligation de procéder à une interprétation des dispositions nationales en cause conforme au règlement communautaire, la Cour a considéré qu'une interprétation par elle donnée dans de telles circonstances ne serait pas contraignante pour la juridiction de renvoi. Cette dernière ne pourrait être liée par une telle interprétation, selon la Cour, qu'en vertu d'un renvoi opéré par le droit national (171).

Affirmant que l'on ne saurait admettre que ses arrêts préjudiciels soient dépourvus d'effets obligatoires (172), la Cour a déclaré la demande de décision préjudicielle irrecevable (173).

Cette décision appelle un certain nombre d'observations. En premier lieu, on peut constater qu'à la différence des autres affaires, la question soulevée dans l'affaire *Duphar* n'échappait pas au champ d'application matérielle du droit communautaire.

---

(169) Aff. C-454/00, pré.cit. point 21.

(170) *Ibid.* point 22.

(171) *Ibid.* point 23.

(172) *Ibid.* point 24.

(173) On peut constater que dans toutes les affaires antérieures la Cour avait abordé cette problématique en termes de compétence alors que dans l'affaire *Duphar* elle l'a, curieusement, discuté en termes de recevabilité. Elle en a fait de même dans l'arrêt du 7 janvier 2003 dans l'affaire C-306/99, *BIAO*.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

En second lieu, bien que les Avocats généraux aient considéré qu'un simple renvoi au droit communautaire ne garantissait pas l'effet contraignant de l'arrêt interprétatif rendu par la Cour, cette dernière semble admettre, au contraire, que tel est le cas et l'on remarquera, en passant, qu'elle n'exigeait pas, en l'espèce, un renvoi direct et inconditionnel comme elle l'avait fait dans l'affaire *Kleinwort Benson* (174) et que, dans l'arrêt *Fournier* (175), elle a expressément reconnu que son arrêt n'avait pas d'effet contraignant pour le juge de renvoi mais a, néanmoins, accueilli le renvoi.

En troisième lieu, on peut remarquer qu'alors que pour se déclarer compétente, la Cour se contente d'une situation dans laquelle aucun renvoi n'est opéré par le droit national, comme dans l'affaire *Thomasdünger* (176), et d'une situation dans laquelle des notions communautaires sont simplement reprises par le droit national, comme dans l'affaire *Adam* (177), elle exige dans l'affaire *Duphar* un renvoi aux dispositions communautaires par le droit national.

En somme, que la règle nationale ait été puisée dans le droit communautaire, empruntée à ce dernier, nationalisée, importée ou incorporée, qu'elle s'y réfère ou simplement en utilise les notions, que l'arrêt ait un caractère contraignant ou qu'il ne l'ait pas, la Cour se considère compétente.

Comment concilier cette jurisprudence avec l'ordonnance d'irrecevabilité rendue par la Cour dans l'affaire *Duphar* ?

Enfin, on peut également estimer que puisque le règlement communautaire, objet du renvoi préjudiciel dans l'affaire *Duphar*, n'était pas applicable *ratione temporis*, la Cour aurait dû logiquement répondre aux questions posées par la juridiction italienne pour les raisons, chères à la Cour, relatives à l'intérêt communautaire d'éviter des divergences d'interprétation futures d'autant que dans ces circonstances un tel intérêt est plus évident que dans le cas des dispositions communautaires étrangères au cas de l'espèce *ratione materiae* et/ou *ratione personae*.

La question de la compétence interprétative de la Cour à titre préjudiciel a été également soulevée dans le cas d'un renvoi à une disposition

---

(174) Aff. C-346/93, *Kleinwort Benson c/ City of Glasgow District Council*, Rec. 1995 p. I-615.

(175) Aff. C-73/89, *Alain Fournier et consorts c/ Vaïter van Werven e.a.*, Rec. 1992 p. I-5621.

(176) Aff. 166/84, *Thomasdünger c/ Oberfinanzdirektion Frankfurt am main*, Rec. 1985 p. 3301.

(177) Aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rec. 2001 p. I-7467.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

communautaire par des stipulations contractuelles et par une clause d'un accord de droit privé entre bureaux nationaux d'assurance.

Dans la première affaire, *Federconsorzi* (178), l'Avocat général Van Gerven a considéré que, compte tenu des motifs exposés par la Cour dans l'arrêt *Dzodzi*, il ne pouvait y avoir de doute quant à la compétence de la Cour pour statuer à titre préjudiciel sur une disposition communautaire au contenu de laquelle il est renvoyé, non pas par une disposition nationale, mais par une disposition contractuelle afin de constater les obligations réciproques des parties (179). L'Avocat général a souligné qu'en répondant à la question posée, la Cour ne pouvait tenir compte de l'économie générale du contrat ni des dispositions du droit interne et qu'il appartenait au juge national de décider si la disposition communautaire devait s'appliquer intégralement aux rapports contractuels entre les parties (180).

Dans son arrêt, la Cour s'est référée à l'arrêt *Dzodzi* et a déclaré que rien ne s'opposait à ce qu'elle statue sur l'interprétation des dispositions communautaires visées par le contrat entre les parties (181). A l'instar de l'Avocat général, elle a souligné les limites de sa compétence (182).

Dans la seconde affaire, *Fournier* (183), la Cour a interprété une disposition d'une directive communautaire à laquelle renvoyait un accord entre bureaux nationaux d'assurance, tout en reconnaissant que « *les termes utilisés par l'accord ne doivent... pas avoir nécessairement la même signification que ceux employés par la directive* » (184) et en soulignant que le juge national n'était pas lié par son arrêt.

L'Avocat général Jacobs a conclu en faveur de la compétence de la Cour en raison du fait que l'accord entre les bureaux nationaux d'assurance était un élément essentiel du système mis en place par la directive à laquelle renvoyait cet accord (185). Il n'a, cependant, pas expliqué comment sa position était conciliable avec l'arrêt *Demouche* (186) dans lequel la Cour s'était déclarée incompétente pour interpréter ce même accord au motif que ce dernier ne pouvait pas être considéré comme un acte pris par une institution communautaire, seul susceptible de faire

---

(178) Aff. C-88/91, *Federazione italiana dei consorzi agrari (Federconsorzi) c/ Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (AIMA)*, Rec. 1992 p. I-4035.

(179) Conclusions sous aff. C-88/91, *Federconsorzi*, *ibid.* point 9.

(180) *Ibid.* point 11.

(181) Aff. C-88/91, *Federconsorzi*, *pré.cit.*, Rec. 1992 p. I-4035, point 8.

(182) *Ibid.* point 10.

(183) Aff. C-73/89, *Alain Fournier et consorts c/ Vaiter van Werven e.a.*, Rec. 1992 p. I-5621

(184) *Ibid.* point 22.

(185) Conclusions sous aff. C-73/89, *Fournier*, *pré cit.* Rec. 1992 p. I-5621, point 19.

(186) Aff. 152/83, *Marcel Demouche et autres c/ Fonds de garantie automobile et Bureau central français*, Rec. 1987 p. 3833.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

l'objet d'un renvoi préjudiciel, et dans lequel elle a considéré que le fait que la conclusion de l'accord était prévue par la directive pour sa mise en vigueur ne changeait en rien la nature de cet accord en tant qu'acte émanant d'associations privées (187).

L'Avocat général a également souligné que la question de savoir si l'expression contenue dans la directive, telle qu'interprétée par la Cour, devait avoir le même sens dans l'accord en cause, relevait de la compétence exclusive du juge national (188).

L'arrêt de la Cour a fait l'objet d'une critique acérée de la part de l'Avocat général Tesauro. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Kleinwort Benson* (189), M. Tesauro a remarqué que la reconnaissance par la Cour de l'absence de tout effet contraignant de son arrêt « *ne peut que susciter de sérieuses interrogations* » (190). Il a notamment considéré qu'il était « *contraire à la logique même du mécanisme préjudiciel d'admettre que l'interprétation sollicitée et fournie de la Convention ou du droit communautaire n'est pas contraignante pour la juridiction de renvoi* » (191).

L'Avocat général Jacobs a tenté de justifier les arrêts de la Cour dans les affaires *Federconsorzi* (192) et *Fournier* (193), par le fait que dans les deux cas les conventions en cause étaient intervenues en vertu de dispositions communautaires, circonstance suffisante, selon lui, pour considérer que les dispositions contractuelles en question devaient s'appliquer dans un contexte communautaire (194). Cependant, il n'a toujours pas expliqué comment sa position était conciliable avec l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Demouche* (195) et n'a pas discuté le bien-fondé des raisons avancées par la Cour pour admettre, dans l'arrêt *Fournier* (196), le caractère non contraignant de son arrêt interprétatif alors que dans ses conclusions relatives aux affaires *Leur-Bloem* et *Giloy*, il avait, lui-même condamné une telle solution.

Par scepticisme ou par myopie, la Cour semble s'enticher d'une jurisprudence inepte dont les fondements sont aussi contestables que les

---

(187) *Ibid.* point 19. V. aussi la remarque de l'Avocat général Tesauro dans les conclusions sous aff. C-34/93, *Kleinwort Benson*, pré.cit. *Rec.* 1995 p. I-615, point 18.

(188) Conclusions sous aff. C-73/89, *Fournier*, pré.cit. *Rec.* 1992 p. I-5621, point 20.

(189) Aff. C-346/93, pré.cit. *Rec.* 1995 p. I-615.

(190) *Ibid.* point 24.

(191) *Ibid.*

(192) Aff. C-88/91, pré.cit.

(193) Aff. C-73/89, pré.cit.

(194) Conclusions communes sous aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4161 et aff. C-130/95, *Giloy*, pré.cit. *Rec.* 1997 p. I-4291, points 77 & 78.

(195) Aff. C-152/83, pré.cit. *Rec.* 1987 p. 3833, point 19.

(196) Aff. C-73/89, pré.cit.

## UNE ANOMALIE PRÉJUDICIELLE

effets (197). D'aucuns pourraient trouver singulier que dans une matière qui échappe au législateur communautaire, la Cour se découvre une compétence pour fixer l'interprétation d'une règle appartenant à un ordre juridique national (198).

Parmi les incongruités de cette irrémissible jurisprudence, celle concernant l'autorité de l'arrêt préjudiciel combine, ainsi que l'a lucidement remarqué Pierre Rodière, deux paradoxes: « *si l'interprétation de la Cour de justice doit s'imposer au nom du droit communautaire, cela ne peut pas être dans l'espèce pour laquelle elle a été fournie; si l'interprétation du droit communautaire par la Cour de justice s'impose dans l'espèce pour laquelle elle a été donnée, cela ne peut être qu'au nom du droit national* » (199).

Une opposition si systématique, si profonde et si persistante entre la Cour et ses Avocats généraux est inhabituelle dans les annales de la jurisprudence communautaire. En reconnaissant sa compétence, la Cour élargit sciemment le champ d'application du renvoi préjudiciel en méconnaissant la fonction de ce dernier et, plus fondamentalement, en dépassant les confins de ses propres attributions.

---

(197) Dans des circonstances qui n'appelaient pas une application de cette jurisprudence la Cour en a fait, toutefois, référence. V. par exemple, aff. C-53/96, *Hermès International c/ FHT Marketing Choice BV*, Rec. 1998 p. I-3603, point 32; aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, Rec. 1999 p. I-3055, point 40. V. également, aff. C-2/97, *Società Italiana petroli SpA (IP) c/ Borsana Srl*, Rec. 1998 p. I-8597, points 58-60.

(198) P. Rodière, Sur les effets directifs du droit (social) communautaire, RTDE 1991 p. 565, sp. p. 570.

(199) *Ibid.*

- 6 -

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

Dans l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (1), rendu en 1994, la Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée sur ce qui a été, depuis longtemps, considéré comme un des problèmes parmi les « plus épineux » que soulève le renvoi préjudiciel (2) et comme une question « embarrassante » (3). Quelques années plus tard, en 2002, la Cour en a tiré l'une des conséquences dans l'arrêt *National Farmers' Union* (4). Ces deux sciants arrêts témoignent d'une approche novatrice mais regrettable, en matière de recevabilité des questions préjudicielles et attestent une conception nouvelle mais contestable de l'agencement du recours en annulation et du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Le bouleversement provoqué par cette réorientation jurisprudentielle n'est pas sans incidence sur l'étendue de la protection juridictionnelle des justiciables.

Dans son arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (5), la Cour a introduit un nouveau principe d'« exclusivité procédurale » (6) en déclarant, en substance, que la validité d'un acte individuel communautaire, devenu définitif en raison de l'absence d'un recours en annulation formé par une personne habilitée « sans aucun doute » (7) à introduire un tel recours, ne saurait être contestée par cette personne par

---

(1) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec. 1994, p. I-833.

(2) J. Mertens de Wilmars, « La procédure suivant l'article 177 C.E.E. », SEW 1965, p. 437, spéc. p. 445.

(3) A. Pepy, « Les questions préjudicielles dans les traités de Paris et de Rome et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », CDE 1965, p. 194.

(4) Aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079.

(5) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec. 1994, p. I-833.

(6) D. Wyatt, « The relationship between actions for annulment and references on validity after *TWD Deggendorf* », in J. Lonbay & A. Biondi (eds), *Remedies for breach of EC law*, Chichester, 1997, p. 55. Voir également M. Jaeger, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? » in *Mélanges Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 233, spéc. p. 239 : « Le contrôle de la légalité communautaire à travers le recours en annulation semble donc être prioritaire par rapport à celui exercé à travers le renvoi préjudiciel en appréciation de validité ».

(7) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec. 1994, p. I-833, pré.cit. point 24.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

la voie de l'exception devant le juge national et que, partant, ce dernier était lié par une sorte de présomption irréfragable de la validité d'un tel acte (8).

Cette prise de position signifie que, dans de telles circonstances, le juge interne ne saurait déclarer recevable, ni *a fortiori* accueillir, un moyen tiré de l'illégalité de la mesure communautaire ni, par conséquence, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en appréciation de validité de cette mesure.

L'effet rétractif de cette jurisprudence n'a pas manqué d'être relevé : «(l) a recevabilité du renvoi préjudiciel en appréciation validité dépend donc de l'irrecevabilité du recours virtuel en annulation que le requérant aurait pu songer à exercer contre l'acte communautaire dont il conteste la légalité... La protection contre l'illégalité du droit communautaire, telle que mise en œuvre par le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, est ainsi entravée par des considérations tirées de l'agencement des voies de recours communautaires » (9).

Le problème n'est pas nouveau (10). En 1963, l'Avocat général Roemer a soulevé, sans la résoudre, la question de savoir dans quelle mesure les décisions adressées aux particuliers pouvaient, après l'expiration du délai de recours en annulation, faire l'objet d'un examen incident de validité dans le cadre de la procédure préjudicielle (11). Quelques années plus tard, le président A. Donner a souligné que l'appréciation de la légalité des actes nationaux ressortait, exclusivement, à la compé-

---

(8) Comme l'a remarqué M. Ross, la Cour semble considérer sans pertinence les raisons pour lesquelles l'entreprise concernée par la décision de la Commission ne l'avait pas attaquée en annulation. Voir sa note intitulée « Limits on using Article 177 EC », in *ELRev.* 1994, p. 640, spéc. p. 643.

(9) M. Jaeger, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? » in *Mélanges Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 233, spéc. p. 240.

(10) La problématique inverse, à savoir la possibilité pour les particuliers de contester devant le juge national la légalité des actes communautaires dont ils n'ont pas qualité pour demander l'annulation, a également été évoquée. Voir, par exemple, Parlement européen, « Rapport fait au nom de la Commission juridique sur les problèmes posés par l'application de l'article 177 du traité C.E.E », Rapporteur : M. Merchiers, Documents de séance 1969/1970, document 94 selon lequel, « On peut... affirmer à bon droit que l'article 177 a, notamment, pour objectif de remédier à une insatisfaisante limitation de la protection juridique offerte par l'article 173 puisqu'il en résulte indirectement mais clairement que le particulier plaçant devant le juge national peut mettre en cause la validité, c'est-à-dire la conformité au droit d'actes des institutions communautaires que l'article 173 ne lui donne aucun moyen direct d'attaquer ». Ibid., p. 7, point 12. Voir également A. Pepy, « L'article 177 du traité de Rome et les juridictions françaises », *RCDIP* 1963, p. 475, spéc. p. 483.

(11) Conclusions sous aff. jtes 73 et 74/63, *N.V. Internationale crediet-en Handesvereniging « Rotterdam » et De Coöperatieve suikerfabriek en raffinaderij G.A. « Puttershoek » c/ Ministre de l'agriculture et de la pêche à la Haye*, *Rec.* 1964, X-1, p. 1, spéc. p. 42. Mais l'Avocat général s'efforçait, essentiellement, de réfuter l'argument présenté par le gouvernement allemand selon lequel les décisions adressées aux Etats membres ne sauraient faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

tence du juge national à qui il appartenait, seul, de décider quels étaient les éléments pertinents pour une telle appréciation. «*S'il estime que la validité des actes communautaires, qui se trouvent à la base de l'activité administrative contestée, figure parmi ces éléments*», a poursuivi le président A. Donner, «*il n'appartient pas aux pouvoirs communautaires de s'opposer à une telle opinion et de déclarer irrecevable une demande préjudicielle en appréciation de validité*» (12).

De même, F. Dumon a estimé que ni l'actuel article 234 ni aucune autre disposition du traité ne permettait d'exclure de la procédure préjudicielle les contestations sur la validité des actes, devenus définitifs, pour une ou plusieurs parties au litige au principal, au motif qu'elle n'aurait pas introduit un recours en annulation dans les délais prescrits (13). L'auteur envisageait trois problèmes qui se poseraient dans le cas d'une interdiction de soulever, dans de telles circonstances, l'illegalité d'un acte communautaire devant le juge national. En premier lieu, un acte peut avoir été susceptible d'un recours en annulation par l'une des parties au principal et non par l'autre. «*Dans ce cas*», se demande-t-il, «*pourrait-on refuser qu'il soit encore statué sur sa validité, alors que cette dernière ne peut être considérée comme étant définitivement acquise pour toutes les parties au litige et que de la légalité de l'acte dont il s'agit peut dépendre la solution à donner à la contestation ?*» (14). En deuxième lieu, «*les délais de recours en annulation peuvent être expirés pour l'une des parties et non pour l'autre, si bien qu'à l'égard de la première l'acte... serait 'irrévocablement' valide, tandis que pour la seconde, il ne le serait pas*» (15). En troisième lieu, la question de savoir si une personne est directement et individuellement concernée par un acte communautaire est délicate. Elle devrait être tranchée par le juge national qui serait tenté de saisir la Cour de justice pour qu'elle statue sur la question de savoir si un recours en annulation était ou non ouvert à la partie concernée, question qui ne serait pas une question abstraite d'interprétation d'une disposition du traité (16).

Pour sa part, J. de Richemont a considéré que, puisqu'il n'appartenait pas à la Cour d'apprécier la pertinence des questions posées à titre préjudiciel ou les raisons ayant conduit le juge interne à la saisir, le

---

(12) A. Donner, «*Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux nationaux*», RCADI 1965 (II), p. 21, spéc. p. 33.

(13) F. Dumon, «*Questions préjudicielles*», in *Les Nouvelles, Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 341, spéc. p. 349, point 970.

(14) *Ibid.*, pp. 349-350, point 971.

(15) *Ibid.*, p. 350, point 971.

(16) *Ibid.*

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

problème ne pouvait surgir qu'au stade de la juridiction nationale (17). Remarquant qu'aucune distinction n'était opérée par le traité concernant les parties au litige ou le moment pour procéder à un renvoi préjudiciel, l'auteur a considéré qu'une interprétation restrictive de l'actuel article 234 à cet égard irait à l'encontre de la protection juridictionnelle des ressortissants communautaires (18).

Sans envisager expressément cette hypothèse, R.-M. Chevallier et D. Maidani soulignent que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité tend à aboutir à ce que « *l'illégalité d'un acte communautaire ne saurait, au détriment d'un particulier, être couverte par le simple écoulement des délais du recours en annulation* » (19). En rappelant que « *l'action préjudicielle n'est, en effet, soumise à aucun délai et à aucune restriction visant les actes susceptibles d'être mis en cause ou les particuliers intéressés* » (20), ces auteurs semblent admettre que même les personnes ayant disposé d'un intérêt pour agir en annulation, mais qui n'ont pas attaqué l'acte communautaire en cause, peuvent en contester la validité devant le juge national. En effet, les auteurs du *Guide Pratique* estiment que par le renvoi préjudiciel en appréciation de validité « *il ne s'agit pas... de sanctionner l'exercice du pouvoir de décision des institutions, mais de renseigner le juge national sur l'état du droit permettant à l'organe régulateur qu'est la Cour de justice de maintenir, sans limitation dans le temps -c'est-à-dire au delà des délais d'annulation -, la cohérence de l'ordre juridique communautaire dans le respect de l'esprit et de l'économie du traité* » (21).

La difficulté provient-elle, peut-être, de la dualité fonctionnelle du renvoi préjudiciel en appréciation de validité et de la tension entre ses deux traits essentiels (22). Celui-ci constitue, en effet, à la fois « *un contentieux accessoire de légalité* » devant le juge national et « *un contentieux complémentaire de légalité* » devant la juridiction communautaire (23).

---

(17) J. de Richemont, *L'intégration du droit communautaire dans l'ordre juridique interne*, Paris, Librairie du journal des notaires et des Avocats, 1975, spéc. p. 38.

(18) *Ibid.*, p. 39.

(19) R.-M. Chevallier & D. Maidani, *Guide Pratique Article 177 CEE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, p. 34.

(20) *Ibid.*, p. 33, note 2.

(21) *Ibid.*, p. 33.

(22) V. notamment, G. Bebr, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », CDE 1975, p. 380; J. Boulouis, « Renvoi en appréciation de validité », *Répertoire communautaire Dalloz*.

(23) J.-F. Couzinet, « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », RTDE 1976, p. 648.

DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

Bien que dans son arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* la Cour ait manifestement ignoré l'étendue du débat engagé par la doctrine et l'ampleur des arguments mis en avant par les auteurs, elle a, néanmoins, pris la prudente précaution de circonscrire la solution retenue « *dans des circonstances de fait et de droit telles que celles de l'espèce au principal* » (24). Cependant, au vu de la motivation de l'arrêt, cette précaution est en réalité un trompe-l'œil, la solution retenue devrait logiquement revêtir une portée générale (25).

Les arrêts postérieurs, au moins ceux dans lesquels la Cour a explicitement abordé cette question, ont apporté quelques précisions, essentiellement sémantiques, à ce sujet.

Ainsi, dans l'arrêt *Accrington Beef* (26), la Cour a expliqué que la solution dégagée dans l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* ne s'appliquait que lorsque la partie excipant de l'illégalité de l'acte individuel communautaire en cause, était « *indiscutablement* » en droit de former un recours en annulation contre ce dernier devant la juridiction communautaire (27). Dans l'arrêt *Wiljo* (28) elle a souligné qu'il devrait s'agir d'une personne ayant « *sans aucun doute* » (29) et « *indubitablement* » (30) le droit de demander, sur le fondement de l'article 230 du traité, l'annulation de l'acte (31).

---

(24) Aff C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec. 1994, p. I-833, point 25.

(25) En matière de décisions de la Commission enjoignant à l'Etat de procéder à la récupération d'une aide considérée incompatible avec le marché commun, l'entrepreneur bénéficiaire peut introduire un recours en annulation devant la juridiction communautaire contre cette décision (qui, depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 88 du traité CE, JOCE du 27 mars 1999 n° L 83 p. 1, lui est communiquée) et en demander le sursis à exécution même avant l'adoption par les autorités étatiques des mesures d'application de cette décision et avant le déclenchement d'une procédure judiciaire nationale. Voir aff. T-198/01R, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH c/ Commission*, Ordonnance du 4 avril 2002, Rec. 2002, p. II-2153. Cette Ordonnance a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour, aff. C-232/02 P (R), Rec. 2002, p. I-8977.

(26) Aff. C-241/95, *The Queen c/ Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte: Accrington Beef Co. Ltd e.a.*, Rec. 1996, p. I-6699.

(27) *Ibid.*, point 16. L'Avocat général Léger a considéré qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un véritable règlement et « *qu'une action des requérantes au principal fondée sur l'article 173 du traité aurait été déclarée irrecevable* ». *Ibid.*, p. I-6707, point 25. Voir également aff. C-408/95, *Eurotunnel SA c/ SeaFrance*, Rec. 1997, p. I-6315, point 28.

(28) Aff. C-178/95, *Wiljo NV c/ Belgische Staat*, Rec. 1997, p. I-585.

(29) *Ibid.*, point 21. Voir également aff. C-239/99, *Nachi Europe c/ Hauptzollamt Krefeld*, Rec. 2001, p. I-1197, points 37, 38 et 40.

(30) Aff. C-178/95, *Wiljo NV c/ Belgische Staat*, Rec. 1997, p. I-585, *pré.cit.* point 23.

(31) La Cour n'a pas discuté l'argument de Wiljo selon lequel à la date du prononcé de l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* le délai de recours contre la décision de la Commission en cause avait expiré. L'Avocat général Jacobs a souligné qu'en l'espèce il s'agissait d'une décision individuelle adressée à Wiljo et a remarqué que « la Cour n'a pas estimé approprié de limiter d'une manière quelconque les effets dans le temps de sa décision dans l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf* ». *Ibid.*, pp. I-594/595, point 19. Dans les affaires jointes C-261/01, *Etat*

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

Cette solution est valable, naturellement, dans le cas du destinataire de l'acte communautaire contesté mais aussi dans celui de toute autre personne physique ou morale directement et individuellement concernée par ce dernier. Elle est fondée, selon la Cour, sur des considérations tirées de la sécurité juridique. La sauvegarde de la sécurité juridique, assurée par le respect des délais impératifs de recours exige, selon la Cour, que les « *actes communautaires entraînant des effets de droit* » ne soient pas remis en cause indéfiniment (32). Pour la Cour, « *admettre que, dans de telles circonstances, l'intéressé puisse s'opposer, devant la juridiction nationale, à l'exécution de la décision en se fondant sur l'illégalité de celle-ci reviendrait à lui reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif que revêt à son égard la décision après l'expiration des délais de recours* » (33). Plus récemment, la Cour a souligné que l'expiration de délais de recours ou l'épuisement des voies de recours conférerait un caractère définitif à une décision, caractère qui contribue au maintien de la sécurité juridique reconnue comme un des principes généraux du droit communautaire (34).

Cette même considération avait été retenue, dès 1965, par Me E. Arendt pour qui : « *(1) la sécurité juridique exige impérieusement que la validité d'un acte individuel ne puisse plus être mise en cause par voie d'exception lorsque le délai pour exercer un recours en annulation est expiré* » (35). Mais il n'a pas été expliqué pour quelle raison les mêmes exigences de sécurité juridique ne devraient pas être appréhendées de la même façon lorsqu'on se trouve en présence d'actes normatifs de portée générale.

Dans le cas d'un règlement et d'une directive, actes insusceptibles, en principe, de faire l'objet d'un recours en annulation par des personnes privées, la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* ne s'appliquerait que s'il était « *manifeste* » qu'un recours par la personne concernée

---

*belge c/ Eugene van Calster et Felix Cleeren & C-262/01, Etat belge c/ Openbaar Slachthuis NV, Rec. 2003, p. I-12249, l'Avocat général Jacobs a considéré que puisqu'il n'était pas « totalement certain » que les requérantes au principal aient eu un intérêt pour agir contre une décision de la Commission adressée au gouvernement belge, elles pouvaient en contester la légalité devant le juge national qui pouvait, dès lors, saisir la Cour de justice à titre préjudiciel (Conclusions du 10 avril 2003, points 50-59). La Cour n'a pas eu à se prononcer sur cette question.*

(32) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, pré.cit. point 16; aff. C-178/95, *Wiljo* pré.cit. point 19; aff. C-239/99, *Nachi Europe*, pré.cit. point 29.

(33) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, pré.cit. point 18. Voir également aff. C-310/97 P, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e. a.*, Rec. 1999, p. I-5363, points 60 & 61.

(34) Aff. C-453/00, *Kühne & Heitz NV c/ Productschap voor Pluimvee en Eirene*, Rec. 2004, p. I-837, point 24.

(35) E. Arendt, « La procédure selon l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne », SEW 1965, p. 385, spéc. p. 409.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

à l'encontre d'un tel acte aurait été recevable (36). A cet égard, la Cour a expliqué dans son arrêt *Nachi Europe* (37) qu'un règlement communautaire pouvait devenir définitif « pour un particulier à l'égard duquel il doit être regardé comme une décision individuelle et qui aurait pu sans aucun doute en demander l'annulation en vertu de l'article 230 du traité, ce qui empêche ce particulier d'exciper devant la juridiction nationale de l'illégalité de ce règlement » (38). En d'autres termes, en considérant s'il pouvait saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en appréciation de validité, le juge national devrait spéculer sur la véritable nature de l'acte communautaire dont la légalité est mise en cause à titre incident et se prononcer sur l'éventuel intérêt pour agir de la personne ayant soulevé l'exception. Sur la base du raisonnement articulé autour de l'exigence d'assurer la sécurité juridique, la forclusion devrait logiquement être toujours opposée à un Etat membre, requérant privilégié habilité, en tant que tel, à attaquer en annulation devant la juridiction communautaire tout acte réglementaire et individuel, quel qu'en soit le destinataire (39). En effet, si la motivation tenant à la sécurité juridique pouvait être valablement retenue, l'écoulement du délai de recours devrait entraîner la forclusion de toute personne ayant omis d'introduire un recours en annulation, quelles que soient la qualité du requérant et la nature de l'acte. Or, il apparaîtrait que malgré leur généralité, les considérations tenant à la sécurité juridique ne justifient, aux yeux de la Cour, que la forclusion pour contester la validité de décisions individuelles, quel que soit le requérant, nonobstant le fait que, dans le cas des requérants privilégiés, la nature de l'acte n'a pas d'incidence sur l'intérêt pour agir.

A cet égard la Cour a déclaré, dans l'arrêt *National Farmers' Union* (40) que « (l)es mêmes considérations de sécurité juridique

---

(36) Aff. C-241/95, *Accrington Beef*, pré.cit. point 15; aff. C-408/95, *Eurotunnel*, pré.cit. point 29.

(37) Aff. C-239/99, pré.cit.

(38) Ibid., point 37.

(39) Voir conclusions de l'Avocat général Mischo dans l'affaire C-241/01, *National Farmers' Union*, Rec. 2002, p. I-9079, points 56-66. Au vu de l'arrêt *National Farmers' Union*, Dominique Ritleng s'est demandé : « Doit-on aller plus loin et conclure que la forclusion du renvoi préjudiciel en appréciation de validité est opposable de manière générale aux Etats membres, dans la mesure où leur statut de requérant privilégié leur confère, en toute hypothèse qualité pour agir en annulation contre un acte communautaire, qu'ils en soient ou non le destinataire... ». Voir son étude intitulée : « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac-50 ans du droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p. 735, spéc. p. 742, note 43.

(40) Aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

*justifient qu'un Etat membre, partie à un litige devant une juridiction nationale, ne soit pas autorisé, devant cette juridiction, à exciper de l'illégalité d'une décision communautaire dont il est destinataire à l'encontre de laquelle il n'a pas exercé le recours en annulation dans le délai prévu à cet effet par l'article 230, cinquième alinéa, CE» (41). Elle a rappelé sa jurisprudence selon laquelle «une décision adoptée par les institutions communautaires qui n'a pas été attaquée par son destinataire dans le délai prévu à l'article 230, cinquième alinéa, CE devient définitive à son égard» et a réitéré que cette jurisprudence était «fondée notamment sur la considération selon laquelle les délais de recours visent à sauvegarder la sécurité juridique en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit» (42).*

On pourrait penser que si ce sont des considérations de sécurité juridique qui privent les personnes ayant omis de former, dans les délais prescrits, un recours en annulation contre la mesure communautaire de la possibilité de contester, postérieurement par la voie de l'exception, la validité d'une telle mesure, aucune différence ne saurait exister, à cet égard, entre décisions individuelles et mesures normatives de portée générale lorsque c'est un Etat membre qui invoque, devant le juge national, l'invalidité d'un acte communautaire devenu définitif. Pour la recevabilité d'un recours en annulation devant la juridiction communautaire, l'identité du destinataire et la nature de l'acte n'ont, pour les requérants privilégiés, aucune signification.

Dans les conclusions présentées dans l'affaire *National Farmers' Union* (43) dans laquelle était en cause une décision identique à celles individuellement adressées à chacun des Etats membres, l'Avocat général Mischo a, effectivement, compris ainsi la portée de la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*. Il y a, notamment, considéré que la solution consacrée par cette dernière s'appliquait également aux Etats membres. Il serait difficilement concevable, a déclaré l'Avocat général, ne fût-ce qu'au regard de l'égalité des armes, que ce qui, devant le juge national, ne peut être utilisé comme moyen de défense par un particulier puisse l'être par l'Etat. En outre l'Avocat général Mischo a considéré que la survenance ou la découverte de faits nouveaux ne saurait avoir une incidence quelconque puisque «la validité d'un acte

---

(41) Ibid., point 36.

(42) Ibid., point 34.

(43) Conclusions dans aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du Gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

*s'apprécie à la date à laquelle il a été adopté*»(44), considération également retenue par la Cour (45).

Or, la sécurité juridique n'est retenue par la Cour que pour expliquer la déchéance du droit de mettre en cause, à titre incident, la validité des décisions communautaires individuelles, qu'il s'agisse des requérants privilégiés ou des requérants non-privilégiés. Des considérations tirées de la sécurité juridique ne semblent trouver application, sans qu'une explication ne soit donnée, dans le cas des mesures communautaires normatives de portée générale. Pourtant, même si dans ses conclusions sous l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf*, l'Avocat général Jacobs n'a pas tiré toutes les conséquences logiques découlant de la maxime *vigilantibus non dormientibus subveniunt jura* qu'il avait lui-même évoquée(46), l'Avocat général Mischo a, en revanche, justement remarqué que cette maxime avait «*manifestement vocation à s'appliquer à tous les sujets de l'ordre juridique communautaire*»(47). M. Mischo a clairement soutenu que «*(l)es exigences du principe de sécurité juridique et celles découlant de l'organisation cohérente du système communautaire des voies de recours ne sauraient différer selon que c'est un particulier ou un Etat membre qui, alors qu'il disposait de la possibilité d'introduire un recours en annulation au titre de l'article 173 du traité, a négligé de le faire*»(48). En d'autres termes, quels que soient leur qualité et leur statut, les dormants, les somnolents et, peut être aussi, les somnambules devraient être soumis au même régime et traités d'une façon identique.

Dans l'affaire *National Farmers' Union* (49) la Cour occulte, et ne prend pas en considération, le caractère normatif de la décision dont la validité a été soumise à son appréciation, pourtant souligné par la première question présentée par le Conseil d'Etat et mis en avant, dans ses observations, par le gouvernement français. Elle ne se prononce que par rapport à une décision individuelle adressée à un Etat membre et, s'attachant à un critère formel qu'elle avait toujours récusé en matière de qualification des actes juridiques, néglige sciemment, la

---

(44) Ibid., point 46.

(45) Aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du Gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079, point 37.

(46) Conclusions sous aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec. 1994, p. I-833, point 19.

(47) Conclusions sous aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079, point 41.

(48) Ibid., point 39.

(49) Aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

véritable nature de la décision en cause<sup>(50)</sup>. Mais, en outre, puisque c'est l'intérêt du requérant, et non pas la nature de l'acte, qui est le critère retenu dans l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* <sup>(51)</sup> et que la solution adoptée par l'arrêt *National Farmers' Union* en constitue le prolongement, on peut s'interroger sur la pertinence de la prise en considération de la nature de l'acte et se demander, par suite, quelle incidence aurait cette solution sur la possibilité pour un Etat membre d'exciper de l'illégalité d'une directive ou d'un règlement à l'occasion d'un contentieux se déroulant devant les juridictions internes ainsi que dans celui porté devant la juridiction communautaire elle-même dans le cadre d'un recours en annulation ou en manquement <sup>(52)</sup>.

A cet égard, au vu de l'arrêt *National Farmers' Union*, certains auteurs ont pu estimer que « *(L)es Etats peuvent toutefois espérer que la Cour a pris volontairement le parti de ne pas qualifier de normatives les décisions de la Commission afin de ne pas figer sa position sur les exceptions d'illégalité concernant de tels actes. On peut, en effet, considérer que, dans cette affaire, les décisions de la Commission, adressées individuellement à chaque Etat membre, pouvaient être analysées comme l'addition de décisions individuelles, ce qui*

---

(50) Il n'est pas sans intérêt de rappeler que dans l'arrêt C-298/89, *Government of Gibraltar c/ Conseil*, la Cour a qualifié la directive, adressée à tous les Etats membres, d'acte de « portée générale » et a refusé de reconnaître le caractère décisoire d'une disposition de cette directive à l'égard du gouvernement de Gibraltar, pourtant expressément visée par cette disposition, *Rec. 1993*, p. I-3605, points 19 & 23.

(51) Dans ses conclusions sous l'arrêt *National Farmers' Union*, l'Avocat général Mischo a déclaré : « *En effet, si, dès l'arrêt TWD Textilwerke Deggendorf... il apparaissait que l'élément à prendre en compte pour déterminer si une possibilité de contestation de la validité d'un acte communautaire devant le juge national devait être reconnue résidait non pas dans la nature de l'acte mais dans l'existence ou l'absence d'une possibilité pour l'intéressé de contester la validité dudit acte par la voie du recours en annulation, la jurisprudence postérieure non seulement a consacré cet accès au prétoire par la porte du recours en annulation en tant que critère unique, mais en a tiré les conséquences les plus rigoureuses* », point 58. « *C'est bien l'impossibilité d'user du recours en annulation contre l'acte communautaire, et elle seule,* » a-t-il conclu, « *qui conditionne l'ouverture du droit de contester la validité dudit acte devant une juridiction nationale, la forme et la nature de l'acte étant indifférentes* ». *Ibid.*, point 65.

(52) La Cour a considéré qu'un Etat membre ne saurait exciper, en tant que moyen de défense dans le cadre d'un recours en manquement, l'illégalité d'une directive qui lui a été adressée. Voir aff. C-74/91, *Commission c/ Allemagne*, *Rec. 1992*, p. I-5437, spéc. point 10. En revanche, elle a admis, sans discussion, la recevabilité d'une exception d'illégalité dirigée contre un règlement, Voir, aff. 116/82, *Commission c/ Allemagne*, *Rec. 1986*, p. 2519; aff. C-258/89, *Commission c/ Espagne*, *Rec. 1991*, p. I-3977 et l'analyse de l'Avocat général Darmon. Dans le cadre du recours en annulation formé par la Commission contre une décision de la BCE, la Cour a reconnu le droit de la partie défenderesse d'exciper de l'illégalité d'un règlement. Voir, aff. C-11/00, *Commission c/ Banque centrale européenne*, *Rec. 2003*, p. I-7147, points 72-78 et les conclusions de l'Avocat général Jacobs, points 190-194. La question de savoir si, à l'appui d'un recours en annulation contre une décision, un Etat membre peut soulever l'exception d'illégalité à l'encontre d'un règlement est actuellement pendante devant la Cour dans l'affaire C-46/03, *Royaume Uni c/ Conseil*, JOCE du 22 mars 2003 n° C 70, p. 17 (arrêt rendu le 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Rec. 2005*, p. I-10167; cette question n'a pas été tranchée par la Cour).

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

*justifierait alors pleinement l'application de la jurisprudence TWD* » (53).

Une telle approche constitue un leurre artificiellement et vainement dissimulé.

Si la portée de la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* et *National Farmers' Union*, devait être confinée aux cas de décisions individuelles, elle ne saurait être justifiée par des considérations tenant à la sécurité juridique. De telles considérations sont logiquement pertinentes dans le cas de mesures normatives de portée générale. Au demeurant, cette jurisprudence est contestable, notamment en raison du dépouillement d'une compétence appartenant au juge national qu'elle entraîne et de l'altération du mécanisme de renvoi préjudiciel qu'elle provoque. Elle est également, même si la Cour n'en convient pas, foncièrement contraire à la jurisprudence précédente.

Pourtant, on aurait pu espérer que les lucides et persuasives conclusions rendues par l'Avocat général Slynn dix ans avant le prononcé de l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf*, avaient définitivement et sans appel réglé ce problème.

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Universität Hamburg* (54), l'Avocat général Slynn a remarqué que « *(l'article 177 n'exclut pas explicitement les renvois concernant la validité lorsqu'une action en annulation est ouverte* » et a considéré qu' « *il n'existe pas de raison valable permettant de conclure à l'existence d'une telle exclusion* » (55). L'Avocat général a étayé ainsi sa position : puisque les mesures nationales prises en exécution des actes communautaires peuvent intervenir après l'écoulement du délai de recours en annulation devant la juridiction communautaire, « *le besoin de la sécurité juridique serait poussé trop loin si on excluait d'une manière tout à fait générale que la validité de tels actes puisse être contestée devant les juridictions nationales au motif que la mesure communautaire était elle-même invalide et si on excluait ainsi également un renvoi au titre de l'article 177 dès lors que le délai du recours en annulation est expiré* » (56). Et l'Avocat général Slynn de conclure : « *(i)l ne nous semble pas que... une partie qui aurait pu former un recours en annulation au titre de l'article 173 et ne l'a pas fait, est empêchée de contester la validité*

---

(53) J.-M. Belorgey, S. Gervasoni & Ch. Lambert, « Actualité du droit communautaire », AJDA 2003, p. 377, spéc. p. 378.

(54) Aff. 216/82, *Universität Hamburg c/Hauptzollamt Hamburg-Kehrieder*, Rec. 1983, p. 2771.

(55) Ibid., p. 2796.

(56) Ibid.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

*d'un acte parce que le délai imparti pour demander l'annulation est expiré. Si, comme nous le pensons, une telle action peut être engagée devant la juridiction nationale, il nous semble qu'une question sur la validité peut être déférée à la Cour au titre de l'article 177. Le résultat contraire ignorerait, à notre avis, la structure fondamentale des dispositions du traité» (57).*

Une thèse opposée a été défendue par l'Avocat général Jacobs. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf*, l'Avocat général a admis que « *(l)le principe de base doit être que les articles 173 et 177 prévoient des voies de recours autonomes, chacune d'entre elles étant soumises à ses propres conditions de recevabilité» (58). Toutefois, afin de ne pas rendre superflu le délai prévu pour l'introduction d'un recours en annulation et puisqu'il n'existe aucune raison valable « de faire preuve de générosité à l'égard des personnes qui n'utilisent pas dans le délai imparti la voie du recours dont elles disposent » (59), M. Jacobs a formulé une exception à ce principe. Pour des considérations tenant, notamment, à la sécurité juridique et à la cohésion du système communautaire des voies de recours, il a soutenu que « *c'est seulement dans des situations dans lesquelles le droit d'agir au titre de l'article 173 est manifestement indubitable que la possibilité de former un recours direct en vertu de cette disposition devrait empêcher une personne physique ou morale de contester indirectement une décision adressée à une autre personne » (60).**

La solution consacrée par la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* n'est pas seulement incongrue, elle va également à l'encontre des arrêts préjudiciels tels que *Binder* (61), *Behn Verpackungsbedarf* (62) et surtout *Foto-Frost* (63), dans lesquels la recevabilité du renvoi a été admise par la Cour, sans discussion, alors qu'il était incontestable que les requérantes au principal auraient pu saisir la juridiction communautaire d'un recours en annulation contre la décision de la Commission,

---

(57) Ibid., p. 2797.

(58) Conclusions sous aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, préc. cit., *Rec.* 1994, p. I-833, spéc. p. I-839, point 13.

(59) Ibid., p. I-844, points 17 & 19.

(60) Ibid., p. I-844, point 26. En outre, l'Avocat général Jacobs estime que le recours en annulation est préférable au renvoi préjudiciel en appréciation de validité pour contrôler la légalité des actes communautaires. Conclusions sous aff. C-188/92 *TWD Textilwerke Deggendorf*, *Rec.* 1994, p. I-833, spéc. p. I-842, point 20; Conclusions sous aff. C-178/95, *Wiljo*, préc. cit., *Rec.* 1997, p. I-585, spéc. p. I-594, point 20.

(61) Aff. 161/88, *Binder c/ Hauptzollamt Bad Reichenhall*, *Rec.* 1989, p. 2415.

(62) Aff. C-80/89, *Behn Verpackungsbedarf c/ Hauptzollamt Itzehoe*, *Rec.* 1990, p. I-2659.

(63) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.* 1987, p. 4199.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

dont elles contestaient la validité, par la voie de l'exception, devant le juge national.

D'ailleurs, la Cour n'avait-elle pas déclaré que « *la validité d'un acte communautaire peut... être mise en cause, nonobstant l'expiration du délai fixé à l'article 173, alinéa 3, par le biais de la procédure à titre préjudiciel* », cette dernière étant « *prévvue pour tous les actes des institutions..., obéit à des finalités et à des règles différentes de celles qui président aux recours visés à l'article 173 du traité* » et « *répondant uniquement aux besoins des juridictions nationales* » (64) ?

Après avoir éludé la question dans l'affaire *de Bloos* (65), la Cour a, par la suite, expressément reconnu la régularité de sa saisine dans des circonstances analogues à celles de l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf*. En effet, dans l'arrêt *Universität Hamburg* (66), tout en réservant sa position sur « *le problème plus vaste des rapports généraux entre les articles 173 et 177 du traité* » (67), la Cour a déclaré que « *(c)onformément à un principe général de droit... le demandeur doit avoir la possibilité, dans le cadre d'un recours formé selon le droit national contre le rejet de sa demande, d'exciper de l'illégalité de la décision de la Commission qui sert de fondement à la décision nationale prise à son encontre* » (68). Dans son arrêt la Cour a tenu à remarquer que la décision de la Commission avait été adressée à tous les Etats membres (69). Cette circonstance, également présente dans l'affaire *National Farmers' Union*, bien qu'en réalité inopérante, a pourtant fait trébucher l'Avocat général Jacobs. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf*, l'Avocat général a soutenu que le fait que la décision dans l'affaire *Universität Hamburg* ait été adressée à l'ensemble des Etats membres permettait de différencier cette dernière de l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf*, dans laquelle était en cause une décision individuelle de la Commission adressée à un seul Etat membre, et d'appliquer à celle-ci une solution différente de celle appliquée à celle-là (70).

---

(64) Aff. 156/77, *Commission c/ Belgique*, Rec. 1978, p. 1881, point 24.

(65) Aff. 59/77, *Ets. A. de Bloos c/ Bouyer*, Rec. 1977, p. 2359.

(66) Aff. 216/82, *Universität Hamburg c/ Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, Rec. 1983, p. 2771.

(67) Ibid., point 11.

(68) Ibid., point 10.

(69) Ibid., point 7.

(70) Conclusions sous aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Rec. 1994, p. I-833, spéc. pp. I-838/839, points 12 & 15. Voir également les conclusions de l'Avocat général Jacobs sous aff. C-50/00 P, *Union des Pequeños Agricultores*, Rec. 2002, p. I-6677, point 65.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

Cette différence putative est insignifiante et dépourvue de toute pertinence puisque dans l'arrêt *Control Data Belgium* (71), la Cour avait reconnu l'intérêt direct et individuel de la requérante et a déclaré recevable le recours en annulation introduit par cette dernière dirigé contre une décision de la Commission adressée à tous les Etats membres. Il s'ensuit que la requérante au principal dans l'affaire *Universität Hamburg* avait le droit, à l'instar de celle dans l'affaire *Control Data Belgium*, de former un recours en annulation devant la juridiction communautaire contre la décision de la Commission également adressée à l'ensemble des Etats membres. Cependant, l'omission de le faire n'avait ni privé la requérante au principal dans l'affaire *Universität Hamburg* du droit d'en contester la validité devant le juge interne, ni interdit à ce dernier, de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel.

Pour quelle raison la requérante au principal dans l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf* devait-elle être soumise à un traitement différent de celui réservé à la requérante au principal dans l'affaire *Universität Hamburg*? Pour quelle raison le juge de renvoi dans celle-là devait-il être lié par une présomption irréfragable de validité de la décision de la Commission alors que le juge de renvoi dans celle-ci ne l'aurait pas été?

Par ailleurs, dans un autre contexte, la Cour a clairement déclaré que «(1) *la protection juridictionnelle dont bénéficie un particulier sous l'égide de l'article 173, quatrième alinéa, du traité ne peut pas dépendre de ce que la décision litigieuse est adressée à un seul Etat membre ou à plusieurs, mais doit être établie sur la base de la spécificité de la situation de ce dernier par rapport à toute autre personne concernée*» (72).

Aussi, la distinction finaude que la Cour estime en mesure d'établir entre les affaires *TWD Textilwerke Deggendorf* et *Universität Hamburg* est-elle une inconséquence. Dans la première, la Cour souligne qu'«*il est constant que la requérante au principal a eu pleine connaissance de la décision de la Commission et qu'elle aurait pu sans aucun doute l'attaquer en vertu de l'article 173 du traité*» (73). Or, la lecture de l'arrêt de la Cour et des conclusions de l'Avocat général révèle que la décision de la Commission du 5 octobre 1978, en cause dans l'affaire *Universität Hamburg*, a été publiée au *Journal Officiel des Communautés Européennes* du 19 octobre 1978 (74). A partir de cette date

---

(71) Aff. 294/81, *Control Data Belgium c/ Commission*, Rec. 1983, p. 911.

(72) Aff. C-390/95 P, *Antillean Rice Mills c/ Commission*, Rec. 1999, p. I-769, point 28.

(73) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, pré.cit. point 24.

(74) Décision 78/851/CEE, JOCE du 19 octobre 1978 n° L 293 p. 30. La décision de la Commission 86/509/CEE du 21 mai 1986, adressée au gouvernement allemand, en cause dans l'affaire

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

la requérante au principal était réputée, conformément à une jurisprudence constante (75), avoir pris connaissance de cette décision et aurait pu, incontestablement, sur le fondement de la jurisprudence *Control Data Belgium*, former contre elle un recours en annulation.

La solution consacrée par la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* et *National Farmers' Union* est également inconciliable avec celle retenue par l'arrêt dit «*Beurre de Berlin*» (76). Dans ce dernier, la Cour a clairement déclaré : «*il importe de souligner qu'aucune disposition de droit communautaire ne s'oppose à ce qu'un recours soit porté devant une juridiction nationale contre un acte d'exécution d'une décision d'une institution communautaire lorsque les conditions énoncées par le droit national sont réunies. A l'occasion de pareil recours, dès lors que la solution du litige dépend de la validité de cette décision, le juge national peut interroger la Cour par la voie préjudicielle, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le demandeur au litige principal a ou non la possibilité d'attaquer directement la décision devant la Cour*» (77). Le même raisonnement s'étend, naturellement, au cas du défendeur au principal.

La Cour feint d'ignorer la portée générale de cette position et prétend, dans l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf*, qu'aucun enseignement ne peut être tiré des affaires donnant lieu à l'arrêt *Beurre de Berlin* puisque, dans ces dernières, les requérantes au principal avaient effectivement introduit un recours en annulation contre la décision de la Commission (78). Et la Cour d'expliquer qu'elle ne s'était pas prononcée, et qu'elle n'avait pas à se prononcer, dans ledit arrêt,

---

*TWD Textilwerke Deggendorf*, a été, elle aussi, publiée au *Journal Officiel des Communautés européennes*, JOCE du 24 octobre 1986 n° L 300, p. 34, mais la Cour a préféré retenir le fait que la connaissance qu'a eue la requérante au principal de cette décision provenait de la communication d'une copie de celle-ci par les autorités allemandes.

(75) Aff. C-122/95, *Allemagne c/ Commission*, Rec. 1998, p. I-973, point 35; aff. T-123/97, *Salomon c/ Commission*, Rec. 1999, p. II-2925, point 42; aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, Rec. 2000 p. II-3871, point 61. Voir aussi aff. T-4/02, *Arca Delio eredi e.a. c/ Commission*, Ordonnance du 29 mai 2002, points 11 & 12 (non publiée), et aff. T-21/02, *Atzeni e.a. c/ Commission*, Ordonnance du 29 mai 2002, points 16 & 17 (non publiée).

(76) Aff. jtes 133/85, 134/85, 135/85 & 136/85, *Walter Rau Lebensmittelwerke e. a.*, Rec. 1987, p. 2289.

(77) *Ibid.*, point 11.

(78) Aff. 97/85, *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH et autres c/ Commission*, Rec. 1987, p. 2265. La Cour a déclaré le recours irrecevable. Quant à l'argument des requérantes relatif à leur droit de bénéficier d'une protection juridictionnelle complète, la Cour a déclaré : «*il convient, en effet, de relever que, à l'appui d'un recours contre une mesure nationale d'exécution d'un acte communautaire, le demandeur peut faire valoir l'illégalité de cet acte communautaire et obliger ainsi la juridiction nationale à se prononcer sur l'ensemble des griefs formulés à ce titre, le cas échéant après renvoi en appréciation de validité à la Cour*». *Ibid.*, point 12.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

sur les effets de forclusion qui s'attachent à l'écoulement des délais de recours (79).

La circonstance, non mentionnée dans les motifs de l'arrêt, que dans les affaires *Beurre de Berlin* le recours en annulation introduit contre la décision de la Commission a été déclaré irrecevable par un arrêt rendu le même jour que l'arrêt préjudiciel *Beurre de Berlin*, ne devrait avoir aucune incidence sur la position de principe formulée dans ce dernier arrêt. L'Avocat général Lenz a, en effet, reconnu que si le recours direct était recevable « *il en résulterait un contexte analogue* » à celui de l'arrêt *Universität Hamburg* (80).

L'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* représente un regrettable revirement de jurisprudence inavoué mais réel (81).

La position de la Cour est fondée, essentiellement, sur sa conception quant aux exigences de la sécurité juridique, notion sollicitée à outrance, et à des fins diverses, par sa jurisprudence (82). Conformément à cette conception, la légalité d'un acte communautaire, devenu définitif par l'écoulement du délai de recours pour son annulation, ne saurait être contestée devant le juge national à l'occasion d'un recours dirigé contre les mesures nationales prises pour son exécution. Si la partie, demanderesse ou défenderesse, devant le juge interne, avait l'intérêt requis pour agir en annulation devant la juridiction communautaire, elle ne devrait pouvoir exciper devant le juge interne de l'illégalité de l'acte communautaire qu'elle aurait omis d'attaquer (83). Dans

---

(79) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, pré.cit. point 20. Voir également aff. C-178/95, *Wiljo*, pré.cit. point 22.

(80) Conclusions sous aff. jtes 133/85, 134/85, 135/85 & 136/85, *Walter Lebensmittelwerke e.a.*, pré.cit. point 36.

(81) Voir, par ex., P. Oliver, « La recevabilité des questions préjudicielles : La jurisprudence des années 1990 », CDE 2001, p. 15, spéc. pp. 30-32. V. également D. Ritleng, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac-50 ans du droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p. 735, spéc. pp. 751-755.

(82) Voir, C. Naômé, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes », in *Rivista di diritto europeo*, 1993, p. 223; J.-P. Puissochet & H. Legal, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 98.

(83) D. Anderson et M. Demetriou s'interrogent sur la question de savoir si une personne, ayant un intérêt pour agir en annulation d'une mesure communautaire, peut intervenir dans une procédure contentieuse nationale dans le cadre de laquelle la validité de la mesure qu'elle a omise d'attaquer en annulation devant la juridiction communautaire est mise en cause et, dès lors, susceptible de faire l'objet d'un renvoi préjudiciel. De même, ils se demandent si un Etat membre, ou une des institutions de la Communauté, qui s'était abstenu d'attaquer en annulation un acte communautaire, devrait pouvoir soumettre des observations dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de cet acte. Ils considèrent que nier une telle possibilité reviendrait à imposer une « remarquable restriction » sur le droit de la juridiction nationale de décider sur les intervenants éventuels et sur le droit des Etats membres et des institutions

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

cette perspective et selon ce raisonnement, aucune place ne devrait être laissée à une distinction quelconque entre décisions individuelles et mesures normatives de portée générale, ni entre requérants privilégiés et requérants ordinaires.

Comme l'a remarqué John Usher, «*pour les particuliers, ce qui compromet la sécurité juridique, c'est l'incertitude sur le recours en annulation à l'égard des actes dont le requérant n'est pas destinataire*» (84).

Requérant privilégié, un Etat membre possède toujours un intérêt pour agir en annulation contre tout acte communautaire quelle qu'en soit la nature. Il est clair, ainsi que l'a expliqué l'Avocat général Mischo, que le seul critère à prendre en considération pour déterminer la possibilité de contester devant le juge national la validité d'un acte communautaire réside, non pas dans la nature individuelle ou réglementaire de ce dernier mais «*dans l'existence ou l'absence d'une possibilité pour l'intéressé de contester la validité dudit acte par la voie du recours en annulation*» (85). Aussi, a-t-il conclu, «*(c)'est donc bien l'impossibilité d'user du recours en annulation contre l'acte communautaire, et elle seule, qui conditionne l'ouverture du droit de contester la validité dudit acte devant une juridiction nationale, la forme et la nature de l'acte étant indifférentes*» (86).

Outre l'incohérence introduite par la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*, la solution qu'elle consacre donne lieu à une pléthore d'incertitudes et de difficultés.

Il est parfaitement concevable, en effet, qu'un particulier conteste la légalité d'une mesure nationale prise en application d'une décision communautaire, pour des motifs étrangers au droit communautaire et tirés, exclusivement, du droit national, tel le vice de forme. Puisque la jurisprudence de la Cour lui reconnaît le droit de soulever d'office des questions de droit communautaire (87), le juge national ne pourrait-il

---

communautaires de présenter leurs observations sur les questions soulevées dans le cadre du renvoi préjudiciel. Voir, *References to the European Court*, London, Sweet & Maxwell, 2<sup>e</sup> édition, 2002, pp.128-129, points 4.090-4.092.

(84) John A. Usher, «*Les renvois à titre préjudiciel*», in *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Publié sous la direction de Georges Vandensanden, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994, p. 59, spéc. p. 61.

(85) Conclusions sous aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat Général du Gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079, point 58.

(86) *Ibid.*, point 65.

(87) Aff. jtes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *A. Verhoben e. a. c/ Sociale Verzekeringsbank*, Rec. 1991, p. I-3757; aff. C-312/93, *Peterbroeck*, Rec. 1995, p. I-4599; aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Van Schijndel*, Rec. 1995, p. I-4705. Voir également aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, Rec. 1999, p. I-3055.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

pas, de sa propre initiative, saisir la Cour de justice de questions portant sur la validité d'une décision communautaire en raison de l'omission, par une des parties devant lui, d'attaquer en annulation la décision en cause? Si c'est le comportement de l'une des parties au principal qui explique la solution retenue par la Cour, ne faudrait-il pas exclure cette possibilité de saisine préjudicielle que lorsque l'illégalité de la décision communautaire est alléguée par la partie qui s'était abstenue de l'attaquer devant la juridiction communautaire?

Mais pour savoir si, dans une telle hypothèse, le renvoi devrait être accueilli ou rejeté, l'identité de la partie ayant invoqué l'illégalité de l'acte communautaire devant le juge national devrait être établie. Or, le juge de renvoi n'est pas tenu de divulguer à la Cour l'origine de la question préjudicielle qui, au demeurant peut être de sa propre initiative, et en tout état de cause, c'est lui qui est le seul interlocuteur de la Cour dans le cadre de la procédure préjudicielle.

En outre, la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* ne devrait pas s'appliquer dans les cas où, s'ils étaient établis, les vices allégués entraîneraient l'inexistence de l'acte plutôt que son invalidité. Mais, à défaut de prescience, comment savoir si la juridiction communautaire aurait considéré qu'on se trouvait dans une «*hypothèse tout à fait extrême*» (88), en présence de vices «*particulièrement graves et évidents*» (89) et aurait, pour cette raison, accueilli le recours hors délai pour l'introduction d'un recours en annulation?

Les effets de la jurisprudence permsélective *TWD Textilwerke Deggendorf* et *National Farmers' Union*, ne pourraient être autres que déstabilisants et perturbateurs.

Les prémisses de cette jurisprudence, qui ne sauraient lui attribuer une portée autre que générale, devraient inciter les particuliers et les Etats membres à introduire des recours en annulation à titre conservatoire devant la juridiction communautaire, seul moyen leur permettant d'exciper de l'illégalité des actes communautaires devant le juge national à l'occasion d'un recours dirigé contre une mesure nationale prise sur le fondement de tels actes. En ce qui concerne les Etats membres, cette jurisprudence qui devrait s'appliquer à tous les actes communautaires, signifie, en réalité, qu'aucune contestation de la vali-

---

(88) Aff. C-137/92 P, *Commission c/ BASF AG e.a.*, Rec. 1994, p. I-2555, points 48-52. La Cour n'a-t-elle pas considéré que l'absence de motivation entraîne l'inexistence en droit de l'acte?, Aff. jtes 1/57 et 14/57, *Société des usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, Rec. 1957, III p. 201. Voir, M.-Ch. Bergerès, «*La théorie de l'inexistence en droit communautaire*», RTDE 1989, p. 393.

(89) Aff. 15/85, *Consorzio cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, Rec. 1987, p. 1005, point 10.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

dité de ceux-ci ne saurait être soulevée devant les juridictions nationales. Elle implique, s'agissant des particuliers, que le juge national, pour accueillir ou rejeter un moyen tiré de l'illégalité d'un acte communautaire, apprécie l'intérêt direct et individuel de la partie qui le soulève. Comme l'a remarqué D. Ritleng, la forclusion consacrée par l'arrêt *TDW Textilwerke Deggen Dorf* « impose au juge saisi à titre incident de la légalité d'un acte communautaire d'examiner à titre préliminaire si le demandeur au principal était en droit d'introduire un recours en annulation contre cet acte », exercice dans lequel « le juge national aura souvent du mal à épouser les subtilités de la jurisprudence communautaire relative à l'existence d'un lien direct et individuel au sens de l'article 230 » (90). D'ailleurs, pour ce faire il pourrait saisir la Cour de justice d'une demande d'interprétation de l'article 230 du traité (91), éventualité que l'Avocat général Jacobs semble admettre lorsqu'il déclare : « S'il ne fait pas de doute que le demandeur pouvait introduire un recours direct et s'il ne l'a pas fait... les juridictions nationales devraient refuser de saisir la Cour d'une question de validité à titre préjudiciel parce que la solution peut être déterminée à l'avance. En revanche si une juridiction nationale ne s'estime pas en mesure de porter les appréciations nécessaires, elle doit se tourner vers la Cour de justice » (92).

Il n'est pas sans intérêt de relever que, confrontée à un argument inverse, la Cour a considéré qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier si les règles de procédures nationales permettaient, dans chaque cas concret, à un particulier d'introduire un recours juridictionnel dans le cadre duquel la validité d'un acte communautaire pourrait être contestée (93).

Une sorte de réquisitoire contre l'arrêt *TWD Textilwerke Deggen Dorf* a été dressé par le Professeur Georges Vandersanden (94). Rappelant le caractère restrictif de la jurisprudence de la Cour en matière de recevabilité des recours en annulation formés par des personnes autres que le destinataire de l'acte communautaire, il considère excessif l'ar-

---

(90) D. Ritleng, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac-50 ans du droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p. 735, spéc. p.748.

(91) Voir, par ex., G. Bebr, « The reinforcement of the constitutional review of Community acts under Article 177 EEC Treaty », *CMLRev.* 1988, p. 667, spéc. pp. 689-690.

(92) Conclusions sous aff. C-239/99, *Nachi Europe*, pré. cit. point 77.

(93) Aff. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil de l'Union européenne*, *Rec.* 2002, p. I-6677, point 43. V. également aff. C-258/02 P, *Bactria Industriehygiene-Service Verwaltungs GmbH*, *Rec.* 2003, p. I-15105, point 58.

(94) G. Vandersanden, « La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges Michel Waelbroeck*, 1999, Bruxelles, Bruylant, Volume I, p. 619, spéc. pp. 631-634.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

gument fondé sur le seul respect des délais de recours en annulation pour exclure la possibilité d'utiliser ultérieurement le renvoi préjudiciel. Il relève, en outre, que l'intérêt à requérir l'annulation se révèle souvent au moment de l'adoption des mesures d'exécution par les autorités nationales. « *En ce sens* » écrit-il, « *l'approche de la Cour apparaît comme exagérément théorique et restrictive et ne tient pas compte des réalités du terrain* » (95). Aussi, le Professeur Vandersanden estime-t-il que la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* « *aboutit à réduire la protection juridique des particuliers - dans la mesure où elle les prive du droit de recourir à l'article 177 - et à instaurer entre les deux voies de droit en cause, une relation hiérarchique que le seul argument tiré du respect des délais de recours prévus à l'article 173, 5<sup>e</sup> alinéa du traité, ne saurait justifier* » (96). Il souligne également que « *sur le plan des principes, rien dans le traité ne subordonne la mise en œuvre de l'article 177, lorsqu'il s'agit d'une question portant sur la validité d'un acte de droit communautaire, à l'ouverture préalable d'un recours au titre de l'article 173 du traité CE* » (97). Au total, Georges Vandersanden se demande rhétoriquement « *si tout cela est du bon droit, sans même parler d'une bonne justice* » (98).

L'incidence de cette jurisprudence sur le régime et le caractère du renvoi préjudiciel ne devrait pas être sous-estimée. Elle ébranle le caractère essentiel de cette procédure. L'Avocat général Tesauro a exprimé ses regrets de ce qu' « *au nom de la sécurité juridique, la Cour a donc modifié une jurisprudence à laquelle on pouvait largement souscrire et, à notre avis, plus correcte, notamment parce qu'elle respecte l'esprit de coopération entre le juge national et le juge communautaire, qui sert de fondement à la procédure prévue à l'article 177. Priver le juge national de la possibilité de saisir utilement la Cour, lorsqu'il nourrit des doutes sur la validité d'un acte communautaire, implique en effet une méconnaissance de cet esprit de collaboration ainsi que, en définitive, une dénaturation de la procédure préjudicielle* » (99).

De même, le Professeur Robert Kovar a considéré qu' « *(i)l est certain que subordonner la recevabilité du renvoi en appréciation de validité à une condition dépendant du demandeur au principal apparaît comme un infléchissement de la nature de cette procédure*

---

(95) Ibid., pp. 632-633.

(96) Ibid., p. 633.

(97) Ibid.

(98) Ibid., p. 634.

(99) Conclusions sous aff. C-408/95, *Eurotunnel*, pré.cit. Rec. 1997, p. I-6315, point 18.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

*qui ne pourrait plus être présentée comme étant exclusivement une formule de coopération judiciaire*» (100).

Le principe dégagé par la Cour dans l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf* a incité d'aucuns à tenter d'en réduire la portée et d'en circonscrire l'application.

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Hans Sommer* (101) l'Avocat général Mischo a souligné que cette jurisprudence était intervenue, initialement, dans le domaine des aides d'Etat, matière dans laquelle «*la décision litigieuse présente souvent une importance décisive non seulement pour l'entreprise bénéficiaire, mais également pour ses concurrents*» (102). L'Avocat général a considéré que le principe formulé par l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* ne devait pas s'appliquer lorsque la requérante au principal pouvait légitimement nourrir des doutes quant à la possibilité et à la nécessité d'attaquer la décision communautaire en cause, fût-elle individuelle (103).

Derrick Wyatt préconise une application limitée de cette jurisprudence au seul cas où une omission délibérée d'attaquer un acte communautaire en annulation devant la juridiction communautaire constituerait un abus de procédure. Un tel abus résulterait, selon lui, du préjudice

---

(100) R. Kovar, «L'évolution de l'article 177 du traité CE» in *La Réforme du système juridictionnel communautaire*, publié sous la direction de Georges Vandersanden, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994, pp. 35-57, spéc. p. 41. (La contribution de R. Kovar a été présentée après le prononcé des conclusions de l'Avocat général mais avant le prononcé de l'arrêt). De même, D. Ritleng a écrit : «*subordonner la recevabilité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité à une condition dépendant du comportement du demandeur au principal entraîne une dénaturation de la procédure préjudicielle : la ratio legis de l'article 234 est de promouvoir une coopération juridictionnelle dans le cadre de laquelle le droit de poser une question préjudicielle appartient uniquement au juge national, celui-ci n'étant nullement tenu de suivre les conclusions des parties à l'instance*» ; D. Ritleng, «Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective» in *Mélanges en hommage à Guy Isaac-50 ans du droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p. 735, spéc. p. 748.

(101) Aff. C-15/99, *Hans Sommer GmbH c/ Hauptzollamt Bremen*, Rec. 2000, p. I-8989.

(102) Ibid., point 57. L'Avocat général reconnaît que dans les affaires ne relevant pas de la matière des aides d'Etat, *Accrington Beef*, pré.cit et *Eurotunnel*, pré.cit., la Cour s'était référée à la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*. Mais il considère que «*(c)es arrêts ne permettent cependant pas de tirer des conclusions quant au champ d'application ratione materiae de cette jurisprudence puisque, dans les deux cas, la Cour ne l'a évoquée que pour constater que, en tout état de cause, une autre condition de son application n'était pas remplie*». Ibid., point 56. On peut noter que Derrick Wyatt avait précédemment constaté que la Cour n'a pas motivé son arrêt par la spécificité du régime des aides d'Etat et avait considéré qu'elle aurait dû le faire. Il a considéré, cependant, que les traits spécifiques du régime des aides d'Etat ne devraient pas déterminer les rapports entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel. Voir son article : «The relationship between actions for annulment and references on validity after *TWD Deggendorf*», in J. Lonbay & A. Biondi (eds), *Remedies for breach of EC Law*, Chichester, 1997, p. 55.

(103) Conclusions sous aff. C-15/99, *Hans Sommer*, pré.cit. point 69. L'Avocat général a conclu à l'invalidité de la décision de la Commission pour insuffisance de motifs et pour violation des droits de la défense. La Cour a esquivé la question de la validité de cette décision en considérant qu'il s'agissait d'une question d'interprétation du règlement n° 1697/79, arrêt points 28 à 32.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

causé aux tiers où à l'intérêt général par le délai dans lequel la question de la légalité de l'acte communautaire a été tranchée (104).

Une telle solution n'a aucun fondement juridique et est difficilement maniable.

Mark Hoskins soutient que la seule publication de l'acte dans le *Journal Officiel des Communautés européennes* ne devrait pas, en l'absence d'autres circonstances, permettre de tenir pour acquis qu'une personne autre que le destinataire de l'acte en a pris connaissance afin de lui faire application de la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (105). Encore faudrait-il, estime-t-il, que la partie en cause ait été spécifiquement informée par une tierce personne qu'une décision l'affectant avait été adoptée (106).

Mais cette solution, ne compromet-elle pas davantage la sécurité juridique qui est, précisément, l'objectif visé, selon la Cour, par la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*? Même s'il s'agit d'une fiction juridique, partagée, d'ailleurs, par les différentes branches des droits des Etats membres, les délais de recours sont d'ordre public, leur application stricte répond, selon la jurisprudence de la Cour, à l'exigence de sécurité juridique et à la nécessité d'éviter toute discrimination ou traitement arbitraire dans l'administration de la justice. La Cour et le Tribunal considèrent, en effet, que le critère de la prise de connaissance de l'acte ne peut qu'être subsidiaire par rapport à celui de sa publication (107).

En définitive, un choix doit être fait entre plusieurs exigences fondamentales, souvent divergentes, de la stabilité, voire l'immutabilité des relations juridiques d'un côté, et du respect de la légalité d'un autre côté (108). La protection juridictionnelle des sujets de droit résulterait, dans certains cas, de la préservation de la première et découle-

---

(104) D. Wyatt, « The relationship between actions for annulment and references on validity after *TWD Deggendorf* », précit. Pourtant, comme l'auteur le reconnaît lui-même, il n'est pas certain qu'un recours en annulation aboutisse avant le prononcé d'un arrêt préjudiciel d'autant qu'un pourvoi contre les arrêts du Tribunal de Première Instance est possible.

(105) M. Hoskins, Observations sous aff C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, CMLRev. 1994, p. 1399, sp. p. 1404.

(106) *Ibid.*, p. 1407.

(107) Aff. C-122/95, *Allemagne c/ Conseil*, Rec. 1998, p. I-973, point 35; aff. T-123/97, *Salomon c/ Commission*, Rec. 1999, p. II-2925, point 42; aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, Rec. 2000, p. II-3871, point 61. Voir aussi aff. T-4/02, *Arca Delio eredi e.a. c/ Commission*, Ordonnance du 29 mai 2002, points 11 & 12 (non publiée), et aff. T-21/02, *Atzeni c/ Commission*, Ordonnance du 29 mai 2002, points 16 & 17 (non publiée).

(108) Comme la Cour l'explique par rapport à la théorie de l'inexistence, voir, par exemple, aff. jtes C-137/92 P, *Commission c/ BASF AG, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Hüls AG, Elf Atochem SA, Société artisanale de vinyle SA, Wacker Chemie GmbH, Enichem SpA, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc, Shell International Chemical Company Ltd et Motedison SpA*, Rec. 1994, p. I-2555, points 48 à 52.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

rait dans certains autres de l'adhésion à la seconde. « *Au nom du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective* », soutient D. Ritleng, « *la juridiction communautaire aurait dû... préserver aux justiciables une liberté de choix entre le recours en annulation contre l'acte communautaire et le recours contre la mesure nationale... d'exécution fondé sur l'illégalité de cet acte invoqué par voie d'exception* » (109). En outre, on ne saurait faire abstraction de ce que, dans le cadre de la procédure préjudicielle, les prérogatives des juridictions nationales doivent, impérativement, être prises en considération et impérieusement respectées (110).

D'ailleurs, la sécurité juridique, dans le sens que lui prête la Cour, ne peut qu'être relative dans un système de voies de droit qui permet de contester la validité des actes communautaires à l'appui d'un recours en responsabilité extra-contractuelle dans le délai imparti pour l'introduction d'un tel recours (111) et qui prévoit la possibilité pour toute partie, y compris les Etats membres (112), d'invoquer devant la Cour l'exception d'illégalité à l'encontre d'un règlement communautaire (113) et de tout acte de portée générale susceptible de produire des effets analogues (114). Davantage, par son essence même, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité donne la préférence au maintien, ou au rétablissement, de la légalité dans l'ordre juridique au détriment de l'immutabilité, ou de la stabilité, des relations juridiques puisque, sans limitation de temps, la Cour peut constater l'invalidité, avec des effets rétroactifs, d'un acte communautaire, à moins qu'elle ne décide, pour des raisons de sécurité juridique, de limiter dans le temps les effets de la déclaration d'invalidité.

Si l'on voulait suivre la solution retenue par la Cour, on pourrait se demander si la pondération entre les différents impératifs ne devrait

---

(109) D. Ritleng, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac-50 ans du droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, p. 735, spéc. p. 749.

(110) Il n'est pas sans intérêt de noter qu'en droit français, s'agissant des actes administratifs individuels, la voie de l'exception est insérée dans les délais du recours pour excès de pouvoir alors que par suite à un sursis à exécution prononcé par le juge judiciaire, la juridiction administrative considère qu'aucun délai ne s'impose pour la saisir. Voir, CE 8 juillet 1925 *Sieur Gourdan*, Lebon p. 655; CE 22 juillet 1938, *Société des établissements Brossette et fils*, Lebon p. 717; T.A. Paris, 28 mai 1963, *Sieur Delpech*, Lebon p. 712; CE 8 mai 1981, *Ministre du Travail c/ Hertel et S.A. Sodeteg*, RDP 1982, p. 175, note Y. Gaudemet; CE 27 septembre 1985, *Société Usinor c/ Inouri*, RDP 1986, p. 842, note Y. Gaudemet. Voir également Y. Gaudemet, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », RFDA 1990, p. 764.

(111) Traité CE, article 288, paragraphe 2.

(112) Aff. 32/65, *Italie c/ Conseil*, Rec. 1966, p. 563.

(113) Traité CE, article 241.

(114) Aff. 92/78, *Simmmenthal*, Rec. 1979, p. 777.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

pas, en effet, tenir compte de la nature de l'acte en cause. Il est parfois soutenu que, dans le cas des normes de portée générale, la prépondérance devrait être accordée au respect de la légalité dans l'ordre juridique et partant, que l'illégalité de tels actes devrait pouvoir être soulevée perpétuellement. Dans le cas de décisions individuelles, dont le maintien ne perturbe pas l'ordre social, c'est la sécurité juridique, appréhendée comme une composante du maintien de la stabilité des relations juridiques, qui devrait l'emporter. Selon certains, cette solution découlerait du fait que la non application, dans un cas particulier, d'un acte réglementaire laisse ce dernier, en principe, subsister tandis que la non application d'un acte individuel se confond, souvent, avec son annulation (115).

Sans pour autant souscrire à la solution retenue par la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* et *National Farmers' Union*, l'on pourrait donc avancer, que le fondement de la jurisprudence confinant l'interdiction de contester, par la voie de l'exception, la légalité des actes communautaires aux seules décisions individuelles quel qu'en soit le destinataire, tout en admettant qu'une telle contestation peut être dirigée à l'encontre des mesures normatives de portée générale, se trouve dans des considérations tenant à une conception du maintien ou de la perturbation de l'ordre social. Cette jurisprudence ne bénéficie, en réalité, qu'aux requérants privilégiés qui, notwithstanding la portée générale de l'acte, peuvent à tout moment en contester directement et indirectement la validité. En revanche, dans le cas où un particulier est reconnu comme disposant d'un intérêt pour agir en annulation contre un règlement communautaire, ce dernier est considéré par la Cour dans l'arrêt *Nachi Europe* (116), quelles que soient les ambiguïtés de l'arrêt *Codorniu* (117), comme étant, à son égard, une décision individuelle dont la validité ne saurait être par lui contestée à titre incident. En d'autres termes, en présence d'actes apparemment de portée générale, l'intérêt pour agir est pris en considération au détriment des requérants ordinaires mais non pas des requérants privilégiés.

Par ses arrêts *TWD Textilwerke Deggendorf* et *National Farmers' Union*, la Cour a privilégié le maintien de la stabilité des relations juridiques, présentée comme une exigence de sécurité juridique, aux

---

(115) J. Mertens de Wilmars, « La procédure suivant l'article 177 du traité C.E.E. », SEW 1965, p. 437, spéc. p. 445. Voir également du même auteur, « Annulation et appréciation de validité dans le traité CEE-Convergence ou divergence ? » in *Europäische gerichtbarkeit und nationale verfassungsgerichtsbarkeit, Mélanges Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1981, p. 283.

(116) Aff. C-239/99, *Nachi Europe c/ Hauptzooamt Krefeld*, Rec. 2001, p. I-1119.

(117) Aff. C-309/89, *Codorniu SA c/ Conseil*, Rec. 1994, p. I-1853.

## DÉVIATION PRÉJUDICIELLE

dépens du respect de la légalité et de la protection juridictionnelle des justiciables. En outre, si le caractère individuel de la décision dans la première affaire est incontestable, la portée générale de la décision en cause dans la seconde ne saurait être éclipsée.

En procédant avec désinvolture et si peu de dextérité, la Cour a, en même temps, sacrifié le principe de l'autonomie des voies de droit et porté atteinte à la logique même de la procédure du renvoi préjudiciel (118).

---

(118) D.S., Note sous aff C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, JDI 1995, p. 438, spéc. pp. 439-440. Il est intéressant de noter que quelques jours avant le prononcé de l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, le tribunal de commerce de Gand a jugé que l'illégalité d'une décision adressée au gouvernement belge par laquelle la Commission lui enjoignait de récupérer l'aide qu'il avait accordée à une entreprise ne saurait être contestée devant lui par cette dernière qui, ayant eu connaissance de cette décision, ne l'a pas attaquée en annulation devant la juridiction communautaire et qu'un renvoi préjudiciel ne saurait avoir lieu. Voir Tribunal de commerce de Gand, 25 février 1994, *N.V. SOCOBESON, Région flamande, Etat belge c/ N.V. Beaulieu Kunststoffen et autres*, JTDE 1994, p. 141, note H. Gilliams.

-7-

**DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES**

Toute juridiction connaît la procédure préjudicielle et toute juridiction s'y reconnaissait. Sans présage, en raison de quelques retentissants mais troublants arrêts qui déparent son équilibre, cette procédure se trouve ébranlée dans son essence. Les indéniables mutations, brusques et profondes, qu'a subies le régime de la procédure du renvoi préjudiciel, ont rendu celle-ci méconnaissable.

La redéfinition des conditions dans lesquelles une juridiction nationale peut recourir à la procédure préjudicielle et l'altération du caractère de cette dernière qui en est induite modifient, en le détériorant, l'esprit de coopération autour duquel sont articulées les relations entre la Cour de justice et les juridictions nationales et dont il constitue la sève.

La métamorphose du renvoi préjudiciel et sa nouvelle physionomie sont perceptibles et se révèlent dans toute leur ampleur à travers la jurisprudence relative à l'accès au prétoire de la Cour. Par des arrêts particulièrement contestables, la Cour est parvenue à atteindre les assises de la procédure préjudicielle que, dès l'origine, elle avait elle-même édifiées (1).

Pourtant, cette dernière se déroulait placidement. Sur la foi d'un intitulé éloquent (2) et d'une pratique largement respectueuse de leurs prérogatives, les juridictions nationales se sont hâtées de recourir à la procédure préjudicielle pour laquelle elles affichent, pour des raisons diverses, une certaine prédilection. Cantonnée, chacune, dans la sphère de compétences qui lui est assignée, la juridiction nationale sollicite le concours de la Cour de justice lorsque le besoin en est ressenti et, en l'apportant, celle-ci contribue à la résolution d'un litige concret,

---

(1) V. par exemple, C. BARNARD & E. SHARPSTON, *The changing face of Article 177 references*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1113; D. O'KEEFE, « Is the spirit of Article 177 under attack? Preliminary references and admissibility », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol. 2, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 693; G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle: A la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, Vol. 1, p. 619; P. OLIVER, « La recevabilité des questions préjudicielles: La jurisprudence des années 1990 », *Cahiers de droit européen*, 2001, p. 15.

(2) J. BOULOIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère 'préjudiciel' de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Etudes de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 23.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

en promouvant, au-delà, l'uniforme application du droit communautaire (3). Procédure de collaboration éminemment judiciaire, greffée sur un procès national, la finalité et les objectifs de la procédure préjudicielle déterminent sa substance et circonscrivent ses contours. Cette immuable démarcation des aires de compétences et une répartition inaltérable des attributions doivent nourrir la procédure préjudicielle et constituent le centre autour duquel elle doit graviter.

Ces caractéristiques de la procédure préjudicielle doivent être comprises et respectées pour que la Cour exerce sereinement sa compétence préjudicielle. Tributaire des juridictions nationales qui l'alimentent, la procédure préjudicielle doit être accessible dans les circonstances visées par le traité. Or, celles-ci ne sont pas toujours appréhendées d'une manière conforme à la nature du renvoi préjudiciel, ni appréciées d'une manière cohérente.

L'accès au prétoire de la Cour devrait être inconditionnellement admis dès lors que sont présentes les circonstances relatives à la saisine préjudicielle de cette dernière et, sans réserve, exclu dès lors qu'elles sont absentes. Pourtant, rendue hétéronome, la juridiction nationale se heurte, parfois, à un déclinatoire de compétence et au rejet de sa demande de décision préjudicielle par la Cour de justice, alors que son inaliénable droit ne devrait pas être contesté. Inversement, il est des cas dans lesquels, d'une manière inattendue, la Cour se considère valablement saisie et accueille une telle demande alors que les conditions prévues par le traité ne sont pas remplies.

A cet égard, la jurisprudence actuelle constitue une véritable palinodie et comporte un paradoxe. Par des arrêts très discutables, la Cour rend le prétoire préjudiciel accessible aux juridictions et à certaines autorités nationales dans des circonstances dans lesquelles il ne devrait pas l'être et, à l'antipode, par des arrêts non moins contestables, elle le rend inaccessible alors que les juridictions nationales devraient pouvoir y pénétrer. Cette double et inconsistante tendance constitue, indubitablement, la manifestation la plus flagrante du pervertissement de la procédure préjudicielle.

---

(3) Comme l'a constaté T. KOOPMANS, « *un petit chef d'œuvre de prévoyance... la procédure préjudicielle a donc été une réussite: elle a permis aux juridictions nationales des Etats membres de s'accoutumer à la dimension européenne des problèmes juridiques qui leur sont soumis; elle a également facilité la pénétration du droit communautaire dans les systèmes de droit nationaux* », « La procédure préjudicielle – victime de son succès? », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 347, sp. p. 347 et p. 348.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

## I. – ACCÈS ÉLARGI AU PRÉTOIRE PRÉJUDICIEL

Sur la base d'une interprétation critiquable du traité et d'un raisonnement spécieux, la Cour se déclare compétente et accueille inopinément des demandes de décision préjudicielle émanant d'autorités nationales dont la qualité de juridiction peut, sérieusement, être mise en doute. Il en est, de même, lorsqu'elle accepte de répondre aux questions posées par des juridictions nationales intruses dans un contexte dans lequel le droit communautaire n'est pas applicable. Enfin, dans des circonstances dans lesquelles le traité ne prévoit qu'une faculté de recourir à la procédure préjudicielle, la Cour la convertit en une obligation et contraint les juridictions nationales à la saisir.

A. – *Accès inopiné*

Eu égard à la diversité des solutions retenues en droit interne, l'on s'accorde, généralement, à souscrire à la raison d'être de la jurisprudence consacrant le caractère communautaire de la notion de juridiction habilitée à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel. Il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence révèle qu'est retenue une notion hybride et hétéroclite qui permet d'ouvrir le prétoire de la Cour aux autorités administratives à l'égard desquelles, curieusement, la Cour semble, à plusieurs égards, moins exigeante et qui altère profondément le caractère de la procédure « *de coopération judiciaire* », de « *dialogues entre juges* », au titre du renvoi préjudiciel (4).

Les caractéristiques exposées, en guise de faisceau d'indices dans l'arrêt *Vaassen-Göbbels* (5), à savoir l'origine légale, la permanence, la juridiction obligatoire, la procédure contradictoire, l'application de la règle de droit, complétées par l'exigence d'indépendance (6), sont partagées par une multiplicité d'organismes et d'autorités et ne sont pas spécifiques des organes juridictionnels. L'infléchissement apporté par la Cour dans les affaires *Borker* (7) et *Greis Unterweyer* (8) – qui

---

(4) Sur la notion de juridiction en droit communautaire, V. J.-C. MOITINHO DE ALMEIDA, « La notion de juridiction d'un Etat membre (article 177 du traité CE) », in *Mélanges Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 463; R. KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », in *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 607; G. GORI, « La notion de juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE », in *Mélanges Claus Gulmann*, Copenhague, Forlaget Thomson 2006, p. 155; A. BARAV, « Tâtonnement préjudiciel, la notion de juridiction en droit communautaire », in *Mélanges Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 79.

(5) Aff. 61/65, *Vaassen-Göbbels c/ Bealbenfonds voor het Lijnbedrijf*, Rec., 1966, p. 377.

(6) Aff. C-393/92, *Gemeente Almelo e.a. c/ Energiebedrijf IJsselmij NV*, Rec., 1994, p. I-1477.

(7) Aff. 138/80, *Jules Borker*, Rec., 1980, p. 1975.

(8) Aff. 318/85, *Procédure pénale c/ Regina Greis Unterweyer*, Rec., 1986, p. 955.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

auraient mérité des arrêts plutôt que des ordonnances –, prescrivant que l'organe concerné doit être saisi d'un litige qu'il a pour mission de trancher par l'adoption, au terme d'une procédure engagée devant lui, d'une décision à caractère juridictionnel – sans que la Cour précise en quoi consiste ce caractère –, indique que c'est la juridiction contentieuse qui est visée puisque les actes émanant d'une juridiction ne sont pas tous juridictionnels et que seules les décisions contentieuses constituent de véritables actes juridictionnels comportant tous les effets du jugement. Cependant, l'utilité de l'exigence d'une décision à caractère juridictionnel, telle que formulée par la Cour, est mise en doute par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer selon qui « *dire que tout organe qui rend une décision juridictionnelle est une juridiction revient à ne rien dire du tout* » (9) et, en outre, la Cour reconnaît que des autorités administratives prennent, dans certaines circonstances, des décisions qu'elle considère comme ayant un caractère juridictionnel.

En raison de son caractère communautaire, il est inévitable que la qualité de juridiction soit parfois refusée aux organes judiciaires et reconnue aux organes administratifs. Dès l'origine de sa jurisprudence en la matière, la Cour a attribué la qualité de juridiction à des organes qui, en droit national, ne l'avaient pas (10).

A l'exception de l'insolite affaire *Corbiau* (11), dans laquelle c'était en raison de l'absence de qualité de tiers que la Cour a refusé de reconnaître la qualité de juridiction au Directeur des contributions directes et des accises du Grand Duché de Luxembourg, bien que revêtu de cette qualité en droit interne (12), la Cour a dénié la qualité de juridiction aux organes judiciaires nationaux lorsqu'ils n'étaient pas appelés à trancher un litige par le truchement d'une décision de caractère juridictionnel et qu'ils exerçaient une juridiction gracieuse (13) ou une fonction administrative. Ainsi, un tribunal adoptant, en dehors de toute contestation, une décision en matière du livre foncier (14), ou au sujet du registre

---

(9) Conclusions sous arrêt C-17/00, *François De Coster c/ Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Rec., 2001, p. I-9445, point 39.

(10) Tribunal arbitral de la caisse de sécurité sociale des employés de mines aux Pays-Bas: Aff. 61/65, *Vaassen-Göbbels c/ Bealbenfonds voor het mijnbedrijf*, Rec., 1966, p. 377, Commission de recours en matière de médecine générale, organe de l'Association royale néerlandaise pour la promotion de la médecine: Aff. 246/80, *Broekmeulen c/ Huisarts Registratie Commissie*, Rec., 1981, p. 2311.

(11) Aff. C-242/92, *Pierre Corbiau c/ Administration des contributions*, Rec., 1993, p. I-1277.

(12) Comme l'a relevé l'Avocat général DARMON, c'était une anomalie en droit interne critiquée par la doctrine luxembourgeoise, conclusions sous arrêt C-242/92, *Pierre Corbiau c/ Administration des contributions*, Rec., 1993, p. I-1277, points 36-39.

(13) Aff. C-111/94, *Procédure gracieuse engagée par Job Centre Coop. arl*, Rec., 1995, p. I-3361.

(14) Aff. C-178/99, *Doris Salzmann*, Rec., 2001, p. I-4421.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

du commerce (15), n'était pas autorisé à saisir la Cour à titre préjudiciel. De même, un tribunal appelé à se prononcer sur une réclamation administrative préalable à un recours juridictionnel, n'exerçait pas une fonction juridictionnelle et ne pouvait, dès lors, saisir la Cour (16).

Pourtant, l'existence d'un litige que l'organe de renvoi – juridiction de droit interne – est appelé à trancher, ne semble pas être toujours requise. Ainsi, dans l'affaire *Nederlandse Spoorwegen* (17), la Cour a implicitement admis la qualité de juridiction de la section du contentieux du Conseil d'Etat néerlandais qui, dans le cadre du recours dont il avait été saisi, n'avait compétence que pour donner un avis non contraignant à la Couronne. De même, dans l'affaire *Garofalo* (18), la Cour a reconnu le caractère de juridiction au Conseil d'Etat italien qui l'avait saisie à l'occasion d'un recours extraordinaire au titre duquel il était appelé à émettre un avis et non pas à rendre une décision de caractère juridictionnel. Elle a procédé, de même, dans l'affaire *Déménagements-Manutention Transport* (19) et a admis la qualité de juridiction du Tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant en qualité de juge de l'insolvabilité, en l'absence de tout litige sur lequel ce dernier devait statuer.

En outre, la Cour semble artificiellement déceler l'existence d'un litige, qui doit être tranché par une décision de caractère juridictionnel, lorsqu'une juridiction nationale ou une autorité administrative est saisie d'un recours dirigé à l'encontre d'une décision non-juridictionnelle prise par un organe judiciaire ou administratif, quelque soit, par ailleurs, la procédure par elles poursuivie.

Ainsi, dans l'affaire *Job Centre* (20), la Cour a nié la qualité de juridiction au Tribunal civil et pénal de Milan lorsqu'il statue dans le cadre d'une procédure de « *giurisdizione volontaria* » sur une demande d'homologation des statuts d'une société aux fins de l'inscription de celle-ci au registre (21), mais a reconnu cette qualité à la Cour d'appel de Milan

---

(15) Aff. C-86/00, *HSB-Wohnbau GmbH, Rec.*, 2001, p. I-5353, aff. C-182/00, *Lutz GmbH e.a., Rec.*, 2002, p. I-547, aff. C-447/00, *Holto Ltd, Rec.*, 2002, p. I-735.

(16) Aff. C-248/01, *Hermann Pfanner Getränke GmbH e.a.*, Ordonnance du 14 juin 2002 (non publiée au Recueil)

(17) Aff. 36/73, *Nederlandse Spoorwegen c/ Minister van Verkeer en Waterstaat, Rec.*, 1973, p. 1299.

(18) Aff. jtes C-69/96 à C-79/96, *Garofalo e.a. c/ Ministero della Sanità et Unità sanitaria locale (USL) n° 58 di Palermo, Rec.*, 1997, p. I-5603.

(19) Aff. C-256/97, *Procédure concernant Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), Rec.*, 1999, p. I-3913.

(20) Aff. C-111/94, *Procédure gracieuse engagée par Job Centre Coop. arl, Rec.*, 1995, p. I-3361, aff. C-55/96, *Procédure gracieuse engagée par Job Centre Coop. arl, Rec.*, 1997, p. I-7119.

(21) Aff. C-111/94, *Procédure gracieuse engagée par Job Centre Coop. arl, Rec.*, 1995, p. I-3361.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

saisie de l'appel interjeté de la décision dudit tribunal (22). Pourtant, lorsque le demandeur débouté exerce une voie de droit contre la décision prise, la juridiction gracieuse en degré d'appel ne tranche, en l'absence d'un contradicteur, aucun litige et la procédure poursuivie retient son caractère non juridictionnel (23).

De même, la Cour a refusé d'attribuer la qualité de juridiction à la Commission suédoise de droit fiscal qui l'avait saisie dans l'affaire *Victoria Film* (24), au motif que, lorsqu'elle émet, sur requête unilatérale d'un contribuable, un avis préalable en matière d'imposition, ladite Commission « *fait œuvre d'administration* » mais ne tranche pas un litige (25). L'identité de la procédure poursuivie devant les deux instances concernées nonobstant, la Cour indique que la juridiction devant laquelle un recours serait éventuellement formé à l'encontre d'un tel avis pourrait être considérée comme exerçant une fonction de nature juridictionnelle, puisque appelée à contrôler la légalité dudit avis (26). Une telle hypothèse s'est présentée dans l'affaire *X AB et Y AB* (27) et dans l'affaire *Aktiebolaget NN c/ Skatteverket* (28) dans lesquelles la Cour a reconnu, expressément dans la première, implicitement dans la seconde, la qualité de juridiction exerçant une fonction juridictionnelle à la Cour suprême administrative suédoise siégeant en sa qualité d'instance d'appel des avis délivrés par la Commission de droit fiscal (29).

La même approche a été suivie à l'égard de la Commission finlandaise de recours des activités rurales, considérée par la Cour comme

(22) Aff. C-55/96, *Procédure gracieuse engagée par Job Centre Coop. arl*, Rec., 1997, p. I-7119.

(23) C. Nizzo, « La notion de juridiction au sens de l'article 177 : la portée de l'arrêt Job Centre », in *Rivista di diritto europeo*, 1995, p. 335.

(24) Aff. C-134/97, *Procédure de demande d'avis préalable engagée par Victoria Film A/S*, Rec. 1998, p. I-7023

(25) *Ibid.* point 18.

(26) *Ibid.* Dans ses conclusions sous arrêt *Victoria Film*, l'Avocat général FENNELLY a, pourtant, considéré qu'il était difficilement concevable que, dans de telles circonstances, la décision de la Cour suprême administrative soit reconnue comme juridictionnelle alors que celle de la Commission de droit fiscal ne le soit pas. *Ibid.* point 28.

(27) Aff. C-200/98, *X AB et Y AB c/ Riksskatteverket*, Rec., 1999, p. I-8261.

(28) Aff. C-111/05, *Aktiebolaget NN c/ Skatteverket*, Rec., 2007, p. I-2697.

(29) Dans son arrêt C-200/98, *X AB et Y AB c/ Riksskatteverket*, Rec., 1999, p. I-8261, la Cour a retenu le fait que la juridiction de renvoi était saisie afin de contrôler la légalité d'un avis rendu par la Commission de droit fiscal. Cette solution a été étendue par l'arrêt rendu le 12 juin 2008 par la Cour dans l'affaire C-458/06, *Skatteverket c/ Gourmet Classic Ltd*, dans laquelle la juridiction nationale n'était pas saisie d'un appel interjeté de l'avis de la Commission de droit fiscal mais d'une demande de confirmation de ce dernier. Contrairement aux conclusions prononcées le 3 avril 2008 par l'Avocat général Bor, la Cour a reconnu la qualité de *juridiction* à la Cour suprême administrative suédoise, en l'absence de tout litige que cette dernière devait trancher, au motif, *inter alia*, que cette juridictions avait « *une compétence de pleine juridiction indépendamment des conclusions des parties* » (Rec., 2008, p. I-4207, point 30).

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

une juridiction quand elle est saisie en appel d'une décision prise par un comité des activités rurales rejetant un recours contre une décision d'une autorité communale (30). Dans cette même ligne de jurisprudence, la qualité de juridiction a été reconnue par la Cour à la Chambre supérieure autrichienne des brevets et des marques – organe qualifié en droit autrichien d'« *autorité collégiale indépendante à caractère judiciaire* » – statuant en appel contre une décision de la Division de l'annulation de l'Office national des brevets et des marques (31). Cette même approche semble avoir été celle implicitement suivie par la Cour dans l'affaire *Maaheimo* (32). Dans cette dernière affaire la Cour a répondu aux questions posées par la Commission finlandaise de recours en matière de sécurité sociale saisie d'un recours contre une décision de la Commission d'assurance maladie. La Cour a également exercé sa compétence préjudicielle en répondant aux questions présentées – sans s'interroger sur sa qualité – par le Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des architectes belge, siégeant en appel contre la décision, respectivement, du Conseil de l'ordre des architectes de la province de Bruxelles (33) et de celui de la province de Liège (34). Il en a été de même dans l'affaire *Diversinte et Iberlacta* dans laquelle la Cour a accueilli, sans discussion, une demande de décision préjudicielle formulée par le *Tribunal Económico-Administrativo central de Madrid* devant lequel un recours contre la décision du *Tribunal Económico-Administrativo provincial de Gerona* avait été introduit (35). La Cour a également répondu aux questions renvoyées à titre préjudiciel par une autorité administrative suédoise statuant en degré d'appel en matière d'immigration contre une décision prise par l'autorité suédoise compétente en matière d'immigration, sans discuter la question de la qualification de l'organe de renvoi (36). L'on peut rappeler que l'accès au prétoire préjudiciel de la Cour par la Commission de recours en matière de médecine générale – organe de l'Association royale néerlandaise pour la promotion de la médecine – statuant sur des décisions

---

(30) Aff. jtes. C-9/97 et C-118/97, *Procédures engagées par Raija-Liisa Joklen et Laura Pitkärantan*, Rec., 1998, p. I-6267.

(31) Aff. C-246/05, *Armin Häupl c/ Lidl Stiftung & Co. KG*, Rec., 2007, p. I-4673.

(32) Aff. C-333/00, *Eila Päivikki Maaheimo*, Rec., 2002, p. I-10087.

(33) Aff. C-166/91, *Bauer c/ Conseil national de l'ordre des architectes*, Rec., 1992, p. I-2797.

(34) Aff. C-447/93, *Dressen c/ Conseil national de l'ordre des architectes*, Rec., 1994, p. I-4087.

(35) Aff. jtes. C-260/91 et C-261/91, *Diversinte et Iberlacta c/ Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, Rec., 1993, p. I-1885.

(36) Aff. C-1/05, *Yunying Jia c/ Migrationsverket*, Rec., 2007, p. I-1. Dans ses conclusions, l'Avocat général GIELOED a brièvement examiné les caractéristiques de cette autorité, point 16.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

de la Commission d'enregistrement de ladite Association, a été admis, nonobstant le statut de droit privé de cette dernière (37).

Mais des autorités administratives statuant en première instance ont également été considérées comme des juridictions. Ainsi, a été reconnue la qualité de juridiction à l'Office des adjudications du Land du Tyrol qui devait statuer sur un recours dirigé à l'encontre d'une adjudication effectuée par le Syndicat intercommunal de l'hôpital de Schwaz (38) et à la Commission de contrôle des adjudications du Land de Vienne, saisie d'un recours contre une décision du pouvoir adjudicateur (39). De même, une commission danoise de recours en matière de marchés publics, statuant sur plainte, est une juridiction (40), comme l'est la Commission suédoise de recours pour l'enseignement supérieur, statuant sur recours formé à l'encontre d'une décision de recrutement prise par un recteur d'Université (41). Ont été qualifiés de juridiction, le Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale, exerçant des compétences en matière de contentieux fiscal local, saisi contre une mesure prise par une commune (42), et le Conseil supérieur fédéral autrichien de la communication, statuant sur plainte (43).

Les arrêts de la Cour permettant l'accès au prétoire aux autorités administratives dont l'indépendance, qualité *sine quo non* d'une juridiction, était fortement contestée, constituent la partie la plus controversée de son éclectique jurisprudence relative à la notion de juridiction. La Cour adopte une approche particulièrement laxiste en ce qui concerne l'indépendance de telles autorités.

Le cas le plus flagrant est, indéniablement, celui du *Tribunal Económico-Administrativo regional de Cataluña* qui a saisi la Cour dans l'af-

---

(37) Aff. 246/80, *Broekmeulen c/ Huisarts Registratie Commissie*, Rec., 1981, p. 2311.

(38) Aff. C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG et Atzwanger AG c/ Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz*, Rec., 1999, p. I-551.

(39) Aff. C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c/ stadt Wien*, Rec., 2002, p. I-5553. Dans ses conclusions prononcées le 22 novembre 2007 dans l'affaire C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c/ Fernwärme Wien GmbH*, l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a proposé que la Cour revienne sur l'attribution de la qualité de juridiction à cette Commission. Par arrêt rendu le 10 avril 2008 (Rec., 2008, p. I-2339), la Cour a répondu aux questions posées sans aborder la question de la qualification de la Commission qui l'avait saisie.

(40) Aff. C-275/98, *Unitron Scandinavai A/S et 3-S A/S, Danske Svineproducenters Service-selskab c/ Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, Rec., 1999, p. I-8291.

(41) Aff. C-407/98, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c/ Elisabet Fogelqvist*, Rec., 2000, p. I-5539.

(42) Aff. C-17/00, *François De Coster c/ Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Rec., 2001, p. I-9445.

(43) Aff. C-195/06, *Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) c/ Österreichischer Rundfunk (ORF)*, Rec., 2007, p. I-8817.

DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

faire *Gabalfrisa* (44). En dépit de son intitulé, le *Tribunal* n'est pas un organe judiciaire, mais une commission au sein du Ministère espagnol de l'Economie et des Finances, chargée de statuer sur des réclamations introduites par des contribuables. Pourtant, par son irrémédiable arrêt, la Cour a considéré qu'étaient satisfaits l'ensemble des critères relatifs à la notion de juridiction et, qu'en particulier, l'indépendance dudit *Tribunal* était assurée par la « *séparation fonctionnelle entre, d'une part, les services de l'administration fiscale chargés de la gestion, du recouvrement et de la liquidation et, d'autre part, les Tribunaux Económico-Administrativos, lesquels statuent sur les réclamations introduites contre les décisions prises par lesdits services sans recevoir aucune instruction de l'administration fiscale* » (45). L'appartenance de ses membres au ministère sur les décisions duquel le *Tribunal* devait statuer nonobstant, la qualité de tiers de ce dernier par rapport aux services qui ont adopté la décision faisant l'objet de la réclamation, a été reconnue (46).

Du même acabit est l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Dorsch Consult* (47). Malgré la véhémence opposée de l'Avocat général Tesauero, la Cour a attribué la qualité de juridiction à la Commission fédérale allemande de surveillance de la passation des marchés publics, en dépit du fait que cette Commission, ainsi que l'a souligné l'Avocat général, « *était une*

---

(44) Aff. jtes. C-110/98 à C-147/98, *Gabalfrisa SL e.a. c/ Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)*, Rec., 2000, p. I-1577.

(45) *Ibid.* point 39.

(46) *Ibid.* point 40. A cet égard l'Avocat général SAGGIO a considéré que « *l'indépendance 'hiérarchique et fonctionnelle' que le gouvernement espagnol revendique pour le Tribunal Económico-Administrativo par rapport aux organismes qui s'occupent de la gestion des impôts, loin de permettre de qualifier les premiers de 'juridiction', ne fait que confirmer l'impression qu'il s'agit, en définitive, d'une ramification de l'administration spécifiquement appelée à se prononcer sur la légitimité des mesures prises par les organes de gestion* » : Conclusions sous arrêt C-110/98 à C-147/98, *Gabalfrisa SL e.a., c/ Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)*, Rec., 2000, p. I-1577, point 17. V. également les conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous arrêt C-17/00, *François de Coster c/ Collège des bourgmestre et échevins de Watermeal-Boitsfort*, Rec., 2001, p. I-9445, points 26-28. Cet arrêt paraît inconciliable avec l'arrêt C-516/99, *Walter Schmid*, Rec., 2002, p. I-4573, dans lequel la Cour a nié la qualité de juridiction, en raison de l'absence d'indépendance de ses membres, à la *Cinquième Chambre d'appel de la direction régionale des finances pour Vienne, la Basse-Autriche et le Burenland*, émanation de l'administration fiscale sur les décisions de laquelle elle est appelée à statuer. Pour la Cour, un organe ayant à connaître des recours contre les décisions prises par les services de l'administration dont il fait partie ne saurait se voir reconnaître la qualité de juridiction en raison de son lien organique avec l'administration, « *à moins que le contexte juridique national soit de nature à garantir la séparation fonctionnelle entre, d'une part, les services de l'administration dont les décisions sont contestées et, d'autre part, l'autorité qui statue sur les réclamations introduites contre les décisions desdits services, sans recevoir aucune instruction de l'administration dont ces services relèvent* ».

(47) Aff. C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c/ Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, Rec., 1997, p. I-4961.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*émanation du Bundeskartellamt, c'est-à-dire de l'administration*», et qu'elle était appelée à trancher des «*litiges opposant l'administration et des administrés*» (48). «*Cette circonstance*», a déclaré l'Avocat général, «*devrait exclure toute possibilité de lui reconnaître le caractère de tiers et donc de parler d'indépendance*» (49). Insensible à ces arguments, la Cour s'est appuyée sur certaines dispositions législatives nationales qui, selon elle, garantissaient l'indépendance de ladite commission et l'impartialité de ses membres et a conclu qu'en l'espèce, la commission ayant à statuer sur la légalité de la décision prise par le service du contrôle de la passation des marchés, elle exerçait une fonction juridictionnelle (50).

En revanche, par ordonnance rendue le 14 mai 2008 dans l'affaire C-109/07, *Pilato c/ Bourgault* (50bis), la Cour s'est déclarée manifestement incompétente pour répondre aux questions posées par la prud'homme de pêche de Martigues, au motif, notamment, que cette dernière ne remplissant pas les conditions d'indépendance et d'impartialité requises, elle ne pouvait être considérée comme une *juridiction* au sens de l'article 234 du traité CE.

Les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridiction ont été appliqués d'une manière erratique et avec une «*rigueur variable*» (51). Compte tenu des incohérences de cette jurisprudence, et des «*inconvenients de l'immixtion d'une autorité administrative aussi indépendante qu'elle soit, dans un dialogue entre juges*» (52), l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a proposé de revoir la jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridic-

---

(48) Conclusions sous arrêt C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c/ Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, Rec., 1997, p. I-4961, point 36.

(49) *Ibid.*

(50) Aff. C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c/ Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, Rec., 1997, p. I-4961, point 37. Il ne semble pas que la Commission hellénique de la concurrence à laquelle la Cour a refusé de reconnaître la qualité de juridiction dans l'arrêt C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) et autres c/ GlaxoSmithKline plc et GlaxoSmithKline AEVE*, Rec., 2005, p. I-4609, soit moins indépendante que la Commission fédérale allemande de surveillance de la passation des marchés publics ou que le Tribunal de defensa de la competencia espagnol que la Cour a, sans discussion, qualifié de juridiction dans l'arrêt C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia c/ Asociación Española de Banca Privada e.a.*, Rec., 1992, p. I-4785.

(50bis) Rec., 2008, I-3503.

(51) F. PICOD et J. RIDEAU, «Renvoi préjudiciel», in *Répertoire communautaire*, Dalloz, point 99.

(52) Conclusions du 22 novembre 2007 de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER dans l'affaire C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärm-Umwelt GmbH c/ Fernwärme Wien GmbH*, Rec., 2008, p. I-2339, point 26. V. également les conclusions de l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER sous arrêt C-17/00, *François De Coster c/ Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Rec. 2001, p. I-9445, où il parle des «*effets perturbateurs de l'immixtion d'un organe administratif dans un dialogue entre juges*», *ibid.* points 75-79.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

tion, tout particulièrement celle qui permet d'attribuer cette qualité à des autorités administratives. L'Avocat général préconise, en guise de pis-aller, une solution selon laquelle, même lorsqu'elles remplissent les critères requis par la jurisprudence, les autorités administratives ne devraient se voir reconnaître la qualité de juridiction que si leurs décisions n'étaient pas susceptibles de recours juridictionnel (53). En d'autres termes, les juridictions faisant partie de l'organisation judiciaire étatique bénéficieraient d'une sorte de présomption favorable alors que les autorités administratives se verraient opposer une présomption défavorable. Cette présomption favorable, dans le premier cas, pourrait devenir irréfragable lorsque la juridiction en cause remplit l'ensemble des critères dégagés par la jurisprudence (54). La présomption défavorable, dans le second cas, pourrait être renversée et devenir irréfutablement favorable lorsque la satisfaction de ces conditions est accompagnée d'une circonstance supplémentaire : l'absence de voie de recours juridictionnel contre les décisions prises.

B. – *Accès intrusif*

Il est élémentaire, voire axiomatique que, dans une Communauté de droit fondée sur le principe des pouvoirs d'attribution, seules des questions soulevées à propos d'une situation régie par le droit communautaire soient susceptibles de faire l'objet de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Pourtant, depuis plus de deux décennies, la Cour accueille des demandes de décision préjudicielle dans des circonstances situant la question posée en dehors du champ d'application *ratione materiae* et/ou *ratione personae* du droit communautaire.

Dans l'arrêt *Thomasdünger* (55), en n'abordant pas la problématique spécifique à une telle constellation, la Cour admit sa compétence au motif que « *sauf dans des cas exceptionnels où il est manifeste que la disposition du droit communautaire, dont l'interprétation est demandée, n'est pas applicable aux faits du litige au principal, la Cour s'en remet à la juridiction nationale, à laquelle il appartient d'apprécier, au regard des faits de chaque affaire la nécessité, pour*

---

(53) Conclusions dans les affaires C-17/00, *François De Coster c/ Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Rec. 2001 p. I-9445, C-246/05, *Armin Häupl c/ Lidl Stiftung & Cp. KG*, Rec., 2007, p. I-4673, C-195/06, *Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) c/ Österreichischer Rundfunk (ORF)*, Rec., 2007, p. I-8817 et C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c/ Fernwärme Wien GmbH*, Rec., 2008, p. I-2339.

(54) Cette présomption pourrait, logiquement, être renversée dans les cas où les conditions requises par la jurisprudence de la Cour ne seraient pas remplies.

(55) Aff. 166/84, *Thomasdünger c/ Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main*, Rec., 1985, p. 3001.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*décider du litige dont elle est saisie, de voir trancher la question préjudicielle posée*» (56).

Le prétoire de la Cour s'ouvre ainsi à des juridictions des Etats membres même dans des cas où celles-ci sont appelées à statuer, en droit national, en dehors de la sphère d'application propre au droit communautaire. Répondre à des questions préjudicielles déferées à la Cour dans un tel contexte consisterait, selon l'Avocat général Darmon, en « *une opération 'sui generis' visant à apporter une aide au juge national pour la mise en œuvre du seul droit national, hors du champ d'application du droit communautaire* » (57), opération critiquée par l'Avocat général Tesauro et qualifiée par lui d'« *assistance technique* », voire de « *consultation juridique* » apportée aux juridictions nationales dans des domaines étrangers au droit communautaire (58). S'adressant aux juges de la Cour, l'Avocat général Darmon a souligné « *les graves inconvénients que comporteraient la perspective pour votre Cour de s'engager dans une collaboration aux contours indéfinis, affranchie du cadre et des objectifs précis du mécanisme préjudiciel. En d'autres termes, votre rôle consisterait alors à délivrer des avis ou des consultations du type de ceux qu'un jurisconsulte qualifié est parfois amené à fournir au juge du for lorsque celui-ci doit appliquer la loi étrangère. Telle n'est pas la mission de votre Cour dans le cadre préjudiciel* » (59).

Se plaçant sur un registre différent, sans être perturbée par de telles considérations, la Cour a mis en avant deux spécifiques mais vaines raisons afin d'asseoir sa compétence dans de telles circonstances: un spécieux argument tiré d'une singulière lecture du texte et un pseudo argument anticipatoire d'une prospective virtualité, déduit, en toute vraisemblance, d'une logique trivalente. Les deux supposées explications témoignent d'un profond et troublant mépris de la nature même des règles incontournables qui déterminent l'étendue des compétences de la Cour de justice.

En premier lieu, interpolant l'article 234 du traité CE, la Cour affirme que, ni les termes de ce dernier, ni l'objet de la procédure préjudicielle,

---

(56) *Ibid.* point 11.

(57) Conclusions sous arrêt C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln, Rec.*, 1990, p. I-4003, point 7, et sous l'arrêt C-297/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi c/ État belge, Rec.*, 1990, p. I-3763, point 10.

(58) Conclusions sous arrêt C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd c/ City of Glasgow District Council, Rec.*, 1995, p. I-615, point 25.

(59) Conclusions sous arrêt C-278/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi c/ État belge, Rec.*, 1990, p. I-3763, point 12 et sous arrêt C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln, Rec.*, 1990, p. I-4003, point 9.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

ne permettent de considérer que les auteurs du traité entendaient exclure sa compétence pour répondre aux questions portant sur des dispositions communautaires lorsque le droit interne d'un Etat membre renvoie au contenu de ces dernières, afin de s'y conformer ou dans le but de déterminer les règles applicables dans le cadre d'une situation purement interne de cet Etat (60). En second lieu, la Cour déclare que, pour l'ordre juridique communautaire, « *il importe* » (61), il existe « *un intérêt manifeste* » (62) ou « *un intérêt communautaire certain* » (63) à ce que, quelque soit le contexte de leur application, les dispositions du droit communautaire aient un sens identique afin d'éviter des divergences futures dans leur interprétation (64). Cet intérêt communautaire résiderait, également, selon la Cour, en « *ce que les règles du droit communautaire puissent, lorsque des doutes apparaissent dans le cadre de l'application du renvoi opéré par le droit interne, recevoir*

---

(60) Aff. jtes C-278/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, Rec., 1990, p. I-3763, point 16, aff. C-231/89, *Krystyna Gmurznska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*, Rec., 1990, p. I-4003, point 25, aff. C-384/89, *Procédure pénale c/ Gérard Tomatis et Christian Fulchiron*, Rec., 1991, p. I-127 (publication sommaire), au point 9 de la version ronéo de l'arrêt, aff. C-28/95, *A. Leur-Bloem c/ Inspecteur de Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2*, Rec., 1997, p. I-4161, point 24, aff. C-130/95, *Bernard Giloy c/ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, Rec., 1997, p. I-4291, point 20, aff. C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA*, Rec., 2001, p. I-207, point 21, aff. C-3/04, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF, Albert Mooij, Sjoerdije Sijswerda, Gerrit Schram*, Rec., 2006, p. I-2505, point 15, aff. C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Servicio c/ Compañía Española de Petróleos SA*, Rec., 2006, p. I-11987, point 19, aff. C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Ente tabacchi italiani-ETI SpA et Philip Morris Products SA*, Rec., 2007, p. I-10893, point 22.

(61) Aff. C-231/89, *Krystyna Gmurznska-Bscher*, pré.cit. point 24.

(62) Aff. jtes C-287/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi*, pré.cit. point 32.

(63) Aff. C-28/95, *A. Leur-Bloem*, pré.cit. point 32, aff. C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. point 28, aff. C-1/99, *Kofisa Italia*, pré.cit. point 32, aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rec., 2001, p. I-7464, point 27, aff. C-43/00, *Andersen og Jensen ApS c/ Skatteministeriet*, Rec., 2002, p. I-379, point 18, aff. C-222/01, *British American Tobacco Manufacturing BV c/ Hauptzollamt Krefeld*, Rec., 2004, p. I-4683, point 40, aff. C-300/01, *Doris Salzman*, Rec., 2003, p. I-4899, point 34, aff. C-3/04, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF, Albert Mooij, Sjoerdije Sijswerda, Gerrit Schram*, Rec., 2006, p. I-2505, point 16, aff. C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Servicio*, pré.cit. point 20, aff. C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, pré.cit. point 21.

(64) V. par exemple, aff. jtes C-287/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi*, pré.cit. point 37, aff. C-231/89, *Krystyna Gmurznska-Bscher*, pré.cit. point 24, aff. C-28/95, *A. Leur-Bloem*, pré.cit. point 32, aff. C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. point 28, aff. C-1/99, *Kofisa Italia*, pré.cit. point 32, aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rec., 2001, p. I-7464, point 27, aff. C-43/00, *Andersen og Jensen ApS c/ Skatteministeriet*, Rec., 2002, p. I-379, point 18. Cet argument n'est pas repris dans tous les arrêts. V. par exemple, aff. C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) c/ Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, Rec., 2003, p. I-1, aff. C-267/99, *Christiane Adam c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*, Rec., 2001, p. I-7467, aff. C-43/00, *Andersen og Jensen ApS c/ Skatteministeriet*, Rec., 2002, p. I-379.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*une interprétation uniforme par le biais d'arrêts de la Cour rendus sur demande de décision préjudicielle* » (65).

Dans l'affaire *British American Tobacco Manufacturing* (66), la Cour a tenu à rappeler que, « *saisie d'autres affaires dans lesquelles les règles communautaires dont l'interprétation était sollicitée n'étaient applicables qu'en vertu d'un renvoi opéré par le droit interne, la Cour a jugé, de manière constante, que, lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à une situation interne à celles retenues en droit communautaire, afin, notamment, d'assurer une procédure unique dans des situations comparables, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer* » (67).

L'argument textuel, tiré d'une hypothèse non prévue par le traité, n'est qu'un leurre. Afin d'être exercée dans le cadre communautaire, une compétence doit être expressément attribuée et ne saurait être simplement déduite. En outre, la lettre de l'article 234 du traité ne saurait être interprétée, pour y découvrir une compétence non visée, en méconnaissant l'économie et la fonction du renvoi préjudiciel au sein de l'ordre juridique communautaire qui circonscrivent, sans ambiguïté, son champ d'application.

Avec une dose d'ironie, l'Avocat général Jacobs a attiré l'attention de la Cour qu'« *à l'instar d'autres ordres juridiques, l'ordre juridique communautaire définit son propre champ d'application et il peut paraître raisonnable de présumer que l'ensemble du droit communautaire, y compris l'article 177, est appelé à recevoir application dans ce seul domaine* » (68).

Le caractère incongru de l'argument, prétendument textuel, a été mis en évidence par, notamment, les Avocats généraux Tesouro et

---

(65) Aff. C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, pré.cit. point 26.

(66) Aff. C-221/01, *British American Tobacco Manufacturing BV c/ Hauptzollamt Krefeld*, *Rec.*, 2004, p. I-4683.

(67) *Ibid.* point 40. V. également, aff. C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, pré.cit. point 21. Déclarant irrecevable la demande de décision préjudicielle présentée par le *Tribunal superior de Justicia de Canarias*, la Cour a, dans l'ordonnance du 16 avril 2008 rendue dans l'affaire C-186/07, *Club Náutico de Gran Canaria c/ Comunidad Autónoma de Canarias*, souligné qu'elle ne saurait être compétente que dans l'hypothèse où un renvoi au droit communautaire est opéré par le droit national, *Rec.*, 2008, p. I-60 (publication sommaire), ronéo point 19.

(68) Conclusions conjointes sous arrêt C-28/95, *A. Leur-Bloem*, pré.cit. et sous arrêt C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. *Rec.*, 1997, p. I-4161, point 47.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Ruiz-Jarabo Colomer. En soulignant le principe des compétences d'attribution dans le système communautaire, M. Tesaurò a nié toute pertinence à cet argument qu'il considère « *non fondé* » (69). De même, M. Ruiz-Jarabo Colomer estime qu'en s'appuyant sur un tel argument, la Cour « *méconnaît l'un des principes fondamentaux de la répartition des compétences au sein de la Communauté: le principe d'attribution spécifique de la compétence* » (70). L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer de poursuivre: « *les compétences conférées à la Communauté, et par conséquent, à ses institutions, sont donc des compétences d'attribution, c'est-à-dire qu'elles n'existent qu'en tant qu'elles découlent des traités constitutifs* » (71), et de conclure que « *les traités n'ont pas chargé la Cour de justice de statuer sur des affaires étrangères au champ d'application du droit communautaire, de sorte que le discours tenu par la Cour à propos de l'absence d'argument de texte en sens contraire ne parvient pas à me convaincre* » (72).

Dans ses arrêts, la Cour passe sous silence cette objection et n'explique pas comment pourraient être conciliés le respect du principe des compétences d'attribution et l'exercice d'une compétence non prévue par le traité.

L'argument tiré de l'existence d'un présumé intérêt communautaire ne serait qu'un « *prétexte* » (73), au demeurant fort discutable, ainsi que l'ont également démontré certains Avocats généraux.

Que les notions retenues par le droit communautaire puissent être utilisées pour régir une réglementation nationale, considère l'Avocat général Darmon, « *n'est pas de nature à étendre le champ de compétence du droit communautaire et, en conséquence, la compétence de (la) Cour* » (74). « *On ne s'aperçoit pas tout à fait clairement* », déclare l'Avocat général Jacobs, en quoi la Cour servirait l'objectif d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans tous les Etats membres, « *en statuant dans des litiges intéressant une disposition communautaire qu'un Etat membre a empruntée pour la transposer* »

---

(69) Conclusions sous arrêt C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd c/ City of Glasgow District Council*, Rec., 1995, p. I-615, point 25.

(70) Conclusions sous arrêt C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA*, Rec., 2001, p. I-207, point 33.

(71) *Ibid.* point 34.

(72) *Ibid.* point 35.

(73) *Ibid.* point 39.

(74) Conclusions sous arrêt C-297/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi c/ État belge*, Rec., 1990, p. I-3763, point 11, et sous arrêt C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*, Rec., 1990, p. I-4003, point 8.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*dans un contexte non communautaire*» (75). Selon M. Jacobs, « *le risque que le droit communautaire ne soit pas appliqué de manière conforme dans l'Etat concerné ne sera tout au plus qu'indirect et temporaire. Il sera évident que toute interprétation d'une règle communautaire donnée par une juridiction nationale n'aura pas été tirée d'une décision de la Cour et qu'elle pourra être remise en cause dès qu'elle sera appliquée dans un contexte communautaire* » (76). Et l'Avocat général Jacobs de s'interroger sur la manière dans laquelle l'objectif visé par le renvoi préjudiciel pourrait être atteint par l'interprétation de dispositions communautaires en leur donnant une portée plus large que celle qu'elles devraient avoir (77). Au surplus, M. Jacobs se demande comment l'intérêt communautaire pourrait s'accommoder du fait que la compétence de la Cour dépende uniquement du droit national et du fait que la juridiction de renvoi ne soit pas obligée d'appliquer l'arrêt rendu par la Cour (78).

Partageant les mêmes doutes quant à la valeur de l'argument relatif au supposé intérêt communautaire, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer souligne que, pour fonder une justification tirée de la nécessité d'assurer au droit communautaire une interprétation uniforme, « *il faudrait déterminer tout d'abord quel risque pour l'uniformité d'interprétation du droit communautaire mène la Cour à assumer cette compétence* » et constate que « *la Cour ne l'a jamais expliqué dans sa jurisprudence* » (79). Selon M. Ruiz-Jarabo Colomer, ce « *prétendu intérêt... est tout simplement inexistant* » (80). Puisque les juridictions nationales ne sont pas tenues de suivre l'interprétation donnée par la Cour, l'Avocat général se demande, rhétoriquement, « *comment la prise en charge de cette compétence par cette dernière pourrait-elle garantir que les dispositions et concepts repris du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme ?* » (81).

---

(75) Conclusions conjointes sous arrêt C-28/95, *A. Leur-Bloem*, pré.cit. et sous arrêt C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. *Rec.*, 1997, p. I-4161, point 47.

(76) *Ibid.* point 49.

(77) Conclusions sous arrêt C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) c/ Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, *Rec.*, 2003, p. I-1, point 59.

(78) *Ibid.* point 63.

(79) Conclusions sous arrêt C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA*, *Rec.*, 2001, p. I-207, point 36.

(80) *Ibid.* point 37.

(81) *Ibid.* point 38.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Bien que contestée (82), et qu'aucune des objections formulées à son encontre n'ait été par la Cour examinée et, a fortiori, réfutée, la jurisprudence semble aujourd'hui ancrée (83). L'Avocat général Tesaro l'a ainsi exposée : « *il suffit que les questions soulevées par la juridiction nationale portent d'une façon ou d'une autre sur l'interprétation du droit communautaire pour que la Cour se déclare compétente pour statuer* » (84). Et M. Tesaro de remarquer que, circonstance aggravante, « *la Cour a exercé cette compétence en ayant pleinement conscience tant de l'utilité simplement éventuelle et future, pour l'ordre juridique communautaire, de son interprétation que de l'éventuelle absence d'utilité pour le juge a quo lui-même* » (85).

Bien que la Cour ne semble pas perturbée par les objections dirimantes invoquées à l'encontre de sa compétence, ni soucieuse des difficultés auxquelles donne lieu sa jurisprudence, il n'en demeure pas moins

---

(82) Comme l'a rappelé, par exemple, l'Avocat général LÉGER, V. conclusions sous arrêt C-208/98, *Berliner Kindl Brauerei AG c/ Andreas Siefert*, Rec., 2000, p. I-1741, point 24, note 14, sous arrêt C-300/01, *Doris Salzmann*, Rec., 2003, p. I-4899, point 29, et sous arrêt C-152/03, *Hans-Jürgen et Monique Ritter-Coulais c/ Finanzamt Germersheim*, Rec., 2006, p. I-1711, point 75.

(83) Les Avocats généraux semblent l'accepter sans que l'on sache si par conviction ou par acquiescement à contre cœur. V. par exemple les conclusions de l'Avocat général TIZZANO sous arrêt C-222/01, *British American Tobacco Manufacturing BV c/ Hauptzollamt Krefeld*, Rec., 2004, p. I-4683, qui, citant la jurisprudence *Dzodzi*, a constaté que « *bien qu'elle puisse apparaître critiquable à divers égards, cette jurisprudence a été régulièrement confirmée... par la Cour* » et a estimé qu'« *il y a dès lors lieu d'en conclure que celle-ci est compétente pour statuer sur les questions préjudicielles posées par le Bundesfinanzhof* », Ibid. point 22. V. également les conclusions de l'Avocat général STIX-HACKL sous arrêt C-131/00, *Ingemar Nilsson c/ Länsstyrelsen i Norrbottens län*, Rec. 2001, p. I-10165, les conclusions de l'Avocat général LÉGER sous arrêt C-300/01, *Doris Salzmann*, Rec., 2003, p. I-4899, points 29-32 et sous arrêt C-152/03, *Hans-Jürgen et Monique Ritter-Coulais c/ Finanzamt Germersheim*, Rec., 2006, p. I-1711, dans lesquelles il a déclaré : « *Nous savons que l'approche en vertu de laquelle la Cour se déclare compétente pour répondre à des questions préjudicielles portant sur des dispositions du droit communautaire dans des situations où les faits au principal se situent en dehors du champ d'application de celui-ci est sujette à discussions. Toutefois, quelle que soit la pertinence des arguments soutenus à l'encontre de l'orientation jurisprudentielle ainsi développée par la Cour, nous ne pouvons ignorer cette orientation dans la présente affaire* » (point 75), les conclusions de l'Avocat général POIARES MADURO sous arrêt C-170/03, *Staatssecretaris van Financiën c/ J.H.M. Feron*, Rec., 2005, p. I-2299, qui relève que « *la Cour a... expliqué sa compétence en vue d'interpréter des dispositions d'instruments juridiques de droit communautaire, lorsqu'elle est sollicitée en ce sens sur la base de l'article 234 CE, dans les affaires où ces dispositions sont applicables en vertu du droit interne, comme dans la présente affaire* », et qui déclare qu'« *Il n'est pas de mon intention de suggérer que la Cour, dans le contexte de la présente affaire, devrait suivre une voie différente* » (point 66), les conclusions de l'Avocat général GEELHOED sous arrêt C-3/04, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF e.a.*, Rec., 2006, p. I-2505, les conclusions de l'Avocat général KOKOTT sous arrêt C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c/ Compañía Española de Petróleo SA*, Rec., 2006, p. I-11987, et sous arrêt C-467/05, *Procedura penale c/ Giovanni Dell'Orto*, Rec., 2007, p. I-5557, les conclusions de l'Avocat général SHARPSTON sous arrêt C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c/ Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS)*, Rec., 2007, p. I-4557.

(84) Conclusions sous arrêt C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd c/ City of Glasgow District Council*, Rec., 1995, p. I-615, point 15.

(85) Ibid.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

qu'une panoplie, voire un arsenal de formidables obstacles quant à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de la compétence préjudicielle de la Cour subsiste. Même si la Cour les occulte et ne daigne pas répondre à ces objections, elle ne saurait feindre de les ignorer.

Des écueils rédhitoires, dont certains ont été évoqués par des Avocats généraux, font apparaître l'absurdité de la position retenue par la Cour. Le point de départ à cet égard est la série de trois cruciales interrogations lucidement exposées par l'Avocat général Darmon (86).

La première concerne l'autorité et le caractère contraignant de l'arrêt prononcé par la Cour dans de telles circonstances. L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer constate que « *dans une situation extérieure au champ d'application du droit communautaire, les juridictions nationales ne seraient pas tenues de suivre l'interprétation délivrée par la Cour* », ce qui serait une brèche ébranlant l'effet contraignant des arrêts de la Cour qui est l'une de leurs « *caractéristiques fondamentales* » (87). L'absence d'effet obligatoire de l'arrêt rendu présente, selon M. Ruiz-Jarabo Colomer, une difficulté supplémentaire découlant de l'extension de la compétence de la Cour (88). L'Avocat général Tesauo rappelle que, dans l'arrêt *Fournier* (89), la Cour avait accueilli une demande de décision préjudicielle tout en reconnaissant que sa réponse ne lierait pas le juge de renvoi (90), solution qui « *ne peut que susciter de sérieuses interrogations* » puisqu'elle va à l'encontre de la logique même du renvoi préjudiciel (91). Pour sa part, l'Avocat général Jacobs relève que le principe selon lequel l'interprétation donnée par la Cour lie les juridictions nationale « *serait sérieusement ruiné si la Cour acceptait que la juridiction nationale soit en fait libre d'ignorer son interprétation dans certains types d'affaires au motif qu'elles s'inscrivent dans un contexte différent* » (92). Le même Avocat général observe que « *la juridiction en renvoi ne sera pas, en vertu du droit communautaire, liée par l'arrêt de la Cour, qui n'aura donc*

---

(86) Conclusions sous arrêt C-278/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, Rec., 1990, p. I-3763, point 12, aff. C-231/89, *Krystyna Gmurznska-Bscher c/ Oberfinanzdirektion Köln*, Rec., 1990, p. I-4003, point 9.

(87) Conclusions de l'Avocat général sous arrêt C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA*, Rec., 2001, p. I-207, point 39.

(88) *Ibid.* point 40.

(89) Aff. C-73/89, *Alain Fournier et consorts c/ Vaiteer van Werwen e.a.*, Rec., 1992, p. I-5621.

(90) Conclusions sous arrêt C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd c/ City of Glasgow District Council*, pré.cit. point 14.

(91) *Ibid.* point 24.

(92) Conclusions conjointes sous arrêt C-28/95, *A. Leur-Bloem*, pré.cit. et sous arrêt C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. Rec., 1997, p. I-4161, point 61.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*inévitablement (encore une fois, en droit communautaire), qu'une fonction purement consultative. Une telle conséquence modifie clairement la fonction de la Cour telle qu'envisagée par le traité CE. Elle soulève également des questions concernant l'allocation pertinente de ressources judiciaires*». (93) Le fait que le législateur national ait sciemment retenu une notion de droit communautaire dans une matière non régie par ce dernier et que le juge de renvoi ait fait part à la Cour de sa volonté de l'appliquer (94) ne font que confirmer que l'autorité de l'arrêt de la Cour dépend de la volonté des autorités nationales et ne sauraient valablement fonder la compétence de la Cour au motif qu'aucun élément du dossier ne laisse supposer que la juridiction de renvoi puisse s'écarter de l'interprétation donnée par la Cour (95).

Alors que, dans son arrêt *Fournier* (96), la Cour a retenu sa compétence tout en reconnaissant, explicitement, que l'interprétation d'une notion contenue dans une directive et reproduite textuellement par un accord conclu entre des bureaux nationaux d'assurance, n'était pas contraignante pour la juridiction de renvoi (97), le raisonnement qu'elle a suivi dans l'affaire *Duphar* (98) semble indiquer que, selon la Cour, le caractère contraignant de son arrêt préjudiciel découlerait du fait même du renvoi opéré par le droit national au droit communautaire (99). Exception faite de l'affaire *Kleinwort Benson* (100) dans laquelle la Cour s'était déclarée incompétente pour accueillir le renvoi préjudiciel en interprétation de la Convention de Bruxelles, en se fondant, notamment, sur le fait que la loi nationale n'opérait pas « *un renvoi direct et inconditionnel au droit communautaire* » (101) et que les juridic-

---

(93) Conclusions sous arrêt C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) c/ Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg, Rec.*, 2003, p. I-1, point 61.

(94) Conclusions de l'Avocat général GIELOED sous arrêt C-3/04, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF, Albert Mooij, Sjoerdje Sijswerda, Gerrit Schram, Rec.*, 2006, p. I-2505, point 16.

(95) Contrairement à ce que la Cour affirme au point 18 de l'arrêt C-3/04, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF, Albert Mooij, Sjoerdje Sijswerda, Gerrit Schram, Rec.*, 2006, p. I-2505. V. également arrêt C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze e Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA, Rec.*, 2001, p. I-207, point 31.

(96) Aff. C-73/89, *Alain Fournier et consorts c/ Vaiter van Werven e.a., Rec.*, 1992, p. I-5621.

(97) *Ibid.* point 23.

(98) Aff. C-454/00, *VIS Farmaceutici Istituto delle Venezie SpA c/ Duphar International Research*, Ordonnance du 26 avril 2002 (non publiée au Recueil).

(99) *Ibid.* point 23.

(100) Aff. C-346/93, *Kleinwort Benson c/ City of Glasgow District Council, Rec.*, 1995, p. I-615.

(101) *Ibid.* point 16. La pertinence de cette circonstance est contestée par l'Avocat général TESAURO selon lequel aucune « *importance particulière* » ne devait être accordée au fait que dans cette affaire « *il s'agit non pas d'un simple renvoi au droit communautaire, mais de la reproduction de plusieurs dispositions de la convention. En effet, ce n'est pas le contenu de*

DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

tions nationales n'étaient « *pas tenues de trancher les litiges dont elles sont saisies en appliquant, de façon absolue et inconditionnelle, l'interprétation de la convention que la Cour leur a fournie* » (102), la Cour a retenu sa compétence non seulement dans le cas d'un tel renvoi mais, également, lorsque le droit national rend applicable par analogie, emprunte, utilise, se réfère ou simplement s'inspire des dispositions ou des notions du droit communautaire. Pourtant, dans l'ordonnance rendue le 16 avril 2008 dans l'affaire C-186/07, *Club Náutico de Gran Canaria c/ Comunidad Autónoma de Canarias*, la Cour souligne l'exigence d'« *une reproduction fidèle de ladite disposition communautaire* » (102bis).

La deuxième interrogation s'attache à la question de l'application de la solution retenue par la Cour au renvoi préjudiciel en appréciation de validité. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question mais l'Avocat général Jacobs a considéré qu'« *il serait particulièrement inapproprié que la Cour statue à ce titre dans un litige ne relevant pas du champ d'application d'un acte (communautaire)* » (103).

La troisième interrogation a trait à l'éventuelle obligation des juridictions nationales statuant en dernier ressort de recourir, dans de telles circonstances, à la procédure préjudicielle. Cette hypothèse ne s'est pas encore présentée mais l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a soutenu que de telles juridictions ne seraient pas tenues de saisir la Cour (104) et l'Avocat général Jacobs a considéré que, pour étendre cette jurisprudence aux juridictions suprêmes, il faudrait soutenir, par une sorte de « *gymnastique juridique* », que cette obligation existe « *même si la nécessité d'interprétation du droit communautaire ne s'est pas faite ressentir au plan du droit communautaire, mais bien au plan du droit national* » (105). La question de savoir si la jurispru-

---

*la disposition ou sa teneur littérale qui importe, mais le caractère communautaire ou non communautaire (qu'il s'agisse d'une norme interne, contractuelle ou conventionnelle) de cette disposition. Au demeurant, la Cour elle-même... n'a fait aucune distinction entre l'hypothèse du renvoi au contenu d'une disposition communautaire et celle de la reproduction littérale d'une disposition communautaire* » (ibid. conclusions, point 17).

(102) Ibid. point 20.

(102bis) Rec., 2008, p. I-60 (publication sommaire), ronéo point 21.

(103) Conclusions conjointes sous arrêt C-28/95, *A. Leur-Bloem*, pré.cit. et sous arrêt C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. Rec., 1997, p. I-4161, point 65.

(104) Conclusions sous arrêt C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA*, Rec., 2001, p. I-207, point 40.

(105) Conclusions conjointes sous arrêt C-28/95, *A. Leur-Bloem* pré.cit. et sous arrêt C-130/95, *Bernard Giloy*, pré.cit. Rec., 1997, p. I-4161, point 64.

DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

dence *CILFIT*(106), *Lyckeskog*(107), *Intermodal Transports*(108), *Foto-Frost*(109) et *Schul*(110) s'applique aux juridictions nationales appelées à statuer en dernière instance sur une disposition nationale renvoyant au droit communautaire n'a pas, jusqu'à présent, été soumise à la Cour.

D'autres considérations, imprégnées de scepticisme, ont également été évoquées. L'utilité, pour le juge national, de l'interprétation d'une disposition communautaire hors du contexte national dans lequel elle devrait s'appliquer et qui échappe à la connaissance de la Cour est remise en cause. L'Avocat général Jacobs observe que « *lorsque les éléments de fait qui sous-tendent un renvoi ne relèvent pas du champ d'application de la règle communautaire, la Cour est par hypothèse appelée à interpréter la règle hors de son contexte propre* » (111) et souligne que « *le contexte dans lequel l'interprétation d'une disposition communautaire est sollicitée peut être sensiblement différent de son contexte propre* » (112). Même dans le cas des dispositions communautaires et nationales similaires ou identiques, a-t-il déclaré, « *des considérations intéressant l'interprétation d'une disposition communautaire, telles que sa finalité et la place qu'elle occupe dans l'économie et dans les objectifs du traité, peuvent n'intéresser en rien l'interprétation de la disposition nationale* » (113). En outre, l'Avocat général Jacobs d'estimer que l'on peut s'interroger sur une telle utilité eu égard au fait que « *les dispositions apparemment identiques peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents* » (114).

L'entorse à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire est soulignée par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer qui considère, en outre, que la subordination de l'existence de la compétence préjudicielle de la Cour au bon vouloir des autorités nationales, conduirait à ce que l'étendue de cette compétence varierait d'un Etat à l'autre et qu'« *il est*

(106) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, Rec., 1982, p. 3415.

(107) Aff. C-99/00, *Procédure pénale c/ Kenny Roland Lyckeskog*, Rec., 2002, p. I-4839.

(108) Aff. C-495/03, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën*, Rec., 2005, p. I-8151.

(109) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec., 1987, p. 4199.

(110) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-Expéditeur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Rec., 2005, p. I-10513.

(111) *Ibid.* point 52.

(112) *Ibid.* point 53.

(113) *Ibid.* point 57.

(114) Conclusions sous arrêt C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) c/ Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, Rec., 2003, p. I-1, point 60.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*difficile d'accepter que le champ d'application d'une norme fondamentale du droit communautaire, telle que l'article 177 du traité, soit déterminée par les divers ordres juridiques nationaux* » (115).

L'on pourrait également se demander comment pourraient être conciliées la jurisprudence selon laquelle la compétence préjudicielle de la Cour ne saurait être exercée pour répondre à des questions hypothétiques, et la motivation des arrêts de la Cour qui, pour déclarer recevables des demandes de décision préjudicielle sur des questions soulevées dans un litige relatif à une situation interne dans laquelle le droit communautaire ne s'appliquerait qu'en raison du renvoi opéré par le droit national, se fonde sur l'intérêt communautaire à prévenir des divergences futures dans l'application du droit communautaire (116). Le raisonnement de la Cour dans des affaires telles que *Guimont* (117) et *Reisch* (118), confirmé récemment par l'arrêt *Centro Europa 7* (119), selon lequel une réponse à une question préjudicielle, surgie dans une situation purement interne, pourrait être utile au juge de renvoi dans l'hypothèse où son droit national imposerait de faire bénéficier un ressortissant national des droits identiques à ceux tirés du droit communautaire par des ressortissants des autres Etats membres, consiste, en substance, à reconnaître la nécessité d'un renvoi préjudiciel dans des cas où l'application du droit communautaire ne serait que virtuelle, ce qui est à l'antipode de toute la jurisprudence relative à la recevabilité des questions préjudicielles.

---

(115) Conclusions sous arrêt C-1/99, *Kofisa Italia Srl c/ Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi-Concessione Provincia di Genova-San Paolo Riscossioni Genova SpA, Rec.*, 2001, p. I-207, point 39.

(116) Sur la question des situations purement internes, V. par exemple, J-P. PUISOCHET & S. GERVASONI, « Droit communautaire et droit national, à la recherche des situations de l'ordre interne », in *Mélanges Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 717. V. également, M. POIARES MADURO, « The scope of European remedies: The Case of purely internal situations and reverse discrimination », in C. KILPATRICK, T. NOVITZ & P. SKIDMORE, *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 115. Dans ses conclusions sous arrêt C-300/01, *Doris Salzmann, Rec.*, 2003, p. I-4899, l'Avocat général LÉGER a remarqué que les arrêts *Guimont et Reisch* « s'inscrivent dans la ligne de la jurisprudence *Dzodzi* en vertu de laquelle la Cour se déclare compétente pour statuer sur des demandes préjudicielles portant sur des dispositions du droit communautaire dans des situations où les faits au principal se situent en dehors du champ d'application de celui-ci, mais dans lesquelles lesdites dispositions de ce droit ont été rendues applicables par le droit national. En effet, dans les deux cas de figure, la compétence de la Cour dépend uniquement du droit national », *ibid.* point 28. V. discussion de cette problématique par l'Avocat général GEELHOED, conclusions sous arrêt C-515/99, *Hans Reisch, Rec.*, 2002, p. I-2157, points 75-111.

(117) Aff. C-448/98, *Procédure pénale c/ Jean-Pierre Guimont, Rec.*, 2000, p. I-10663.

(118) Aff. C-515/99, *Hans Reisch, Rec.*, 2002, p. I-2157.

(119) Aff. C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c/ Ministero dell Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni, Rec.*, 2008, p. I-349.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

En outre, si l'on devait admettre les prémisses selon lesquelles un intérêt communautaire puisse être servi par l'exercice de la compétence préjudicielle en dehors du champ d'application du droit communautaire *ratione materiae* et/ou *ratione personae*, la compétence préjudicielle devrait être reconnue, *a fortiori*, contrairement à la jurisprudence de la Cour, dans des circonstances où l'application du droit communautaire n'est exclue qu'en raison de considérations *ratione temporis* (120). Or, pour justifier d'irrecevabilité de l'ordonnance de renvoi dans de telles circonstances, la Cour invoque l'absence du caractère contraignant de l'éventuelle réponse à la question posée, circonstance qui, pourtant, ne l'empêche pas d'accueillir des demandes de questions préjudicielles en

---

(120) Pourtant, dans de telles circonstances la Cour déclare irrecevables des demandes de décision préjudicielle. V. par exemple, aff. C-454/00, *VIS Farmaceutici Istituto scientifico delle Venezie SpA c/ Duphar International Research*, Ordonnance du 26 avril 2003 (non publiée au Recueil), aff. C-129/01, *Condominio Fahinei Orsini c/ Kone Ascensori SpA*, Ordonnance du 2 mai 2002 (non publiée au Recueil), aff. C-261/05, *Lakép Kft c/ Komárom-Esztergom Megyei Közigazgatási Hivatal*, Ordonnance du 9 février 2006 (non publiée au Recueil). V. également arrêt C-302/04, *Ynos kft c/ János Varga, Rec.*, 2006, p. I-371. Dans ses conclusions sous cet arrêt, aux points 45 à 50, l'Avocat général TIZZANO a rappelé « la jurisprudence bien connue de la Cour qui admet la recevabilité d'un renvoi préjudiciel, même lorsqu'on ne peut pas appliquer *ratione personae* ou *ratione materiae*, au litige principal, les dispositions communautaires dont on demande l'interprétation, mais seulement des dispositions nationales qui se bornent à renvoyer ou à se conformer aux dispositions communautaires ». L'Avocat général a reconnu qu'« en forçant certes, un peu, on pourrait étendre la logique sous-jacente à cette jurisprudence à la présente affaire, même si c'est ici l'applicabilité du droit communautaire *ratione temporis* qui est contestée. C'est-à-dire que l'on pourrait affirmer, également en se référant à l'affaire qui nous occupe que lorsqu'une législation nationale... se conforme pour les solutions qu'elle apporte à une situation interne à celles retenues en droit communautaire,... il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelle que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer.' En suivant cette logique, on pourrait donc déclarer recevable le présent renvoi préjudiciel. Nous avouons cependant qu'une telle conclusion nous laisserait tout de même assez perplexe. Si elle devait être adoptée, en effet, celle-ci amènerait à étendre encore davantage une jurisprudence qui, selon nous, ne peut être qu'exceptionnelle, étant donné que, comme l'ont relevé tant la doctrine que certains avocats généraux, elle étend déjà jusqu'à la limite extrême (si elle ne va pas au-delà) la portée de la compétence préjudicielle de la Cour, en permettant à cette dernière de se prononcer dans des cas où le droit communautaire ne s'applique manifestement pas au litige au principal, et il n'existe qu'un intérêt futur, et donc purement hypothétique, à son application uniforme ». La position de la Cour et de l'Avocat général TIZZANO concernant l'irrecevabilité de renvois préjudiciels portant sur des dispositions communautaires qui ne sont pas applicables *ratione temporis* est contestable. Comme l'écrit C. NAÔMÉ, cette jurisprudence n'est pas exempte de critique « surtout au regard de la jurisprudence *Dzodzi/Leur Bloem* », V. son livre *Le renvoi préjudiciel en droit européen-Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 81, point 116. L'on peut également rappeler, qu'en revanche, dans l'affaire C-316/93, *Nicole Vaneetveld c/ Le Foyer SA et Le Foyer SA c/ Fédération des mutualités socialistes et syndicales de la province de Liège (FMSS), Rec.*, 1994 p. I-763, alors même que les faits ayant donné lieu au recours devant le juge national étaient antérieurs à la date à partir de laquelle une directive communautaire devait s'appliquer, la Cour a répondu à une question préjudicielle relative à l'interprétation de certaines dispositions contenues dans celle-ci. Au point 15 de ses conclusions sous cet arrêt, l'Avocat général JACOBS a reconnu que « les dispositions de la directive ne pouvaient avoir effet en ce qui concerne un accident qui avait eu lieu le 2 mai 1998 ».

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

dehors du champ d'application du droit communautaire *ratione materiae* et *ratione personae*. Ainsi, la Cour constate que l'interprétation demandée ne serait pas contraignante pour la juridiction de renvoi, « celle-ci n'étant liée par l'interprétation de la Cour que dans l'hypothèse où la disposition en cause serait applicable au litige qui lui est soumis » (121) et déclare qu' « il n'est pas possible d'admettre que les réponses données par la Cour aux juridictions des Etats membres aient un effet purement consultatif et soient dépourvues d'effets obligatoires. Une telle situation dénaturerait en effet la fonction de la Cour, telle qu'elle est conçue par le traité CE, à savoir celle d'une juridiction dont les arrêts sont contraignants » (122).

En aucune circonstance l'autorité des arrêts de la Cour ne saurait être tributaire du droit national. Abstraction faite des autres objections soulevées à l'encontre de la compétence de la Cour pour admettre des demandes de décision préjudicielle formulées en dehors du champ d'application du droit communautaire *ratione materiae* et *ratione personae*, la Cour devrait se déclarer incompétente pour accueillir de telles demandes ne serait-ce que pour la raison qu'elle invoque afin écarter sa compétence lorsqu'elle est saisie de questions préjudicielles soulevées en dehors du champ d'application du droit communautaire *ratione temporis*.

Outre ces considérations, l'on peut soulever la question de savoir si, en cas de mauvaise application du droit communautaire par les juridictions d'un Etat membre dont la législation renvoie à ce dernier, un manquement pourrait être imputé à cet Etat conformément à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Commission c/ Italie* (123) et si la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée dans des circonstances telles que celles retenues par la Cour dans les arrêts *Köbler* (124) et *Traghetti* (125).

La tentative, par deux juges de la Cour, d'expliquer cette jurisprudence par la considération qu'« en donnant une interprétation très restrictive de la notion de 'situation purement interne' et en acceptant d'interpréter des dispositions de droit interne renvoyant au droit communautaire, la Cour a indiqué clairement qu'elle souhai-

---

(121) Aff. C-129/01, *Condominio Fachinei Orsini c/ Kone Ascensori SpA*, Ordonnance du 2 mai 2002 (non publiée au Recueil), point 21. V. également, aff. C-454/00, *VIS Farmaceutici Istituto scientifico delle Venezie SpA c/ Duphar International Research BV*, Ordonnance du 26 avril 2002 (non publiée au Recueil), point 23.

(122) Aff. C-129/01, *ibid.* point 22, aff. C-454/00, *ibid.* point 23.

(123) Aff. C-129/00, *Rec.*, 2003, p. I-4637.

(124) Aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Republik Österreich*, *Rec.*, 2003, p. I-10239.

(125) Aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ Repubblica italiana*, *Rec.*, 2006, p. I-5177.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*tait amplifier les effets du renvoi préjudiciel et garantir une pleine portée au droit issu du traité» (126), est loin d'emporter la conviction. De même, le but sous-jacent, détecté par l'Avocat général Cosmas, selon lequel la Cour poursuivrait l'objectif de «l'harmonisation du droit en général» (127) n'est pas plus légitime, ainsi qu'il semble lui-même l'avoir reconnu. Pour l'Avocat général, «il ne serait pas judicieux... de recourir systématiquement à cette jurisprudence et d'ériger ainsi la Cour, fût-ce dans l'intérêt de l'harmonisation des règles juridiques ou de l'égalité de traitement, en juge de la ressemblance des dispositions extracommunautaires avec le droit communautaire. La recherche d'une telle uniformité pourrait tourner au détriment du droit communautaire, en particulier si, par souci d'harmonisation, on cesserait d'accorder l'importance qui leur est due à la spécificité et à la singularité du phénomène juridique communautaire» (128). En somme, constate l'Avocat général, «cette extension du champ de l'activité préjudicielle de la Cour ne constitue pas une panacée pour la défense et la promotion du droit communautaire» (129).*

En répondant aux questions préjudicielles déferées par des juridictions nationales portant sur l'application des dispositions du droit communautaire absorbées, hors de l'orbite de ce dernier, dans des normes internes, c'est sur ces dernières, qu'en réalité, la Cour statue, accomplissant ainsi une tâche qui, comme l'a souligné l'Avocat général Mancini «est explicitement interdite» par l'article 177 (actuellement article 234) du traité(130). La jurisprudence qui, dangereusement, permet à la Cour d'assumer des missions non prévues par les traités (131), est qualifiée par l'Avocat général Tesauero, sans ambages, de «détour-

---

(126) J.-P. PUISOCHET & Ch. TIMMERMANS, Rapport pour le Colloque de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives suprêmes de l'Union européenne, disponible sur le site de l'Association : <http://www.juradmin.eu/colloquia/2004/coce.pdf>, p. 19.

(127) Conclusions sous arrêt C-321/97, *Ulla-Brith Andersson et Susanne Wåkerås-Anderson c/ Svenska staten (Etat suédois)*, Rec., 1999, p. I-3551, point 20.

(128) *Ibid.* point 22.

(129) *Ibid.* L'explication fournie dans ses conclusions sous arrêt C-3/04, pré.cit. point 151, par l'Avocat général GEELHOED qui considère que, dans de telles circonstances «le facteur décisif pour la recevabilité du renvoi préjudiciel est la question de savoir si le litige au principal sera effectivement résolu par l'application de la règle de droit communautaire en cause», néglige le fait que ce sont toujours les autorités nationales qui déterminent unilatéralement et à leur gré, les cas dans lesquels le droit communautaire s'appliquera, alors que le champ d'application de ce dernier ne saurait être défini que par lui.

(130) Conclusions sous arrêt 166/84, *Thomasdüngrer c/ Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main*, Rec., 1985, p. 3001, point 2.

(131) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous arrêt C-306/99, *Banque internationale pour l'Afrique occidentale (BIAO) c/ Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg*, Rec., 2003, p. I-1, point 59.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*nement de procédure* » (132) et considérée par l'Avocat général Tizzano comme ayant atteint, voire dépassé, « *la limite extrême... de la portée de la compétence préjudicielle de la Cour...* » (133).

### C. – Accès imposé

Le schéma organisé par l'article 234 du traité CE est sans ambiguïté : les juridictions dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne sont habilitées à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, celles dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un tel recours sont tenues de le faire (134).

La raison d'être de l'obligation qui ne pèse que sur les juridictions statuant en dernier ressort est, ainsi que la Cour l'a expliqué, de prévenir que ne s'établisse dans un Etat membre une jurisprudence ne concordant pas avec les règles du droit communautaire (135) et d'éviter que n'apparaissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté sur des questions de droit communautaire (136).

Pourtant, dans un arrêt *Foto-Frost* (137), rendu en 1987, la Cour a dit pour droit qu'aucune juridiction nationale n'était compétente pour constater elle-même l'invalidité d'un acte communautaire (138). En matière d'appréciation de validité, la saisine de la Cour de justice s'impose, par conséquent, à toutes les juridictions nationales, quel que soit leur rang, dès lors qu'elles éprouvent des doutes quant à la validité des actes communautaires.

En guise d'exorde des raisons mises en avant pour étayer sa décision, la Cour s'efforce de rattacher cette dernière au texte du traité et formule un attendu amphigourique selon lequel « *en donnant aux juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles d'un recours*

---

(132) Conclusions sous arrêt C-346/93, *Kleinwort Benson c/ City of Glasgow District Council*, Rec., 1995, p. I-615, point 27.

(133) Conclusions sous arrêt C-302/04, *Ynos Kft c/ János Varga*, Rec., 2006, p. I-371, point 50.

(134) Sur la notion de juridiction de dernière instance, V. aff. C-99/00, *Procédure pénale c/ Kenny Roland Lyckeskog*, Rec., 2002, p. I-4839 et les conclusions de l'Avocat général TIZZANO. V. également les conclusions de l'Avocat général CAPOTORTI sous arrêt 107/76, *Hoffman-La Roche AG c/ Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, Rec., 1977, p. 957.

(135) V. par exemple, aff. 107/76, *Hoffmann-La Roche AG c/ Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, Rec., 1977, p. 957, point 5, aff. jtes. 35/82 et 36/82, *Morson & Jhanjan*, Rec., 1982, p. 3723, point 8, aff. C-337/95, *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/ Evora BV*, Rec., 1997, p. I-6013, point 25, aff. C-495/03, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën*, Rec., 2005, p. I-8151, point 29, aff. C-99/00, *Procédure pénale c/ Kenny Roland Lyckeskog*, Rec., 2002, p. I-4839, point 14.

(136) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, Rec., 1982, p. 3415, point 7.

(137) Aff 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec., 1987, p. 4199.

(138) *Ibid.* point 20.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*juridictionnel de droit interne la faculté de poser à la Cour des questions préjudicielles en interprétation ou en appréciation de validité, l'article 177 n'a pas tranché la question du pouvoir de ces juridictions de constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires* » (139).

Quelle que soit la valeur des autres considérations sur lesquelles s'appuie la Cour pour étayer l'obligation qu'elle impose aux juridictions nationales en matière d'appréciation de validité, cette première constatation inepte est réfutable, avant tout, par un argument tiré de la simple lecture du traité, qualifié par l'Avocat général Mancini, de « *syllogisme d'une force incontestable* » (140). Aucune distinction n'est faite par le traité entre questions d'interprétation et questions de validité du droit communautaire. Au regard des deux catégories de question, les juridictions nationales se trouvent dans une situation identique. Celles qui ne sont pas tenues de saisir la Cour à titre préjudiciel sont habilitées par le traité à statuer elles-mêmes, aussi bien sur l'interprétation des règles communautaires que sur leur validité (141). Cette lecture du texte, la seule authentique, avait toujours été celle de la Cour qui a constaté que « *les dispositions de l'article 177 s'imposent de façon impérative au juge national et, quant à l'aliéna 2, l'habilitent à saisir la Cour de justice pour lui demander de statuer sur l'interprétation ou la validité* » (142).

---

(139) *Ibid.* point 13.

(140) Conclusions sous arrêt 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost, Rec.*, 1987, p. 4199, point 4.

(141) Les arguments fondés sur la lettre de la disposition en cause paraissent à l'Avocat général MANCINI « *solides mais également productifs de résultats si redoutables et si anormaux qu'ils estompent l'incontestable embarras que l'on éprouve en les rejetant* », conclusions sous arrêt 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost, Rec.*, 1987, p. 4199, point 5. A cet égard, l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER considère que « *dans l'arrêt Foto-Frost, la Cour s'est attribuée une compétence sans aucun appui dans la lettre de l'article 234 CE, en instaurant l'obligation de recourir au renvoi préjudiciel dans des cas où les auteurs du traité n'avaient prévu qu'une simple faculté; elle se reconnaît ainsi à elle-même la compétence exclusive pour contrôler la validité des actes communautaires aux dépens des juridictions nationales. Un jour la rivière retrouvera son lit et le juge national récupérera le rôle qu'il est appelé à partager avec la Cour sur la scène de la collaboration judiciaire, en abandonnant la fonction d'aiguilleur dans laquelle il s'est trouvé cantonné en raison du réflexe protecteur de la Cour de Luxembourg* », conclusions sous arrêt C-461/03, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Rec.*, 2005, p. I-10513, point 81.

(142) Aff. 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf c/ Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Rec.*, 1974, p. 33, point 3. A cet égard L. Goffin a pu écrire que, certes, l'article 177 du traité CE « *ne donne pas 'expressis verbis' aux juridictions nationales compétence pour déclarer un acte communautaire non valide. Mais cette compétence ne découlait-elle pas logiquement du texte? Si une question de validité ou d'interprétation ne doit être soumise à la Cour de justice que par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours interne (art. 177, dernier alinéa) et si les autres juridictions ont uniquement la faculté de soumettre semblable question si elles estiment que cela est nécessaire pour*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Un ensemble d'arguments est mobilisé par la Cour pour justifier sa décision sur un problème que l'Avocat général Mancini a exagérément considéré comme étant « *l'un des plus scabreux que la Cour ait jamais eu à affronter* » (143) et comme une question d'une « *absolue nouveauté* » (144). Les arguments mis en avant par la Cour se rattachent à sa conception quant à l'exigence d'application uniforme du droit communautaire, « *particulièrement impérieuse* » en matière de validité des actes communautaires, à l'unité de l'ordre juridique communautaire, à « *l'exigence fondamentale de la sécurité juridique* », à « *la nécessaire cohérence du système de protection juridictionnelle institué par le traité* », ainsi qu'aux prérogatives dont jouie la Cour (145).

Sur la base de la prémisse retenue par la Cour et des motifs par elle exposés, cette dernière a décrété que les juridictions nationales ne statuant pas en dernière instance peuvent constater la validité des actes communautaires devant elles contestée (146) mais qu' « *en revanche, elles n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires* » (147), cette compétence appartenant exclusivement à la Cour (148). Les juridictions nationales se trouvent, par là-même, dépouillées d'une compétence dont elles sont directement investies par le traité.

Dans l'arrêt *International Air Transport Association* (149), la Cour a rappelé sa jurisprudence *Foto-Frost* (150) selon laquelle les juridic-

---

rendre leur jugement (art. 177, al. 2) ne s'ensuit-il pas, en stricte logique, que ces dernières peuvent trancher elles-mêmes les questions d'interprétation ou de validité ? Et s'il en est ainsi, comment leur dénier le pouvoir de décider soit que l'acte est valide, soit qu'il ne l'est pas ? », De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires, Observations sous l'arrêt *Foto-Frost*, *Cahiers de droit européen*, 1990, p. 216, sp. p. 219.

(143) Conclusions sous arrêt 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.*, 1987, p. 4199, point 4.

(144) *Ibid.* point 5.

(145) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.*, 1987, p. 4199, points 15 à 18. V. également aff. C-27/95, *Woodspring District Council c/ Bakers of Nailsea Ltd*, *Rec.*, 1997, p. I-1847, points 19-20, aff. C-344/04, *The Queen, à la demande de International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association c/ Department for Transport*, *Rec.*, 2006, p. I-403, point 27. L'on pourrait douter qu'une décision par laquelle une juridiction nationale subalterne considère, erronément, qu'une disposition communautaire est invalide, soit plus dommageable pour l'ordre juridique communautaire qu'une décision donnant une mauvaise interprétation à une telle disposition, alors que dans les deux cas la décision n'a que des effets *inter partes* et qu'elle est susceptible d'un recours juridictionnel en droit interne.

(146) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.*, 1987, p. 4199, point 14.

(147) *Ibid.* point 15.

(148) *Ibid.* point 17.

(149) Aff. C-344/04, *The Queen, à la demande de International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association c/ Department of Transport*, *Rec.*, 2006, p. I-403.

(150) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.*, 1987, p. 4199.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

tions nationales ne statuant pas en dernier ressort peuvent, sans la saisir, constater la validité des actes communautaires, en soulignant que, dès lors qu'elles « *estiment qu'un ou plusieurs moyens d'invalidité avancés par les parties ou, le cas échéant, soulevés d'office sont fondés, il leur incombe de surseoir à statuer et de saisir la Cour d'une procédure de renvoi préjudiciel en appréciation de validité* » (151). La Cour a, en outre, précisé qu' « *il ne suffit... pas qu'une partie soutienne que le litige pose une question de validité du droit communautaire pour que la juridiction concernée soit tenue de considérer qu'il y a question soulevée au sens de l'article 234 CE* » (152). Et la Cour de poursuivre qu' « *il en résulte que l'existence d'une contestation de la validité d'un acte communautaire devant la juridiction nationale ne suffit pas, à elle seule, à justifier le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour* » (153).

La signification des deux dernières affirmations n'est pas entièrement claire et il est difficile de savoir si la Cour y vise seulement les juridictions inférieures ou aussi les juridictions de dernier ressort qui, en cas de doute sur la validité des actes communautaires, seraient traitées d'une manière identique. En effet, la Cour se réfère à l'arrêt *CILFIT* (154) pour expliquer que l'existence d'une « *question* », au sens de l'article 234 du traité, entraînant l'obligation de renvoi, ne saurait être déduite du seul fait qu'une des parties au principal soutient que tel est le cas, mais la Cour ne dit pas dans quelles circonstances une telle question devrait être considérée comme ayant été soulevée. Si les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne étaient visées, il s'ensuivrait que l'on devrait leur reconnaître, pour établir l'existence d'une « *question* », la même marge d'appréciation qui, en matière d'interprétation, leur est réservée

---

(151) Aff. C-344/04, *The Queen, à la demande de International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association c/ Department of Transport, Rec.*, 2006, p. I-403, point 30.

(152) *Ibid.* point 28.

(153) *Ibid.* Le Tribunal considère qu'un recours en indemnité ne serait pas recevable s'il visait, en réalité, à obtenir une déclaration d'invalidité des actes de droit communautaire, lorsque les juridictions nationales saisies d'un recours contre les mesures nationales d'exécution de tels actes, y compris la juridiction statuant en dernière instance, ont constaté leur validité sans avoir saisi au préalable la Cour de justice, au motif que la recevabilité d'un tel recours donnerait aux requérants « *la faculté de contourner tant le rejet, par les juridictions nationales seules compétentes pour y procéder, de leurs demandes d'annulation des décisions nationales d'astreintes que le refus qui leur a été opposé par ces mêmes juridictions de renvoyer l'affaire devant la Cour, ce qui porterait atteinte au principe même de coopération juridictionnelle qui sous-tend la procédure préjudicielle* », V. aff. T-47/02, *Manfred Danzer & Hannelore Danzer c/ Conseil, Rec.*, 2006, p. II-1779, point 39.

(154) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé, Rec.*, 1982, p. 3415.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

par la jurisprudence *CILFIT* (155), et les dispenser, par suite, de l'obligation de renvoi dès lors qu'elles considèrent comme valide l'acte communautaire en cause. Or, puisque l'arrêt *Gaston Schul* (156) dénie toute analogie et exclut tout parallèle entre juridictions statuant en dernière instance en matière d'interprétation, d'une part, et en matière d'appréciation de validité, d'autre part, l'on pourrait considérer que, selon la Cour, une question de validité devrait, en toutes circonstances, lui être préjudiciellement renvoyée par les juridictions nationales statuant en dernier ressort même quand elles n'éprouvent aucun doute sur la validité des actes communautaires.

Pourtant, dans l'arrêt *Danzer* (157), le Tribunal de première instance semble avoir adopté une position différente. Se référant aux arrêts *CILFIT* (158), *Intermodal Transports* (159) et *Foto-Frost* (160), le Tribunal a considéré que la juridiction suprême autrichienne n'était pas tenue de saisir la Cour à titre préjudiciel dès lors que la validité des directives communautaires devant elle invoquées ne faisait l'objet d'aucun doute (161). Bien qu'il ne lui appartienne pas d'apprécier, dans le cadre du recours en indemnité dont il est saisi, l'opportunité de la décision de la juridiction suprême autrichienne (162), le Tribunal a déclaré que « *c'est dans l'exercice de la compétence exclusive dont elles bénéficient en la matière que les juridictions nationales autrichiennes ont considéré que les moyens soulevés par les requérants, tenant à contester la validité des première et quatrième directives sociétés, ne justifiaient pas qu'il soit procédé à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité des dispositions litigieuses desdites directives devant la Cour* » (163).

L'application de la jurisprudence *Foto-Frost* (164) s'étend aux juges des référés. Ceux-ci ont le droit d'ordonner le sursis à l'exécution des

---

(155) *Ibid.*

(156) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Rec., 2005, p. I-10513.

(157) Aff. T-47/02, *Manfred Danzer & Hannelore Danzer c/ Conseil*, Rec., 2006, p. II-1779.

(158) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, Rec., 1982, p. 3415.

(159) Aff. C-495/03, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën*, Rec., 2005, p. I-8151.

(160) Pré.cit.

(161) Aff. T-47/02, *Manfred Danzer & Hannelore Danzer c/ Conseil*, Rec., 2006, p. II-1779, point 37.

(162) *Ibid.* point 39.

(163) *Ibid.* point 38. A titre surabondant le Tribunal a relevé que « *c'est à bon droit que les juridictions autrichiennes ont considéré que la validité des première et quatrième directive sociétés ne faisait pas de doute* », *ibid.* point 40.

(164) Pré.cit.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

mesures nationales prises en application d'un acte communautaire, dès lors qu'ils éprouvent un « doute sérieux » sur la validité de ce dernier et que la question de sa validité fasse simultanément l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de la validité devant la Cour (165) dans le cas où la Cour ne serait pas déjà saisie de la question de validité de l'acte en cause (166).

Ce principe devrait, en toute logique, s'appliquer également aux juridictions de dernière instance et c'est dans ce sens que, par exemple, dans les affaires *Techna*, *Lambey et Prisma*, le Conseil d'Etat de France a décidé, en sa qualité de juge des référés, sans saisir la Cour à titre préjudiciel, d'ordonner le sursis à l'exécution d'un décret pris pour la transposition d'une directive prétendument invalide, dès lors que la question de la validité de cette dernière était renvoyée à la Cour par une juridiction britannique (167). Cependant, la jurisprudence *Gaston Schul* (168) semble indiquer qu'il doit s'agir des mêmes dispositions communautaires dont la question de validité est pendante devant la Cour, et non pas de dispositions analogues ou mêmes identiques contenues dans un autre acte de droit communautaire.

Ceux qui approuvent la solution dégagée par l'arrêt *Foto-Frost* (169) devraient se réjouir de ce que l'arrêt *TWD Textilwerke Degg*-

---

(165) Aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH c/ Hauptzollamt Paderborn*, Rec., 1991, p. I-415, points 22 et 23, aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e.a (I) c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec., 1995, p. I-3761, point 32.

(166) Et la Cour de prescrire que les motifs d'invalidité qui devraient, selon la juridiction de renvoi, être retenus, soient exposés dans son ordonnance de renvoi : Aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH c/ Hauptzollamt Paderborn*, Rec., 1991, p. I-415, point 24, aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e.a (I) c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec., 1995, p. I-3761, point 36.

(167) Conseil d'Etat, ordonnance du 29 octobre 2003, *Sociétés Techna S.A., Lambey S.A. et SAS Prisma*, Lebon 2003, p. 422 : « qu'il n'y a pas lieu... de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle en appréciation de validité de la directive du 28 janvier 2002, dès lors que la High Court of Justice a prévu une question préjudicielle ayant la même portée que celle qui pourrait résulter des présentes ». En revanche, le Conseil d'Etat italien et le *Rechtbank's-Gravenhage* ont également ordonné le sursis à l'exécution des mesures nationales transposant la même directive mais ont renvoyé des questions sur la validité de cette dernière à la Cour de justice. La Cour a joint ces affaires et a rendu le 6 décembre 2005 son arrêt C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *The Queen, à la demande de ABNA Ltd e.a. c/ Secretary of State for Health e.a. et Fratelli Martini e.a. c/ Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e.a. et Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie (Nevedi) c/ Productschap Diervoeder*, Rec., 2005, p. I-10423. Eu égard à l'arrêt de la Cour, le Conseil d'Etat français a, par arrêt du 26 octobre 2006, rejeté les recours des sociétés requérantes et a mis fin à la suspension du décret de transposition de la directive prononcée par sa première ordonnance : Conseil d'Etat, arrêt du 27 octobre 2006, *Sociétés Techna S.A., Lambey S.A. et SAS Prisma*, Lebon 2006, p. 451.

(168) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Rec., 2005, p. I-10513.

(169) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec., 1987, p. 4199.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*dorf*(170) n'a été rendu par la Cour que postérieurement. En effet, la société Foto-Frost avait omis d'attaquer en annulation devant la juridiction communautaire la décision adressée au gouvernement allemand par la Commission (171), dont l'appréciation de validité était sollicitée par la juridiction de renvoi. Conformément à la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*(172), un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, dans des circonstances telles que celles de l'affaire *Foto-Frost*(173), serait actuellement rejeté comme irrecevable et la juridiction nationale devrait considérer comme valide la décision de la Commission en cause (174). Par ailleurs, la juridiction de renvoi avait, préalablement, ordonné le sursis à l'exécution de l'avis de recouvrement émis par les autorités nationales en application de la décision de la Commission et n'a saisi la Cour de justice qu'à l'occasion du recours au fond intenté par la société Foto-Frost, démarche qui était conforme à la solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Hoffman-La Roche* (175). Certes, dans l'arrêt *Foto-Frost* (176), la Cour a considéré que des aménagements à la règle dégagée par ce dernier pourraient s'imposer dans le cas du juge des référés (177), mais un sursis à l'exécution d'un tel avis de recouvrement, conformément la jurisprudence *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* (178), ne saurait être ordonné que si, simultanément, un renvoi préjudiciel était présenté à la Cour. Or, en raison de la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (179), un juge des référés, saisi dans un contexte comme celui de l'affaire *Foto-Frost* (180), ne pourrait ni saisir la Cour de justice ni ordonner le sursis à l'exécution de la mesure nationale devant lui contestée.

Si la Cour n'a pas encore eu à aborder, expressément, la question de savoir dans quelle mesure les juridictions statuant en dernière instance

---

(170) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesrepublik Deutschland*, Rec., 1994, p. I-833.

(171) Circonstance relevée par l'Avocat général MANCINI, conclusions sous arrêt 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 1987 p. 4199, point 2 et par la Cour, arrêt, Rapport d'audience, *ibid.* p. 4202.

(172) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesrepublik Deutschland*, Rec., 1994, p. I-833.

(173) Pré.cit.

(174) Il convient de relever que dans l'arrêt *Foto-Frost*, la Cour a déclaré invalide la décision de la Commission.

(175) Aff. 107/76, *Hoffman-La Roche AG c/ Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, Rec., 1977, p. 957.

(176) Pré.cit.

(177) *Ibid.* point 19.

(178) Aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH c/ Hauptzollamt Paderborn*, Rec., 1991, p. I-415.

(179) Pré.cit.

(180) Pré.cit.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

peuvent, dans le prolongement de la jurisprudence *Foto-Frost* (181), constater elles-mêmes la validité des règles communautaires et n'être tenues de la saisir que dans l'hypothèse où elles considéreraient que de telles règles pourraient être déclarées invalides, la Cour s'est prononcée, en revanche, sur la question de l'applicabilité de la jurisprudence *CILFIT* (182) aux juridictions nationales statuant en dernier ressort dans le cas où l'invalidité de l'acte communautaire en cause ne donne lieu à aucun doute.

Il convient de rappeler qu'en matière d'interprétation, la Cour a considéré dans son arrêt *CILFIT* (183), que l'obligation de renvoi en interprétation ne pèse sur les juridictions statuant en dernier ressort que si elles estiment que la question est, à la fois, pertinente et nécessaire (184). Elargissant les circonstances dans lesquelles une dérogation à l'obligation de renvoi avait été précédemment admise (185), la Cour a déclaré qu'en raison de l'autorité de ses arrêts interprétatifs, l'obligation de renvoi s'estompe quand la question soulevée « *est matériellement identique* » à une question ayant fait l'objet d'une décision préjudicielle antérieure dans une « *espèce analogue* » ou qu'il existe « *une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige* » (186). La Cour reconnaît que l'application correcte du droit communautaire puisse « *s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée* » (187), mais souligne qu'à cet égard, la juridiction nationale concernée doit préalablement se convaincre de ce que la même évidence s'imposerait aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice (188), en tenant compte des caractéristiques du droit communautaire et des difficultés particulières que présente son

---

(181) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec., 1987, p. 4199.

(182) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, Rec., 1982, p. 3415.

(183) *Ibid.*

(184) *Ibid.* points 10-11.

(185) Aff. jtes. 28 à 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c/ Administration fiscale néerlandaise*, Rec., 1963, IX-1, p. 59.

(186) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé*, Rec., 1982, p. 3415, points 13-14.

(187) *Ibid.* point 16.

(188) *Ibid.* Ainsi que la Cour l'a expliqué, des organes de nature non juridictionnelle et des autorités administratives ne sont pas visées : Aff. C-495/03, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën*, Rec., 2005, p. I-8151, point 39.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

interprétation (189). A cette fin, la juridiction nationale doit procéder à une comparaison des diverses versions linguistiques faisant foi, avoir présent à l'esprit le fait que la terminologie du droit communautaire revêt un sens qui lui est propre et replacer la disposition communautaire en cause dans son contexte afin de l'interpréter à la lumière de l'ensemble des dispositions du droit communautaire, eu égard aux finalités de ce dernier et à son état d'évolution (190).

Dans son arrêt *Intermodal Transports* (191), la Cour a présenté une sorte de compendium de sa jurisprudence relative à l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation par les juridictions nationales statuant en dernière instance: «*De telles juridictions sont tenues, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elles, de déférer à leur obligation de saisine, à moins qu'elles n'aient constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. L'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté*» (192).

Sans qu'il soit nécessaire de s'exprimer sur la possibilité de satisfaire aux «*conditions strictes qui devaient être remplies avant qu'une juridiction suprême ne soit libérée de son obligation de saisine*» (193),

---

(189) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé, Rec.*, 1982, p. 3415, point 17.

(190) *Ibid.* points 18-20. Dans l'arrêt *TNT Traco*, la Cour a souligné que la jurisprudence découlant de l'arrêt CILFIT «*laisse à la seule juridiction nationale le soin d'apprécier si l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable et, en conséquence, de décider de s'abstenir de soumettre à la Cour une question d'interprétation du droit communautaire qui a été soulevée devant elle*»: Aff. C-340/99, *TNT Traco SpA c/ Poste Italiane SpA, Rec.*, 2001, p. I-4109, point 35.

(191) Aff. C-495/03, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën, Rec.*, 2005, p. I-8151.

(192) *Ibid.* point 33. Le fait qu'une autorité administrative d'un autre Etat membre se soit prononcée, dans des circonstances similaires à celles présentées devant une juridiction suprême d'un autre Etat membre, d'une manière considérée erronée par cette dernière, devrait inciter cette juridiction «*à être particulièrement attentive dans son appréciation relative à une éventuelle absence de doute raisonnable*» quant à l'application du droit communautaire, mais, à lui seul, ne saurait l'empêcher de considérer que l'application correcte de la disposition en cause s'impose, néanmoins, avec une évidence ne laissant place à aucun doute raisonnable et de s'abstenir, par conséquent, de saisir préjudiciellement la Cour: *ibid.* points 34-35.

(193) Conclusions de l'Avocat général JACOBS sous arrêt C-338/95, *Wiener SI GmbH c/ Hauptzollamt Emmerich, Rec.*, 1997, p. I-6495, point 58. Dans ses conclusions sous arrêt C-99/00, *Procédure pénale c/ Kenny Roland Lyckeskog, Rec.*, 2002, p. I-4839, l'Avocat général TIZZANO

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

l'on peut souscrire à la constatation faite par l'Avocat général Jacobs, selon laquelle, « *si l'on devait s'en tenir à une application stricte de l'arrêt CILFIT et Lanificio di Gavardo, toute question de droit communautaire... devrait être déferée par toutes les juridictions de dernière instance* » (194).

La question de l'extension de l'application de la jurisprudence CILFIT (195) aux juridictions nationales statuant en dernier ressort en matière de validité a fait l'objet d'un renvoi préjudiciel dans l'affaire *Gaston Schul* (196). Dans cette affaire, la Cour a été invitée à répondre à la question de savoir dans quelle mesure une juridiction nationale suprême pouvait se dispenser d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité dès lors que des dispositions homologues à celles invoquées

---

souligne que « *cette jurisprudence est née sous l'impulsion d'exigences contradictoires entre lesquelles elle a cherché à trouver un point d'équilibre raisonnable, même si elle n'a pas réussi à concilier définitivement... les divergences de vues* » : *ibid.* point 56. Selon l'Avocat général, cette jurisprudence « *visait... avant tout à répondre à l'exigence... d'éviter des renvois superflus qui pèseraient inutilement sur l'activité de la Cour et porteraient atteinte à l'accomplissement efficace de la mission que lui a confiée l'article 234 du traité CE. A cette fin, on a cru bon, malgré la formulation rigide du troisième alinéa de cette disposition, de laisser aux juges nationaux de dernier ressort une certaine marge d'appréciation afin de leur permettre d'évaluer la nécessité effective de procéder au renvoi* » : *ibid.* point 58. Pour lui, la jurisprudence CILFIT « *avait pour objet de fournir un ensemble cohérent et responsable d'indications utiles à orienter les juges nationaux d'une manière raisonnablement équilibrée* », mais que « *même la Cour n'a pas imaginé avoir défini de la sorte des critères certains et définitifs, pour ne pas dire infaillibles, pour délimiter l'obligation visée à l'article 234, troisième alinéa, CE. Malgré cette jurisprudence, en effet, c'est la nature même du problème qui exclut de telles solutions, car l'application de la disposition se prête objectivement, dans la pratique, – et il ne pourrait en être autrement – à une certaine 'élasticité' laissant donc de toute façon la porte ouverte, sans même que les juges le souhaitent, à d'éventuelles atteintes à l'obligation de renvoi* » : *ibid.* point 65.

(194) *Ibid.* V. également F.G. JACOBS, « *The role of national courts and the European Court of justice in ensuring the uniform application of Community law: Is a new approach needed?* » in *Diventire sociale e adeguamento del diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, Giuffrè, 1999, Vol II, p. 175. L'Avocat général STIX-HACKL considère que les exigences formulées par la Cour dans l'arrêt CILFIT « *ne peuvent pas être comprises comme une sorte de mode d'emploi que les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours de droit interne devraient appliquer pour adopter leurs décisions, mode d'emploi au moyen duquel une frontière objective et claire pourrait être tracée entre les questions d'interprétation que de telles juridictions pourraient exceptionnellement trancher elles-mêmes et les questions d'interprétation qui doivent être soumises à la Cour. Ces exigences ne peuvent fournir aucun critère au moyen duquel on pourrait 'objectivement' déterminer quand la signification d'une disposition de droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable? Il en est ainsi parce qu'une disposition juridique ne saurait 'en soi' être univoque, claire ou avoir une signification indubitable* » : Conclusions sous arrêt C-495/03, *Intermodal Transports BV c/ Staatssecretaris van Financiën, Rec.*, 2005, p. I-8151, points 100-101.

(195) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé, Rec.*, 1982, p. 3415.

(196) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Rec.*, 2005, p. I-10513. Sur cet arrêt, V. L. Coutron, « *L'arrêt Schul: Une occasion manquée de revisiter la jurisprudence Foto-Frost?* », in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 491.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

devant cette dernière avaient été déclarées invalides par la Cour dans un arrêt préjudiciel antérieur. Dans son arrêt, la Cour s'est référée à l'arrêt *Foto-Frost* (197) en rappelant que « *les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires* » (198) et a déclaré que l'interprétation retenue dans l'arrêt *CILFIT* (199) « *ne saurait être étendue à des questions relatives à la validité d'actes communautaires* » (200). Soulignant la spécificité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, la Cour a conclu, contrairement aux conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, que « *l'article 234, troisième alinéa, CE impose à une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de saisir la Cour d'une question relative à la validité de dispositions d'un règlement même lorsque la Cour a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un règlement comparable* » (201).

Ainsi, dès lors qu'une question de validité des règles communautaires est soulevée devant une juridiction nationale statuant en dernière instance, cette dernière serait tenue de saisir la Cour de justice sans que l'on sache dans quelles circonstances une telle juridiction devrait considérer qu'une telle question devrait être réputée « *soulevée* ». L'arrêt *Gaston Schul* (202) avait traité à une question de validité d'une disposition communautaire sur laquelle la Cour ne s'était pas directement prononcée mais que la juridiction nationale suprême pouvait estimer être en mesure, elle-même, de résoudre en suivant un arrêt rendu par la Cour sur une disposition analogue considérée invalide par cette dernière.

## II. — ACCÈS RESTREINT AU PRÉTOIRE PRÉJUDICIEL

Par une lecture du traité singulièrement attentatoire aux prérogatives des juridictions nationales, et sans aucune base légale, la Cour introduit des exigences péremptoires, s'ajoutant à celles prévues par le traité, dont seule la satisfaction devrait permettre d'établir sa compé-

(197) Aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost, Rec.*, 1987, p. 4199.

(198) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Rec.*, 2005, p. I-10513, point 17.

(199) Aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/ Ministère de la santé, Rec.*, 1982, p. 3415.

(200) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c/ Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Rec.*, 2005, p. I-10513, point 19.

(201) *Ibid.* point 25.

(202) *Ibid.*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

tence et la recevabilité des demandes de décision préjudicielle. Toute défaillance à cet égard entraînerait le rejet, dans certains cas sans appel, de l'ordonnance de renvoi. L'absence d'un litige réel à l'occasion duquel ont surgi les questions d'interprétation et/ou de validité du droit communautaire proscrit le recours à la procédure préjudicielle. L'omission, par la juridiction de renvoi, de donner des explications sur les circonstances de l'affaire au principal et d'exposer les raisons pour lesquelles la saisine de la Cour s'avère nécessaire, pourrait entraîner l'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle. Enfin, la recevabilité d'un renvoi préjudiciel en d'appréciation de validité est subordonnée à une condition préalable négative, à savoir l'impossibilité d'introduire un recours direct contre l'acte communautaire en cause.

A. – *Accès empêché*

En vertu de l'article 234 du traité CE, la Cour de justice ne peut être saisie à titre préjudiciel que d'une question portant sur l'interprétation ou la validité des règles et dispositions communautaires surgie à propos d'un litige que la juridiction de renvoi doit trancher.

Les juridictions nationales ont la faculté «*la plus étendue de saisir la Cour à titre préjudiciel lorsqu'elles considèrent qu'une affaire pendant devant elles soulève des questions de droit communautaire*» (203). Dans le cadre préjudiciel, il incombe à la Cour de répondre à la question posée mais, eu égard aux compétences de la juridiction nationale, il ne lui appartient pas – et l'on peut penser qu'elle ne saurait en être à même – de porter une appréciation sur le caractère du litige pendant devant la juridiction de renvoi.

Un bouleversement aussi radical qu'inattendu de cette approche est intervenu par la jurisprudence *Foglia c/ Novello* qui, en raison de la persévérance d'une récalcitrante juridiction de renvoi, est constituée de deux arrêts (204). Même si certains aspects de cette jurisprudence sont actuellement confinés aux coulisses, son spectre est, néanmoins, toujours présent.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que sa compétence préjudicielle ne saurait être exercée que pour répondre aux seules questions soule-

---

(203) Aff. 338/85, *Fratelli Pardini SpA c/ Ministero del commercio con l'estero et Banca toscana (filiale de Lucca)*, Rec., 1988, p. 2041, point 9. V. également, aff. 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf c/ Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec., 1974, p. 33, point 3.

(204) Aff. 104/79, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec., 1980, p. 745, aff. 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec., 1981, p. 3045.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

vées à l'occasion d'un litige réel (205). C'est dire que la Cour s'estime en droit de vérifier les faits et circonstances à l'origine de sa saisine et de décliner sa compétence dans des cas où les questions soumises à titre préjudiciel, bien que portant sur le droit communautaire, lui paraissent avoir été déférées par la juridiction de renvoi à l'occasion d'un litige qu'elle considère fictif, dans le cadre d'une construction procédurale artificielle arrangée par les parties au principal dans un but que la Cour tient pour illicite. Et, faisant abstraction du caractère éminemment subjectif de la nécessité d'une décision préjudicielle, la Cour considère qu'elle n'a pas compétence pour répondre à des questions autres que celles correspondant « à un besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux » (206).

Si l'on peut admettre que, ainsi que le dit la Cour, elle ne saurait être privée du droit de s'assurer, « comme toute juridiction en a l'obligation » (207), que l'intégrité de sa compétence soit respectée et, à cette fin, de « porter toute appréciation inhérente à l'accomplissement de sa propre fonction » (208), une telle démarche ne pourrait être appropriée qu'en matière des seuls recours directs. Dans le cadre de la procédure préjudicielle, elle implique la détection, par la Cour, des intentions véritables des parties au principal et la recherche, en vue, éventuellement, de les censurer, des appréciations portées par la juridiction de renvoi lorsque celles-ci pourraient avoir une incidence sur le fonctionnement régulier de la procédure préjudicielle (209).

---

(205) Aff. 104/79, *ibid.* point 11. Parfois la Cour utilise l'expression « litige réel et effectif », V. par exemple, aff. 112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Republik Österreich, Rec.*, 2003, p. I-5659, point 36.

(206) Aff. 244/80, *ibid.* point 18. Parfois, l'adjectif « objectif » n'est pas repris. V. par exemple, aff. C-314/96, *Ourdia Djabali c/ Caisse d'allocations familiales de l'Essonne, Rec.*, 1998, p. I-1149, point 19 et aff. C-306/03, *Cristina Salgado Alonso c/ Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) et Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Rec.*, 2005, p. I-705, point 42, qui utilisent la formule « besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux ».

(207) Aff. 244/80, *pré.cit.* point 19.

(208) *Ibid.*

(209) *Ibid.* Une telle démarche entraîne une modification conceptuelle de la procédure préjudicielle, constate G. VANDERSANDEN, « en ce sens que le juge national, même si le droit lui reste théoriquement réservé d'apprécier l'opportunité de saisir la Cour à titre préjudiciel, est désormais soumis au contrôle de la Cour qui, s'agissant d'une procédure communautaire, se réserve le droit exclusif d'apprécier le bon usage de l'article 177 par le juge national et de déterminer les rapports que celui-ci entretient avec la Cour dans l'exercice de la procédure préjudicielle », « La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges M. Waelbroeck, Bruxelles, Bruylant*, 1999, p. 618, sp. p. 622. En outre, comme l'écrit G. VANDERSANDEN, l'une des conséquences immédiates, sur le plan procédural, de l'affaire *Foglia c/ Novello*, consiste en ce que la juridiction de renvoi doit fournir à la Cour de justice le dossier de l'affaire dont elle est saisie pour permettre à celle-ci d'examiner le contexte dans lequel le litige se déroule, G. VANDERSANDEN, « Actualité de la procédure préjudicielle », in J.-L. CLERGERIE (dir), *Le Pouvoir judiciaire communautaire*, Presses Universitaires de Limoges, 1999, p. 67, sp. p. 80.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Certes, la possibilité d'un déclinatoire de compétence et d'un rejet d'une demande de décision préjudicielle a, très tôt, été envisagée par la Cour. Dans l'arrêt *Salgoil* (210), elle a écarté une objection quant à sa compétence en déclarant qu'aussi longtemps qu'il n'était pas manifeste que la disposition dont l'interprétation lui était demandée ne pouvait s'appliquer au litige devant la juridiction de renvoi, elle était valablement saisie (211). Se référant à cet arrêt, la Cour a affirmé, dans l'arrêt *Salonia* (212), que « *le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaissait de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de la validité d'une règle communautaire, demandés par cette juridiction, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal* » (213).

La Cour explique que la connaissance des conditions dans lesquelles elle est saisie lui permet de vérifier sa propre compétence et de la décliner lorsqu'un tel examen révèle que l'interprétation préjudicielle demandée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige (214). Dans un tel cas c'est, en réalité, le caractère manifestement inopérant d'une réponse éventuellement apportée aux questions soumises par la juridiction de renvoi qui conduit la Cour à décliner sa compétence, généralement par voie d'ordonnance, plus exceptionnellement par un arrêt.

Parmi les plus notoires, l'on peut évoquer, à titre d'exemple, les ordonnances rendues par la Cour dans l'affaire dite du *Juge d'Hayange* (215), dans lesquelles la Cour s'est déclarée, à deux reprises, incompétente au motif, dans la première ordonnance, qu'il apparaissait de l'examen du dossier, ainsi que de la motivation et du libellé de la question posée, que celle-ci ne concernait, à aucun égard, ni l'interprétation du traité, ni la validité d'un acte pris par une institution de la Communauté (216) et, dans la seconde, qu'il apparaissait de la motivation et du libellé de la décision du renvoi que la portée de la question posée ne concernait,

---

(210) Aff. 13/68, *Société par actions Salgoil c/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, Rec., 1968, p. 661.

(211) *Ibid.* p. 672.

(212) Aff. 126/80, *Maria Salonia c/ Giorgio Poidomani et Franca Giglio, veuve Baglieri*, Rec., 1981, p. 1563.

(213) *Ibid.* point 6.

(214) Aff. C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, Rec., 1995, p. I-179, points 12 et 13.

(215) Aff. 105/79, *Demande préjudicielle du Juge chargé du service du tribunal d'instance d'Hayange*, Rec., 1979, p. 2257, aff. 68/80, *Demande préjudicielle du Juge chargé du service du tribunal d'instance d'Hayange*, Rec., 1980, p. 771.

(216) Aff. 105/79, *Demande préjudicielle du Juge chargé du service du tribunal d'instance d'Hayange*, Rec., 1979, p. 2257.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

à aucun égard, ni l'interprétation du traité, ni la validité d'un acte pris par une institution de la Communauté (217). Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Martino Grado* (218), la Cour a considéré qu'aucun élément de l'ordonnance de renvoi ne laissait penser que la juridiction de renvoi « *puisse être amenée à appliquer des dispositions destinées à assurer le respect des règles de droit communautaire...* » (219).

Dans la conception adoptée par la Cour à partir de l'affaire *Foglia c/ Novello* (220), c'est le caractère manifeste de la nature artificielle du litige au principal et de l'inapplicabilité du droit communautaire au cas de l'espèce qui justifierait le « *droit de regard de la Cour sur le cadre et le contenu du litige à l'origine de la demande de décision préjudicielle* » (221) dont l'exercice est susceptible de déboucher sur un déclinaoire de compétence ou une irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle, évinçant la juridiction nationale du prétoire de la Cour.

Quant au caractère artificiel du litige, les arrêts de la Cour dans l'affaire *Foglia c/ Novello* (222) semblent avoir retenu trois indices. Le fait qu'il s'agissait d'un litige entre particuliers, la circonstance que ce dernier était porté devant un juge d'un Etat membre qui, pour le trancher, devait se prononcer sur la compatibilité avec le traité d'une loi d'un autre Etat membre et la constatation que les parties étaient d'accord sur le sens à attribuer à la disposition communautaire en cause (223). C'est la conjonction de ces trois circonstances qui a conduit la Cour à conjecturer le caractère apocryphe du litige devant le juge de renvoi et les intentions sournoises des parties au principal et à les dénoncer (224). Dans une constellation que la Cour considère

---

(217) Aff. 68/80, *Demande préjudicielle du Juge chargé du service du tribunal d'instance d'Hayange*, Rec., 1980, p. 771.

(218) Aff. C-291/96, *Procédure pénale c/ Martino Grado et Shahid Bashir*, Rec., 1997, p. I-5531.

(219) *Ibid.* point 14.

(220) Pré.cit.

(221) F. PICOD et J. RIDEAU, « Renvoi Préjudiciel », in *Répertoire communautaire Dalloz*, point 193.

(222) Pré.cit.

(223) Dans ses observations écrites dans la seconde affaire, M. Foglia a contesté cette affirmation et dans sa première ordonnance la Cour avait relevé que « *l'attitude de Foglia au cours de l'instance devant le Pretore peut être qualifiée de neutre* » : Aff. 104/79, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec., 1980, p. 745, point 6. Dans l'arrêt C-105/94, *Ditta Angelo Celestini c/ Saar-Sektellerei Faber GmbH & Co. KG*, Rec., 1997, p. I-2971, la Cour relève que, dans l'affaire *Foglia c/ Novello*, « *les parties au litige au principal se sont préalablement concertées pour amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit* », *ibid.* point 23.

(224) A l'égard des intentions présumées des parties au principal de faire constater, par une juridiction italienne, l'incompatibilité avec le traité d'une loi française, L. GOFFIN écrit : « *d'une part, ce but n'est pas en soi illicite. Il est même louable dans la mesure où la Cour est ainsi amenée à se prononcer sur un problème de droit communautaire et à assurer ainsi la clarté de l'ordre juridique communautaire. D'autre part, même si la Cour le jugeait blâmable, elle*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

suspecte, elle s'impose une obligation d'« *user d'une vigilance particulière lorsqu'elle est saisie, dans le cadre d'un litige entre particuliers, d'une question destinée à permettre au juge de porter une appréciation sur la conformité, avec le droit communautaire, de la législation d'un autre Etat membre* » (225).

Dans la mesure où la jurisprudence *Foglia c/ Novello* (226), bien que jamais expressément désavouée, n'a pas, depuis son éruption, été appliquée, l'on peut légitimement se demander si elle n'est pas tombée en désuétude et s'interroger sur ce qui en reste. D'une part, dans des circonstances identiques, la Cour a déclaré qu'elle pouvait fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation du droit communautaire permettant à cette dernière de résoudre le problème juridique dont elle est saisie « *même lorsqu'il s'agit de l'appréciation de la compatibilité avec le droit communautaire des dispositions d'un Etat membre autre que celui de la juridiction nationale* » (227). D'autre part, la Cour a considéré que « *la circonstance que les parties au principal sont d'accord sur le résultat à obtenir n'enlève rien à la réalité du litige* » (228). Ainsi, la pertinence de deux des trois indices exposés

---

*ne pouvait... passer outre à une décision de renvoi émanant d'une juridiction nationale autonome faisant application de son droit national et de l'article 177* », « Heur et malheur de la procédure préjudicielle », *Journal des Tribunaux*, 1982, p. 252, sp. p. 253.

(225) Aff. 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, *Rec.*, 1981, p. 3045, point 30. Dans ses conclusions sous arrêt C-153/00, *Procédure pénale c/ Paul der Weduwe*, *Rec.*, 2002, p. I-11319, l'Avocat général LÉGER a préconisé d'étendre cette « *vigilance particulière* » au-delà des litiges entre particuliers. L'Avocat général considère que lorsqu'il « *cherche à apprécier la compatibilité de la législation d'un autre Etat membre... le juge de renvoi est appelé à identifier et à interpréter des dispositions qui ne relèvent pas de son propre ordre juridique. Contrairement à la position qu'il occupe dans les procédures préjudicielles 'classiques', le juge de renvoi dispose rarement d'une connaissance directe et exhaustive du droit national applicable au litige. En conséquence... la Cour doit user d'une vigilance particulière lorsqu'elle est saisie... d'une question destinée à permettre au juge de porter une appréciation sur la conformité... de la législation d'un autre Etat membre* ». La Cour doit s'assurer que la description du cadre juridique national correspond à une présentation fidèle et complète des règles de droit en vigueur dans l'Etat membre dont la législation est mise en cause. En d'autres termes, la Cour doit s'assurer qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour éviter de formuler une opinion consultative sur une question hypothétique », *ibid.* point 34.

(226) Pré.cit.

(227) Aff. C-150/88, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik Glockengasse n° 4711 c/ Provide SRL*, *Rec.*, 1989, p. I-3891, point 12.

(228) Aff. C-412/93, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c/ TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, *Rec.*, 1995, p. I-179, point 14. Dans ses conclusions sous cet arrêt, l'Avocat général JACOBS a considéré qu'il existait une « *analogie manifeste* » entre l'affaire *Foglia c/ Novello* et le cas d'espèce : « *En l'espèce, les parties sont d'accord sur les points de droit qui ont été soulevés, et leur seul but dans cette procédure est d'obtenir une décision préjudicielle établissant que certaines dispositions nationales sont contraires au droit communautaire. Il existe, toutefois, aussi une différence importante entre les deux affaires. Dans l'affaire Foglia, les parties contestaient, devant une juridiction italienne, la compatibilité avec le droit communautaire d'une loi française. Dans le cas d'espèce, les parties contestent la validité d'une réglementation française devant un tribunal français... le fait que la législation d'un Etat membre ait été*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

dans la jurisprudence *Foglia c/ Novello* (229) n'est plus admise. Le troisième indice retenu dans les arrêts *Foglia c/ Novello* (230), à savoir le fait qu'étaient concernées deux parties privées, ne saurait avoir une portée quelconque et la jurisprudence de la Cour révèle, en effet, l'existence de nombreux litiges entre particuliers.

L'on peut relever que dans certains arrêts préjudiciels, rendus dans des circonstances identiques à celles des affaires *Foglia c/ Novello* (231), on ne retrouve aucune trace de la « *vigilance particulière* » préconisée par la Cour. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour ne semble pas s'être aperçue qu'un soupçon pouvait planer sur le caractère authentique du litige devant la juridiction de renvoi et a accueilli, sans remords, des demandes de décision préjudicielle aussi bien antérieurement (232) que postérieurement (233) au prononcé des arrêts *Foglia c/ Novello* (234). Quand une fin de non-recevoir, tirée du prétendu caractère artificiel du litige, a été soulevée devant elle dans un contexte factuel analogue à celui de l'affaire *Foglia c/ Novello* (235), la Cour l'a laconiquement et sans gêne écartée en déclarant que « *les éléments du dossier ne permettent pas de mettre en doute le caractère réel du litige* » (236).

---

*attaquée devant les juridictions d'un autre Etat membre semble avoir influencé la Cour dans sa décision de rejeter la demande préjudicielle dans l'affaire Foglia comme irrecevable, bien que dans d'autres affaires la Cour n'ait pas rejeté la demande préjudicielle pour ce motif*», *ibid.* points 8 et 9. L'absence de toute incidence de la circonstance qu'une législation d'un Etat membre est contestée devant les tribunaux d'un autre Etat membre, ainsi que la Cour l'a déclaré dans son arrêt C-150/88, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik Glockengasse n° 4711 c/ Provide SRL, Rec.*, 1989, p. I-3891, signifie qu'aucune différence pertinente ne saurait être retenue entre l'affaire *Foglia c/ Novello* et l'affaire *Edouard Leclerc*. L'on peut également rappeler que dans ses conclusions sous arrêt 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello, Rec.*, 1981, p. 3045, l'Avocat général SLYNN a déclaré : « *le fait que les parties adoptent la même position sur le point de droit communautaire n'a aucune importance à cet égard. Le problème décisif n'est pas de savoir si les parties sont d'accord, c'est de savoir si le juge estime que la question doit recevoir une réponse en vue du prononcé du jugement* », *ibid.* p. 3071.

(229) Pré.cit.

(230) Pré.cit.

(231) Pré.cit.

(232) V. par exemple, aff. 20/64, *SARL Albatros c/ Société des pétroles et des combustibles liquides (SOPECO), Rec.*, 1965, XI-3, p. 1, aff. 54/72, *F.O.R.-V.K.S., Rec.*, 1973, p. 193, aff. 22/76, *Imports Gadgets, Rec.* 1976, p. 1371, aff. 52/77, *Leonce Cayrol c/ Giovanni Rivoira & Figli, Rec.*, 1977, p. 2261, aff. 244/78, *Union laitière normande, Union de coopératives agricoles c/ French Dairy Farmers Ltd, Rec.*, 1979, p. 2663.

(233) V. par exemple, aff. 96/84, *Vereniging Slachtpluimvee-Export e.V. c/ Rewe-Zentral-Aktiengesellschaft, Rec.*, 1985, p. 1157, aff. C-150/88, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik Glockengasse n° 4711 c/ Provide SRL, Rec.*, 1989, p. I-3891, point 12, aff. C-47/90, *Etablissements Delhaize frères et Compagnie le Lion SA c/ Promalvin SA et AGE Bodegas Unidas SA, Rec.*, 1992, p. I-3669.

(234) Pré.cit.

(235) Pré.cit.

(236) Aff. 261/81, *Walter Rau Lebensmittelwerke c/ De Smedt PVBA, Rec.*, 1982, p. 3691, point 9. Dans l'arrêt C-105/94, *Ditta Angelo Celestini c/ Saar-Sektellerei Faber GmbH & Co. KG, Rec.*, 1997, p. I-2971, la Cour a déclaré qu'elle n'avait pas le droit d'apprécier la compétence

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Dans l'arrêt *Bacardi* (237), la Cour a rappelé l'exigence d'une « *vigilance particulière* » de sa part lorsque la réponse aux questions préjudicielles qui lui sont soumises à l'occasion d'un litige entre particuliers devrait permettre à la juridiction de renvoi d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire d'une disposition législative d'un Etat membre autre que celui du for (238). La Cour a souligné que, dans un tel cas, elle devrait « *être informée de manière circonstanciée des raisons qui amènent cette juridiction à considérer que la réponse à ces questions est nécessaire pour lui permettre de rendre sa décision* » (239) et a déclaré le renvoi préjudiciel irrecevable au seul motif qu'elle ne disposait pas « *d'éléments de nature à faire apparaître la nécessité de se prononcer sur la compatibilité avec le traité d'une législation d'un Etat membre autre que celui de la juridiction de renvoi* » (240).

Puisque la juridiction nationale n'est pas tenue de saisir la Cour à titre préjudiciel et que les parties au principal ne peuvent pas la contraindre, l'on ne saurait imputer aux parties au principal l'objectif d'avoir cherché à soumettre des questions préjudicielles à la Cour (241).

Si la Cour craignait un usage du renvoi préjudiciel qui ne soit pas conforme aux finalités de ce dernier, c'est à son seul interlocuteur, à savoir le juge national, même crédule, qu'elle pourrait imputer la commission d'un tel abus, ne fût-ce qu'en connivence avec les parties au principal.

Les indices retenus par la jurisprudence *Foglia c/ Novello* (242) ne sauraient être constitutifs d'un abus et, si la Cour estimait nécessaire de formuler un principe d'utilisation abusive de la procédure préjudicielle la conduisant à refuser l'accès à son prétoire, elle devrait en définir les

---

internationale de la juridiction italienne pour statuer sur la validité d'une disposition de droit allemand au regard du droit communautaire, a constaté que les juridictions allemandes n'étaient pas saisies par l'une ou l'autre des parties au principal, mais elle a estimé que « *cette constatation ne permet pas à elle seule de considérer que la demande préjudicielle est irrecevable. En effet, le dossier ne fait pas apparaître d'autres éléments dont il résulterait, de manière manifeste, que les parties au litige au principal se sont préalablement concertées pour amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit comme c'était le cas dans l'affaire Foglia, précitée* », *ibid.* point 23.

(237) Aff. C-318/00, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c/ Newcastle United Football Company, Rec.*, 2003, p. I-905.

(238) *Ibid.* point 44.

(239) *Ibid.* point 45.

(240) *Ibid.* point 53.

(241) Dans l'arrêt C-2/06, *Willy Kempter c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, la Cour a rappelé que la procédure préjudicielle était « *étrangère à toute initiative des parties* », *Rec.*, 2008, p. I-411, point 41.

(242) *Précit.*

DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

ingrédients en respectant le caractère égalitaire de ses protagonistes qui y sont associés en binôme (243).

B. – *Accès sélectif*

Bien que la Cour ait souligné, dans un arrêt de 1982 (244), qu'il lui incombait de veiller à ce que les Etats membres et les parties intéressées soient en mesure utilement de soumettre des observations sur les questions qui lui sont déférées dans le cadre préjudiciel (245) et qu'elle ait rappelé que des indications éparses quant au contenu des demandes de décision préjudicielle figuraient déjà dans sa jurisprudence antérieure (246), ce n'est que par l'arrêt rendu en 1993 dans l'affaire *Telemarsicabruzzo* (247) que la Cour a rejeté, pour la première fois, une ordonnance de renvoi préjudiciel en raison de son caractère par elle

---

(243) Dans ses conclusions sous arrêt 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, *Rec.*, 1981, p. 3045, l'Avocat général SLYNN a considéré qu' « il peut se produire des circonstances dans lesquelles la Cour peut refuser de traiter des questions qui constituent manifestement un abus de procédure... », *ibid.* p. 3071. Dans ses conclusions sous arrêt 104/79, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, *Rec.*, 1980, p. 745, l'Avocat général WARNER avait précédemment évoqué un « détournement de procédure », *ibid.* p. 767. Antérieurement, l'Avocat général GAND avait considéré qu'un jour la Cour serait amenée à « fixer une limite à ce qui apparaîtrait comme un abus de procédure », conclusions sous arrêt 20/64, *S.A.R.L. Albatros c/ Société des pétroles et des combustibles liquides (SOPECO)*, *Rec.*, 1965, XI-3, p. 1, sp. p. 14. Dans ses conclusions sous arrêt C-415/93, *Union royale des sociétés de football association ASBL e.a. c/ Jean-Marc Bosman e.a.*, *Rec.*, 1995, p. I-4921, l'Avocat général LENZ a exprimé l'avis que le motif qui a inspiré la Cour dans l'affaire *Foglia c/ Novello* « est que l'on ne doit pas abuser de la procédure de l'article 177. Dans le cas d'espèce, l'abus a dû consister dans le fait que les parties ont tenté de concert, selon toute vraisemblance, de mettre en cause la compatibilité des dispositions françaises avec le droit communautaire par le biais d'un litige qu'elles avaient construit dans une procédure menée en Italie », *ibid.* point 83. Et l'Avocat général de conclure : « Si l'on abuse de la procédure de l'article 177, la Cour peut refuser de répondre aux questions qui lui sont déférées. Il convient néanmoins d'examiner à chaque fois très soigneusement si l'on a bien affaire à un abus de cette nature », *ibid.* point 85.

(244) Aff. jtes. 141 à 143/81, *Gerrit Holdijk e.a.*, *Rec.*, 1982, p. 1299.

(245) *Ibid.* point 6. Dans cette affaire le gouvernement danois a estimé que telle que présentée à la Cour, l'ordonnance de renvoi ne lui permettait pas de soumettre des observations sur le fond, alors qu'une telle incapacité n'était invoquée ni par le gouvernement néerlandais, ni par la Commission. L'Avocat général SLYNN a considéré que l'absence de toute constatation factuelle, de toute mention d'une disposition particulière du droit communautaire et de toute indication quant aux raisons pour lesquelles le renvoi avait été décidé rendait « malaisée », mais pas impossible, une réponse de la Cour : Conclusions, *ibid.*, pp. 1316-1317.

(246) *Ibid.* point 5. La Cour se réfère à l'arrêt 244/80, *Pasquale Foglia c/Mariella Novello*, *Rec.*, 1981, p. 3045, à l'arrêt 244/78, *Union laitière normande, Union de coopératives agricoles c/ French Dairy Farmers Ltd*, *Rec.*, 1979, p. 2663 et à l'arrêt 36 et 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a. c/ Gouvernement d'Irlande e.a.*, *Rec.*, 1981, p. 735. Ces arrêts n'ont, cependant, pas établi une obligation de motivation des demandes de décision préjudicielle sous peine d'irrecevabilité.

(247) Aff. jtes. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, *Rec.*, 1993, p. I-393.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

considéré lacunaire, décelé 27 mois après que cette dernière lui était parvenue (248).

Dans son arrêt *Telemarsicabruzzo* (249) la Cour érige en principe comminatoire d'application générale l'exigence, indûment astreignante, d'une motivation de l'ordonnance de renvoi sous peine d'irrecevabilité de cette dernière. A cet égard, elle a déclaré que « *la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées* » (250). En l'espèce, la Cour a considéré que le dossier transmis par le juge national, les observations écrites présentées par les parties au principal, par le gouvernement italien et par la Commission ainsi que les informations fournies lors de l'audience, n'étaient que fragmentaires et ne lui permettaient pas, faute d'une connaissance suffisante des faits à l'origine du litige au principal, d'interpréter les règles communautaires visées dans l'ordonnance de renvoi au regard de la situation faisant l'objet de ce litige (251). Dans ces circonstances, la Cour a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les questions posées (252).

A cet égard l'on pourrait remarquer que, dans ses conclusions sous cet arrêt, l'Avocat général Gulmann s'est d'abord demandé « *si la Cour ne devait pas refuser de répondre plus fréquemment que jusqu'à présent à des questions préjudicielles lorsque les décisions de renvoi n'exposent pas de manière suffisante le contexte juridique et matériel des questions préjudicielles, avec pour conséquence des difficultés sérieuses pour répondre de manière appropriée à ces questions* » (253). Ensuite, même s'il a considéré, qu'en l'espèce, l'ordonnance du renvoi comportait « *une description insuffisante du contexte juridique et matériel de l'espèce* » et que la motivation des questions posées y était insuffisante, l'Avocat général se sentait à même de comprendre

---

(248) L'ordonnance de renvoi en date du 4 septembre 1990 est parvenue à la Cour le 22 octobre 1990 et l'arrêt a été rendu le 26 janvier 1993.

(249) Aff. jtes. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, pré. cit.

(250) *Ibid.* point 6.

(251) *Ibid.* point 9.

(252) *Ibid.* La Cour n'aborde pas un argument soulevé par le gouvernement italien selon lequel la Cour constitutionnelle italienne, saisie dans la même affaire et par le même juge d'une question de constitutionnalité, avait déclaré ce dernier incompétent pour connaître du litige au principal, Rapport d'audience, *ibid.* p. I-404, point 3.a). L'Avocat général GULMANN a, en revanche, retenu cette circonstance et a proposé à la Cour, pour cette raison, de décliner sa compétence, *ibid.* points 5-17.

(253) *Ibid.* point 20.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

l'essentiel du problème d'interprétation du droit communautaire sollicité par le juge de renvoi et d'y répondre (254). L'Avocat général a, néanmoins, invité la Cour à souligner dans son arrêt « *que les décisions de renvoi doivent contenir les informations sur le contexte juridique et matériel des questions qui sont nécessaires pour répondre et que des défauts à cet égard peuvent avoir pour résultat que la Cour se trouve dans l'impossibilité de répondre aux questions* » (255).

Dans l'arrêt *Telemarsicabruzzo* (256), la Cour reprend, dix ans après qu'elle a été formulée, l'essentiel de la proposition faite par le gouvernement danois dans ses observations dans l'affaire *Holdijk* (257). Ce gouvernement y avait, notamment, soutenu que, pour que le droit des Etats membres et des parties intéressées de présenter des observations ne soit pas rendu illusoire, la juridiction nationale devrait « *s'exprimer d'une manière relativement large* » et l'ordonnance de renvoi devrait contenir des informations sur les faits à l'origine du litige au principal, décrire les dispositions pertinentes du droit national, reproduire les moyens et arguments développés par les parties au principal, établir l'importance de la question préjudicielle pour la solution du litige et expliquer les raisons pour lesquelles le juge de renvoi éprouve des doutes quant à l'interprétation ou à la validité des règles communautaires en cause (258).

A partir de l'arrêt *Telemarsicabruzzo* (259), la Cour exige que la juridiction nationale définisse le contexte factuel et le cadre réglementaire dans lesquels s'insère la question préjudicielle ou, à tout le moins, décrive l'hypothèse factuelle sur laquelle la question est fondée, indique les raisons précises qui l'ont conduite à saisir la Cour, explique la nécessité de solliciter une décision préjudicielle de la part de cette dernière, justifie le choix des dispositions communautaires en cause et démontre le lien entre celles-ci et les dispositions nationales applicables au litige (260). Lorsque l'interprétation du droit communautaire

---

(254) *Ibid.* point 21.

(255) *Ibid.*

(256) *Ibid.*

(257) Aff. jtes. 141 à 143/81, *Gerrit Holdijk e.a.*, *Rec.*, 1982, p. 1299.

(258) *Ibid.* Partie 'En fait', pp. 1307-1308.

(259) Aff. jtes. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, *Rec.*, 1993, p. I-393.

(260) On peut rappeler que, dans l'arrêt 77/72, *Carmina Capolongo c/ Azienda agricola Maya*, *Rec.*, 1973, p. 611, la Cour a tenu à souligner qu'une ordonnance de renvoi lacunaire exposait le juge de renvoi au risque que la réponse apportée par la Cour « *ne corresponde qu'imparfaitement aux particularités de l'espèce* », *ibid.* point 8, et que dans l'arrêt 98, 162 et 258/85, *Michele Bertini et Giuseppe Bisignani e.a. c/ Région du Latium et Unità sanitarie locali*, *Rec.*, 1985, p. 1884, la Cour a considéré qu'il était « *regrettable que la juridiction nationale n'ait donné aucune motivation à ses ordonnances de renvoi, d'autant plus que ni les dossiers ni*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

demandée devrait permettre au juge de renvoi d'apprécier la conformité au droit communautaire d'une disposition législative d'un Etat membre autre que le sien, la Cour considère qu'il est particulièrement nécessaire que l'ordonnance de renvoi soit motivée quant à la signification attribuée par la juridiction de renvoi à ladite disposition qui l'a conduite à la saisir (261).

La Cour souligne l'importance de la description du contexte factuel et du cadre réglementaire, particulièrement dans les cas de renvoi préjudiciel en matière de concurrence (262), et considère que « *cette exigence est moins impérative dans l'hypothèse où les questions se rapportent à des points techniques précis et permettent à la Cour de donner une réponse utile, même si le juge national n'a pas donné une présentation exhaustive de la situation de droit et de fait* » (263). Il n'en demeure pas moins que la motivation des ordonnances de renvoi est devenue la condition primordiale de leur recevabilité dont le non respect est susceptible d'entraîner des conséquences fatales. Cette jurisprudence semble s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux renvois préjudiciels aussi bien en interprétation qu'en appréciation de validité. Par rapport à ce dernier, la Cour a indiqué, dans son arrêt *Association Greenpeace France* (264), qu'une demande de décision préjudicielle doit exposer les motifs d'invalidité qui, selon la juridiction de renvoi, devraient être retenus (265).

Dans le cas des procédures de référé devant la juridiction nationale, l'octroi du sursis à l'exécution d'une mesure nationale prise en application d'un acte communautaire est subordonné, entre autres, à l'exis-

---

*les faits des affaires ne permettent de comprendre l'utilité des questions pour les jugements qu'elle doit rendre* » et qu'il était « *difficile de concevoir comment les réponses demandées à la Cour peuvent avoir une incidence sur la solution du litige au principal* », mais qu'elle a, néanmoins, estimé que « *dans les circonstances de l'espèce, il serait contraire à l'économie de la procédure de ne pas répondre, pour cette seule raison, aux questions posées par la juridiction nationale* », *ibid.* points 7 et 8.

(261) Aff. C-153/00, *Procédure pénale c/ Paul der Weduwe, Rec.*, 2002, p. I-11319, point 38.

(262) Aff. jtes. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, *Rec.*, 1993, p. I-393, point 7. V. également, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL c/ Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, *Rec.*, 2000, p. I-2681, point 22, aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie, Rec.*, 2000, p. I-4979, point 19, aff. jtes. C-483/03, C-439/03, C-509/03 et C-2/04, *Antonio Cannito e.a.*, *Rec.*, 2004, p. I-1605, point 6, aff. C-467/06, *Consel Gi. Emme Srl c/ Sistema Logistico dell'Arco Ligure e Alessandrino Srl (SLALA)*, Ordonnance du 11 mars 2008, *Rec.*, 2008, p. I-44 (publication sommaire), ronéo point 21.

(263) Aff. C-316/93, *Nicole Vaneetveld contre SA Le Foyer et SA Le Foyer c/ Fédération des mutualités socialistes et syndicales de la province de Liège, Rec.*, 1994, p. I-763, point 13.

(264) Aff. C-6/99, *Association Greenpeace France e.a. c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a.*, *Rec.*, 2000, p. I-1651.

(265) *Ibid.* point 55.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

tence de « *doutes sérieux* » sur la validité de ce dernier dans le chef de la juridiction nationale (266), ce qui implique que, dans sa demande de décision préjudicielle en matière d'appréciation de validité, la juridiction de renvoi indique les raisons pour lesquelles elle estime que l'acte communautaire en cause devrait être déclaré invalide (267). L'incidence de l'irrecevabilité encourue par une ordonnance de renvoi en appréciation de validité, insuffisamment motivée, sur les mesures de sursis à exécution prises par la juridiction nationale ne semble pas avoir été envisagée par la Cour (268).

L'exigence de motivation des ordonnances de renvoi n'est pas anodine. Elle est conçue pour permettre à la Cour d'apprécier l'opportunité de sa saisine préjudicielle. Certes, les informations fournies par la juridiction de renvoi doivent permettre à la Cour de circonscrire l'affaire et de lui apporter, par suite, une réponse utile (269). Mais, en enjoignant à la juridiction de renvoi d'inclure dans son ordonnance les données et explications telles que dégagées par sa jurisprudence, la Cour cherche, en réalité, à s'assurer, au-delà de son aptitude à fournir une réponse utile, que sont remplies les conditions auxquelles est subordonnée, selon elle, l'exercice de sa compétence préjudicielle, même si, ce faisant, elle s'imisce dans les compétences réservées à la juridiction du renvoi (270).

---

(266) Aff. jtes. C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c/ Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrik Soest GmbH c/ Hauptzollamt Paderborn*, Rec., 1989, p. I-415, point 23. V. également, aff. C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rec., 1997, p. I-4517, point 47.

(267) Aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e.a.(I) c/ Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Rec., 1995, p. I-3761, point 36. La question sur la validité de l'acte communautaire peut être convertie par la Cour en une question d'interprétation de ce dernier, comme il a été le cas dans l'affaire C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rec., 1997, p. I-4517.

(268) La Cour ne s'est pas encore exprimée sur la question de savoir si une telle irrecevabilité, prononcée des longs mois après la saisine préjudicielle de la Cour, devrait entraîner la révocation des mesures provisoires prises par la juridiction nationale et/ou produire toute autre conséquence.

(269) Dans une conférence prononcée devant le Service juridique de la Commission après la première décennie d'application de la procédure préjudicielle, le juge DONNER avait déjà déclaré que « *l'expérience nous a appris qu'une interprétation générale abstraite, ne répond pas à l'objectif visé mais qu'il faut une interprétation fondée davantage sur l'analyse des cas d'espèce pour atteindre le but de l'article 177, qui est de promouvoir l'uniformité de l'application du droit communautaire. L'interprétation doit être donnée en tenant compte des circonstances de l'espèce pour laquelle elle est demandée, sinon elle ne fournit aucun éclaircissement, et n'est dans le meilleur des cas qu'une sorte d'explication des dispositions communautaires, qui n'apporte au juge national qu'une aide précaire et reste muette sur les points réellement litigieux* », Interprétation et Application, Service juridique de la Commission, 31 janvier 1974, Doc. N° JUR/214/74-F (VII/779), texte ronéo, pp. 17-18.

(270) A cet égard, G. VANDERSANDEN a remarqué qu'« *il s'agit, en réalité, de permettre à la Cour de s'immiscer dans l'examen de la nécessité de la saisir à titre préjudiciel et de la pertinence des questions posées par le juge national avec, pour sanction éventuelle, la déclara-*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

En outre, ces exigences introduisent un arbitraire dans la mesure où, en présence d'ordonnances de renvoi contenant une motivation succincte, voire lacunaire, la Cour s'estime, dans certains cas, à même de répondre à la question posée alors que, dans d'autres, elle rejette la demande. A cet égard, on a pu constater que « *the Court is prepared to give a ruling in cases to which it wants to respond, even where the information is deficient in some way* » (271).

C'est, en principe, dans l'ordonnance de renvoi elle-même que doivent figurer toutes les informations requises (272). En application de la jurisprudence *Telemarsicabruzzo* (273), la Cour rejette une demande de décision préjudicielle quand l'ordonnance de renvoi contient une référence trop imprécise aux situations de droit et de fait visées (274), des questions formulées de manière très générale n'indiquant pas les dispositions communautaires dont l'interprétation est demandée (275) ou comporte « *trop peu de précisions* » sur les faits et n'explique pas les raisons pour lesquelles la juridiction de renvoi a décidé de saisir la Cour (276). Il en est de même quand l'ordonnance de renvoi ne contient pas de questions précises et ne permet pas à la Cour de déceler, avec certitude, les questions sur lesquelles la juridiction de renvoi souhaite obtenir une réponse (277) et quand elle n'explicite pas le lien qui existe entre chacune des dispositions communautaires dont l'interprétation est demandée et la situation factuelle ou la législation nationale applicable (278). Est irrecevable une ordonnance de renvoi qui ne décrit ni le cadre factuel du litige ni les hypothèses factuelles auxquelles ce

---

*tion d'irrecevabilité de la procédure préjudicielle* », « La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 618, sp. p. 625.

(271) C. BARNARD & E. SHARPSTON, « The changing face of Article 177 references », in *Common Market Law Review*, 1997, Vol. 34, p. 1113, sp. p. 1149.

(272) Aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Lauguillaumie*, *Rec.*, 2000, p. I-4979, point 23, aff. C-190/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL*, *Rec.*, 2002, p. I-8287, point 24.

(273) Aff. jtes. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA e.a. c/ Circostel e.a.*, *Rec.*, 1993, p. I-393.

(274) Aff. C-257/95, *Gérard Bresler c/ Préfet de la Région d'Auvergne et Préfet du Puy-de-Dôme*, *Rec.*, 1996, p. I-233, points 17 et 18.

(275) Aff. C-229/03, *Monika Herbstrith c/ Republik Österreich*, Ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2004 (non publiée au Recueil), point 15.

(276) Aff. C-167/94, *Procédure pénale c/ Juan Carlos Grau e.a.*, *Rec.*, 1995, p. I-1025, points 11 et 12.

(277) Aff. C-307/95, *Max Mara Fashion Group Srl c/ Ufficio del registro di Reggio Emilia*, *Rec.*, 1995, p. I-5085, point 9.

(278) Aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Lauguillaumie*, *Rec.*, 2000, p. I-4979, point 23, aff. jtes. C-438/03, C-439/03, C-509/03 et C-2/04, *Antonino Cannito e.a. c/ Fondiaria Assicurazioni SpA e.a.*, *Rec.*, 2004, p. I-1605, aff. C-438/06, *Otmar Greser c/ Bundesagentur für Arbeit*, Ordonnance du 23 mai 2007 (non publiée au Recueil), point 9, aff. C-12/07, *Autostrada dei Fiori Spa*, Ordonnance du 16 novembre 2007, *Rec.*, 2007, p. I-162 (publication sommaire), ronéo point 23, aff. jtes. C-72/07 et C-111/07, *José Manuel Blanco Pérez*, Ordonnance du 13 juin 2007 (non publiée au Recueil), point 23.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

dernier se rattache, ni les raisons pour lesquelles la saisine de la Cour a été considérée nécessaire (279) et lorsque, en outre, elle ne donne qu'une indication extrêmement succincte des arguments des parties au litige qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation du droit communautaire et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour (280) ou qu'elle contient des informations contradictoires ne permettant pas à la Cour d'avoir une connaissance suffisante de la situation en droit (281).

Certaines des appréciations auxquelles la Cour s'estime en droit de procéder érodent les compétences des juridictions nationales. La Cour a, naturellement, le droit, voire l'obligation, de vérifier que la question préjudicielle qui lui est soumise a trait au droit communautaire et qu'elle émane d'un organe ayant la qualité de juridiction habilitée à la saisir au sens de l'article 234 du traité CE. Par déférence à la juridiction de renvoi, toute autre appréciation devrait échapper à son contrôle (282). Tout particulièrement, la nécessité d'un renvoi préjudiciel ne saurait être déterminée que par la juridiction de renvoi elle-même et la Cour ne saurait exiger que lui soient exposées les raisons précises qui ont conduit cette dernière à s'interroger sur l'interprétation ou la validité des règles communautaires. Comme l'avait souligné l'Avocat général Mischo, l'article 234 du traité dispose que «*la juridiction peut 'si elle estime qu'une question... est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour... Le texte ne dit pas 'si elle démontre que'*» (283). De même, la question telle que formulée par la juridiction de renvoi devrait, sauf erreur manifeste, être considérée *ipso facto*

---

(279) Aff. C-9/98, *Erlanno Agostini, Emanuele Agostini c/ Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Rec.*, 1998, p. I-4261, points 6-9, aff. C-422/98, *Colonia Versicherung AG Zweigniederlassung München e.a. c/ Etat belge, Rec.*, 1999 p. I-1279, points 6-9

(280) Aff. C-75/04, *World Wide Shipping and Forwarding nV (WWFS)*, Ordonnance du 21 janvier 2005 (non publiée au Recueil), point 13, aff. C-116/05, *Etablissements Dhumeaux et Cie SA*, Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2005 (non publiée au Recueil), point 25.

(281) Aff. jtes C-28/98 et C-29/98, *Marc Charreire & Jean Hirtsmann c/ Directeur des services fiscaux de la Moselle, Rec.*, 1999, p. I-1963, points 12 et suiv.

(282) Parmi les conditions dégagées par la jurisprudence de la Cour qui doivent être remplies afin que la demande de renvoi préjudiciel soit recevable, figure l'exigence que le litige soit pendant devant la juridiction de renvoi, que la personne ayant proposé la question préjudicielle en appréciation de validité n'ait pas eu qualité pour demander l'annulation de l'acte contesté, que le litige devant la juridiction nationale revête un caractère réel et que la question ne soit pas hypothétique.

(283) Conclusions sous arrêt dans les aff. jtes. C-98, 162 et 258/85, *Michele Bertini et Giuseppe Bisignani e.a. c/ Région du Latium et Unità sanitarie locali, Rec.*, 1986, p. 1885, point 3.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

comme pertinente et non seulement bénéficiaire d'une « *présomption de pertinence* » (284).

En tout état de cause, le rejet d'une demande de décision préjudicielle peut inciter le juge de renvoi à saisir derechef la Cour même si son expectative est souvent déçue. Soit que la Cour estime, à la lumière des informations supplémentaires fournies par la juridiction nationale dans sa seconde ordonnance, que les questions posées n'ont pas de rapport avec le litige, soit qu'elle persiste à considérer – c'est le cas le plus fréquent – que la demande de décision préjudicielle est toujours lacunaire (285). Dans les deux cas un premier refoulement expéditif du prétoire se transforme en bannissement.

La première hypothèse s'est produite dans l'affaire *Monin Automobiles* (286). Après avoir considéré comme irrecevable une première demande de décision préjudicielle formulée par le juge-commissaire de la liquidation Monin au Tribunal de commerce de Romans, au motif que l'ordonnance de renvoi n'avait fourni aucune indication sur le fondement des questions déferées (287), saisie à nouveau, la Cour a, eu égard aux explications fournies par la juridiction de renvoi, estimé que les dispositions communautaires dont l'interprétation était sollicitée ne pouvaient être appliquées par cette dernière, de sorte que les questions posées ne correspondaient pas « *à un besoin objectif* » pour la décision que la juridiction de renvoi serait amenée à prendre, et s'est déclarée incompétente pour y répondre (288).

La seconde hypothèse est la plus commune. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Italia Testa* (289) et *Mario Modesti* (290), deux ordonnances

---

(284) V. par exemple, aff. C-300/01, *Doris Salzmann*, *Rec.*, 2003, p. I-4899, points 29 et 31, aff. jtes. C-94/04 et C-202/04, *Cipolla e.a.*, *Rec.*, 2006, p. I-11421, point 25, aff. C-429/05, *Max Rampion & Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion c/ Franfinance SA et K par K SAS*, *Rec.*, 2007, p. I-8017, point 26, aff. C-467/05, *Giovanni Dell'Orto en présence de Saipem SpA*, *Rec.*, 2007, p. I-5557, point 40. Dans son arrêt C-2/06, *Willy Kempter KG c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, *Rec.*, 2008, p. I-411, la Cour a rappelé que « *le renvoi préjudiciel repose sur un dialogue de juge à juge, dont le déclenchement dépend entièrement de l'appréciation que fait la juridiction nationale de la pertinence et de la nécessité dudit renvoi* », *ibid.* point 42.

(285) Déjà dans l'affaire *Foglia c/ Novello*, le rejet d'une première ordonnance de renvoi a conduit le juge national à soumettre à nouveau, pour s'être vu opposer un second rejet, la même question, au motif qu'aucun fait nouveau de nature à modifier la première décision d'incompétence, n'a été porté à l'intention de la Cour : Aff. 104/79, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, *Rec.*, 1980, p. 745, aff. 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, *Rec.*, 1981, p. 3045.

(286) Aff. C-386/92, *Monin Automobiles-Maison du deux-roues*, *Rec.*, 1993 p. I-2049, aff. C-428/93, *Monin Automobiles-Maison du deux-roues*, *Rec.*, 1994, p. I-1707.

(287) Aff. C-386/92, *Monin Automobiles-Maison du deux-roues*, *Rec.*, 1993, p. I-2049.

(288) Aff. C-428/93, *Monin Automobiles-Maison du deux-roues*, *Rec.*, 1994, p. I-1707, points 15 et 17.

(289) Aff. C-106/96, *Procédure pénale c/ Italia Testa*, *Rec.*, 1996, p. I-3081.

(290) Aff. C-191/96, *Procédure pénale c/ Mario Modesti*, *Rec.*, 1996, p. I-3937.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

de renvoi du Pretore de Rome ont été considérées par la Cour comme insuffisamment précises quant à la situation de droit et de fait visée et comme déficientes en ce qui concerne le contexte factuel du litige et le cadre réglementaire national dans lequel il avait surgi, ainsi que les raisons pour lesquelles le pretore estimait nécessaire de la saisir. Les indications fournies dans les secondes ordonnances de renvoi n'ont pas satisfait la Cour qui les a déclarées irrecevables pour les mêmes raisons (291). Le même sort a été réservé au Tribunal civil de Lisbonne qui, dans l'affaire *Banco de Fomento* (292), après avoir vu rejeter comme irrecevable une première ordonnance de renvoi, lacunaire selon la Cour, a re-saisi cette dernière que pour se voir opposer un second rejet pour des raisons similaires (293). De même, deux demandes successives de décision préjudicielle formulées par le *Landgericht für Zivilrechtssachen Wien* dans, respectivement, l'affaire *DLD Treading Company Import-Export* (294) et l'affaire *Monika Herbstrith* (295), ont été déclarées irrecevables par la Cour. Dans la seconde de chacune de ces affaires, la Cour a relevé les types d'information qui étaient absentes de la seconde ordonnance de renvoi et, agacée, a souligné que « *de tels défauts de motivation de l'ordonnance de renvoi ne sauraient être acceptés par la Cour, alors surtout qu'une précédente demande de décision préjudicielle, émanant de la même juridiction dans le cadre du même litige au principal, avait déjà été déclarée irrecevable en raison des mêmes insuffisances* » (296). En revanche, dans les affaires *Banchero* (297) et *Viacom Outdoor* (298), le *pretore de Genova* et le *Giudice di pace di Genova-Voltri* devaient, respectivement, se contenter d'une satisfaction partielle. Ayant rejeté une première ordonnance de renvoi par eux respectivement présentée (299), la Cour a partiellement accueilli des questions que, par une deuxième

---

(291) Aff. C-128/97 et C-137/97, *Italia Testa*, Mario Modesti, *Rec.*, 1998, p. I-2181.

(292) Aff. C-326/95, *Banco de Fomento e Exterior SA et Amandio Mauricio Pechin e.a.*, *Rec.*, 1996, p. I-1387.

(293) Aff. C-66/97, *Banco de Fomento e Exterior SA et Amandio Mauricio Pechin e.a.*, *Rec.*, 1996, p. I-3757.

(294) Aff. C-447/01, Ordonnance du 21 mars 2002 (non publiée au Recueil) et C-216/03, Ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2004 (non publiée au Recueil).

(295) Aff. C-430/01, Ordonnance du 21 mars 2002 (non publiée au Recueil) et C-229/03, Ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2004 (non publiée au Recueil).

(296) Aff. C-216/03, *pré.cit.* point 23, aff. C-229/03, *pré.cit.* point 22.

(297) Aff. C-157/92, *Pretore di Genova c/ Giorgio Banchero*, *Rec.*, 1993, p. I-1085, aff. C-387/93, *Procédure pénale c/ Giorgio Domingo Banchero*, *Rec.*, 1995, p. I-4663.

(298) Aff. C-192/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL*, *Rec.*, 2002, p. I-8289, aff. C-134/03, *Viacom Outdoor c/ Giotto Immobilier SARL*, *Rec.*, 2005, p. I-1167.

(299) Aff. C-157/92, *Pretore di Genova c/ Giorgio Banchero*, *Rec.*, 1993, p. I-1085, aff. C-192/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL*, *Rec.*, 2002, p. I-8289.

DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

ordonnance, chacune de ces deux juridictions lui a resoumises et y a répondu par arrêt (300).

Au vu de l'application de la jurisprudence *Telemarsicabruzzo* (301), l'on peut se demander ce qui reste de la jurisprudence « classique », à laquelle, en pérorant, la Cour continue, par une affirmation « plus rhétorique que réelle » (302), constamment et avec emphase, à se référer. Cette jurisprudence, que l'on pourrait considérer partie de

---

(300) Aff. C-387/93, *Procédure pénale c/ Giorgio Domingo Banchemo, Rec.*, 1995, p. I-4663, aff. C-134/03, *Viacom Outdoor c/ Giotto Immobilier SARL, Rec.*, 2005, p. I-1167.

(301) Aff. jtes. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, pré.cit. V. notamment, aff. C-326/95, *Banco de Fomento e Exterior SA et Amandio Mauricio Pechin e.a., Rec.*, 1996, p. I-1387, aff. C-66/97, *Banco de Fomento e Exterior SA et Amandio Mauricio Pechin e.a., Rec.*, 1996, p. I-3757, aff. C-106/96, *Procédure pénale c/ Italia Testa, Rec.*, 1996, p. I-3081, aff. C-191/96, *Procédure pénale c/ Mario Modesti, Rec.*, 1996, p. I-3937, aff. C-128/97 et C-137/97, *Italia Testa, Mario Modesti, Rec.*, 1998, p. I-2181, aff. C-378/98, *La Pyramide SARL, Rec.*, 1999, p. I-3999, aff. jtes. C-28/98 et C-29/98, *Marc Charreire & Jean Hirtsmann c/ Directeur des services fiscaux de la Moselle, Rec.*, 1999, p. I-1963, aff. C-116/00, *Procédure pénale c/ Claude Laguillaumie, Rec.*, 2000, p. I-4979, aff. C-391/00, *Giovano Colapietro c/ Ispettorato Centrale Repressione Frodi-Ministero per le Politiche Agricole*, Ordonnance du 19 janvier 2000 (non publiée au Recueil), aff. C-223/00, *Diretor-General do Departamento para os Assuntos do Fundo Social Europeu (DAFSE) c/ Partex-Companhia Portuguesa de Serviços SA*, Ordonnance du 22 novembre 2001 (non publiée au Recueil), aff. C-192/02, *Viacom Outdoor Srl c/ Giotto Immobilier SARL, Rec.*, 2002, p. I-8287, aff. C-445/01, *Roberto Simoncello et Piera Boerio c/ Direzione Provinciale del Lavoro, Rec.*, 2003, p. I-1807, aff. C-54/03, *Austroplant-Arzneimittel GmbH c/ Republik Österreich*, Ordonnance du 12 mars 2004 (non publiée au Recueil), aff. C-425/03, *Provvidenza Regio c/ AXA Assicurazioni SpA*, Ordonnance du 19 octobre 2004 (non publiée au Recueil), aff. jtes. C-438/03, C-439/03, C-509/03 et C-2/04, *Antonio Cannito*, Ordonnance du 11 février 2004 (non publiée au Recueil), aff. C-75/04, *Ministerie van Financiën, Hendrik Hanssens, Rudi Verhoeven, World Wide Shipping and Forwarding NV (WWSF)*, Ordonnance du 21 janvier 2005 (non publiée au Recueil), aff. C-480/04, *Antonello D'Antonio*, Ordonnance du 22 février 2005 (non publiée au Recueil), aff. C-358/04, *Caseificio Valdagnese Srl c/ Regione Veneto*, Ordonnance du 14 juin 2005 (non publiée au Recueil), aff. C-234/05, *Minister van Sociale Zaken, Staatssecretaris voor volksgezondheid c/ BVBA De Backer*, Ordonnance du 27 octobre 2005 (non publiée au Recueil), aff. C-116/05, *ALBV SA*, Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2005 (non publiée au Recueil), aff. C-436/05, *Lucien de Graaf et Gudula Daniels c/ Belgische Staat*, Ordonnance du 6 octobre 2006 (non publiée au Recueil), aff. C-166/06, *Eurodomus Srl c/ Commune di Bolzano*, Ordonnance du 13 juillet 2006 (non publiée au Recueil), aff. C-438/06, *Otmar Greser c/ Bundesagentur für Arbeit*, Ordonnance du 23 mai 2007 (non publiée au Recueil), aff. C-12/07, *Autostrada dei Fiori SpA*, Ordonnance du 16 novembre 2007 (non publiée au Recueil), aff. jtes. C-72/07 et C-111/07, *José Manuel Blanco Pérez et Maria del Pilar Chao Gómez*, Ordonnance du 13 juin 2007 (non publiée au Recueil), aff. C-467/06, *Consel Gi. Emme Srl c/ Sistema Logistico dell'Arco Ligure e Alessandrino Srl (SLALA)*, Ordonnance du 11 mars 2008. Ordonnance du 9 avril 2008 dans l'affaire C-305/07, *Radiotelevisione italiana SpA (RAI) c/ PTV Programazioni Televisioni SpA., Rec.*, 2008, p. I-55 (publication sommaire). V. également l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-153/00, *Procédure pénale c/ Paul der Weduwe, Rec.*, 2002, p. I-11319, dans lequel la Cour a déclaré irrecevables des questions préjudicielles au motif que le juge de renvoi ne lui avait pas fourni « tous les éléments nécessaires pour vérifier si l'interprétation de l'article 49 CE est utile dans la procédure au principal », *ibid.* point 39, et en raison de « l'absence, dans l'ordonnance de renvoi, de toute motivation spécifique exposant les raisons pour lesquelles le juge de renvoi s'interroge sur le point de savoir si l'article 49 CE devrait être interprété comme s'opposant à l'application des dispositions de droit pénal et de procédure pénale belges », *ibid.* point 40.

(302) G. Vandersanden, *Actualité de la procédure préjudicielle*, in J.-L. CLERGERIE (dir), *Le pouvoir judiciaire communautaire*, Presses universitaires de Limoges, 1999, p. 67, sp. p. 82.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

l'acquis communautaire, établit que « *les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ses questions ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement restent soustraites à l'appréciation de la Cour* » (303), et souligne que la Cour « *est valablement saisie et obligée de se prononcer lorsqu'une juridiction nationale lui demande de statuer à titre préjudiciel sur l'une des questions indiquées par l'article 177 du traité si cette juridiction estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement* » (304), que « *dès lors qu'une juridiction nationale demande l'interprétation d'un texte de droit communautaire, il y a lieu de considérer qu'elle estime cette interprétation nécessaire à la solution du litige* » (305), que l'article 177 « *ne permet pas à la Cour d'apprécier l'intérêt actuel, dans le cadre de la procédure pendante devant le juge national, de la question posée* » (306), que « *dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles, entre les juridictions nationales et la Cour par l'article 177 du traité, le juge national qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire comme aussi des arguments mis en avant par les parties, et qui devra assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, est mieux placé pour apprécier, en pleine connaissance de cause, la pertinence des questions de droit soulevées par le litige dont il se trouve saisi et la nécessité d'une décision préjudicielle, pour être en mesure de rendre son jugement* » (307), « *qu'il appartient à la juridiction nationale, en vertu de la séparation de compétences sur laquelle est basée l'article 177 du traité, d'apprécier dans quelle mesure l'interprétation du droit communautaire lui est nécessaire pour rendre son jugement* » (308), et que « *l'article 177, basé sur une nette séparation des fonctions entre juridictions nationales et la Cour, ne permet à celle-ci, ni de connaître des faits de l'espèce, ni de censurer les motifs de la demande d'interprétation* » (309).

---

(303) Aff. 26/62, *N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Rec., 1963, IX-1, p. 1, sp. p. 22.

(304) Par exemple, aff. 19/68, *Giovanni De Cicco c/ Landesversicherungsanstalt Schwaben*, Rec., 1968, p. 689, sp. p. 698.

(305) Par exemple, aff. 13/68, *Société par Action Salgoil c/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, Rec., 1968, p. 661, sp. p. 672, aff. 5/77, *Carlo Tedeschi c/ Denavit Commerciale s.r.l.*, Rec., 1977, p. 1555, sp. p. 1574.

(306) Par exemple, aff. 43/71, *Politi c/ Ministero delle finanze*, Rec., 1971, p. 1039, sp. p. 1048.

(307) Par exemple, aff. 83/78, *Pigs Marketing Board c/ Raymond Redmond*, Rec., 1978, p. 2347, sp. p. 2368.

(308) Par exemple, aff. 86/78, *SA des grandes distilleries Peureux c/ Directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort*, Rec., 1979, p. 897, sp. p. 908.

(309) Aff. 13/68, *Société par Action Salgoil c/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne*, Rec., 1968, p. 661, sp. p. 672.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Même si l'on devait admettre que la Cour doive disposer d'informations suffisantes pour répondre utilement aux questions préjudicieusement posées, le rejet comme irrecevables des ordonnances qui ne les contiennent pas et qui, par là-même, refoule la juridiction de renvoi du prétoire de la Cour, ne paraît pas justifié.

En effet, l'absence de l'une ou des deux conditions requises par le traité, à savoir le caractère de juridiction nationale de l'organe de renvoi et l'existence d'une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire, ne saurait être remédiée et devrait déboucher sur une déclaration d'incompétence de la part de la Cour. En revanche, la méconnaissance des exigences dégagées par la jurisprudence relatives, notamment, à la communication des indications suffisantes quant aux circonstances factuelles et réglementaires dans lequel a surgi le litige, ainsi qu'à la nécessité et à la pertinence des questions posées – dans la mesure où la Cour peut légitimement y subordonner la recevabilité de la demande de décision préjudicielle – peut être palliée par des demandes d'éclaircissements que la Cour peut adresser à la juridiction de renvoi conformément à l'article 104, paragraphe 5, de son Règlement de procédure.

Or, d'une part, la Cour semble utiliser cette possibilité d'une manière sporadique sans que l'on puisse y déceler une approche consistante ou cohérente quant aux circonstances dans lesquelles cette disposition serait appliquée et, d'autre part, une réponse de la part de la juridiction nationale n'aboutit pas nécessairement à la reconnaissance de la recevabilité de l'ordonnance (310). Mais dans cette dernière hypothèse, le rejet d'une demande de décision préjudicielle serait prononcé en connaissance et non pas en ignorance de cause.

C. – *Accès conditionné*

La jurisprudence inaugurée par la Cour dans l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf* (311) a rendu le prétoire de la Cour inaccessible aux juridictions nationales en raison du comportement passif, quelle qu'en soient les causes, de l'une ou de plusieurs parties au principal. La Cour considère que, si elles souhaitent mettre en cause la légalité d'un acte communautaire susceptible de recours, les personnes ayant la qualité

---

(310) V. par exemple, aff. C-516/99, *Walter Schmid*, *Rec.*, 2002, p. I-4573, aff. C-318/00, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c/ Newcastle United Football Company Ltd*, *Rec.*, 2003, p. I-905, aff. C-54/03, *Austroplant-Arzneimittel GmbH c/ Republik Österreich*, Ordonnance du 12 mars 2004 (non publiée au Recueil).

(311) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, *Rec.*, 1994, p. I-833.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

et l'intérêt pour agir en annulation de ce dernier devraient introduire un tel recours devant la juridiction communautaire et, qu'à défaut, elles ne sauraient contester sa validité, à titre incident, devant la juridiction nationale. Par suite, cette dernière ne saurait valablement saisir la Cour à titre préjudiciel en appréciation de validité de l'acte communautaire en cause.

Pour étayer cette position, la Cour explique que le délai impératif imparti pour l'introduction d'un recours en annulation vise à sauvegarder la sécurité juridique, que celle-ci exclut que l'on puisse indéfiniment remettre en cause la légalité des actes communautaires et que, si elle était admise, la possibilité de contester à titre incident, devant la juridiction nationale, la validité de tels actes, reviendrait à reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif de ces derniers, qui devrait normalement lier la juridiction nationale (312).

Dans son arrêt *National Farmers' Union* (313), la Cour a étendu, logiquement, l'application de ce principe aux Etats membres et a déclaré que « *les mêmes considérations de sécurité juridique justifient qu'un Etat membre, partie à un litige devant une juridiction nationale, ne soit pas autorisé, devant cette juridiction, à exciper de l'illégalité d'une décision communautaire dont il est destinataire à l'encontre de laquelle il n'a pas exercé le recours en annulation dans le délai prévu à cet effet par l'article 230, cinquième alinéa, CE* » (314).

En d'autres termes, un acte communautaire n'ayant pas fait l'objet d'un recours direct dans les délais prescrits acquiert une sorte d'immunité juridictionnelle et sa validité ne saurait être contestée à titre incident devant une juridiction nationale par une partie qui aurait pu l'attaquer directement mais qui se serait abstenue de le faire. Dans le cas où cette partie chercherait à remettre en cause, par voie d'exception, la validité d'un tel acte devant la juridiction nationale, cette dernière devrait écarter comme irrecevables les moyens et arguments invoqués et considérer, sans discussion ni débat, que l'acte en question est valide, quels que soient ses propres doutes et sans qu'elle soit autorisée à saisir au préalable la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle portant sur la validité dudit acte.

Comme l'a constaté M. Jaeger, « *la recevabilité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité dépend donc de l'irrecevabilité du recours virtuel en annulation que le requérant aurait pu songer à*

---

(312) *Ibid.*

(313) Aff. C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du gouvernement*, Rec. 2002, p. I-9079.

(314) *Ibid.* point 36.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*exercer contre l'acte communautaire dont il conteste la légalité. Si le recours virtuel en annulation est recevable, l'acte communautaire ne peut plus, passé le délai du recours de deux mois, être mis en cause devant le juge national. La protection contre l'illégalité du droit communautaire, telle que mise en œuvre par le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, est ainsi entravée par des considérations tirées de l'agencement des voies de recours communautaires* » (315).

Avec certaines variations terminologiques, la Cour explique que cette forclusion ne concerne que les parties au principal qui auraient pu « sans aucun doute » (316), « indiscutablement » (317) ou « indubitablement » (318) attaquer l'acte communautaire devant la juridiction communautaire et quand il était « manifeste » que leur recours en annulation aurait été recevable (319). Il en découle que, si tel n'était pas le cas, l'acte communautaire en cause pourrait être contesté par la voie de l'exception et que l'appréciation de sa validité serait susceptible de faire l'objet d'un renvoi préjudiciel (320).

Une telle démarche serait superflue dans le cas des requérants privilégiés qui, de par leur qualité, bénéficient d'une présomption irréfutable d'intérêt pour intenter un recours en annulation contre tout acte communautaire susceptible de recours. Puisque le raisonnement de la Cour est fondé sur l'intérêt du requérant et non pas sur la nature de l'acte, les Etats membres ne devraient pas, suivant cette logique, pouvoir soulever à titre incident devant la juridiction nationale, des moyens et arguments tenant à établir l'invalidité d'un acte communautaire, quelle qu'en soit la nature, qu'ils n'ont pas attaqués devant la juridiction communautaire, et non seulement les décisions dont ils sont destinataires (321).

---

(315) M. JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in *Mélanges Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 233, sp. p. 240.

(316) *Ibid.* point 24.

(317) Aff. C-241/95, *The Queen c/ Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte: Accrington Beef Co. Ltd e.a., Rec.*, 1996, p. I-6699, point 16.

(318) Aff. C-178/95, *Wiljo NV c/ Belgische Staat, Rec.*, 1997, p. I-585, point 23.

(319) Aff. jtes. C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni e.a., Marco Scalas, Renato Lilliu c/ Regione autonoma della Sardegna, Rec.*, 2006, p. I-1875, point 34.

(320) Au regard des telles qualifications, R. KOVAR se demande si la solution retenue par l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* « aura souvent l'occasion de s'appliquer en dehors du cas des décisions dont le demandeur au principal est le destinataire, tant l'appréciation des caractères direct et individuel d'une décision est, le plus souvent, délicate », « L'évolution de l'Article 177 du traité CE », in G. VANDERSANDEN (dir), *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994, p. 35, sp. p. 42.

(321) Il convient d'observer que dans l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire C-241/01, *National Farmers' Union c/ Secrétariat général du gouvernement, Rec.*, 2002, p. I-9079, la Cour n'a visé, au point 36, que le cas d'une décision dont l'Etat membre était destinataire. Or, puisque la Cour fonde sa position sur l'impératif d'assurer la sécurité juridique, la solution dégagée par les arrêts

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Cette jurisprudence constitue une restriction induite à l'exercice par les juridictions nationale de leur droit, conféré par le traité, de recourir au renvoi préjudiciel et entraîne des conséquences défavorables pour la protection juridictionnelle des particuliers (322). Quand, antérieurement au prononcé de l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (323), elle avait envisagé une telle solution, la Commission avait souligné que, si retenue, elle ferait dépendre du comportement procédural d'une partie l'exercice d'une fonction que le traité a entendu expressément réserver au juge et « *que ce serait faire preuve d'une rigueur excessive que d'accorder en toutes circonstances à la sécurité juridique la prééminence sur l'exigence du respect de la règle de droit* » (324). Ainsi que l'a remarqué G. Vandersanden, « *la Cour n'est pas saisie par les parties, mais par le juge national. Comment, dès lors, est-il possible de faire reproche aux parties de ne pas avoir préalablement agi en annulation, alors que le juge de renvoi, qui n'est pas tenu par un tel préalable, estime qu'une réponse de la Cour sur la question de la validité d'un acte de droit communautaire lui est nécessaire pour résoudre le conflit dont il est saisi ?* » (325). Et M. Jaeger de relever que « *la logique objective du renvoi préjudiciel en appréciation de validité,*

---

*TWD Textilwerke Deggendorf* et *National Farmers' Union* ne devrait-elle pas s'appliquer, s'agissant des requérants privilégiés, à tout acte communautaire susceptible de recours ? A cet égard D. RITLENG se demande : « *doit-on aller plus loin et conclure que la forclusion du renvoi préjudiciel en appréciation de validité est opposable de manière générale aux Etats membres dans la mesure où leur statut de requérant privilégié leur confère, en toute hypothèse, qualité pour agir en annulation contre un acte communautaire, qu'ils en soient ou non le destinataire...* », « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, tome 2, p. 735, sp. p. 742, note 43. De même, J. A. USHER écrit : « *it may be doubted whether a question of the validity of a Community act may ever be taken before a national court by a government agency after the time limit for an action for annulment has expired, since there is no doubt that a Member State may seek the annulment of any binding Community act* », « Judicial review of Community acts and the private litigant », in *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law, Essays in honour of Lord MacKenzie-Stuart*, Trenton publishing, 1996, p. 121, sp. p. 146.

(322) V. D. WYATT, « The relationship between actions for annulment and references on validity after *TWD Deggendorf* », in J. LONBAY & A. BIONDI (eds), *Remedies for breach of EC law*, Chichester, John Wiley & Sons, 1997, p. 55, M. JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in *Mélanges Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 233, D. RITLENG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges Guy Isaac*, tome 2, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 735, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, « The action for annulment, the preliminary reference on validity and the plea of illegality: Complementary or alternative means ? », in *Yearbook of European Law*, 2006, vol. 25, Oxford University Press, p. 451. V. en général, L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

(323) Pré.cit.

(324) Observations de la Commission dans l'affaire 59/77, *Ets A. de Bloos SPRL c/ Société en commandite par actions « Bouyer »*, *Rec.*, 1977, p. 2359, sp. p. 2362.

(325) G. VANDERSANDEN, « Actualité de la procédure préjudicielle », in J.-L. CLERGERIE (dir), *Le pouvoir judiciaire communautaire*, Presses Universitaires de Limoges, 1999, p. 67, sp. p. 84.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*instrument à la disposition du juge national pour faire contrôler la légalité des actes communautaires, est affectée par la nécessaire prise en considération, par le juge national, des droits subjectifs du requérant et qu'il aurait pu et dû faire valoir par la voie du recours en annulation* » (326).

Le raisonnement de la Cour paraît passablement binaire et a une portée générale: dès lors que le délai pour l'introduction du recours en annulation d'un acte communautaire a expiré, ce dernier devient définitif, ne saurait être contesté à titre incident devant la juridiction nationale par les personnes physiques ou morales ayant omis de l'attaquer et doit être irrémédiablement considéré comme valide par les juridictions nationales.

Dans certains arrêts, la Cour tente, pourtant, d'expliquer que la solution retenue par la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (327) était fondée par des circonstances propres à cette affaire. Ainsi, dans l'affaire *Atzeni* (328), la Cour souligne que la décision de la Commission, en cause dans l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf* (329), avait expressément visé la requérante au principal (330) et avait été communiquée à cette dernière par le gouvernement allemand qui en était le destinataire (331). Elle relève, qu'en revanche, la décision de la Commission en cause dans l'affaire *Atzeni* (332), adressée au gouvernement italien, ne visait aucune entreprise individuelle. Ces circonstances suffisaient, selon la Cour, pour dénier toute pertinence au principe dégagé par l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (333) dans le cadre de l'affaire *Atzeni* (334), dans laquelle « *il n'était pas manifeste qu'un recours en annulation à l'encontre de la décision contestée introduit par les bénéficiaires des quatre mesures d'aides aurait été recevable* » (335).

---

(326) M. JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in *Mélanges Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 233, sp. p. 239.

(327) Pré.cit.

(328) Pré.cit.

(329) Pré.cit.

(330) Ce qui n'était, pourtant, pas le cas comme l'a indiqué l'Avocat général JACOBS dans ses conclusions sous arrêt C-188/92, *Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec., 1994, p. I-833, point 3: « *La décision était adressée uniquement à la République fédérale d'Allemagne et ne mentionne pas nommément TWD; au lieu de cela, elle se réfère à 'un fabricant de fils de polyamide et de polyester installé à Deggendorf'. L'identité de ce fabricant n'a toutefois jamais été mise en doute...* ».

(331) Aff. jtes. C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni e.a., Marco Scalas, Renato Lilliu c/ Regione autonoma della Sardegna*, Rec., 2006, p. I-1875, point 32.

(332) Pré.cit.

(333) Pré.cit.

(334) Pré.cit.

(335) Pré.cit. point 34.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

Cependant, l'explication fournie par la Cour est dénuée de pertinence. En effet, la transmission de la décision de la Commission aux personnes concernées ne devrait avoir une signification autre que pour l'écoulement du délai de recours puisque, en raison de la publication de cette décision au *Journal Officiel*, les parties intéressées sont réputées, conformément à une jurisprudence constante (336), en avoir pris connaissance (337). Et l'on peut, à cet égard, constater qu'ont été publiées au *Journal Officiel* aussi bien la décision de la Commission en cause dans l'affaire *TWD Textilwerke Deggendorf* (338) que celle contestée dans l'affaire *Atzeni* (339). De même, dès lors qu'une personne, autre que le destinataire d'une décision, pourrait être directement et individuellement concernée par cette dernière, la circonstance qu'elle ne soit pas expressément visée par cette décision ne devrait pas avoir d'incidence quant à l'application de la solution consacrée par l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (340).

En outre, compte tenu de la motivation de l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (341) – l'ubiquiste impératif de respecter la sécurité juridique, plus précisément, la stabilité des relations juridiques –, la solution par lui consacrée ne pourrait avoir qu'une portée générale et s'appliquer à tous les requérants potentiels, aussi bien non-privilegiés que privilégiés. Une telle solution est, pourtant, en flagrante contradiction avec les principes énoncés par la Cour dans des arrêts antérieurs (342).

---

(336) Aff. C-122/95, *Allemagne c/ Commission*, Rec., 1998, p. I-973, point 35, aff. T-123/97, *Salomon c/ Commission*, Rec., 1999, p. II-2925, point 42, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, Rec. 2000, p. II-2002, point 61, aff. T-42/02, *Arca Delio Eredi e.a. c/ Commission*, Ordonnance du 29 mai 2002 (non publiée au Recueil), points 11 et 12, aff. T-21/02, *Atzeni e.a. c/ Commission*, Ordonnance du 29 mai 2002 (non publiée au Recueil), point 16 et 17.

(337) L'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER considère, cependant, qu'« il paraît disproportionné d'exiger des particuliers de consulter continuellement le *Journal Officiel* de l'Union européenne aux fins de s'opposer à toute décision communautaire affectant leurs droits », conclusions sous l'arrêt de la Cour dans aff. jtes. C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni e.a., Marco Scalas, Renato Lilliu c/ Regione autonoma della Sardegna*, Rec., 2006, p. I-1875, point 98, note 56.

(338) JOCE 1986 n° L 300, p. 34.

(339) JOCE 1997 n° L 248, p. 27.

(340) Pré.cit. L'intérêt à agir du destinataire de la décision est incontestablement acquis. Celui de toute autre personne devrait être démontré.

(341) Pré.cit.

(342) Par exemple, aff. 156/77, *Commission c/ Belgique*, Rec., 1978, p. 1881, point 24: « la validité d'un acte communautaire peut... être mise en cause, nonobstant l'expiration du délai fixé à l'article 173, alinéa 3, par le biais de la procédure à titre préjudiciel », aff. jtes. 133/85, 134/85, 136/85 et 136/85, *Walter Rau Lebensmittelwerke e.a.* (« *Beurre de Berlin* »), Rec. 1987, p. 2289, point 11: « il importe de souligner qu'aucune disposition du droit communautaire ne s'oppose à ce qu'un recours soit porté devant une juridiction nationale contre un acte d'exécution d'une décision d'une institution communautaire lorsque les conditions énoncées par le droit national sont réunies. A l'occasion de pareils recours, dès lors que la solution du litige dépend de la validité de cette décision, le juge national peut interroger la Cour par la

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

A l'égard de la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (343) qui devrait, par ailleurs, inciter tous les requérants potentiels à saisir systématiquement la juridiction communautaire, ne fût-ce qu'à titre conservatoire, l'on peut formuler une double constatation : son application nécessite, de la part d'une juridiction nationale intrépide, une appréciation des éventuels qualité et intérêt d'une partie au principal pour agir en annulation devant la juridiction communautaire et, de la part de la Cour de justice, l'identification de la partie au principal ayant initialement proposé de la saisir à titre préjudiciel.

Quant à la première constatation, l'on ne saurait manquer de souligner la complexité et le caractère parfois insondable de la jurisprudence communautaire relative à l'intérêt direct et individuel permettant à une personne, autre que le destinataire d'un acte, d'attaquer ce dernier en annulation devant la juridiction communautaire (344). Afin d'être en mesure de se prononcer avec certitude, la juridiction nationale pourrait saisir la Cour de justice d'une question d'interprétation de l'article 230 du traité CE qui, dans une telle hypothèse, trancherait elle-même, par une inévitable subrogation, cette question (345). Ainsi que la Commission l'avait souligné, si un lien de subsidiarité entre le renvoi préjudiciel en appréciation de validité et le recours en annulation devant la juridiction nationale était établi, il obligerait cette dernière, avant de saisir la Cour à titre préjudiciel, à trancher, dans le cadre de l'instance principale, la question préalable consistant à déterminer si l'une des parties au litige aurait pu ou aurait dû attaquer l'acte communautaire en annulation devant la juridiction communautaire (346). Et la Commission d'estimer qu'une forclusion de la procédure préjudicielle pourrait entraîner un afflux de recours préventifs, pour la plupart irrecevables ou non fondés (347). Comme le Tribunal de première instance

---

*voie préjudicielle, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le demandeur au principal a ou non la possibilité d'attaquer directement la décision devant la Cour».*

(343) *Pré.cit.*

(344) Comme l'écrit G. VANDERSANDEN, « *il ne peut être tenu rigueur à une partie de ne pas avoir immédiatement contesté, par la voie directe de l'annulation, la légalité d'un acte de droit communautaire. En effet, l'intérêt à requérir l'annulation n'est pas toujours apparent à première vue et ce n'est souvent qu'au travers des mesures d'exécution nationales que peut se révéler le lien déterminant qui existe entre un acte de droit communautaire et les mesures nationales d'application qu'il a engendrées* », « La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, Vol 1, p. 618, sp. p. 632.

(345) Une telle hypothèse avait été envisagée par G. BEBR, *The enforcement of the constitutional review of Community acts under Article 177 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1988, p. 667, sp. pp. 689-690.

(346) Observations de la Commission dans l'affaire 216/82, *Universität Hamburg c/ Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, *Rec.*, 1983, p. 2771, sp. p. 2782.

(347) *Ibid.* p. 2783.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

l'a constaté, une personne qui ne serait pas considérée comme directement et individuellement concernée par un acte communautaire pourrait exciper de son illégalité devant la juridiction nationale. Si cette dernière, pour des raisons invoquées par la requérante, éprouvait des doutes quant à la validité de cet acte, elle pourrait saisir la Cour de justice à titre préjudiciel (348).

Cette éventualité s'est produite dans l'affaire *Roquette Frères* (349) dans laquelle la Cour d'appel de Douai a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si la requérante au principal, dont l'intérêt pour attaquer des règlements communautaires avait été reconnu par le tribunal administratif de Lille qui l'a, pour cette raison, déboutée de son recours pour excès de pouvoir, aurait été « *sans aucun doute* » recevable si elle avait introduit un recours en annulation devant le Tribunal de première instance. L'Avocat général Kokott a considéré qu'il y avait des « *incertitudes objectives* » (350) quant au droit de la requérante d'introduire un recours en annulation contre lesdits règlements et que cette dernière pouvait légitimement douter de la recevabilité d'un tel recours s'il était par elle introduit (351). Au surplus, M<sup>me</sup> Kokott a soutenu que la requérante au principal n'aurait satisfait ni au critère d'intérêt direct (352) ni à celui de l'intérêt individuel (353) et que, dès lors, la Cour devait procéder à l'appréciation de la validité des dispositions réglementaires en cause sollicitée par la juridiction de renvoi. Recherchant si un recours en annulation introduit par Roquette « *aurait été sans aucun doute recevable* » (354), la Cour n'a abordé que l'examen de l'éventuel intérêt direct de la requérante au principal dans les dispositions réglementaires en cause, pour conclure qu'un tel intérêt n'aurait pas été reconnu (355) et que, dès lors, cette dernière « *peut invoquer, dans le cadre d'un recours formé selon le droit national, l'illégalité de ces dispositions, alors même qu'elle n'a pas introduit de recours* »

---

(348) Aff. T-91/05, *Sinara Handel GmbH c/ Conseil et Commission*, Rec., 2007, p. II-245, points 63 et 64.

(349) Aff. C-441/05, *Roquette Frères c/ Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et de la Ruralité*, Rec., 2007, p. I-1993.

(350) Conclusions sous arrêt C-441/05, *Roquette Frères c/ Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et de la Ruralité*, Rec., 2007, p. I-1993, point 56.

(351) *Ibid.*

(352) *Ibid.* points 37 à 43.

(353) *Ibid.* points 44 à 53.

(354) Aff. C-441/05, *Roquette Frères c/ Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et de la Ruralité*, Rec., 2007, p. I-1993, point 41.

(355) *Ibid.* point 47.

DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

*en annulation à l'encontre desdites dispositions devant les juridictions communautaires dans le délai prévu à l'article 230 CE*» (356).

En ce qui concerne la seconde constatation, la recherche de l'origine ou de la source de la question préjudicielle est foncièrement antinomique avec le caractère essentiel du renvoi préjudiciel et ne devrait pas intéresser la Cour. La question préjudicielle émane de la juridiction nationale qui, au demeurant, peut la soulever d'office (357), et c'est à cette dernière que la Cour doit répondre, quelle que soit la personne l'ayant proposée, une partie principale, une intervenante ou le juge lui-même.

Que la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (358) s'estompe quand la Cour est avertie de ce que la question préjudicielle a été soulevée d'office par la juridiction du renvoi est confirmé par l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Cassa di Risparmio di Firenze* (359), renvoyée par la Cour de cassation italienne. Dans cette affaire, les parties défenderesses au principal ont soutenu devant la Cour de justice que, conformément la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (360), puisque la validité de la décision de la Commission adressée

(356) *Ibid.* point 48.

(357) Dans l'arrêt 166/73, *Rheinhöfen-Düsseldorf c/ Einfuhr – un Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *Rec.*, 1974, p. 33, la Cour a expliqué que l'article 177 « confère aux juridictions nationales la faculté et, le cas échéant, leur impose l'obligation de renvoi préjudiciel, dès que le juge constate, soit d'office, soit à la demande des parties que le fond du litige comporte un point visé à son alinéa 1 », *ibid.* point 3. Dans l'arrêt 126/80, *Maria Salonia c/ Giorgio Poidomani et Franca Giglio, veuve Baglieri*, *Rec.*, 1981, p. 1563, la Cour a, de même, déclaré qu'« en prévoyant la saisine à titre préjudiciel de la Cour lorsque 'une question est soulevée devant une juridiction nationale', l'article 177, alinéas 2 et 3, du traité, n'entend pas limiter cette saisine aux seuls cas où l'une ou l'autre des parties au principal a pris l'initiative de soulever une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire, mais couvre également les cas où une telle question est soulevée par la juridiction nationale elle-même qui estime une décision de la Cour sur ce point 'nécessaire pour rendre son jugement' », *ibid.* point 7. De même, dans l'arrêt C-444/98, *Fazenda Pública c/ Câmara Municipal do Porto*, *Rec.*, 2000, p. I-11435, la Cour a rappelé « qu'il résulte d'une jurisprudence constante que les juridictions nationales ont la faculté et, le cas échéant, l'obligation d'adresser à la Cour, soit d'office, soit à la demande des parties au principal, une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire si elles estiment une décision de la Cour nécessaire sur ce point pour rendre leur jugement », *ibid.* point 48. Dans certaines circonstances les dispositions du droit communautaire peuvent ou doivent être soulevées d'office par le juge. V. par exemple, aff. jtes. C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *A. Verholen e.a. c/ Sociale Verzekeringsbank*, *Rec.*, 1991, p. I-3757, aff. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/ Etat belge*, *Rec.*, 1995, p. I-4599, aff. jtes. C-430/93 et C-431/93, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c/ Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, *Rec.*, 1995, p. I-4705. V. également, aff. C-127/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, *Rec.*, 1999, p. I-3055, aff. C-2/06, *Willy Kempter KG c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, *Rec.*, 2008, p. I-411.

(358) *Pré.cit.*

(359) Aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA, e.a.*, *Rec.* 2006, p. I-289.

(360) *Pré.cit.*

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

à l'Italie (361) n'avait pas été contestée devant la juridiction communautaire, elle ne saurait faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Abordant cette objection, la Cour a relevé que ladite question préjudicielle avait été soulevée d'office par la juridiction de renvoi, et non pas par une partie qui avait eu la possibilité d'introduire un recours en annulation contre la décision en cause et, pour cette raison, l'a déclarée recevable (362).

La jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (363) ne s'applique pas, non plus, au cas où la partie ayant proposé à la juridiction nationale de saisir préjudiciellement la Cour en appréciation de validité, avait elle-même introduit un recours en annulation devant le Tribunal (364). Dans le cas où un recours a été introduit devant la juridiction communautaire mais rejeté comme tardif, la Cour considère que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la décision communautaire ne serait irrecevable que si la partie au principal aurait eu la qualité et l'intérêt requis pour attaquer cette dernière en annulation (365). Conformément à cette jurisprudence, l'Avocat général Mazák a soutenu, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Nuova Agricast* (366), que, dès lors qu'un recours en annulation a été déclaré irrecevable par le Tribunal

---

(361) Décision que, curieusement, l'Avocat général JACOBS considère comme ayant une nature générale, conclusions sous arrêt C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, Rec., 2006, p. I-289, point 63.

(362) Aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, Rec., 2006, p. I-289, points 72-74. Toutefois, la Cour a considéré que la question de la validité de la décision en cause était, manifestement, sans rapport avec l'objet du litige au principal et l'a déclarée, dès lors, irrecevable (*ibid.* points 75-92). Dans ses conclusions sous cet arrêt, l'Avocat général JACOBS a remarqué que « la question de la validité a été soulevée d'office par la juridiction nationale, usant de ses prérogatives au titre de l'article 234 CE. Dès lors, il n'est pas possible, en l'espèce, d'invoquer un éventuel abus de procédure à l'encontre d'une partie qui aurait pu attaquer la décision devant la juridiction communautaire et qui ne l'a pas fait, cas de figure autour duquel, à notre sens, s'articule l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* », *ibid.* point 64.

(363) Pré.cit.

(364) Conclusions de l'Avocat général STIX-HACKL sous arrêt C-148/04, *Unicredito Italiano SpA c/ Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 1*, Rec., 2005, p. I-11137, point 32. Ce qui était le cas dans les affaires dites du « Beurre de Berlin », V. aff. 97/85, *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH e.a. c/ Commission*, Rec., 1987, p. 2265, aff. jtes. 133/85, 134/85, 135/85 et 136/85, *Walter Rau Lebensmittelwerke e.a.*, Rec., 1987, p. 2289. Vraisemblablement, la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* ne s'étendrait-elle pas à l'hypothèse où le requérant se serait abstenu de former un pourvoi devant la Cour contre l'arrêt du Tribunal rejetant son recours pour manque d'intérêt pour agir ou sur le fond. Dans ce dernier cas, un renvoi préjudiciel en appréciation de validité serait-il encore recevable, du moins avant que le délai pour former le pourvoi ne se soit écoulé ? Un tel renvoi préjudiciel pourrait-il être prononcé concomitamment ou postérieurement à l'introduction d'un pourvoi devant la Cour ?

(365) Aff. jtes. C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni e.a., Marco Scalas, Renato Lilliu c/ Regione autonoma della Sardegna*, Rec., 2006, p. I-1875, point 30

(366) Aff. C-390/06, *Nuova Agricast srl c/ Ministero delle Attività Produttive*, Rec., 2008, p. I-2577.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

pour la seule raison tenant à l'écoulement du délai, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité était recevable puisqu'il était « douteux » que la requérante au principal aurait satisfait aux autres exigences requises en matière d'annulation (367).

Dans une affaire où une entreprise contestait la qualification d'aide d'Etat contenue dans une décision de la Commission, pourtant favorable, d'une mesure dont elle bénéficiait, le Tribunal a considéré que, puisqu'elle ne parvenait pas à établir l'existence d'un intérêt né et actuel pour agir en annulation, le recours de ladite entreprise était irrecevable sans préjudice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de ladite décision que la juridiction nationale éventuellement saisie pourrait transmettre à la Cour de justice à l'instigation de cette entreprise (368). Le Tribunal reconnaît, implicitement, l'intérêt direct et individuel de l'entreprise en question dans la décision de la Commission mais considère que, conformément à la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (369), la présence d'un tel intérêt ne saurait, cependant, conduire à une déclaration d'irrecevabilité de la part de la Cour d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de ladite décision à l'initiative de cette entreprise, dès lors que le recours direct était intenté mais rejeté pour une autre raison.

Dès lors qu'elle a introduit un recours direct devant la juridiction communautaire contre la décision de la Commission, la requérante peut contester la validité de celle-ci à l'occasion d'un recours contre les mesures nationales prises en application de cette décision. Dans de telles circonstances, aucun caractère définitif ne saurait être attaché à cette dernière et le juge national pourrait déférer à la Cour une question préjudicielle en appréciation de validité (370). A l'inverse, le fait qu'un recours devant une juridiction interne pouvait être intenté et que, par suite, une question préjudicielle en appréciation de validité de l'acte communautaire indirectement contesté pouvait être formulée, n'exclut pas la possibilité d'introduire un recours direct en annulation devant la juridiction communautaire (371).

Est constitutive d'un manquement d'Etat une législation nationale reconnaissant un automatique effet suspensif à un recours contre

---

(367) *Ibid.* points 47-49.

(368) Aff. T-141/03, *Sniac, SA c/ Commission, Rec.*, 2005, p. II-1197, point 40.

(369) *Pré.cit.*

(370) Aff. T-34/02 R, *B. c/ Commission*, Ordonnance du Président du Tribunal, *Rec.*, 2002, p. II-2803, point 92 et aff. T-440/07 R, *Huta Buczek sp. z.o.o. c/ Commission*, Ordonnance du Président du Tribunal, *Rec.*, 2008, p. II-39 (publication sommaire), point 67.

(371) Aff. T-46/06, *Galileo Lebensmittel GmbH & Co. KG c/ Commission*, Ordonnance du 28 août 2007, *Rec.*, 2007, p. II-93 (publication sommaire), point 34.

## DÉFORMATIONS PRÉJUDICIELLES

une mesure nationale d'exécution d'une décision communautaire que la requérante n'avait pas attaquée en annulation devant la juridiction communautaire (372).

L'Avocat général Tesauro n'a pas hésité à affirmer que la solution consacrée par la Cour implique «*une dénaturation de la procédure préjudicielle*» (373). Par rapport à l'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (374), l'Avocat général Léger a déclaré : «*cet arrêt me gêne dans la mesure où il aboutit à refuser à un juge national, n'importe quel juge national, la possibilité de demander à la Cour un avis sur la validité d'une disposition communautaire lorsque le délai d'action en annulation est expiré... refuser à un juge national la possibilité d'avoir une opinion autorisée sur la validité d'une telle disposition me paraît limiter le champ d'application naturel d'un recours préjudiciel*» (375). Observant que «*la jurisprudence Deggendorf est très discutable*», l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a préconisé que la Cour la revoie pour décider «*soit d'en faire une élaboration plus précise, soit de la supprimer, car elle soulève d'importantes objections*» (376).

---

(372) Aff. C-232/05, *Commission c/ France*, Rec., 2006, p. I-10071.

(373) Conclusions sous arrêt C-408/95, *Eurotunnel SA c/ SeaFrance*, Rec., 1997, p. I-6315, point 18.

(374) Aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c/ Bundesminister für Wirtschaft*, Rec., 1994, p. I-833.

(375) Intervention, in J.-L. CLERGERIE (dir), *Le pouvoir judiciaire communautaire*, Presses Universitaires de Limoges, 1999, p. 93.

(376) Conclusions sous arrêt C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni e.a., Marco Scalas, Renato Lilliu c/ Regione autonoma della Sardegna*, Rec., 2006, p. I-1875, point 88.