

Bernardo Cortese *

Renvoi préjudiciel et recours en annulation : parallèles, croisements et différences

SOMMARIO: I. *Introduction*. – 1. *Rechtliches Gehör, rule of law, Union de droit*. – 2. Plan du travail. – II. *Le parallélisme et ses limites*. – 3. Les éléments de parallélisme dans les deux axes de protection judiciaire. – 4. Le renvoi préjudiciel en tant que procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice, échappant à l'initiative ou à la disponibilité des parties privées. – 5. La nature limitée du contradictoire dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice. – 6. L'exclusion de l'intervention et de la tierce opposition. – 7. La connaissance (limitée) par la Cour des faits visés par la demande de décision préjudicielle et l'inadéquation de la procédure préjudicielle pour assurer le contradictoire sur ces faits. – 8. La contribution de la procédure nationale à la pleine affirmation du droit à une protection juridictionnelle effective en ce qui concerne l'établissement des faits. – 9. L'effet des arrêts. – III. *Le caractère "plus approprié" du recours direct*. – 10. Position du problème. – 11. La préclusion *TWD*: son évolution dans la jurisprudence et sa raison d'être. – 12. (...) l'inapplicabilité de la préclusion *TWD* aux règlements non législatifs : l'arrêt dans l'affaire des *Tigres tamoul* et les questions ouvertes. – 13. L'applicabilité de la préclusion des *TWD* aux sujets primaires (internationaux) de l'UE et sa justification. – 14. L'extension de la justification de la préclusion *TWD* dans les procédures impliquant des particuliers : la préférence pour le recours en annulation comme motif de la limitation du contrôle préjudiciel. – IV. *Remarques conclusives*. – 15. Aperçu latéral des tendances simultanées à la limitation de l'accès direct au Tribunal: *T & L Sugars* et *Greenpeace Energy*. – 16. L'Art. 19 TUE et la recherche du Saint Graal.

I. INTRODUCTION

1. *Rechtliches Gehör, rule of law, Union de droit*

La question des croisements entre la compétence préjudicielle et le recours en annulation rappelle la question plus large des fonctions exercées par la Cour de justice, y compris le Tribunal, et par les juridictions nationales, et ce, au sein d'un système juridictionnel intégré dans lequel, en vertu de l'article 19 TUE, la Cour « assure le respect du droit » et, au même temps, les États membres « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines

* Università di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario.

couverts par le droit de l'Union ». Il s'agit d'objectifs que le système doit s'efforcer d'atteindre en permanence et dont l'interprète est appelé à vérifier le respect. Il s'agit d'un objectif qui ne peut être considéré comme acquis. Il existe en effet une forte tension entre la nécessité de garantir, dans ce système, une protection plus large et plus efficace du droit au juge, d'une part, et le principe des compétences d'attribution du système de l'UE et de la Cour en particulier, d'autre part. Si l'on veut trouver un lieu précis où cette tension s'est manifestée, il s'agit essentiellement du dialogue entre les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Union de Pequeños Agricultores*¹ et l'arrêt de la Cour dans cette affaire². À cette occasion, malgré la position éclairante de l'avocat général sur les limites en termes d'équivalence et de substituabilité entre la protection offerte indirectement au particulier par le renvoi préjudiciel et celle qui lui est assurée par l'accès direct au recours en annulation³, la Cour s'est estimée liée par la limitation de sa compétence et par le libellé clair de l'article 173 CE alors en vigueur⁴ ; elle a donc refusé d'interpréter de manière évolutive l'exigence d'un intérêt individuel prévue au paragraphe 4 de cet article pour la recevabilité des recours en annulation formés par des personnes physiques et morales.

Une approche telle que celle adoptée par la Cour dans l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores* rend d'autant plus indispensable que le système de garanties juridictionnelles offert au particulier contre les actes des institutions, organes et organismes de l'Union européenne soit compris de manière unitaire, ainsi que la Cour l'a affirmé avec force depuis les arrêts *Parti écologiste "Les Verts"* de 1986⁵ et *Foto-Frost* de 1987⁶. Il s'impose, en d'autres termes, de reconnaître dans le renvoi préjudiciel de validité non seulement un outil de coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice, mais un complément au recours en annulation, à même de garantir le principe fondamental du *rechtliches Gehör*, élément indispensable de l'État de droit dans une *Communauté - puis Union - de droit*⁷. Par ailleurs, la considération unitaire du système des

¹ CJUE, arrêt 25 Juillet 2002, affaire C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores*, Recueil, 2002, p. I-6677, ECLI:EU:C:2002:462.

² Conclusions de l'Avocat général Francis Jacobs 21 Mars 2002, affaire C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores*, Recueil, 2002, p. I-6681, ECLI:EU:C:2002:197.

³ Conclusions Jacobs dans l'affaire *Union de Pequeños Agricultores*, cit., par. 40 ss.

⁴ A cet égard v. toutefois les critiques de T. TRIDIMAS-S. POLI, *Locus Standi of Individuals under Article 230(4): The Return of Euridice?*, dans A. ARNULL-P. EECKHOUT-T. TRIDIMAS, Eds., *Continuity and Change in EU Law, Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, OUP, 2008, pp. 70-89, pp. 81 s.

⁵ CJUE, arrêt 23 Avril 1986, affaire 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen*, Recueil, 1986, p. 1339, ECLI:EU:C:1986:166, point 23, affirmant que les articles. 173, 184 et 177 TCEE constituent "un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions".

⁶ Arrêt 22 Octobre 1987, affaire 314/85, *Foto-Frost*, Recueil, 1987, p. 4199, EU:C:1987:452, point 16, où l'on fait mention de "la nécessaire cohérence du système de protection juridictionnelle institué par le traité", avec renvoi au principe déjà proclamé dans *Les Verts*.

⁷ V. notamment les points 38-41 de l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores*, cit.

voies de recours, dans sa double dimension centralisée et décentralisée, ressort des réflexions menées par la Cour quant aux caractéristiques générales du système juridictionnel de l'Union. Il suffit de rappeler, à cet égard, les références à au caractère essentiel de la protection juridictionnelle décentralisée contenues dans les avis 1/09⁸ et 2/13⁹. Néanmoins, en observant de près le fonctionnement du système des voies de recours et en jetant un regard plus large sur la jurisprudence de la Cour, on a l'impression d'un parcours inachevé et, dans certains passages, contradictoire.

2. Plan du travail

Par la suite, on se propose tout d'abord de mettre en évidence les éléments de complémentarité et de parallélisme entre un recours en annulation et un renvoi préjudiciel de validité : les deux voies alternatives de contestation de la validité des actes de l'Union qui sont ouvertes aux particuliers, quoique selon des modalités et des limites différentes¹⁰. Par la suite, nous examinerons les différents points de discontinuité entre ces deux voies. On constatera ainsi que le contrôle indirect exercé par la Cour de justice ne se substitue qu'imparfaitement à l'accès direct au Tribunal, dans la mesure où l'analyse est centrée sur la nécessité d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers à l'égard de ces actes. Pour cela, nous nous concentrerons tout d'abord sur la différence structurelle entre les deux procédures, en ce qui concerne l'initiative et la disponibilité de ces dernières¹¹. En second lieu, on soulignera que la portée du contradictoire pour les parties directement concernées diffère selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre des procédures en question¹². En troisième lieu, on soulignera l'inadéquation structurelle du renvoi préjudiciel pour assurer une participation adéquate des tiers qui ont eux

⁸ CJUE, avis 1/09 (Assemblée plénière), 8 Mars 2011, *Recueil*, 2011, p. I-1137, ECLI:EU:C:2011:123, notamment points 66, 68, 69, 70 et 84, où il est dit, avec référence aux principes consacrés par les arts. 19, n. 1, TUE et 4, n. 3, premier alinéa, TUE, ainsi qu'au dictum déjà contenu dans l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores*, qu'il "incombe aux juridictions nationales et à la Cour de garantir [...] la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent" du droit de l'UE, car "le juge national remplit, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités", et cela dans un système "constitué par un ensemble complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions".

⁹ CJUE, avis 2/13 (Assemblée plénière), 18 Décembre 2014, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2014:2454, points 175, 176, où il est affirmé, avec référence à l'avis 1/09, qu'il "appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit", en ajoutant que "la clef de voute du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE".

¹⁰ Par. 3, *infra*.

¹¹ Par. 4, *infra*.

¹² Par. 5, *infra*.

aussi emprunté la voie judiciaire nationale, mais l'ont fait dans une procédure autre que celle à partir de laquelle la question de validité est soumise pour la première fois à la Cour.¹³ Quatrièmement, on soulignera que l'étendue différente des pouvoirs juridictionnels respectifs de la Cour et de la juridiction nationale, ainsi que la coordination complexe entre eux, confirment l'adéquation limitée du renvoi préjudiciel pour garantir le plein accès du particulier à un tribunal, en ce qui concerne l'établissement des faits pertinents pour la résolution de la question de validité¹⁴. Enfin, l'attention sera attirée sur les effets des arrêts rendus respectivement par la Cour de justice sur renvoi préjudiciel de validité et par le Tribunal à la suite d'un recours en annulation¹⁵. L'analyse ainsi effectuée conduira à la conclusion générale qu'un recours direct est plus approprié pour assurer une protection juridictionnelle adéquate à un particulier qui se plaint de l'invalidité d'un acte de l'Union européenne¹⁶. Ensuite, il s'agira de suivre l'évolution de la jurisprudence sur les rapports entre les deux voies d'accès à la Cour. On s'efforcera donc de montrer comment l'extension de la préclusion TWD opérée par la Grande Chambre dans l'arrêt *Georgsmarienhütte* de 2018 risque de dépasser les bornes, rompant l'équilibre déjà fragile sur lequel repose l'idée de complémentarité exprimée dans l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores*¹⁷. Cette remarque s'impose encore davantage à la lumière de la tendance indéniable à restreindre l'accès du justiciable au Tribunal qui se dessine dans la jurisprudence¹⁸.

II. LE PARALLELISME ET SES LIMITES

3. Les éléments de parallélisme dans les deux axes de protection judiciaire

Le point de départ fondamental, ainsi que le critère pour déterminer si les différentes solutions normatives et jurisprudentielles analysées en détail ci-après sont appropriées, est le constat que le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective de l'individu, dans le cadre d'un système intégré, doit être garanti par le fonctionnement convergent des articles 263 et 267 du TFUE et par l'engagement cohérent de l'Union et des États membres. C'est dans cette perspective que s'expliquent et s'imposent les conclusions de la Cour, exprimant l'objectif d'interpréter de la manière la plus cohérente possible les règles relatives au recours en annulation et au renvoi préjudiciel de validité, en ce qui concerne les aspects non entièrement réglementés par les textes applicables.

Cela s'applique avant tout, d'un point de vue systématique, à la portée du contrôle

¹³ Par. 6, *infra*.

¹⁴ Par. 7 et 8, *infra*.

¹⁵ Par. 9, *infra*.

¹⁶ Par. 10, *infra*.

¹⁷ Parr. 11-14, *infra*.

¹⁸ Parr. 15 et 16, *infra*.

juridictionnel. Ici, la nature intégrée du système judiciaire impose une complémentarité entre les deux voies et, dans le cadre de cet objectif, des éléments de parallélisme étroit.

Le point de départ est une extension nécessaire du contrôle indirect des actes de l'Union, en raison des limitations du droit des particuliers à les attaquer par la voie d'un recours en annulation. Ce n'est que de cette manière, en effet, que l'on peut affirmer que le système intégré permet dans son ensemble une protection juridictionnelle adéquate de l'individu. Tout d'abord, si l'on veut maintenir l'idée d'un système judiciaire intégré, il ne saurait être question d'une exclusion générale de certains actes du champ d'application du contrôle juridictionnel indirect, qui pourrait résulter d'une lecture formaliste de certaines dispositions des traités. C'est dans cette perspective qu'il faut lire la jurisprudence relative à l'inclusion, parmi les actes soumis au contrôle indirect de validité, d'actes PESC imposant des restrictions aux droits individuels, et ce malgré le libellé de l'article 275 du TFUE¹⁹.

Le parallélisme entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel de validité est ensuite confirmé en ce qui concerne les paramètres et les vices au regard desquels le contrôle doit être effectué.

Il faut donc tout d'abord partir du principe que toutes les règles et tous les principes qui, à des titres divers, constituent le niveau primaire du droit de l'Union, ou se situent en tout cas, parmi les sources de ce droit, à un niveau supérieur à celui des actes de droit dérivé, peuvent être invoqués comme paramètre de contrôle. Il s'agit donc des règles et principes contenus dans les Traités, des principes généraux non écrits du droit de l'Union européenne²⁰, ainsi que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union²¹. De même, ce contrôle s'effectuera à l'aune du droit international qui lie l'Union²², y compris le droit international général auquel les Traités fondateurs ne dérogent pas²³, ainsi que, bien entendu, les accords conclus par l'Union, dans la mesure où on peut leur reconnaître des effets directs²⁴.

En ce qui concerne l'étendue du contrôle par rapport aux vices de l'acte, il ressort clairement de la jurisprudence que les vices visés à l'article 263 TFUE en cas de recours

¹⁹ CJUE (Grande chambre), arrêt 28 Mars 2017, affaire C-72/15, *The Queen, ex parte: PJSC Rosneft Oil Company*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2017:236, point 76.

²⁰ CJUE, arrêts 19 Octobre 1977, affaires jointes 117/76 e 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Stroeh & Co.*, *Recueil*, 1977, p. 1753, ECLI:EU:C:1977:160, points 7 et 10; 15 Avril 1997, affaire C-27/95, *Bakers of Nailsea Ltd*, *Recueil*, 1997, p. I-1847, ECLI:EU:C:1997:188, point 17.

²¹ Cfr. le *dictum* contenu au point 55 de l'arrêt de la Cour (Grande chambre) 22 Juin 2010, affaires jointes C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2010:363.

²² CJUE, arrêt 12 Décembre 1972, affaires jointes 21/72 à 24/72, *International Fruit Company NV*, *Recueil*, 1972, p. 1219, ECLI:EU:C:1972:115, point 6.

²³ CJUE, arrêt 16 Juin 1998, affaire C-162/96, *A. Racke GmbH & Co.*, *Recueil*, 1998, p. I-3655, ECLI:EU:C:1998:293, points 24/27.

²⁴ Arrêt *International Fruit Company*, cit., point 8.

en annulation peuvent être invoqués dans le cadre du contrôle préjudiciel²⁵, en soulignant, par ailleurs, que des limitations formelles relatives à la qualification de ces vices ne peuvent en aucun cas être pertinentes dans le cadre du renvoi en validité²⁶.

Ce parallélisme porte également à la détermination de la compétence de la Cour pour statuer d'office sur les vices de l'acte ayant le caractère de moyens d'ordre public, même lorsque la juridiction de renvoi n'a pas soulevé une question visant spécifiquement à obtenir ce contrôle²⁷, sous réserve, toutefois, de la compétence de la juridiction nationale pour la détermination des questions pertinentes²⁸. Cela permet, d'une certaine manière, d'atténuer, sinon de surmonter, un véritable aspect critique du système intégré de contrôle que devraient constituer les articles 263 TFUE et 267 TFUE, aspect lié à la non-disponibilité du renvoi par les parties à la procédure nationale, y compris le contenu des questions soumises à la Cour.

4. *Le renvoi préjudiciel en tant que procédure de coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice, échappant à l'initiative ou à la disponibilité des parties privées*

Lorsqu'il est établi que la décision de renvoi ne se trouve pas à la disposition des parties à la procédure nationale et que celles-ci n'ont pas le pouvoir de soulever devant la Cour des questions qui ne lui sont pas soumises par la juridiction de renvoi²⁹, l'essence de la décision de renvoi est donc atteinte : celle d'établir une coopération entre la juridiction nationale et la Cour de justice.

Ainsi, la possibilité de reconnaître un parallélisme entre les recours directs et indirects, dans le cadre d'une argumentation fondée sur la garantie du droit à un juge et à une protection juridictionnelle effective, se heurte à des limites structurelles. En effet, il existe une véritable rupture entre les deux voies : seule la voie directe est un remède judiciaire à

²⁵ Cf. *ex multis* L. DANIELE, commentaire à l'art. 267 TFUE, dans A. TIZZANO, dir., *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II. Ed., pp. 2103-2121, p. 2116.

²⁶ Arrêt *International Fruit Company NV*, cit., points 4-9, là où il est affirmé que la compétence de la Cour « ne comporte aucune limite quant aux causes sur la base desquelles la validité de ces actes pourrait être contestée » et qu'elle s'étend « à l'ensemble des motifs d'invalidité susceptibles d'entacher ces actes ».

²⁷ CJUE, arrêt 18 Février 1964, affaires jointes 73 et 74/63, *NV Internationale Crediet- en Handelsvereniging "Rotterdam" et De Coöperatieve Suikerfabriek en Raffinaderij G.A. "Puttershoek"*, Recueil, 1963, p. 1, ECLI:EU:C:1964:8, premier "attendu" de p. 28, où la Cour considère, face à une question très générale, « si les décisions litigieuses sont par ailleurs entachées d'un vice susceptible d'être soulevé d'office » autre que ceux directement mentionnés par la juridiction de renvoi.

²⁸ CJUE (Grande chambre), arrêt 26 Juin 2007, affaire C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, Recueil, 2007, p. I-5305, ECLI:EU:C:2007:383, points 17-19.

²⁹ Un catalogue de cas où ce principe a été appliqué est à lire dans M. BROBERG-N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2. Ed., 2014, p. 359, note 43 s.

la disposition du particulier.

Ce constat n'est pas entièrement pallié par l'obligation de renvoi et les remèdes prévus en cas de violation de celle-ci.

En premier lieu, l'obligation d'introduire une demande de décision préjudicielle, bien qu'elle soit prévue pour les juridictions de dernière instance, n'entraîne aucune automaticité de la protection indirecte, car elle est affaiblie dans les hypothèses envisagées par la jurisprudence *CILFIT*³⁰, en premier lieu pour ce que l'on appelle un "acte clair". En outre, ces hypothèses tendent à être interprétées de manière large par les juridictions nationales, comme le montre le nombre limité de références des plus hautes juridictions, notamment dans certains États membres³¹.

La possibilité d'introduire un recours pour la violation du droit de l'Union commise par l'État dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, prévue par la Cour devant des situations de violation plus ou moins évidente de l'obligation de renvoi³², ne permet pas non plus de sanctionner ces violations, puisqu'elle est soumise à des conditions effectivement restrictives³³.

Quant à la possibilité qu'une violation de l'obligation de renvoi soit considérée en même temps comme une violation de l'article 6 CEDH, force est de constater que le contrôle exercé par la CEDH est susceptible, tout au plus, de renforcer l'efficacité de l'article 267 TFUE d'un point de vue systémique. En d'autres termes, la perspective d'un contrôle conventionnel peut favoriser un réaménagement vertueux du système national dans son ensemble, mais la possibilité de contrôle ouverte par la CEDH ne constitue pas un recours susceptible de garantir le respect du droit à une protection juridictionnelle effective dans un cas concret. Ceci est exclu, d'une part, par la nature du contrôle exercé par la Cour européenne : un contrôle externe, incapable de produire des effets immédiats sur la procédure judiciaire dans laquelle l'infraction s'est produite. D'autre part, et surtout, le contrôle de la Cour européenne se fonde sur un standard particulièrement rétrograde, puisqu'elle se limite à vérifier l'existence, dans la décision judiciaire nationale, d'une motivation adéquate pour justifier l'absence de renvoi préjudiciel à la Cour de justice, afin d'exclure le caractère arbitraire ou manifestement déraisonnable de cette

³⁰ CJUE, arrêt 6 Octobre 1982, affaire 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA*, Recueil, 1982, p. 3415, ECLI:EU:C:1982:335; voir également la discussion détaillée qui figure aux points 55-59 des conclusions 21 Février 2002 de l'Avocat général Antonio Tizzano dans l'affaire C-99/00, *Lyckeskog*, Recueil, 2002, p. I- 4839, ECLI:EU:C:2002:108.

³¹ Pour quelques analyses sur la propension différente des juridictions des divers États membres à effectuer des renvois préjudiciels cf. p.e. M. BROBERG-N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, cit., pp. 34 ss.

³² CJUE, arrêts 30 Septembre 2003, affaire C-224/01, *Köbler*, Recueil, 2003, p. I-10239, ECLI:EU:C:2003:513, points 33-36; 13 Juin 2006, affaire C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Recueil, 2006, p. I-5177, ECLI:EU:C:2006:391.

³³ Une pareille hypothèse est qualifiée de « cas exceptionnel » dans les arrêts *Köbler*, points 53-55, et *Traghetti del Mediterraneo*, point 32. Dans le même sens du texte cf. C. NAOME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen: guide pratique*, Buxelles, 2010, 2. Ed., p. 49.

décision.³⁴

Dans ce contexte, un particulier qui est partie à la procédure nationale n'a que deux possibilités limitées d'influencer le contrôle exercé par la Cour sur un acte de l'Union à l'égard duquel la juridiction de renvoi a effectivement posé une question préjudicielle, mais qui ne correspond pas aux arguments d'invalidité que la partie a soulevés dans la procédure nationale.

Les parties au procès pourront tout d'abord signaler à la Cour, le cas échéant, l'existence dans l'acte en cause de vices susceptibles d'être relevés d'office. Dans la pratique, toutefois, cette possibilité ne semble guère plus que théorique.

En outre, ces parties peuvent, dans leurs observations, explorer la possibilité pour la Cour de reformuler la question. Cela suppose, en substance, que la question elle-même soit rédigée de manière suffisamment générale pour permettre sa reformulation tout en respectant les limites fixées par l'ordonnance de renvoi. Toutefois, dans ce cas également, la piste semble extrêmement difficile à suivre dans la pratique. En outre, compte tenu de la structure de la procédure préjudicielle, qui laisse peu de place à un processus contradictoire si ce n'est par la succession de la procédure écrite et de l'audience de plaidoirie, la possibilité pour la Cour de reformuler la question à l'instigation de (l'une des) parties à la procédure nationale est susceptible de poser de nouveaux problèmes lors de la mise en œuvre de l'arrêt de la Cour dans la procédure au principal.

En tout état de cause, une telle éventualité pourrait nécessiter une réouverture de la discussion en contradictoire dans la procédure nationale, une fois la procédure préjudicielle achevée : non pas tant sur le contenu de la réponse de la Cour à la question qu'elle a reformulée, que sur la pertinence effective de cette décision dans la procédure au principal.

5. La nature limitée du contradictoire dans la procédure préjudicielle devant la Cour de justice

Le cadre procédural différent applicable dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, par rapport aux recours directs, fournit une preuve supplémentaire du caractère imparfait du parallélisme entre les deux formes de contrôle de validité prévues aux articles 263 et 267 TFUE. Ce constat renforce également l'hypothèse selon laquelle le contrôle exercé dans le cadre d'un renvoi préjudiciel est moins apte à garantir le droit de l'individu à une protection juridictionnelle effective contre les actes des institutions, organes et organismes de l'Union.

Le fait est qu'il existe une différence radicale entre les deux compétences, ce qui a inévitablement un impact sur les éléments fondamentaux des deux procédures.

Dans le cas d'un recours en annulation, comme cela est bien connu, il s'agit un

³⁴ CtEDH, arrêt 8 Avril 2014, requête n. 17120/09 *Dhahbi c. Italie*, par. 31-33; auparavant v. déjà la décision d'irrecevabilité 10 Avril 2012 dans l'affaire *Vergauwen c. Belgio*, requête n. 4832/04, par. 89-90; plus récemment v. arrêt 11 Avril 2019, requête n. 50053/16, *Harisch c. Allemagne*, par. 32-36.

recours direct, introduit par décision du requérant et dont l'objet est défini par celui-ci. En outre, la juridiction à laquelle le particulier a accès, le Tribunal de l'Union européenne, est de plein droit compétent pour connaître des faits et du droit et, si le recours aboutit, pour ordonner l'annulation de l'acte. Dans ce contexte, le principe du contradictoire joue pleinement son rôle³⁵.

En revanche, dans le cas d'un renvoi de validité, la procédure même devant la Cour de justice n'est en soi qu'un incident de procédure qui se déroule devant une juridiction - la Cour de justice elle-même - dont la compétence est limitée et qui, de surcroît, est appelée à exercer une fonction de préservation du droit au sein d'un système supranational et multinational.

Dans le cadre du renvoi préjudiciel, ce n'est donc pas seulement l'objet de la demande qui échappe au contrôle des parties au principal, mais c'est la structure même de la procédure qui les relègue dans une position de second plan. Elles ne sont en effet pas reconnues comme parties à la procédure devant la Cour - une position qui n'existe pas dans la procédure préjudicielle. Elles se trouvent dans la position bien différente de personnes « autorisés à présenter des observations »³⁶. En outre, cela se fait dans un cadre non exclusif : les parties à la procédure nationale sont rejointes, en tant que personnes habilitées à présenter des observations, par d'autres entités de nature institutionnelle ou étatique, sans lien avec le litige à l'origine de la question, visées par l'article 23 du Statut de la Cour de justice.

Faute d'une confrontation entre deux parties dans le cadre de cette procédure, le principe du contradictoire est également appliqué de manière moins incisive. En effet, les observations soumises à la Cour par les ayants droit en vertu de l'article 23 du statut se superposent les unes aux autres, sans qu'il y ait un débat contradictoire complet entre les personnes qui les soumettent, dans le cadre de la procédure préjudicielle.

Dans la phase écrite de la procédure, il n'y a pas d'échange de mémoires dans lequel il soit possible de contester les arguments de la partie adverse, mais seulement un dépôt simultané d'observations par toutes les personnes habilitées en vertu de l'article 23 du Statut.

La possibilité de réfuter les arguments avancés par d'autres est donc limitée à l'audience de plaidoirie. Toutefois, il s'agit d'une phase que, premièrement, la Cour peut décider de ne pas tenir³⁷; à ce stade, deuxièmement, les arguments sont développés de manière extrêmement concentrée et, troisièmement, les ayants droit visés à l'article 23, paragraphe 2, du statut peuvent décider d'y présenter leurs observations pour la première fois, sans avoir participé à la phase écrite de la procédure³⁸, de sorte que le processus

³⁵ Art. 64 du Règlement de procédure du Tribunal, dédié au caractère contradictoire de la procédure. D. P. DOMENICUCCI, [art. 64], dans C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, dir., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, pp. 1088-1092.

³⁶ Cf. art. 23 Statut CJUE.

³⁷ Art. 76, par. 2 et 3, Règlement de procédure.

³⁸ Art. 76, par. 3, Règlement de procédure.

contradictoire est essentiellement limité, et cela par la nature immédiate de l'échange oral. Or, que cela puisse être problématique, du point de vue de la garantie du droit fondamental au juge, peut dans une certaine mesure être déduit de la jurisprudence récente de la Cour sur le droit au contradictoire dans un recours en annulation³⁹.

En ce qui concerne la concentration des débats à l'audience, le temps de parole n'est normalement que de 15 minutes ; en outre, la Cour utilise souvent son pouvoir d'organiser la procédure en émettant des directives de concentration des plaidoiries. Il s'agit certes d'un outil efficace pour orienter la discussion vers les points que la Cour considère comme les plus pertinents, mais il réduit encore la possibilité pour les parties à la procédure nationale de contrôler la tournure de la procédure.

Il convient d'ajouter que, devant la Cour, la procédure orale ne s'achève pas avec l'audience de plaidoirie, mais se poursuit normalement avec la présentation des conclusions de l'avocat général⁴⁰. Les parties à la procédure principale n'ont pas la possibilité de répondre à ces conclusions, sauf dans l'éventualité presque théorique d'une réouverture de la procédure orale⁴¹. Une telle restriction de la position procédurale des parties au principal ne donne pas lieu à une violation de leur droit à une protection juridictionnelle effective : la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des

³⁹ CJUE, arrêt 4 Décembre 2019, affaire C-413/18 P, *H c. Conseil*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2019:1044, points 102-105. Il est vrai que dans cette affaire, le grief portait formellement sur l'utilisation, à l'appui des conclusions du Tribunal, de documents communiqués par la partie défenderesse après l'audience, à la demande du Tribunal lui-même. Néanmoins, dans cette espèce, les faits en question avaient déjà été discutés lors de l'audience devant le Tribunal, et étaient confirmés par les annexes aux réponses aux questions écrites posées par le Tribunal à la défenderesse lors de l'audience. Ces réponses et annexes avaient bien été communiquées à la requérante, mais celle-ci ne bénéficiait pas d'un droit de réplique supplémentaire. D'où la critique de la Cour (arrêt *H cit.*, point 105). Toutefois, étant donné que les règles sur la preuve devant le Tribunal de première instance couvrent également une simple "demande de renseignements" qui n'est pas nécessairement accompagnée d'une demande correspondante de production de documents (art. 91 du Règlement de procédure du Tribunal), l'impression demeure, à la suite de cet arrêt d'annulation, que, en substance, pour assurer la plénitude des droits de la défense, la forme écrite est jugée nécessaire par la Cour de justice.

⁴⁰ Art. 252, 2me alinéa, TFUE et art. 20 Statut, dans la version du Traité de Nice. Cf. J. INGHELRAM, *Les arrêts sans conclusions de l'avocat général : aperçu de l'application, depuis le Traité de Nice, de l'article 20, dernier alinéa, du Statut de la Cour*, dans *Diritto dell'Unione europea*, 2007, pp. 183-202; M.T. D'ALESSIO-V. KRONENBERGER, *Quelques réflexions sur le nouveau règlement de procédure de la Cour de justice et son impact sur les fonctions de l'avocat général*, dans M.T. D'ALESSIO-V. KRONENBERGER-V. PLACCO, dir., *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant 2013, pp. 313-339; C. AMALFITANO, [art. 20], dans C. AMALFITANO-M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, dir., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., pp. 92-109, pp. 104 ss. Cf. aussi M. BORRACCETTI, *L'avvocato generale nella giurisdizione europea*, Napoli, 2011, pp. 166 ss. et C. CURTI GIALDINO, *Il diritto di replica alle conclusioni degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2012.

⁴¹ Conformément à l'art. 83 du Règlement de procédure de la Cour. M. BORRACCETTI, [art. 83], dans C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (dir.), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., pp. 562-567.

droits de l'homme plaident en ce sens⁴², tout comme la possibilité pour ces parties de demander un deuxième renvoi, après la reprise de la procédure nationale⁴³. Néanmoins, il ne fait aucun doute que le fait de ne pas prévoir le pouvoir de ces parties de se prononcer sur les conclusions, avant que la Cour se prononce, exprime davantage la spécificité de leur position dans la procédure devant la Cour de justice, et en premier lieu dans la procédure préjudicielle.

En même temps, il convient de noter qu'une telle situation particulière ne se présente pas, sauf dans des situations très exceptionnelles, dans les procédures de première instance devant le Tribunal de l'UE, dans lesquelles se concrétise en substance la protection juridictionnelle conférée aux particuliers par l'article 263 TFUE. En outre, s'il est vrai que, dans le cadre des recours en annulation, il est courant que l'avocat général présente des observations au stade du pourvoi, il est également vrai que celui-ci ne porte pas directement sur l'annulation de l'acte attaqué mais sur la conformité au droit de l'arrêt du Tribunal. Dans un tel pourvoi, d'ailleurs, le particulier requérant en première instance dispose d'un plein contradictoire sur la position de l'autre partie, qu'il s'agisse de l'institution défenderesse en première instance ou, exceptionnellement, de l'une des autres entités privilégiées (institutions ou États membres) visées par l'article 56 du Statut.

6. L'exclusion de l'intervention et de la tierce opposition

En analysant le renvoi préjudiciel de validité à la lumière du droit à une protection juridictionnelle effective, il convient de souligner un autre aspect délicat, qui résulte de la manière dont la jurisprudence de la Cour délimite les possibilités d'intervention et de tierce opposition.

Il faut donc tout d'abord constater que cette jurisprudence exclut le pouvoir d'intervention d'un tiers au titre de l'article 40 du statut de la Cour de justice⁴⁴, excluant à la fois une interprétation par analogie de cette disposition et une interprétation extensive de l'article 23 du statut. En second lieu, la Cour exclut l'applicabilité de la tierce

⁴² CJUE, ordonnance 4 Février 2000, affaire C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV*, *Recueil*, 2000, p. I-675, ECLI:EU:C:2000:69, points 14-16.

⁴³ CJUE, arrêt 6 Mars 2003, affaire C-466/00, *Kaba*, *Recueil*, 2003, p. I-2219, ECLI:EU:C:2003:127, points 27-35, faisant référence à l'arrêt 11 Avril 2000, affaire C-356/98, *Kaba*, *Recueil*, 2000, p. I-2623, ECLI:EU:C:2000:200, et aux conclusions dans le même affaire de l'Avocat général Antonio La Pergola 30 Septembre 1999, ECLI:EU:C:1999:470.

⁴⁴ CJUE, ordonnance 3 Juin 1964, affaire 6/64, *Costa/ENEL*, *Recueil*, 1964, p. 1177, ECLI:EU:C:1964:34, argumentant de la stipulation spécifique d'un droit de soumettre des observations dans l'article 20 du Statut CJUE (aujourd'hui art. 23), pour en déduire *a contrario* à l'irrecevabilité des requêtes en intervention présentées par des sujets différents (*ibidem*, p. 1180). V. en outre arrêt 19 Décembre 1968, affaire 19/68, *Giovanni de Cicco*, *Recueil*, 1968, p. 628, à p. 636, pour l'exclusion de la *litis denunciatio*, devant la Cour, à partir des mêmes considérations. Cf. aussi A. MAFFEO et R. MASTROIANNI, [art. 23], dans C. AMALFITANO-M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, dir., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., pp. 125-135, pp. 130 s.

opposition aux arrêts rendus à titre préjudiciel. Ce moyen de pourvoi extraordinaire prévu par l'article 42 du statut de la Cour de justice est donc limité au domaine du contentieux direct ⁴⁵.

Prises dans leur ensemble, ces approches constituent des entraves importantes à une protection juridictionnelle effective des personnes qui sont parties à des procédures nationales différentes - c'est-à-dire à des procédures autres que celle dans le cadre de laquelle une question de validité donnée a été soulevée pour la première fois, mais dans lesquelles trouve application le même acte, dont la validité fait l'objet de ce renvoi antérieur. Le fait qu'ils ne puissent pas présenter d'observations à la Cour dans une affaire qui, en substance, déterminera l'issue de leurs litiges, ni former de tierce opposition contre l'arrêt de la Cour de justice, manifeste sans doute un autre aspect de l'inadéquation relative du renvoi de validité, par rapport au recours en annulation, pour garantir le plein accès au juge de l'Union européenne ⁴⁶.

Bien entendu, d'autres voies peuvent être explorées à cet égard, mais leur résultat n'est en aucun cas garanti.

La solution procédurale la plus immédiate, pour permettre à un tiers intéressé de présenter ses observations devant la Cour, consiste à intervenir dans la procédure pendante devant la juridiction de renvoi ⁴⁷. La faisabilité d'une telle hypothèse, outre qu'elle expose cette personne à des frais de justice supplémentaires, dépendra de la situation du tiers par rapport au litige national en question et, en particulier, des dispositions pertinentes du droit procédural national ⁴⁸.

Une autre alternative est une décision éventuelle de la (deuxième) juridiction nationale de saisir la Cour d'une question similaire, une fois qu'elle a eu connaissance de l'existence de la première procédure préjudicielle, dans le but d'obtenir la jonction des deux (ou plusieurs) procédures préjudicielles devant la Cour.

Cependant, il n'y a pas d'automatisme.

D'une part, même si la seconde juridiction nationale décidait de surseoir à statuer

⁴⁵ Pour l'exclusion de toute voie de recours, y compris la tierce opposition, contre une décision préjudicielle rendue par la Cour elle-même, voir CJUE, ordonnance 5 Mars 1986, affaire 69/85, *Wünsche, Recueil*, 1986, p. 947, point 14, où il est affirmé que, « compte tenu de l'absence de parties à l'instance » les dispositions du Statut sur les voies de recours extraordinaires « ne sont pas applicables aux arrêts rendus en matière préjudicielle ».

⁴⁶ Sans préjudice de la règle de l'art. 40, deuxième alinéa, du Statut, qui exclut toute possibilité d'intervention des particuliers dans les affaires entre institutions ou entre États membres et institutions. Il s'agit toutefois d'une restriction qui ne concerne pas essentiellement la présente analyse, dans laquelle la perspective est celle d'une alternative entre l'accès du particulier à la protection juridictionnelle par le biais d'un recours en annulation et l'accès garanti à celui-ci par le biais d'un renvoi préjudiciel.

⁴⁷ Cf. K.P.E. LASOK, *Lasok's European Court's Practice and Procedure*, 3rd Ed., London, 2017, p. 277, y compris pour des références à la pratique.

⁴⁸ Pour l'exclusion de cette possibilité dans le système de la procédure civile italienne - par opposition à une pratique différente dans le système de la procédure administrative - voir les observations de A. MAFFEO, *op. cit.*, p. 130.

pour effectuer un renvoi préjudiciel de validité identique ou similaire à celui déjà effectué par une autre juridiction, le pouvoir des parties à la seconde procédure principale de présenter utilement des observations à la Cour resterait limité au cas où les deux renvois seraient essentiellement contemporains. Si tel n'était pas le cas, les conditions de jonction des procédures devant la Cour - ou d'un traitement en parallèle de celles-ci - ne seraient pas réunies⁴⁹. Dans ce cas, il y aurait plutôt une suspension du traitement du renvoi ultérieur à la Cour de justice⁵⁰.

En outre, pour la juridiction de la deuxième procédure nationale, le choix de procéder à un renvoi ne s'impose pas. En particulier, lorsque l'affaire est pendante devant une juridiction de premier degré ou d'appel, celle-ci peut préférer se prononcer sur le fond de l'affaire, en rejetant les doutes soulevés par les parties quant à la validité de l'acte de l'Union applicable. Ainsi, la correction d'un résultat d'application qui aurait entre-temps été infirmé par une décision de la Cour sera laissée au choix de la partie déboutée de se pourvoir. Toutefois, il est clair que, dans cette hypothèse, les parties privées seraient en tout état de cause privées de la possibilité de faire valoir leurs arguments sur la question de la validité devant la seule juridiction pleinement compétente en la matière, la Cour de justice.

Encore, la juridiction nationale pourrait simplement décider d'ajourner l'affaire pendante devant elle jusqu'après la décision de la Cour⁵¹. Dans ce cas également, les parties n'auraient pas accès à la Cour.

Pour les parties à une procédure nationale dont la position est " affectée " par un arrêt rendu dans le cadre d'une procédure préjudicielle où elles n'ont pas pu exprimer leur point de vue, il est bien sûr toujours possible de demander à la juridiction de soumettre une nouvelle question préjudicielle sur la validité de la même disposition. Toutefois, cela ne peut se faire que si la décision préjudicielle précédente a conclu qu'il n'y avait aucune raison de considérer cette disposition comme invalide. En fait, ce n'est que dans cette hypothèse que l'arrêt de la Cour reste inefficace à l'égard d'une juridiction autre que celle qui a effectué le renvoi. Le dispositif d'une pareille décision préjudicielle se contentera de réfuter que, dans cette affaire, il se soient manifesté des raisons permettant

⁴⁹ Selon l'article 54 du Règlement de procédure de la Cour, tel qu'appliqué par la jurisprudence.

⁵⁰ En vertu de l'article 39 du Statut et de l'article 55 du Règlement de procédure de la Cour : cf. R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: La Cassazione è "più realista del re"?*, dans *Diritto dell'Unione europea*, 2000, pp. 91-109, p. 100.

⁵¹ Dans le système italien, le juge (civil) appelé à statuer sur une affaire autre que celle qui fait l'objet du renvoi ne semble pas pouvoir se fonder sur l'art. 295 c.p.c., pour surseoir à statuer en attendant l'issue de ce renvoi. En ce sens, voir la jurisprudence de la *Corte di Cassazione* citée par R. MASTROIANNI dans son commentaire à l'art. 23 Statut (avec A. MAFFEO), cit., p. 127. Il reste qu'une telle possibilité peut, d'une part, exister dans les systèmes procéduraux d'autres États membres. D'autre part, en Italie aussi, sans que cela affecte la pratique très différente de la juridiction administrative, également dans la juridiction civile, un ajournement de la discussion à une date postérieure à celle du prononcé du jugement de la Cour ne semble pas en fait exclu, au vu des modalités concrètes du déroulement de la procédure.

de conclure à l'invalidité de l'acte.

7. La connaissance (limitée) par la Cour des faits visés par la demande de décision préjudicielle et l'inadéquation de la procédure préjudicielle pour assurer le contradictoire sur ces faits

Dans le cadre de l'appréciation des éléments permettant d'exclure un parallélisme intégral entre les deux principales voies de contrôle juridictionnel de la validité sur un acte de l'Union européenne - le recours en annulation et le renvoi préjudiciel - il convient également de tenir compte de l'étendue différente de la compétence de la Cour de justice sur les faits, dans le cadre du renvoi préjudiciel, par rapport aux pouvoirs dont dispose le Tribunal, en tant que juridiction saisie d'un recours en annulation.

En effet, le Tribunal est appelé à apprécier le caractère complet de l'enquête menée par l'institution auteur de l'acte et le caractère adéquat de l'appréciation des faits ainsi effectuée⁵². Par ailleurs, cette juridiction est prête à faire un usage intensif des mesures d'organisation de la procédure et des mesures d'instruction prévues par son règlement de procédure⁵³. Cela peut en particulier amener les juges à poser des questions aux parties, ou à en ordonner une comparution personnelle⁵⁴; encore, ils peuvent leur ordonner la production de toute pièce relative à l'affaire⁵⁵.

En revanche, lorsque la Cour est saisie d'une question préjudicielle, elle est en principe appelée à se prononcer uniquement sur une question de droit. Dans la répartition des tâches autour de laquelle est construit le système des questions préjudicielles, la juridiction qui connaît le fond du litige est la juridiction nationale. C'est celle-ci qui est

⁵² CJUE, arrêt 8 Décembre 2011, affaire C-389/10 P, *KME/Commission*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2011:816, point 121; v. déjà arrêts 15 Février 2005, affaire C-12/03 P, *Commission/Tetra Laval*, *Recueil*, 2005, p. I-987, point 39, et 22 Novembre 2007, affaire C-525/04 P, *Espagne/Lenzing*, *Recueil*, 2007, p. I-9947, points 56 e 57.

⁵³ Articles 88 ss. et 91 ss. du Règlement de procédure du Tribunal: cf. A. LA PERGOLA-A. SETARI dans C. AMALFITANO-M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, dir., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., pp. 1175-1179 et pp. 1180-1200. En outre P. BIAVATI, *La richiesta di informazioni nel processo comunitario*, dans *RTDPC*, 1989, pp. 181-215; ID., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Milano, 1992; ID., *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, dans *RTDPC*, 2006, pp. 483-512.

⁵⁴ Cette comparution peut également avoir lieu lors d'une audience séparée : Tribunal, ordonnance 16 Juin 2014, affaire T-562/12, *John Dalli c. Commission*, non publiée, et arrêt 12 Mai 2015 dans la même affaire, *Recueil électronique*, ECLI:EU:T:2015:270, point 37.

⁵⁵ Tribunal, ordonnance 20 Juin 1990, affaires jointes T-160 et 161/89, *Kalavros c. CJUE*, non publiée, et arrêt 20 Juin 1990 dans la même affaire, *Recueil*, 1990, p. II-872, ECLI:EU:T:1990:86, point 14, se référant à « l'ensemble des documents » relatifs à la procédure ayant conduit à l'acte attaqué.

appelée à *appliquer* le droit que la Cour ne fait qu'*interpréter*⁵⁶.

C'est donc avant tout devant la juridiction nationale qui se déroule une procédure pleinement contradictoire, et c'est là où le droit des parties à un tribunal est adéquatement garanti.

Ou devrait-on utiliser le conditionnel ?

La répartition des fonctions juridictionnelles entre la Cour de justice et la juridiction nationale se révèle toutefois, à y regarder de plus près, beaucoup plus perméable qu'il ne le paraît : ce qui, comme on le verra, pose quelques problèmes en termes de compression du droit des parties privées à être entendues .

D'une part, il ne fait aucun doute que des faits notoires, tels que ceux relatifs au respect des procédures (inter)institutionnelles, sont librement appréciés par la Cour. Jusqu'à là, rien d'anormal.

D'autre part, il se peut que la Cour ait besoin de connaître et d'apprécier des faits supplémentaires, y compris le caractère complet du dossier. Dans le cadre de l'appréciation d'un doute de validité soulevé par le juge national, la Cour peut notamment être amenée à vérifier si les éléments factuels qui sous-tendent l'acte « constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »⁵⁷.

L'exercice d'un contrôle aussi étendu par le Tribunal, saisi d'un recours au titre de l'article 263 TFUE, est d'ailleurs l'un des éléments susceptibles de rejeter l'hypothèse d'une violation structurelle du principe de protection juridictionnelle effective à l'égard des décisions adoptées par la Commission dans le cadre du droit de la concurrence⁵⁸.

Toutefois, pour ce qui est de la procédure préjudicielle, l'exercice d'un tel contrôle semble en pratique se heurter à la propension très limitée de la Cour à procéder à des mesures d'instruction dans le cadre des procédures dont elle est saisie⁵⁹.

En tout état de cause, même si la Cour décidait de faire pleinement usage de ses pouvoirs d'instruction dans le cadre d'une procédure préjudicielle, cela nécessiterait la mise en place d'un contradictoire bien plus important que celui prévu aux articles 61 et 62 du règlement

⁵⁶ Voir la jurisprudence constante de la Cour, à compter de l'arrêt van Gend en Loos, dans lequel la Cour, pour rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par les gouvernements belge et néerlandais, fait valoir que c'est le juge national qui est appelé à appliquer le droit, dont la Cour n'est appelée qu'à fournir une interprétation: CJUE, arrêt 5 Février 1963, affaire 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos, Recueil*, 1962, p. 3, ECLI:EU:C:1963:1, à la p. 21.

⁵⁷ V. a jurisprudence citée dans la note 43 *supra*.

⁵⁸ Arrêt *KME*, cit., points 118 ss.

⁵⁹ Cf. J. RIDEAU-F. PICOD, *Codes des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, 2. Ed., Paris, 2002, p. 608, où il est fait référence à quelques rares occasions où cela s'est produit. Dans K.P.E. LASOK, *Lasok's European Court's Practice and Procedure*, 3rd Ed., London, 2017, p. 855 on trouve l'affirmation, également étayée par la référence à une jurisprudence pertinente plutôt rare, selon laquelle la Cour ne pourrait se référer qu'à des sources d'informations factuelles constituées de rapports des autorités nationales, d'informations statistiques incontestées mentionnées par l'un des sujets présentant des observations au titre de l'article 23 du Statut, ou de faits établis au cours d'un litige impliquant un de ces sujets.

de procédure. En effet, la seule communication aux personnes visées à l'article 23 du Statut du document produit par l'une d'entre elles en réponse à une mesure d'organisation de la procédure ne permet qu'une possibilité limitée de discuter de la valeur probatoire du document en question lors de l'audience, sans conférer incontestablement à ces personnes le pouvoir de produire de nouveaux documents susceptibles d'apporter une preuve contraire

Il s'agit de limites de nature structurelle, qui remettent en question le caractère adéquat de la protection juridictionnelle de l'individu dans ce contexte⁶⁰.

Bien entendu, ces limites de la procédure préjudicielle pourraient être partiellement neutralisées à un stade antérieur. En particulier, dans les procédures concernant l'application des articles 101 et 102 TFUE, les sujets intéressés peuvent, à une échelle variable, prendre part à la phase administrative de la procédure et influencer la détermination des faits pertinents, sur une base contradictoire⁶¹.

Un tel processus de compensation est toutefois intrinsèquement déficient dans le contexte d'autres procédures administratives, telles que celles relatives aux aides d'État. Dans ce cas, les parties intéressées ne sont autorisées qu'à présenter des observations sur la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, mais pas à avoir un quelconque dialogue contradictoire avec la Commission ou avec l'État contre lequel la procédure est menée, pendant la procédure elle-même.

Dans ce contexte, le cadre procédural qui a conduit à l'adoption de l'acte, et dans lequel la Cour pourrait à son tour trouver les prémisses pour adopter des mesures d'organisation de la procédure dans le cadre d'un renvoi préjudiciel subséquent portant sur la validité, n'a pas vu la participation effective de la partie au litige pendant devant la juridiction nationale ; de même, l'institution autrice n'est pas, en règle générale, associée à la procédure nationale⁶².

Plus encore, la procédure préjudicielle apparaît inadéquate pour permettre à la Cour de déterminer les faits pertinents qui auraient échappé à l'appréciation de l'auteur de l'acte, dans le cadre de procédures autres que les procédures administratives du droit de la concurrence. Tel est le cas des procédures législatives, ou encore des procédures relatives à l'adoption d'actes délégués ou d'exécution.

8. *La contribution de la procédure nationale à la pleine affirmation du droit à une protection juridictionnelle effective en ce qui concerne l'établissement des faits*

⁶⁰ Cf. *supra*, par. 5, note 39 et texte correspondant.

⁶¹ Voir l'article 6 du règlement 773/2004 en ce qui concerne la possibilité pour le plaignant de formuler des observations sur la communication des griefs (par. 1) et d'exprimer son point de vue lors de l'audition des parties auxquelles la communication des griefs était adressée (par. 2).

⁶² Sauf dans le cas où la Commission soumette des observations « aux juridictions des États membres responsables de l'application des règles en matière d'aides d'État » sur la base de l'art. 29 du Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil, portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO L 248 2015, p. 9.

Il reste à explorer si la restriction de la protection juridictionnelle des parties privées dans le contexte d'un renvoi en validité, résultant des problématiques soulignées ici, peut être équilibrée au niveau national.

Ici aussi, cependant, le chemin n'est pas facile.

En effet, le juge national, auquel les parties ont également pleinement accès dans le cadre de la procédure au principal, n'a pas le pouvoir de faire droit aux exceptions ou aux défenses fondées sur l'invalidité de l'acte⁶³ et est lié par la décision de la Cour de justice en réponse à la demande de décision préjudicielle. Toutefois, comme il a été souligné, cette décision est rendue dans un contexte procédural dans lequel les parties ont un rôle très limité dans l'établissement des faits.

Par ailleurs, à la lumière de la jurisprudence *Foto-Frost*, il n'est pas concevable que la question de la validité puisse être résolue différemment sur la base d'une appréciation divergente des faits pertinents par le juge national : tout au plus, ce dernier pourrait soulever une nouvelle question, en soulignant la diversité des faits qu'il a établis par rapport à ceux retenus par la Cour dans son précédent arrêt⁶⁴. Il ne sera pas non plus possible pour cette juridiction d'ignorer la décision de la Cour au motif qu'elle a été rendue *ultra vires*⁶⁵.

Afin de maintenir un équilibre acceptable, compte tenu de la nécessité impérative d'assurer une protection juridictionnelle efficace des justiciables, la voie du renvoi préjudiciel exige une « gestion » particulièrement attentive des questions de validité par le juge national, avant le dépôt de la question préjudicielle, et une pleine prise en charge par les parties à cette procédure.

En particulier, le juge du fond devrait s'abstenir de faire des renvois de validité « précipités ». Il devrait donc, tout d'abord, procéder à une instruction exhaustive et à une qualification juridique complète des faits pertinents, en assurant un contradictoire adéquat.

Cela permettra de limiter autant que possible l'inévitable marge d'appréciation de la Cour de justice dans la détermination des éléments de fait sur la base desquels peut être effectué le contrôle de validité, notamment en ce qui concerne la proportionnalité de l'acte soumis à son contrôle, ou l'exhaustivité des appréciations factuelles exprimées dans les motifs.

En substance, il s'agit donc de prendre *Foto-Frost* au sérieux, et de parvenir dans le cadre du procès national à une appréciation aussi concluante que possible de l'invalidité de la mesure en cause, lorsque tel est le cas, avant de procéder à un renvoi préjudiciel rendu inévitable par la limitation des pouvoirs dont dispose le juge dans ce domaine.

Le juge devra ensuite exposer de manière exhaustive, dans la décision de renvoi, les motifs de sa conclusion quant à la validité, en se référant aux résultats des mesures

⁶³ Arrêt *Foto-Frost*, cit. *supra*, note 5.

⁶⁴ Arrêt 13 Mai 1981, affaire 66/80, *International Chemical Corporation*, Recueil, 1981, p. 1191, ECLI:EU:C:1981:102, point 14.

⁶⁵ Ainsi que la High Court anglaise l'a jugé, bien que dans le contexte différent d'un renvoi préjudiciel en interprétation, dans l'affaire *Arsenal v. Reed, Reed*, [2003] 1 All ER 137: v. M. BROBERG-N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2nd Ed., 2014, p. 445.

d'instruction conduites et à son appréciation des arguments avancés par les parties sur ce point.

Cette solution est, à mon avis, le seul moyen d'éviter que le caractère limité du débat contradictoire qui a lieu devant la Cour de justice dans une procédure préjudicielle, ainsi que la possibilité que des observations émanant de sujets qui ne participent pas à la procédure au principal puissent avoir une influence substantielle sur l'issue de l'affaire, ne donnent lieu en pratique à une restriction excessive du droit des parties privées à une protection juridictionnelle effective.

9. L'effet des arrêts

Il existe une autre différence entre la procédure préjudicielle et le recours en annulation, qui conduit à relativiser l'hypothèse d'un parallélisme entre les deux procédures. Il s'agit des effets différents qui peuvent être attribués aux arrêts rendus par la Cour de justice et le Tribunal à l'issue de ces deux procédures.

Alors que l'arrêt par lequel le Tribunal de l'Union européenne fait droit à un recours en annulation déclare l'acte attaqué nul et non avenue⁶⁶, lorsque la Cour de justice déclare à titre préjudiciel l'invalidité d'un acte, son arrêt détermine en premier lieu l'inapplicabilité de cet acte dans l'affaire au principal, tout en ayant un effet déclaratoire erga omnes⁶⁷. Moins certains, par ailleurs, pourraient être les effets concrets de cet arrêt dans d'autres contextes, en dehors de l'affaire au principal.

Il ne s'agit pas ici de remettre en cause la portée que doit avoir la décision préjudicielle, en tant que constatation définitive d'invalidité de l'acte dont il est question, dans toute autre situation dans laquelle celui-ci est applicable. En fait, cet effet déclaratoire erga omnes peut ne pas avoir de pertinence pratique en raison de l'application de règles de procédure nationales conformes aux principes généraux du droit communautaire, concernant l'autorité de la chose jugée, les forclusions procédurales ou la consolidation de situations juridiques qui n'ont pas été contestées en temps utile.

En particulier, les applications antérieures de l'acte par l'administration nationale, que ce soit à l'égard de la même personne qui a « provoqué » la déclaration d'invalidité ou à l'égard de tiers, pourraient être couvertes par le caractère définitif de la mesure nationale d'exécution. Au contraire, le caractère anticipé du recours direct, lié au court délai pour son introduction prévu à l'article 263, paragraphe 6, TFUE, accompagné par la neutralisation *ex tunc* des effets de l'acte en vertu de l'article 264, paragraphe 1, du TFUE, ont plutôt la capacité d'exclure une consolidation des effets défavorables de l'acte. Cela, bien sûr, sauf dans le cas d'une limitation exceptionnelle des effets dans le temps de l'annulation, que la Cour devait statuer en vertu de l'article 264, paragraphe 2, du TFUE,

⁶⁶ Art. 264 TFUE.

⁶⁷ Arrêt 13 Mai 1981, affaire 66/80, *International Chemical Corporation*, cit., points 12 ss. Voir l'analyse approfondie des effets de l'arrêt de la Cour suite à une demande de décision préjudicielle conduite par M. CONDINANZI-R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, cit., pp. 231 s. et 241 s.

ou dans le cas très particulier de l'application de l'exception TWD⁶⁸, envers un sujet autre que celui qui a obtenu l'annulation de l'acte.

Le risque de contournement ne doit pas non plus être négligé lorsque l'on considère les deux "remèdes" comme des éléments concurrents d'un système juridictionnel intégré capable de garantir le droit à une protection juridictionnelle effective.

Face à un acte qui n'a pas été annulé par le Tribunal à l'issue d'un recours direct, mais qui a été déclaré invalide par la Cour de justice à la suite d'un renvoi préjudiciel, il ne peut pas être exclu qu'une administration nationale continue à en faire application dans de situations autres que celle qui a donné lieu à la déclaration d'invalidité. Cela obligerait les intéressés à introduire des nouvelles actions en justice, faute de quoi la situation juridique défavorable (et illégale) pourrait se consolider à leur égard. Ces personnes seraient alors confrontées à la charge temporelle (et financière) d'une nouvelle procédure judiciaire. Cette situation ne serait manifestement pas un scénario optimal.

III. LE CARACTERE "PLUS APPROPRIE" DU RECOURS DIRECT

10. *Position du problème*

Dans l'ensemble, il ressort de ce qui précède un cadre dans lequel le recours direct apparaît structurellement plus apte à garantir une protection juridictionnelle effective du justiciable lorsqu'il s'agit de contrôler la possible invalidité d'un acte adopté par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Face à la gestion complexe et pas toujours satisfaisante des compétences complémentaires de la Cour de justice et des juridictions nationales dans le cadre du système de coopération prévu à l'article 267 TFUE, les avantages d'un accès direct au Tribunal, en vertu de l'article 263 TFUE, sont évidents.

Il convient tout d'abord de noter que la compétence pleine et entière du Tribunal pour établir les faits pertinents pour se prononcer sur la validité de l'acte attaqué correspond à une structure procédurale adéquate pour garantir les droits des parties: la structure contradictoire de la phase écrite, et la profondeur très différente que peut revêtir par ailleurs la phase orale devant le tribunal, sont complétées par une utilisation adéquate des moyens d'instruction au stade de la procédure de première. En plus de sa compétence pleine et entière pour statuer sur les griefs soulevés par le requérant, le Tribunal est également compétent pour statuer sur toute exception d'invalidité des actes de portée générale sur lesquels l'acte attaqué est fondé ou dont l'application présente en tout état de cause un lien significatif avec celui-ci⁶⁹. En outre, la garantie offerte par le double degré de juridiction, bien que limitée à un contrôle sur la bonne application du droit, ne

⁶⁸ Nous y reviendrons plus en détail dans les paragraphes qui suivent.

⁶⁹ Art. 277 TFUE.

peut être négligée⁷⁰. Par ailleurs, en ce qui concerne la position des tiers, il convient de souligner la pleine applicabilité des mécanismes de la tierce intervention et de la tierce opposition dans les recours directs⁷¹.

Pour ces mêmes raisons, le recours direct constitue le cadre le plus approprié non seulement pour garantir le droit de l'individu à un tribunal, mais aussi pour protéger la position procédurale de l'institution de l'Union auteur de l'acte attaqué.

Ces aspects, qui ne sont effectivement pas nouveaux dans la jurisprudence de la Cour, ont été fortement soulignés dans l'arrêt *Georgsmarienhütte* de 2018⁷². Sur cette base, cependant, la Cour a davantage étendu le champ d'application de la préclusion *TWD*, avec un raisonnement qui ne va pas sans critique, car il semble réduire de manière excessive la possibilité même pour l'individu de bénéficier d'une protection juridictionnelle dans le cadre d'une procédure indirecte. Il convient toutefois, avant d'exposer les raisons qui conduisent à ne pas pouvoir se rallier à cet arrêt, de rendre compte ci-après de la portée de la préclusion *TWD* depuis son origine et dans la jurisprudence qui a marqué son développement avant 2018.

11. La préclusion *TWD*: son évolution dans la jurisprudence et sa raison d'être

Dans son arrêt de 1994 dans l'affaire *TWD*⁷³, la Cour, suivant les conclusions de l'avocat général Jacobs, jugea qu'une juridiction nationale était définitivement liée par une décision par laquelle la Commission a déclaré incompatible une aide individuelle accordée par un État à une entreprise déterminée, même si la validité de cette décision avait été ultérieurement contestée par le bénéficiaire de l'aide individuelle qui, bien que n'étant pas le destinataire direct de cette décision, en avait été "informé par écrit par l'État membre" sans toutefois avoir introduit un recours en annulation en temps utile. Cela a donné lieu à une exclusion exceptionnelle de la possibilité d'invoquer devant une juridiction nationale l'invalidité d'un acte de l'Union, en conséquence du non-exercice du pouvoir de recours contre cet acte par la personne normalement habilitée à le faire en

⁷⁰ Art. 256, 2^{me} alinéa, TFUE; art. 56 Statut CJUE.

⁷¹ V. *supra*, par. 6, et spécialement la note 47, expliquant la non-pertinence, dans le présent contexte, de l'exclusion d'un pouvoir d'intervention du particulier dans les affaires entre institutions ou entre États membres et institutions en vertu de l'article 40, deuxième alinéa, du statut.

⁷² CJUE (Grande chambre), arrêt 25 Juillet 2018, affaire C-135/16, *Georgsmarienhütte GmbH*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2018:582, point 19, par rapport à la situation du particulier, avec référence aux points 40 à 44 des conclusions de l'avocat général Manuel Campos Sánchez-Bordona du 27 Février 2018, affaire C-135/16, *Georgsmarienhütte GmbH*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2018:120, dans lesquelles la position procédurale de l'institution autrice est aussi mentionnée spécifiquement.

⁷³ CJUE, arrêt 9 Mars 1994, affaire C-188/92, *Textilwerke Deggendorf*, *Recueil*, 1994, p. I-846, ECLI:EU:C:1994:90 (par la suite: l'arrêt *TWD*).

vertu de l'article 230 CE (devenu article 263 TFUE)⁷⁴.

Le fait que cette préclusion ne survienne que lorsqu'un recours en annulation d'une décision est *manifestement* recevable ressortait clairement des conclusions de M. Jacobs⁷⁵, mais moins nettement de l'arrêt de la Cour de justice. Cependant, la jurisprudence de la Cour a par la suite confirmé le bien-fondé de la position de son Avocat général.

La Cour n'a pas été amenée à traiter cet aspect dans le premier cas d'application de ce principe - inauguré dans l'arrêt *TWD* - à savoir l'arrêt *Wiljo* de 1997⁷⁶, qui portait sur la validité d'une décision spécifiquement et formellement adressée à un particulier qui entendait la mettre en cause devant une juridiction nationale sans l'avoir préalablement attaquée devant le Tribunal de première. Toutefois, la condition du caractère manifeste de la légitimation du particulier à attaquer la décision allait apparaître clairement la seconde fois que la Cour de justice se trouverait confrontée au jeu de cette préclusion, dans l'arrêt *Nachi Europe* de 2001⁷⁷.

Ce point est maintenant réitéré avec une grande clarté, en termes généraux, dans l'arrêt *A, B, C, D* de 2017⁷⁸.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la justification de cette préclusion se révèle être, dans les motifs principalement adoptés par la Cour de justice, la protection de la sécurité juridique – cela sur le postulat de l'interdiction de l'abus de droit en droit de l'Union. La raison en est que le fait d'invoquer, devant une juridiction nationale, l'invalidité d'un acte que le particulier aurait manifestement pu contester devant le Tribunal revient, en substance, à contourner le délai de recours de deux mois, prévu à l'article 263 TFUE.

Initialement affirmée à l'égard des actes de nature individuelle, l'arrêt *Nachi Europe* de 2001 a étendu la préclusion *TWD* au cas du particulier qui serait manifestement en droit de contester un acte réglementaire, en raison de l'intérêt individuel que celui-ci pourrait invoquer à l'égard de cet acte – en l'espèce, il s'agissait d'un règlement

⁷⁴ Arrêt *TWD*, cit., point 25. Le raisonnement fondé sur le principe de la sécurité juridique sera également évoqué par la suite: CJUE, arrêts 30 Janvier 1997, affaire C-178/95, *Wiljo*, *Recueil*, 1997, p. I-585, ECLI:EU:C:1997:46, point 19; 22 Octobre 2002, affaire C-241/01, *National Farmers' Union*, *Recueil*, 2002, p. I-9079, ECLI:EU:C:2002:604, points 34 e 35; en outre, *obiter dictum*, l'arrêt de la Cour (Grande chambre) 18 Juillet 2007, affaire C-119/05, *Lucchini*, *Recueil*, 2007, p. I-6199, ECLI:EU:C:2007:434, point 55.

⁷⁵ Conclusions de l'avocat général Francis Jacobs dans l'affaire affaire C-188/92, *Textilwerke Degendorf*, *Recueil*, 1994, p. I-833, ECLI:EU:C:1993:358, par. 14 et 15.

⁷⁶ Arrêt *Wiljo*, cit.

⁷⁷ CJUE, arrêt 15 Février 2001, affaire C-239/99, *Nachi Europe*, *Recueil*, 2001, p. I-1197, ECLI:EU:C:2001:101, point 37, où la Cour précise que le principe du caractère définitif des effets de l'acte attaqué s'applique à un acte qui, bien que ne s'adressant pas spécifiquement à un particulier, doit être considéré, à l'égard de ce dernier, comme "une décision individuelle" dont l'annulation aurait "sans aucun doute" pu être demandée au titre de l'article 230 TCE (263 TFUE).

⁷⁸ CJUE (Grande chambre) arrêt 14 Mars 2017, affaire C-158/14, *A, B, C, D c. Minister van Buitelandse Zaken* (par la suite aussi : l'affaire *Tigres tamoul*), *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2017:202, point 67.

antidumping qui contenait également l'imposition d'un droit spécifique sur les produits commercialisés par une filiale de la société qui en invoquait l'invalidité.

En revanche, le champ d'application de la préclusion *TWD* ne couvre pas les situations où le justiciable ne dispose pas de manière manifeste de recours contre l'acte, comme dans le cas d'une directive ou d'un règlement "normal"⁷⁹, surtout s'il est qualifié d'acte législatif⁸⁰.

12. (...) *l'inapplicabilité de la préclusion TWD aux règlements non législatifs : l'arrêt dans l'affaire des Tigres tamoul et les questions ouvertes*

L'inapplicabilité de la préclusion aux règlements non législatifs, qui concernent directement l'intéressé et qui ne comportent pas de mesures d'exécution - même après la prévision, par le traité de Lisbonne, d'un pouvoir de contester de tels actes par les particuliers - ressort avec une clarté à la fois suffisante et imparfaite de l'arrêt 2017 *A, B, C et D* dans l'affaire des *Tigres tamoul* déjà mentionné.

Il s'agissait en l'occurrence d'un litige concernant un acte réglementaire par lequel le Conseil avait inclus le mouvement insurrectionnel des Tigres tamouls dans une liste des personnes visées par des mesures de gel des capitaux.

En réponse à une question visant spécifiquement à clarifier la question de savoir si la préclusion *TWD* joue à l'égard de ce genre d'acte, la Cour précise, tout d'abord, que l'élargissement des conditions de recevabilité d'un recours en annulation vis à vis des actes réglementaires "n'a pas pour contrepartie l'impossibilité de remettre en cause, devant une juridiction nationale, la validité d'un acte de l'Union dès lors que le recours en annulation (...) n'aurait pas été manifestement recevable"⁸¹. D'autre part, dans l'analyse concrète de l'(in)existence d'une situation de recevabilité manifeste, la Cour tient compte à la fois de l'absence d'un intérêt individuel manifeste - et de l'absence d'un intérêt direct.

En l'espèce, pour ce qui est du premier, les mesures restrictives étant des mesures de second pilier, les personnes qui les invoquent en nullité n'ont pas été identifiées comme les destinataires formels des mesures de gel des fonds prévues par le règlement du Conseil ; concernant le second, les mesures ordonnées par le Conseil devaient ensuite être mises en œuvre dans des actes nationaux de sanction⁸². La réponse de la Cour est donc d'exclure que, *dans le cas de ce recours*, il y ait eu une capacité juridique manifeste à contester la mesure, excluant ainsi l'applicabilité de la clause *TWD*.

⁷⁹ CJUE, arrêts 12 Décembre 1996, affaire C-241/95, *Accrington Beef Co. Ltd*, *Recueil*, 1996, p. I-6699, ECLI:EU:C:1996:496, points 15 e 16; 11 Novembre 1997, affaire C-408/95, *Eurotunnel SA*, *Recueil*, 1997, p. I-6315, ECLI:EU:C:1997:532, points 28-30.

⁸⁰ Voir plus loin dans le texte pour le cas des règlements non législatifs dans le cadre procédural post-Lisbonne.

⁸¹ Arrêt *Tigres tamoul*, cit., point 69.

⁸² Arrêt *Tigres tamoul*, cit., point 74.

En revanche, la réponse de la Cour dans l'affaire des Tigres tamouls ne semble pas exclure, ou du moins pas de manière univoque, qu'une légitimation manifeste à contester un acte puisse éventuellement subsister y compris à l'égard d'actes réglementaires qui ne nécessitent pas de mesures d'exécution, même en l'absence d'un intérêt individuel.

13. L'applicabilité de la préclusion des TWD aux sujets primaires (internationaux) de l'UE et sa justification

Cela dit, il convient de noter en outre que la préclusion TWD, ayant sa principale raison d'être dans la définition du champ d'application respectif des articles 263 et 267 TFUE et dans le principe de sécurité juridique, se manifeste avant tout dans les situations dans lesquelles un particulier invoque l'invalidité d'un acte de l'Union européenne devant une juridiction nationale. Toutefois, elle s'applique également à un État membre, comme il ressort de l'arrêt *National Farmers' Union* de 2002⁸³, concernant l'appréciation des mesures adoptées par les autorités françaises pour interdire les importations de bovins britanniques, dans le cadre de la crise de la vache folle, et ce malgré l'acte communautaire libéralisant leur circulation.

Dans ce contexte, cependant, il semble que la véritable raison d'être de la préclusion soit la réaffirmation du principe selon lequel les États membres ne peuvent pas recourir au principe de droit international les autorisant à la défense unilatérale de leurs droits face à une violation de ceux-ci commise par d'autres sujets internationaux - dans l'espèce, par les institutions communautaires, à travers l'adoption d'un acte invalide, où le défaut de son adéquation aux nouvelles circonstances, en violation d'un devoir d'agir. Ainsi, l'arrêt *National Farmers' Union* semblerait plutôt être une consolidation du principe établi dans l'affaire *Commission contre Belgique et Luxembourg* en 1964⁸⁴ en ce qui concerne les actes prétendument illicites d'autres États membres, qu'une manifestation de la préclusion TWD, au sens strict du terme. Cela aussi parce que, dans l'affaire *National Farmers' Union* l'invalidité de l'acte communautaire invoqué par le gouvernement français se serait produite après l'adoption de l'acte, ou à tout le moins n'aurait été évidente par de nouvelles informations qui auraient contredit les hypothèses sur lesquelles l'acte en cause était fondé puisqu'elle n'aurait été rendue évidente que par l'apparition d'éléments nouveaux contredisant les hypothèses sur lesquelles l'acte en cause était fondé. Le motif de la stabilité des actes et l'interdiction de contourner le délai de recours ne sont donc plus suffisants pour justifier la solution dégagée par la Cour.

Toutefois, si l'on examine l'évolution récente de la jurisprudence concernant la

⁸³ Arrêt *National Farmers' Union*, cit., point 36.

⁸⁴ CJUE, arrêt 13 Novembre 1964, affaires jointes 90 et 91-63, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, *Recueil*, 1964, p. 1201. Sur cet arrêt et sur sa signification par rapport au système de règlement des différends dans l'UE cfr. T.C. HARTLEY, *International Law and the Law of the European Union. A Reassessment*, dans *British Yearbook of International Law*, 2002, pp. 1-35, p. 14.

préclusion TWD, on peut peut-être dire que l'arrêt National Farmers' Union possède une double signification. D'une part, il exprime le caractère exclusif du système juridictionnel pour la solution des différends entre les sujets internationaux de l'Union ; d'autre part, et en même temps, cet arrêt est la première occasion où le caractère... pas si exceptionnel de la préclusion TWD apparaît⁸⁵ et manifeste la faveur pour le recours direct en annulation, au détriment du renvoi préjudiciel en validité, au-delà de l'hypothèse de l'abus de droit.

14. *L'extension de la justification de la préclusion TWD dans les procédures impliquant des particuliers : la préférence pour le recours en annulation comme motif de la limitation du contrôle préjudiciel*

Il ressort de l'arrêt *Georgsmarienhütte*⁸⁶ rendu par la grande chambre de la Cour de justice en 2018 que les motifs d'application de la préclusion TWD peuvent aller au delà de celui de la sanction de l'abus de procédure, afin de protéger la sécurité juridique et la stabilité des actes des institutions, et que ces motifs incluent, notamment, une *préférence* pour les recours directs en annulation par rapport aux renvois préjudiciels en validité. À cette occasion, la Cour a étendu la préclusion TWD à la situation des bénéficiaires effectifs de mesures d'aide individuelles accordées dans le cadre d'un régime d'aide dont la Commission avait désormais jugé incompatible avec le marché intérieur et dont elle avait ordonné la récupération, et cela même dans une situation où, comme en l'espèce, le recours contre la mesure nationale de récupération avait été introduit avant l'expiration du délai de recours en annulation prévu à l'article 263 TFUE.

Le jugement est ainsi doublement remarquable. Tout d'abord, parce qu'il semble contredire radicalement un passage décisif des motifs de l'arrêt rendu par la Cour en 2011 dans l'affaire *Comitato "Venezia vuole vivere"*⁸⁷, sans s'attarder sur ce revirement apparent, et au contraire en citant à l'appui de ses conclusions un autre passage de ce même arrêt⁸⁸. En second lieu, parce qu'elle étend la préclusion TWD aux bénéficiaires effectifs d'un régime d'aides déclaré incompatible, sans permettre apparemment de faire une distinction entre les différentes situations possibles par rapport au libellé de la décision de la Commission, et parce qu'elle le fait indépendamment du caractère "tardif" ou non du recours introduit contre les mesures nationales d'exécution de l'ordre de récupération.

En ce qui concerne le "strabisme" de la motivation par rapport à l'un de ses précédents les plus remarquables, dans l'arrêt de 2011 rendu dans l'affaire *Comitato "Venezia*

⁸⁵ Contrairement à ce que souhaitait l'avocat général Sharpston dans ses conclusions 29 Septembre 2016 dans l'affaire des *Tigres Tamoul*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2016:734, par. 70.

⁸⁶ CJUE (Grande chambre), arrêt 25 Juillet 2018, affaire C-135/16, *Georgsmarienhütte GmbH*, cit., spec. point 19.

⁸⁷ CJUE, arrêt 9 Juin 2011, affaires jointes C-71/09 P, C-73/09 P e C-76 09 P, *Comitato "Venezia vuole vivere"*, *Recueil*, 2011, p. I-4727, ECLI:EU:C:2011:368.

⁸⁸ Arrêt *Georgsmarienhütte*, cit., point 33, avec renvoi aux points 53 et 56 de l'arrêt de 2011.

vuole vivere”, la Cour avait radicalement rejeté l'hypothèse d'un parallélisme automatique entre le pouvoir du bénéficiaire effectif d'un régime d'aides d'attaquer la décision par laquelle la Commission avait statué sur l'incompatibilité de ce régime et ordonné la récupération des aides qui y étaient liées, d'une part, et le fonctionnement de la préclusion *TWD* pour ce bénéficiaire, d'autre part⁸⁹.

Dans l'affaire *Comitato “Venezia vuole vivere”*, il s'agissait du pourvoi contre un arrêt par lequel le Tribunal avait reconnu aux bénéficiaires effectifs d'une aide individuelle basée sur un régime d'aides la qualité pour agir en annulation contre la décision de récupération des aides accordées sur la base de ce régime. Cette faculté a été contestée, dans le cadre du pourvoi incident formé par la Commission, sur la base, notamment, de l'argument selon lequel le fait de considérer comme recevable la requête donnerait lieu à un "effet paradoxal et pervers" : l'extension automatique de la préclusion *TWD* aux bénéficiaires effectifs d'une aide individuelle liée à un régime que la Commission a déclaré incompatible. La Cour, sans autre motivation, rejeta cet argument comme manifestement erroné, étant donné qu'il aurait déjà été rejeté à une autre occasion⁹⁰.

Dans le même temps, elle confirmait le bien-fondé de la décision par laquelle le Tribunal avait reconnu la qualité pour agir de ces entreprises, en reprenant à son compte les arguments peu convaincants avancés dans les conclusions de l'avocat général Trstenjak, selon lesquels, bien que la récupération dans des cas individuels doive être spécifiquement fondée sur l'appréciation de l'existence, en pratique, d'une aide au sens de l'article 107 TFUE – ce qui n'est pas du tout évident, comme la Cour l'a elle-même reconnu dans cet arrêt⁹¹ – l'ordre de récupération concernerait toutefois individuellement tous les bénéficiaires effectifs du régime théoriquement qualifié d'aide, “en ce qu'ils sont exposés, dès le moment de l'adoption de la décision litigieuse, au risque que les avantages qu'ils ont perçus soient récupérés, et se trouvent ainsi affectés dans leur situation juridique”⁹².

⁸⁹ Arrêt *Comitato “Venezia vuole vivere”*, cit., point 57.

⁹⁰ Arrêt *Comitato “Venezia vuole vivere”*, cit., point 57. Là, il est fait référence à une occasion précédente où cet argument aurait été invoqué « sans qu'il ait été accueilli » : il s'agit de l'arrêt de la Cour 29 Avril 2004, affaire C-298/00 P, *Italie / Commission*, Recueil, 2004, p. I-4087, ECLI:EU:C:2004:240. Dans cette affaire, certes, l'argument avait été invoqué par la requérante. Toutefois, il est également vrai qu'à cette occasion, la Cour rejeta la demande en annulation sans même pas discuter l'argument dont il est question.

⁹¹ Voir points 61-64, où la Cour reconnaît une erreur dans la motivation du Tribunal sur ce point et la remplace en précisant que « la Commission, dans une décision qui porte sur un [programme d'aides] n'est pas tenue d'effectuer une analyse de l'aide octroyée dans chaque cas individuel ». Ainsi, « il appartient à l'État membre de vérifier la situation individuelle de chaque entreprise concernée » (points 63 et 64). Ainsi, l'exécution d'une décision imposant à l'État l'obligation de récupérer des aides « incompatibles avec le marché commun » présuppose “que soit établi, au préalable, que les avantages octroyés peuvent être qualifiés d'aides d'État” (point 113; cf. aussi point 115).

⁹² Arrêt *Comitato “Venezia vuole vivere”*, cit., point 56, faisant renvoi aux par. 71 à 82 des conclusions de l'avocat général Verica Trstenjak 16 Décembre 2010 dans la même affaire, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2010:771.

Avec l'arrêt *Georgsmarienhütte*, l'argument du risque de dégradation subséquente de la situation juridique est au contraire utilisé (avec une citation à la légère de l'arrêt *Comitato "Venezia vuole vivere"*) pour obtenir précisément le résultat que l'arrêt de 2011 avait exclu : l'application de la préclusion *TWD*.

Au-delà de la manière déconcertante de se référer aux décisions antérieures de la Cour, qui n'aide certainement pas l'autorité de la Cour, le changement de contexte dans lequel l'argument du risque est appliqué est décisif pour comprendre son caractère encore moins persuasif. Cet argument, utilisé dans l'arrêt de 2011, semblait certes avoir peu d'impact, sur le plan dogmatique, mais il n'était pas, dans ce contexte, inapproprié. L'utilisation du risque d'une (éventuelle) future détérioration de la situation juridique individuelle comme critère pertinent pour déterminer un intérêt individuel à agir en annulation ne paraissait pas totalement conforme à l'approche rigoureuse de *Plaumann*.

Toutefois, elle restait dans le cadre des variations évolutives possibles de l'interprétation jurisprudentielle de cette exigence, d'autant plus à la lumière de l'art. 47 de la Charte : en effet, cet argument, dans l'affaire *Comitato "Venezia vuole vivere"*, avait été utilisé pour soutenir l'extension de la protection juridictionnelle de l'individu, à travers la reconnaissance d'une qualité pour agir qui, autrement, était incertaine. Après tout, à ces fins, la Cour avait aussi, en d'autres occasions, oublié, ou forcé, la formule définie dans l'arrêt *Plaumann*, à commencer par l'exemple si important de l'affaire *Les Verts*⁹³.

En revanche, dans l'affaire *Georgsmarienhütte* ce même argument s'avère très problématique, car il est invoqué à l'appui d'une réduction substantielle de cette protection juridictionnelle, du fait de la "normalisation" de la préclusion *TWD*, qui aurait dû être une hypothèse *exceptionnelle*, et ce d'autant plus que l'état de la pratique administrative⁹⁴ et de la *soft law* de la Commission sur ce point n'est pas satisfaisant⁹⁵.

⁹³ Arrêt *Les Verts*, cit., points 35-38, lorsque l'intérêt individuel est reconnu, par rapport à une décision parlementaire applicable à tout parti décidant de se présenter aux élections au Parlement européen, dans la nécessité d'éviter une discrimination procédurale au détriment des partis non encore représentés (*ex ante* indéterminés et indéterminables) par rapport à ceux déjà représentés au Parlement, qui forment un cercle fermé *ex ante*. Pour d'autres épisodes significatifs d'une jurisprudence (relativement) expansive, qui s'inscrit dans le cadre d'une interprétation, au contraire, globalement restrictive de l'intérêt individuel, cf. T. TRIDIMAS-S. POLI, *Locus Standi of Individuals under Article 230(4): The Return of Euridice?*, cit., p. 79 ss.

⁹⁴ Confirmée par la jurisprudence de la Cour : cf. arrêts 7 Mars 2002, affaire C-310/99, *Italie c. Commission*, *Recueil*, 2002, p. I-2289, ECLI:EU:C:2002:143, points 89-91, et 13 Février 2014, affaire C-69/13, *Mediaset*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2014:71, point 22.

⁹⁵ Cf. M. MEROLA, *Rimedi per la violazione delle norme sugli aiuti di Stato: misure repressive o di ripristino*, Torino, 2018, pp. 147 s., stigmatisant le silence gardé sur les décisions de restitution concernant des régimes d'aide par la Communication de la Commission Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun (2007/C 272/05), JO n. C 272 du 15 Novembre 2007, pp. 4 ss. Même si l'on regarde la successive Communication de la Commission sur la récupération des aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur (2019/C 247/01), dans JO n. C 247 du 23 Juillet 2019, p. 1, il n'y a aucune précision, puisqu'il est simplement indiqué que « [I]orsque les

Par ailleurs, la justification ultérieure retenue dans les conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona pour écarter les critiques fondées sur le respect de la protection juridictionnelle effective apparaît formaliste et, pour tout dire, irrespectueuse de l'équilibre du système de voies de recours prévu par le traité et défini par la jurisprudence de la Cour. Selon l'avocat général, en fait, ces critiques ne seraient pas fondées, compte tenu du fait que « les particuliers n'ont en réalité pas le droit d'obtenir que le juge pose une question préjudicielle »⁹⁶. Or, si l'on raisonne ainsi, on compromet la cohérence de toute la jurisprudence de la Cour sur les principes désormais incorporés à l'article 19 TUE, et dont le rôle fondamental dans le système est acquis, à tout le moins, depuis l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores* et l'avis 1/09 - cité par l'arrêt *Georgsmarienhütte* lui-même⁹⁷.

Les autres raisons qui devraient justifier l'extension de la préclusion *TWD* en dehors du cadre de l'abus des délais de procédure par des requérantes jouissant d'une capacité manifeste pour agir ne semblent pas non plus pleinement convaincantes.

Tout d'abord, l'argument concernant la nécessité d'une participation efficace des institutions, également invoqué dans les conclusions de l'avocat général⁹⁸, n'est pas persuasif. En effet, si le système de recours est un système intégré, comme le reconnaît la Cour, les institutions peuvent très bien faire valoir leur point de vue devant la juridiction nationale. Cette dernière sera alors tenue de s'assurer de leur participation efficace au débat concernant les questions complexes de faits, qu'elle est tenue à définir « avec suffisamment de précision » préalablement au renvoi en validité. Une telle participation se fera soit en vertu de dispositions réglementaires spécifiques, comme dans le cas des aides d'État, soit dans le cadre d'un aménagement de la procédure nationale dans le cadre du principe de coopération loyale.

Certes, on peut bien maintenir que le recours en annulation en tant que « procédure la plus appropriée » à garantir un contrôle juridictionnel complet sur des questions très souvent au caractère technique, et cela dans un cadre contradictoire et avec la possibilité d'entamer une procédure de pourvoi. Encore, l'on peut aussi soutenir – et c'est d'ailleurs ce qui nous faisons nous mêmes ici – que c'est dans la procédure de l'art. 263 TFUE que les droits des particuliers sont plus efficacement protégés, ainsi qu'il le soulignait déjà M. Jacobs dans ses conclusions *TWD*. Même ces traits indéniables, toutefois, ne s'avèrent pas capables, à y regarder de plus près, de justifier le résultat atteint par la Cour de justice. En effet, il n'apparaît pas que cette nature « plus appropriée » puisse à elle seule suffire à étendre le champ d'application de cette forclusion, au-delà des hypothèses d'abus de procédure liées à une capacité manifeste pour agir en annulation de la personne qui, après l'expiration du délai prévu à l'art. 263 pour attaquer un acte devant le Tribunal, en invoque la nullité devant la juridiction nationale. À vrai dire, cet argument, en dehors du contexte de l'abus, est intrinsèquement contradictoire. Pour promouvoir un contexte

bénéficiaires des aides ne sont pas identifiés dans la décision de récupération, l'État membre concerné doit examiner la situation individuelle de chaque entreprise concernée », *ibidem*, par. 83.

⁹⁶ Conclusions Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire *Georgsmarienhütte*, cit., par. 45.

⁹⁷ Arrêt *Georgsmarienhütte*, cit., point 21.

⁹⁸ Conclusions Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire *Georgsmarienhütte*, cit., par. 43.

procédural de meilleure protection de l'individu, celui-ci se voit imposer la charge d'introduire, en tout état de cause, un recours en annulation potentiellement irrecevable. Ce n'est qu'ainsi qu'il sera sûr de pouvoir bénéficier d'un contrôle au moins indirect de l'acte dans le cadre des procédures qu'il peut engager devant la juridiction nationale contre les actes d'exécution nationaux.

IV. REMARQUES CONCLUSIVES

15. *Aperçu latéral des tendances simultanées à la limitation de l'accès direct au Tribunal: T & L Sugars et Greenpeace Energy*

Au bout de ce parcours, force est de constater que l'hypothèse d'une complémentarité du système de voies de recours dans ses dimensions « centralisée » et « décentralisée », fondée sur l'hypothèse d'une équivalence acceptable entre la protection indirecte de l'article 267 TFUE et celle directe offerte par l'article 263 TFUE, s'avère assez problématique à soutenir : c'est tout le système de partage des fonctions entre 263 et 267, en aval de l'arrêt *Union de Pequeños Agricultores*, qui est remis en cause.

En particulier, l'extension de la préclusion *TWD* qui semble être impliquée par l'arrêt *Georgsmarienhütte* pose problème, parce qu'elle finit par pousser l'individu, dans certains domaines, vers une multiplication des accès aux tribunaux, dans une quête de la capacité d'agir qui a fort peu à envier, en termes d'éléments de mystère, au drame zoroastrien de La Flûte enchantée... En effet, si l'on déplace le regard de la jurisprudence sur les questions préjudicielles en validité vers les développements dans le domaine de l'accès du particulier au recours en annulation, on a l'impression que l'on risque, comme Papageno, d'entendre la Voix appeler " Zurück ! "... d'un côté comme de l'autre⁹⁹.

L'extension des hypothèses de fermeture de la voie du renvoi préjudiciel en validité qui se dégage de l'arrêt *Georgsmarienhütte*, même en l'absence de contournement du délai de deux mois, et la révision restrictive concomitante, que cet arrêt opère sur le précédent *Comitato "Venezia vuole vivere"*, vont de pair avec une tendance à restreindre la capacité du justiciable à introduire un recours dans le cadre de l'article 263 TFUE, illustrée par les arrêts rendus par la Cour dans les affaires *T & L Sugars*¹⁰⁰ et

⁹⁹ WOLFGANG AMADEUS MOZART, *Die Zauberflöte*, Singspiel in zwei Aufzügen, libretto de Emanuel Schikaneder, [Zweiter Aufzug]: *EINE STIMME*: (ruft) «Zurück!» (Dann ein Donnerschlag; das Feuer schlägt zur Tür heraus; starker Akkord); *PAPAGENO* «Barmherzige Götter! – Wo wend'ich mich hin? Wenn ich nur wüßte, wo ich hereinkam» (er kommt an die Türe, wo er hereinkam); *DIE STIMME*: «Zurück!» (Donner, Feuer und Akkord wie oben); *PAPAGENO*: «Nun kann ich weder zurück, noch vorwärts! (weint) Muß vielleicht am Ende gar verhungern! – Schon recht! – Warum bin ich mitgereist?».

¹⁰⁰ CJUE (Grande chambre), arrêt 28 Avril 2015, affaire C-456/13 P, *T & L Sugars Ltd e.a. c. Commission*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2015:284.

*Greenpeace Energy*¹⁰¹.

Dans la première affaire, la Cour, s'écartant des conclusions de son avocat général¹⁰², décide que la notion d'actes réglementaires qui "ne comportent pas de mesures d'exécution"¹⁰³ ne couvre pas des situations où les tâches demandées à l'administration nationale sont strictement limitées à une gestion reposant sur l'application mécanique de critères définis par la Commission, et produisent leurs effets sur un cercle nécessairement fermé de destinataires¹⁰⁴. Cela remet implicitement en cause, dans le cas des actes réglementaires, la pertinence du critère du "cercle restreint", tel que développé dans l'affaire *Piraiki-Patraiki*¹⁰⁵ dans le sillage de la jurisprudence *Plaumann*¹⁰⁶. Le résultat paradoxal est que la condition de recevabilité spéciale pour les recours dirigés contre des actes réglementaires, introduite par le traité de Lisbonne, sur les traces du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, en réponse à la demande de la Cour dans l'affaire *Union de Pequenos Agricultores*, finit par se révéler nettement plus restrictive que le test *Plaumann* lui-même, qui était pourtant appelé à déjouer.

Dans le second arrêt évoqué ci-dessus, qui ne relève pas d'une approche isolée¹⁰⁷, la Cour de justice a confirmé une décision du Tribunal qui, en déclarant irrecevable le recours en annulation introduit par un concurrent du bénéficiaire d'une aide autorisée par la Commission, avait jugé insuffisants les arguments avancés par les requérants pour justifier l'impact substantiel de l'aide sur leur situation de marché¹⁰⁸. En l'espèce, les requérants s'étaient limités à fournir des informations sur le préjudice résultant de la baisse prévisible des prix à la suite de l'aide accordée au concurrent, sans toutefois

¹⁰¹ CJUE, ordonnance 10 Octobre 2017, affaire C-640/16 P, *Greenpeace Energy eG c. Commission*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2017:752.

¹⁰² Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón du 14 Octobre 2014, affaire C-456/13 P, *T & L Sugars Ltd e.a. c. Commission*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:C:2014:2283, par. 28 ss., 39 ss.

¹⁰³ Art. 263 TFUE, 4.me alinéa, deuxième phrase.

¹⁰⁴ En l'espèce, il s'agissait d'octroyer des licences d'importation dans le cadre d'un contingent tarifaire, et ce sur la base de critères d'application fixés par des règlements d'application de la Commission, arrêtés par celle-ci alors que les demandes d'accès au contingent tarifaire avaient déjà été introduites par les intéressés.

¹⁰⁵ CJUE, arrêt 17 Janvier 1985, affaire 11/82, *Piraiki-Patraiki e.a.*, *Recueil*, 1985, p. 207, ECLI:EU:C:1985:18, point 31, où il est question de l'inclusion des requérants dans un "cercle restreint" d'opérateurs "spécialement touchés" par la décision attaquée.

¹⁰⁶ CJUE, arrêt 15 Juillet 1963, affaire 25-62, *Plaumann*, *Recueil*, 1963, p. 197, ECLI:EU:C:1963:17.

¹⁰⁷ Pour des approches peu éloignées de celle critiquée dans le texte, voir également Tribunal, arrêts 12 Avril 2019, affaire T-492/15, *Deutsche Lufthansa AG c. Commission*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:T:2019:252, et 11 Juillet 2019, affaire T-894/16, *Société Air France c. Commission*, *Recueil électronique*, ECLI:EU:T:2019:508.

¹⁰⁸ Basé sur une jurisprudence remontant au moins aux années 1980 : arrêt 28 Janvier 1986, affaire 169/84, *Cofaz*, *Recueil*, 1986, p. 391, points 25, 27 e 28.

fournir des données susceptibles de définir « la structure du marché » en cause, ni « leurs parts de marché ou celles de leurs concurrents »... La barre d'accès au Tribunal de première instance est placée si haut que les individus sont ainsi (re)poussés vers la juridiction nationale. C'est, selon la Cour, le cadre approprié pour garantir leur droit à une protection juridictionnelle effective, grâce au mécanisme du renvoi préjudiciel de validité¹⁰⁹.

16. L'Art. 19 TUE et la recherche du Saint Graal

Comment peut-on concilier, alors, la logique de *Georgsmarienhütte* avec celle de *T & L Sugars* et *Greenpeace Energy* ?

Un aperçu de l'évolution récente de la jurisprudence dans les domaines pertinents pour établir les relations entre le renvoi préjudiciel en validité et le recours en annulation donne l'impression que la Cour manque d'une ligne directrice claire¹¹⁰.

Il semble plutôt que les besoins concrets liés à la gestion (et dans une certaine mesure à l'endiguement) des litiges, qui se manifestent dans les affaires d'une grande technicité et (ou) d'un fort potentiel de contentieux, prennent le pas sur la nécessité de garantir un accès adéquat de l'individu aux tribunaux.

Tout ceci doit être considéré dans le contexte d'autres évolutions (ou absence d'évolution) du système judiciaire "centralisé" de l'Union au cours des dernières années, qui soulèvent au moins deux questions.

En premier lieu, pourquoi ne pas reconsidérer la décision de "désactiver" la compétence préjudicielle du Tribunal dans des matières spécifiques ?¹¹¹ L'activation de cette compétence dans des matières telles que les règles de concurrence applicables aux entreprises et, pour ce qui nous concerne ici, les règles relatives aux aides d'État, pourrait permettre à la Cour de reconsidérer à juste titre l'affaire *Georgsmarienhütte*.

Deuxième proposition (en partie liée à la première)¹¹² : pourquoi ne pas parier sur

¹⁰⁹ CJUE, ordonnance *Greenpeace Energy*, cit., points 61 e 63.

¹¹⁰ Cette impression est confirmée par l'évolution parallèle représentée par les arrêts *Montessori e Ferracci* du Tribunal et de la Cour, qui admettent, par contre, la recevabilité du recours introduit par le concurrent d'entreprises bénéficiaires d'un régime d'aides contre la décision de la Commission de la Commission de ne pas en ordonner la récupération, et cela face à une simple affirmation de la présence du demandeur et des bénéficiaires sur le même marché de services et géographique: Tribunal, arrêts 15 Septembre 2016, affaires T-220/13, *Scuola Elementare Maria Montessori srl c. Commission*, non publié, ECLI:EU:T:2016:484, et T-219/13, *Ferracci c. Commission*, non publié, ECLI:EU:T:2016:485, et arrêt de la Cour 6 Novembre 2018, affaires jointes C-622/16 P à C-624/ P, *Scuola Elementare Maria Montessori srl*, Recueil électronique, ECLI:EU:C:2018:873.

¹¹¹ Art. 256, 3^{me} alinéa, TFUE. Cf. R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza e il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, dans *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, pp. 769-790, pp. 778 ss.; M. CONDINANZI, *Commento all'art. 256 TFUE*, dans A. TIZZANO, dir., *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 1978-2007, pp. 2004 ss.

¹¹² Le fait que le doublement du nombre de juges du Tribunal de première instance puisse justifier,

le fait que le Tribunal, dont la composition est désormais élargie à deux juges par État membre ¹¹³, sera en mesure d'assurer une réponse adéquate à la demande de justice des particuliers ? Cela permettrait de reconsidérer la solution retenue dans l'affaire *T & L Sugars*, avec sa lecture formaliste de la dernière clause de l'article 263, paragraphe 4, du TFUE, ainsi que celle adoptée dans l'affaire *Greenpeace Energy* et, partant, la tendance plus large à interdire l'accès direct aux concurrents dans le secteur des aides.

Sinon, la recherche que l'individu est appelé à faire de son sacro-saint *rechtliches Gehör*, dans un parcours qui va des... oliviers espagnols (*Union de Pequeños Agricultores*), aux centrales nucléaires britanniques et aux ...moulins à vent allemandes (*Greenpeace Energy, Georgsmarienhütte*), risque de s'avérer tout aussi difficile que la quête du Graal

entre autres, l'attribution au Tribunal de la compétence de statuer à titre préjudiciel dans des domaines spécifiques a été souligné par la Cour de justice elle-même: cf. D.P. DOMENICUCCI-M. LATERZA, [art. 51 Statut], dans C. AMALFITANO-M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, dir., *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., pp. 260-267, p. 266.

¹¹³ Cfr. art. 48 Statut CJUE, tel que modifié par l'article 1 du Règlement n. 2422/2015 du Parlement européen et du Conseil, du 16 Décembre 2015, JO n. L 341 du 24 Décembre 2015, p. 14. Voir toutefois les commentaires critiques sur l'élargissement du Tribunal de C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, dans *Federalismi.it*, n. 8/2015.

¹¹⁴ “Chiés le Roi Pescheor alas, si veïs la lance qui saine, et si te fu lors si grant painne d’ovrir ta boche et de parler que tu ne poïs demander por coi cele gote de sanc saut par la pointe del fer blanc! Et le graal que tu veïs, ne demandas ne anqueïs quel riche home l’an an servoit. Mout est maleüreus qui voit si bel tans que plus ne covaigne, si atant tant que plus biax vaigne. Ce es tu, li maleüreus, qui veïs qu’il fu tans et leus de parler a lui, te taüs!” Chretien de Troyes, *Conte du Graal (Perceval)*, 4635. Cf. le texte publié par P. KUNSTMANN dans Université d’Ottawa/Laboratoire de français ancien, ATILF, 2009, http://txm.ish-lyon.cnrs.fr/bfm/pdf/Perceval_Ku.pdf, à la p. 100.