

Renvoi préjudiciel en appréciation de validité et recours en annulation : quelle protection juridictionnelle effective en particulier en matière d'aides d'État ?

À propos de l'arrêt *Georgsmarienhütte* du 25 juillet 2018 e.a., aff. C-135/16, EU:C:2018:582

Jacques DERENNE, *Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP – Professeur à l'Université de Liège et à la Brussels School of Competition*

et

Catalina CHILARU, *Stagiaire, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP, LL.M*

Effective judicial protection – Legal certainty – Preliminary ruling in assessment of validity – Action for annulment – Legality review

The effective judicial protection is a general principle of law in the European Union's legal system. Compliance with this principle is ensured both by national courts and by the courts of the European Union. However, this principle may vary according to the legal procedure available to individuals. This article reflects on the framework of the principle of judicial protection through the evolution of case-law. It further analyses this principle in the light of the key judicial procedural rules in European Union law, to determine whether, within the legal system and procedures established by the Treaty, legal certainty is ensured in an effective and uniform manner. The article concentrates on the complementarity of the action for annulment and the preliminary ruling procedure, analysing the role of national courts in their task of ensuring effective judicial protection. It also describes the limits and difficulties encountered by individuals before national courts, in particular in comparison with a direct action before the courts of the Union.

En droit européen, l'*Union de droit*¹ a une double dimension : non seulement, une dimension normative, l'obligation de conformité aux traités des actes des institutions européennes et

des actes des États membres qui en découlent, mais aussi une dimension juridictionnelle, la protection juridictionnelle effective contre les actes illégaux de l'Union européenne². La

¹ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement européen*, aff. 294/83, EU:C:1986:166, point 23.

² Point 29 des conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO, aff. C-273/04, EU:C:2007:622.

réalisation de l'*Union de droit* suppose un contrôle de légalité effectif quant au fond mais aussi en termes de procédure. Un déficit de protection juridictionnelle effective est donc théoriquement incompatible avec le principe de l'Union de droit.

Cependant, le strict encadrement procédural par la jurisprudence européenne a considérablement restreint l'accès au contrôle de légalité des actes de l'Union. Cette approche restrictive est justifiée par la Cour de justice par le respect d'une impérieuse sécurité juridique. Il n'en demeure pas moins que la recevabilité très limitée des recours en annulation formés par les requérants autres que les États membres et les institutions est souvent perçue comme un des aspects les moins satisfaisants de l'ordre juridique européen³.

Le principe de la protection juridictionnelle effective constitue pourtant un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui inscrit à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 19 du traité sur l'Union européenne. Il est fondé sur un équilibre entre les rôles du juge national et des juridictions de l'Union, dans le but d'assurer une protection juridictionnelle effective dans tous les domaines du droit couverts par le droit de l'Union. Les particuliers doivent pouvoir bénéficier concrètement des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, si la mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel effectif est l'un des enjeux supérieurs dans l'Union européenne, l'organisation institutionnelle des voies de recours et sa compatibilité avec cette idée d'une Union de droit continuent à poser problème (I). L'examen de cette question révèle la complexification croissante du système juridictionnel et de l'accès effectif au juge, surtout en matière d'aides d'État (II).

Ces deux questions, qui ne sont pas du tout neuves, et qui ne peuvent qu'être effleurées dans le cadre du présent article⁴, sont brièvement *revisitées* à l'occasion de l'arrêt

Georgsmarienhütte de la Cour de justice du 25 juillet 2018⁵.

I. La protection juridictionnelle effective à l'aune de l'équilibre institutionnel du droit de l'Union européenne

A. Un difficile équilibre entre sécurité juridique et principe de légalité

Les rapports entre les diverses voies de droit à la disposition des justiciables pour remettre en cause la validité des actes de l'Union résultent d'un arbitrage délicat par la jurisprudence, en particulier de la Cour de justice de l'Union européenne au travers du mécanisme de renvoi préjudiciel, entre, d'une part, la sécurité juridique et, d'autre part, la nécessité d'assurer un contrôle de légalité.

En 1987, la Cour de justice a établi le principe de l'obligation de renvoi préjudiciel en appréciation de validité lorsque le juge national saisi entend remettre en cause à titre incident la légalité d'un acte de l'Union⁶.

Mais, depuis l'arrêt *Deggendorf* ou *TWD*⁷, rendu en matière d'aides d'État, un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une décision de la Commission est irrecevable si les parties qui entendent contester sa légalité à titre incident auraient pu sans « *aucun doute* » la contester directement en formant un recours en annulation directement devant le Tribunal, mais ont omis de le faire dans les délais impartis. Ainsi, la Cour rappelle qu'une « *décision qui n'a pas été attaquée par le destinataire dans les délais prévus [...] devient définitive à son égard* »⁸, ce qui vaut à l'égard de l'État membre destinataire d'une décision en matière d'aides d'État, mais aussi de son bénéficiaire qui, « *bien que l'État membre l'ait informé par écrit de la décision de la Commission, n'a pas formé de recours contre cette décision [...] ou ne l'a pas formé dans*

³ Point 100 des conclusions de l'avocat général M. Francis JACOBS, aff. C-50/00, EU:C:2007:622.

⁴ Pour une étude érudite, approfondie et récente de la question, v. l'excellente thèse de J. WILDEMEERSCH, *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne, le mythe du droit à un recours effectif*, thèse, Bruylant, 2019 (§§ 445 à 450 – seule la version ronéotypée a pu être examinée).

⁵ CJUE, 25 juillet 2018, *Georgsmarienhütte e.a.*, aff. C-135/16, EU:C:2018:582.

⁶ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. C-314/85, EU:C:1987:452.

⁷ CJCE, 9 mars 1994, *TWD*, aff. C-188/92, EU:C:1994:90.

⁸ *Ibid.*, point 13.

les délais impartis »⁹ et qui souhaite la contester à titre incident à l'occasion d'un litige à l'encontre de mesures nationales d'exécution.

Selon la Cour de justice, la raison d'être de cette irrecevabilité se trouve dans la nécessité de préserver la sécurité juridique¹⁰ : il s'agit d'empêcher de contourner les conditions strictes, notamment de délai, du recours en annulation afin que les actes de l'Union deviennent rapidement définitifs. La Cour de justice estime qu'admettre que, « dans de telles circonstances, l'intéressé puisse s'opposer, devant la juridiction nationale, à l'exécution de la décision en se fondant sur l'illégalité de celle-ci reviendrait à lui reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif que revêt à son égard la décision après l'expiration des délais de recours »¹¹. Bien que cette raison d'être contribue à la cohérence du droit de l'Union, une telle irrecevabilité du renvoi préjudiciel dans ces circonstances affecte la situation juridique des justiciables ainsi que la possibilité pour les juridictions nationales de remettre en cause, en principe à tout moment, la légalité d'un acte de l'Union (par le renvoi préjudiciel selon la jurisprudence *Foto-Frost* précitée). Cette approche développée dans les aides d'État par l'arrêt *TWD* a été affirmée comme principe général dans l'affaire *Wiljo*¹² et a été ensuite étendue à tout type d'actes, notamment les règlements¹³ et directives¹⁴.

Dans l'arrêt *Georgsmarienhütte*, la Cour de justice va encore plus loin, dans une affaire d'aides d'État également¹⁵. Même lorsque le

délai du recours en annulation n'est pas encore expiré¹⁶, le justiciable qui serait « sans aucun doute » directement et individuellement concerné par l'acte à contester, ne peut pas le contester à titre incident dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

La Cour de justice affirme ainsi que « la possibilité pour un justiciable de se prévaloir, dans le cadre d'un recours formé devant une juridiction nationale, de l'invalidité de dispositions contenues dans un acte de l'Union, qui constitue le fondement d'une décision nationale prise à son égard, présuppose, soit qu'il ait également introduit, en vertu de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, un recours en annulation contre cet acte de l'Union dans les délais impartis, soit qu'il ne l'ait pas fait, faute de disposer sans aucun doute du droit d'introduire un tel recours »¹⁷. Ce faisant, la Cour contraint le justiciable qui a « sans aucun doute » la qualité pour agir au titre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, « de faire usage de la voie de droit prévue par cette disposition en introduisant un recours devant le Tribunal »¹⁸.

en application immédiate de la décision de 2014. Elles avaient contesté la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen menant à cette décision de 2014, recours devenu sans objet à la suite de cette décision, puis ne l'avaient pas contestée devant le Tribunal (au contraire d'autres sociétés) mais seulement la décision administrative allemande de retrait de la mesure tout en contestant à titre incident la validité de la décision de 2014 devant le juge national conduisant au renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

¹⁶ Dans cette affaire, l'avocat général Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BRODONA estimait, à tort selon nous, que le délai de recours direct était expiré en faisant référence au fait que les entreprises en cause avaient eu accès à la version non confidentielle de la décision de la Commission publiée sur le site Internet de la Commission ainsi que lors de la procédure devant le Tribunal contre l'ouverture de la procédure formelle d'examen. Or, une telle décision à la suite d'une procédure formelle d'examen devant nécessairement être publiée au *Journal Officiel*, la règle de l'article 59 du règlement de procédure du Tribunal doit s'appliquer (« [...] le délai est à compter, [...] à partir de la fin du quatorzième jour suivant la date de cette publication »). V., notamment, TPICE, *Tramarin/Commission*, aff. T-426/04, EU:T:2005:405, points 48-49 (le critère de la date de prise de connaissance de l'acte en tant que point de départ du délai de recours présente un caractère subsidiaire par rapport à ceux de la publication ou de la notification de l'acte). En tout état de cause, l'avocat général considérait que « l'exception *TWD* serait applicable même si ce délai n'avait pas été dépassé » (§ 65). Dans son arrêt *Georgsmarienhütte*, la Cour de justice ne tranche pas la question de savoir si le délai est dépassé en l'espèce mais affirme que le principe *TWD* « se justifie également dans l'hypothèse où le bénéficiaire de l'aide se prévaut, devant une juridiction nationale, de l'invalidité de la décision de la Commission avant l'expiration du délai de recours contre cette décision, prévu à l'article 263, sixième alinéa, TFUE » (point 16).

¹⁷ Arrêt *Georgsmarienhütte* précité, point 17.

¹⁸ *Ibid.*, point 18.

⁹ *Ibid.*, point 26.

¹⁰ *Ibid.*, point 17.

¹¹ *Ibid.*, point 18.

¹² CJCE, 30 janvier 1997, *Wiljo/Belgische Staat*, aff. C-178/95, EU:C:1997:46, points 19 et 20.

¹³ CJCE, 12 décembre 1996, *Accrington Beef*, aff. C-241/95, EU:C:1996:496, point 15.

¹⁴ CJCE, 11 novembre 1997, *Eurotunnel*, aff. C-408/95, EU:C:1997:532, point 32 ; pour une analyse fouillée de ces évolutions, v. J. WILDEMEERSCH, *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne, le mythe du droit à un recours effectif, op. cit.*, §§ 445 et s., qui remarque notamment que « la règle énoncée dans l'arrêt *TWD* contrevient donc au principe selon lequel le choix d'opérer un renvoi préjudiciel appartient à la seule juridiction » (§ 449).

¹⁵ L'arrêt *Georgsmarienhütte* précité concernait la contestation incidente de la décision de la Commission du 25 novembre 2014 relative au régime allemand d'aides en faveur de l'électricité d'origine renouvelable et des gros consommateurs d'électricité, ces derniers bénéficiant d'un régime de compensation spécial plafonnant le prélèvement destiné à compenser les coûts de ce régime d'aides. Les sociétés appartenant au groupe *Georgsmarienhütte* ont contesté le retrait de cet avantage décidé par les autorités allemandes

La Cour tient également à préciser « *qu'un tel constat est sans préjudice du rôle que joue le renvoi préjudiciel dans l'architecture juridictionnelle de l'Union* »¹⁹. Il s'ensuit que le bénéficiaire d'une aide d'État, directement et individuellement concerné²⁰, qui a introduit un recours en annulation selon les règles prévues par le traité, « *ne peut être considéré comme visant à contourner le caractère définitif s'attachant à cette décision au motif qu'il conteste également la validité de celle-ci devant la juridiction de renvoi* »²¹. Ce raisonnement est fondé sur l'idée de coopération directe et étroite, selon laquelle les tribunaux nationaux participent à l'application correcte et l'interprétation uniforme du droit de l'Union, ainsi que la protection des droits conférés aux particuliers. En ce sens, la Cour précise que la juridiction nationale, saisie d'un recours contre les mesures nationales d'exécution devrait « *surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive sur le recours en annulation soit rendue par les juridictions de l'Union, sauf si elle considère que, dans les circonstances de l'espèce, il est justifié de déférer une question préjudicielle à la Cour sur la validité de la décision de la Commission* »²².

Ce faisant, l'arrêt en cause ne laisse plus le choix de la juridiction à saisir pour faire valoir ses droits. Tout dépend de la qualité du requérant souhaitant contester l'illégalité en cause. S'il est un bénéficiaire d'aide, « *sans aucun doute* » directement et individuellement concerné par la décision de la Commission (en tout cas lorsqu'il s'agit d'une aide individuelle²³), il a la possibilité d'introduire un recours en annulation devant le Tribunal dans les délais impartis et d'introduire en même temps un recours devant le juge national contre les actes d'exécution, recours assorti d'une question préjudicielle en appréciation de validité de la décision de la Commission sur laquelle se fonde l'acte national. Dans les autres cas, il n'a qualité pour agir directement et ne peut que saisir le juge national et invoquer le

principe *Foto-Frost* pour contester la décision à titre incident.

L'arrêt instaure ainsi la primauté du recours en annulation en tant que « *moyen idoine, repris à l'article 263 TFUE, pour juger de la validité des actes de l'Union européenne contestés par des parties requérantes jouissant d'une capacité manifeste pour agir* »²⁴. Cela suppose que le justiciable ne dispose pas du libre choix de la juridiction à laquelle il souhaite accéder. On peut y déceler la volonté apparente de la Cour de justice d'inciter les justiciables à former un recours en annulation, celui-ci étant plus à même d'assurer une analyse juridique plus approfondie qu'un renvoi préjudiciel. Ceci dit, la Cour n'exclut pas la possibilité d'un effet complémentaire des deux procédures lorsque les deux sont recevables s'agissant d'un même acte (quand elles émanent de requérants de catégories différentes ou que le requérant manifestement recevable devant le Tribunal n'omet pas de contester directement l'acte dans le délai imparti). Le recours en annulation et le renvoi préjudiciel seraient des instruments complémentaires, mais pas subsidiaires. À supposer qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour, alors qu'un recours en annulation a déjà été formé par le Tribunal contre le même acte, la Cour, dans un souci de bonne administration de la justice, suspend en général la procédure devant elle afin que le Tribunal se prononce sur le recours direct²⁵, en se fondant sur l'article 54, troisième alinéa, du statut de la Cour de justice. Il en résulte qu'à première vue, le recours en annulation serait une voie de droit plus appropriée pour connaître de la légalité d'un acte (même si on notera que le renvoi préjudiciel n'a pas vocation à être un contrôle de légalité mais seulement un contrôle de « validité »). En effet, les deux voies de droit ont des buts différents : la question préjudicielle vise une analyse de la norme invoquée à l'aune du droit primaire, étant tout d'abord un moyen de défense contre les actes nationaux d'exécution, alors que le recours en annulation vise à contester directement la légalité de l'acte, ce qui suppose un examen plus complexe. La complexité et la

¹⁹ *Ibid.*, point 20.

²⁰ Et, seulement directement concerné à l'égard d'un acte à portée générale, à la suite de l'arrêt *Montessori* (v. *infra*).

²¹ *Ibid.*, point 23.

²² *Ibid.*, point 24.

²³ Pour les décisions pouvant être qualifiées d'acte à portée générale, l'arrêt *Montessori* (v. *infra*) élargit la recevabilité en n'exigeant que la condition de directement concerné.

²⁴ Point 47 des conclusions de l'avocat général CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, aff. C-135/16, EU:C:2018:582.

²⁵ Arrêt *Georgsmarienhütte* précité, point 25.

technicité de certaines affaires, notamment en matière d'aides d'État justifient cette approche incitant les justiciables à choisir la voie du recours en annulation lorsqu'ils sont individuellement et directement concernés afin que leur protection juridictionnelle soit effectivement assurée.

Dans cette perspective, la jurisprudence européenne vise non seulement à empêcher de contourner les délais stricts du recours en annulation, mais aussi à favoriser cette voie de droit par rapport au renvoi préjudiciel, comme moyen de contestation ordinaire des actes de l'Union alors que le justiciable aurait pu choisir entre les deux voies de droit, ou les développer en même temps, dans l'idéal.

L'encadrement strict par cette jurisprudence de l'accès au juge soulève des questions quant à l'existence d'une véritable protection juridictionnelle.

B. Un encadrement procédural en porte-à-faux avec l'architecture juridictionnelle de l'Union

La jurisprudence *TWD*, étendue par *Georgsmarienhütte*, affecte le droit des justiciables à un recours effectif. En n'offrant pas d'alternative à certains requérants du choix du juge à saisir pour faire valoir leurs droits, la Cour crée un principe non prévu par les traités. Elle restreint l'accès au juge et réduit la protection juridictionnelle des intéressés.

Selon Denys SIMON, « *cette solution, inspirée par l'idée de systématique des contentieux et d'interdépendance entre le recours direct en annulation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, encourt à nouveau la critique selon laquelle il s'agit d'une révision judiciaire, intégrant au mécanisme du renvoi préjudiciel une cause de forclusion – propre aux questions de validité – qui semble radicalement étrangère au dispositif voulu par les auteurs des traités* »²⁶.

Les voies de recours, en principe autonomes les unes par rapport aux autres, se retrouvent en conséquence détournées de leur but initial. En analysant l'hypothèse d'un recours

en annulation « *qui aurait pu être diligente* », la Cour de justice implique que la recevabilité d'un recours virtuel en annulation détermine la recevabilité d'un recours réel²⁷. Comme l'affirme M. JAEGER, ancien président du Tribunal, « *afin de pouvoir se prémunir contre ce risque, le justiciable est théoriquement contraint de rechercher dans tout acte communautaire, dès sa publication, les dispositions qui pourraient éventuellement l'affecter ultérieurement et de décider si, à titre conservatoire, il convient d'introduire un recours en annulation contre ces dispositions* »²⁸.

Bien que la logique sous-tendant cette approche est fondée sur la coopération et le partage de responsabilités entre le juge national et le juge de l'Union dans le but d'éviter toute dénaturation liée au caractère définitif de l'acte en cause, la protection juridictionnelle effective est en quelque sorte mise à l'écart : limiter le choix du justiciable de la procédure et de la juridiction saisie, c'est limiter son droit d'accès au juge.

L'état actuel des conditions de recevabilité du recours en annulation est caractérisé par une jurisprudence parfois peu cohérente et très complexe²⁹. Protectrice partielle des droits, la jurisprudence vient plutôt restreindre la possibilité des justiciables de recourir au juge uniquement au travers du renvoi préjudiciel. Ce résultat n'est pas en ligne avec le dispositif mis en place par les traités.

En faisant la distinction entre les voies de droit à la disposition des particuliers, la Cour de justice isole les outils à leur disposition. Elle revient à priver des mesures potentiellement illégales d'un contrôle juridictionnel complet et effectif, contrairement à l'idée d'un système complet des voies de recours. Une telle approche est difficilement justifiable même pour des motifs d'efficacité ou d'organisation procédurale.

Il convient de rappeler que, dans le domaine des aides d'État, tout État membre

²⁶ D. SIMON, *Le Système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, p. 681.

²⁷ M. JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN, C. ELSSEN (ed.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden Baden, Nomos, 1999, pp. 233-253, spéc. p. 235.

²⁸ *Ibid.*, p. 237, renvoyant à CJCE, 13 juin 1958, *Meroni SpA/ Haute Autorité*, aff. 9/56, EU:C:1958:7, point 27.

²⁹ Point 138 des conclusions de l'avocat général Francis G. JACOBS, aff. C-78/03 P, EU:C:2005:761.

peut bénéficier d'un accès privilégié au juge de l'Union. En conséquence, ces derniers sont assurés de pouvoir contester, par un recours en annulation, la légalité des décisions de la Commission. Ce n'est pas le cas des requérants ordinaires, qui doivent démontrer l'existence d'un intérêt à agir, et d'un effet juridique spécifique à leur égard (condition d'individuellement et directement concerné).

II. Une complexification croissante du contrôle juridictionnel en matière d'aides d'État

A. Un mécanisme de coopération directe de juge à juge insuffisant au regard de la protection juridictionnelle – le juge national : un acteur secondaire dans la préservation juridictionnelle des justiciables ?

Le renvoi préjudiciel est réduit à un moyen de saisine indirecte de la Cour de justice, à la disposition des requérants qui ne sont pas, « sans aucun doute », individuellement et directement concernés par une décision de la Commission. Même si, au fil des années, le recours en annulation est devenu plus accessible aux requérants non privilégiés, ce développement de la jurisprudence est limité en ce qui concerne le droit des aides d'État (alors qu'ils sont concernés pourtant au premier chef par une décision dans ce domaine)³⁰. Face à une mesure nationale d'exécution, la seule possibilité ouverte aux personnes non individuellement et directement concernées est de saisir le juge national.

Dans ce contexte, l'approche de l'arrêt *Georgsmarienhutte* semble être en contradiction avec l'apport de l'affaire *Foto-Frost*³¹, qui prévoit l'obligation de renvoi en cas de nécessité d'appréciation de validité d'une norme de l'Union. Même si le rôle du juge national

n'est pas de s'assurer du bien-fondé d'une norme adoptée par une institution de l'Union, son renvoi préjudiciel sera irrecevable lorsque le requérant ayant un intérêt direct et actuel n'a pas formé, en même temps, un recours en annulation ; ou, le cas échéant, lorsque le juge national lui-même n'est pas à l'initiative de la question préjudicielle, comme on va le voir avec l'affaire *Casa di Risparmio di Firenze*.

Les principes développés dans les affaires *TWD* et *Georgsmarienhutte* sont atténués par l'arrêt *Casa di Risparmio di Firenze*³², qui, étonnamment, a fait plus parler de lui pour la question liée à la notion d'entreprise et d'activité économique, que sur le point précis du renvoi préjudiciel décidé d'office par le juge national. Dans cet arrêt, la Cour de justice juge que le principe *TWD* est inapplicable lorsque le juge national pose d'office la question préjudicielle. Ce nouveau principe semble peu cohérent avec l'objectif prévu par les traités dans le cadre de la collaboration avec le juge national dans l'objectif d'une application correcte du droit de l'Union. La restriction du renvoi préjudiciel instaurée par la jurisprudence *TWD* disparaît dès lors que le juge national prend l'initiative de la question préjudicielle. La poursuite par la Cour de la logique d'éviter un abus des voies de recours l'a conduite à contredire l'idée selon laquelle la procédure préjudicielle devait nécessairement émaner d'une décision autonome du juge national. Même si « la jurisprudence *TWD* n'empêche pas le juge national de poser des questions préjudicielles lorsque lui-même s'interroge sur la validité d'un acte de l'Union européenne dont il est appelé à juger les mesures nationales d'application »³³, la Cour semble ignorer la difficile appréciation de « l'office du juge ». On remarquera qu'à l'occasion des rares affaires concernant ce sujet, la Cour applique de manière incidente l'exception prévue dans *Cassa di Risparmio di Firenze*, en examinant, tout d'abord, si la juridiction nationale « se réfère aux observations des parties au principal »³⁴. Il en résulte que la juridiction de renvoi doit exprimer ses propres

³⁰ Sous réserve des actes à portée générale selon l'arrêt *Montessori* (v. *infra*) : le traité de Lisbonne a ajouté à l'article 263, alinéa 4, TFUE un troisième membre de phrase qui a assoupli les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par des personnes physiques et morales aux termes duquel cette recevabilité n'est plus soumise à la condition relative à l'affectation individuelle à l'égard des « actes réglementaires » ne comportant pas de mesures d'exécution et concernant un requérant directement.

³¹ Arrêt *Foto-Frost* précité, point 19.

³² CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, aff. C-222/04, EU:C:2006:8, point 43.

³³ Point 37 des conclusions précitées de l'avocat général CAMPOS SANCHEZ-BORDONA.

³⁴ CJUE, 18 avril 2013, *Adiamix*, aff. C-368/12, EU:C:2013:257.

doutes et sa propre motivation quant à la validité de l'acte en cause³⁵. L'approche de la Cour de justice est étrange : comment vraiment établir la source autonome du renvoi préjudiciel par le juge national ?

Force est de constater que cette approche implique de nombreuses difficultés. Tout d'abord, il peut très bien se trouver que la juridiction de renvoi partage les mêmes points de vue que la partie invoquant des doutes quant à la légalité de l'acte européen en cause. Ensuite, la juridiction de renvoi peut également juger plus pertinente l'argumentation des parties afin de motiver sa demande de question préjudicielle. Dans une telle situation, la question préjudicielle serait néanmoins irrecevable *de facto*, restreignant d'autant l'autonomie procédurale du juge national.

Outre les conditions strictes de recevabilité, en supposant même que le renvoi préjudiciel émane d'une idée et d'une décision autonome du juge et que cela puisse être démontré, cette voie de droit présente plusieurs défauts qui vont au détriment de la protection juridictionnelle effective.

Tout d'abord, le recours au juge national n'emporte pas à coup sûr un renvoi préjudiciel, même si le juge y est, en principe, obligé en matière d'appréciation de validité. Ensuite, la question préjudicielle fait référence à une appréciation incidente, ce qui limite le débat judiciaire, et seuls les particuliers reconnus comme parties au principal au niveau national peuvent intervenir dans le cadre du renvoi préjudiciel³⁶. De plus, la procédure préjudicielle étant une coopération de juge à juge, les parties au principal ne constituent que des parties secondaires dans le cadre du renvoi (pour lequel elles sont pourtant indispensables pour éclairer le juge européen – alors que, comme on sait, le juge de renvoi est absent de la procédure de renvoi en tant que tel et n'est pas

souvent très coopératif avec la Cour lorsque celle-ci est obligée de l'interroger sur la portée de son renvoi). Enfin, dans le cadre d'un renvoi en appréciation de validité, les justiciables sont soumis aux règles nationales pour accéder au prétoire, donc tous les citoyens européens n'ont pas les mêmes garanties selon l'État membre de la juridiction, nonobstant les principes d'équivalence et d'effectivité. Ces divergences entre les procédures nationales devant les juridictions des États membres sont susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique de l'Union, et donc de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique.

De plus, contrairement au recours en annulation qui prévoit la possibilité d'un pourvoi limité aux questions de droit, il n'existe aucune voie de recours à l'encontre d'un arrêt rendu sur renvoi préjudiciel. Cela ramène à une vision très restrictive de la protection juridictionnelle effective.

Limiter la possibilité du juge national d'interroger la Cour de justice sur la validité d'un acte de l'Union et encadrer strictement ses conditions de recevabilité en prenant en compte les intentions respectives du juge et des parties en cause, est également peu cohérent avec le rôle important attendu du juge national dans le cadre du *private enforcement* en matière d'aides d'État. C'est au détriment de l'effet utile et de la réalisation même des objectifs des traités et en particulier de la protection juridictionnelle effective.

B. Une articulation des voies de droit non favorable à une protection juridictionnelle effective

À première vue, on peut estimer que, dans le système des voies de droit de l'Union européenne, le juge national vient au secours des justiciables en tant que gardien de la légalité des actes de l'Union dans le cadre de leur application au niveau national. Mais peut-on vraiment parler de protection effective tant que l'accès au juge est si strictement encadré ?

Même si la restriction prévue par les affaires *TWD* et *Georgsmarienhutte* a une portée assez limitée, puisque son application est limitée aux cas où la recevabilité d'un recours

³⁵ Points 67-72 des conclusions précitées de l'avocat général CAMPOS SANCHEZ-BORDON.

³⁶ Dans des procédures pénales, il n'est pas rare que des parties accusées, non encore « mises en examen » (en droit français) ou « inculpées », donc non encore techniquement parties au principal et n'ayant pas encore accès au dossier, mais éminemment concernées par l'affaire, se voient exclues du renvoi préjudiciel, celui-ci se déroulant en leur absence car la procédure nationale devant le juge de renvoi ne les considère pas (encore) comme « parties au principal », au contraire des parties civiles (v., par exemple, aff. C-690 à C-693/18, en cours).

en annulation « *ne fait aucun doute* », l'appréciation des termes « *aucun doute* » devient très difficile à interpréter, même après l'affaire *Montessori*³⁷, selon laquelle l'examen de la recevabilité d'un recours en annulation contre un « *acte réglementaire* » à portée générale (comme une décision relative à un régime d'aides d'État) se fonde sur la seule affectation directe et l'absence de mesures d'exécution.

La charge de la preuve en matière d'aide d'État reste toujours assez importante. Les concurrents des entreprises visées dans une décision en matière d'aides d'État, en tant que requérants non privilégiés, doivent eux aussi prouver, en application de la jurisprudence *Georgsmarienhutte*, l'absence de recevabilité manifeste devant le Tribunal s'ils souhaitent accéder au juge national et contester la validité de la décision de la Commission à titre incident. Cela peut s'avérer assez compliqué, puisque, afin de savoir si les requérants en cause avaient, « *sans aucun doute* » la possibilité d'introduire un recours en annulation, il faut effectuer une analyse approfondie de leur situation juridique et l'affectation de leur situation concurrentielle sur le marché en cause. Cela peut avoir pour conséquence que les entreprises concurrentes d'un bénéficiaire d'une aide d'État peuvent se retrouver également dans une totale impossibilité de faire valoir leurs droits découlant des dispositions des traités³⁸.

Une telle situation peut survenir si l'intérêt du recours n'est apparu que tardivement, par exemple, à cause de la connaissance tardive de l'impact de l'aide à contester. Or, dans une telle situation, un recours en annulation ne serait plus envisageable à la suite de l'expiration

des délais de recours. Une action devant le juge national soulevant la question de la validité de la décision de la Commission se révélerait également peu protectrice des droits, du fait de l'irrecevabilité de la question préjudicielle, si le bénéficiaire en cause avait « *sans aucun doute* » la possibilité d'introduire un recours en annulation, même si sa position concurrentielle a été affectée après l'expiration de son droit d'introduire un tel recours. Par conséquent, la protection juridictionnelle dans le domaine des aides d'État présente des lacunes importantes.

Il existe un risque de déni de justice étant donné qu'il est pratiquement impossible pour un particulier de contester indirectement une mesure de portée générale, notamment dans l'hypothèse d'absence des mesures d'exécution pouvant constituer le fondement de recours devant le juge national, ou encore dans des cas dans lesquels les particuliers doivent enfreindre la loi pour pouvoir la contester à titre incident pour violation du droit de l'UE (exception d'illégalité avec renvoi préjudiciel)³⁹.

Comme l'explique la Commission dans l'affaire *Telefónica*⁴⁰, « *il serait, en tout état de cause, impossible à un particulier de disposer d'un recours en annulation devant le juge de l'Union, quand bien même il s'avérerait que les règles procédurales nationales ne l'autorisent à mettre en cause la validité de l'acte de l'Union contesté qu'après avoir enfreint celui-ci* ». La Cour n'a malheureusement pas pris position sur cet argument des requérants, puisqu'en l'espèce des mesures d'exécution existaient. On peut supposer (la motivation est très laconique) que la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de nécessité d'enfreindre la loi mais simplement de contester

³⁷ CJUE, 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori/Commission*, aff. C-622/16 P, EU:C:2018:873, point 36.

³⁸ On peut ici, notamment, se référer au cas de l'entreprise Whirlpool à l'égard de son concurrent FagorBrandt s'agissant d'une aide à la restructuration de ce dernier en 2008. Alors que le Tribunal n'avait pas considéré comme irrecevable le recours en annulation formé par Whirlpool à l'encontre d'une première décision de la Commission approuvant l'aide à la restructuration en cause et l'avait annulée (en 2012), lors de l'examen du second recours contre la nouvelle décision positive de la Commission en 2014, le même requérant a été déclaré irrecevable alors que les conditions étaient identiques à celles existant lors du premier recours (v. Trib. UE, 22 juin 2016, *Whirlpool Europe BV/Commission*, aff. T-118/13, EU:T:2016:365). Le requérant devait-il être considéré comme étant « *sans aucun doute* » recevable avant ce second arrêt ?

³⁹ Trib. UE, *Salamander/Parlement et Conseil*, aff. jointes T-172/98, T-175/98 et T-177/98, EU:T:2000:168 : il s'agissait de la directive de 1998 interdisant la publicité pour les produits du tabac ; des requérants finalement déclarés irrecevables à contester directement cette directive, faisaient valoir que le renvoi préjudiciel leur était en pratique fermé dès lors que pour parvenir devant le juge national et contester devant lui la directive à titre incident à l'occasion d'une exception d'illégalité des mesures nationales de transposition – la « loi Evin » en France notamment, ils devaient en pratique enfreindre ces mesures sous peine de prison. Le Tribunal a fait preuve d'une grande rigidité, ignorant les difficultés pratiques d'exercice des voies de recours censées apporter une protection juridictionnelle effective en droit européen.

⁴⁰ CJCE, 19 décembre 2013, *Telefónica SA*, aff. C-274/12 P, EU:C:2013:852, point 55.

ces mesures d'exécution, puis à titre incident l'acte de l'Union. Pourtant, il peut exister des situations dans lesquelles des mesures d'exécution ne sont pas nécessaires (ou sont non contestables directement, comme une loi). Si le justiciable n'est pas recevable à contester directement l'acte de l'Union, son exception d'illégalité ne pourra en pratique être exercée qu'à la suite d'une violation du droit national qui peut constituer une infraction pénale grave. Or, on ne peut pas parler de protection

juridictionnelle effective si un particulier doit enfreindre la loi (au risque d'aller en prison) afin d'avoir un accès au juge national en vue de remettre ensuite en cause, à titre incident, la validité d'un acte de l'Union.

Il résulte de ce qui précède que l'interaction entre le juge national et la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité ne semble toujours pas être suffisamment équilibrée et garantir un système de voies de droit efficace et complet.