CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 28 juin 2001 [1]

Table des matières

I — La réglementation nationale et les faits du litige au principal I-9448

II — La réglementation communautaire I-9449

III — La question préjudicielle I-9450

IV — La recevabilité de la question préjudicielle — La notion de juridiction I-9450

1. La jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridiction I-9451

A — Le relâchement progressif du critère tenant à l'indépendance de l'organe . I-9452

B — La relativisation du critère tenant au caractère contradictoire de la procédure I-9455

C — La confusion entourant l'exigence du caractère juridictionnel de la décision mettant fin à l'instance I-9458

D — Les problèmes suscités par la qualification des tribunaux arbitraux en tant que juridiction I-9461

E — L'extension de la notion de juridiction aux tribunaux d'outre-mer, aux organes ne faisant pas partie de l'organisation judiciaire d'un État membre et aux tribunaux internationaux I-9462

2. La nécessité impérieuse d'un revirement de jurisprudence I-9463

A — L'insécurité juridique née de l'absence d'une notion de juridiction et les errements de la jurisprudence I-9463

B — Le caractère juridictionnel de l'organe national en tant que critère d'ordre public déterminant la compétence de la Cour I-9464

C — Les modifications introduites par le traité d'Amsterdam dans le traitement général des questions préjudicielles, en particulier en ce qui concerne les juridictions nationales habilitées à effectuer un renvoi I-9465

D — La réforme que peut instaurer la ratification du traité de Nice et l'attribution de compétences préjudicielles au Tribunal de première instance I-9466

E — L'opportunité de maintenir toute l'application du droit communautaire dans le champ de la compétence préjudicielle de la Cour I-9467

F — Les effets perturbateurs de l'immixtion d'un organe administratif dans un dialogue entre juges I-9468

1 — Langue originale: l'espagnol.

3. La proposition d'une nouvelle définition de la notion de «juridiction» aux fins de l'article 234 CE I-9470

A — Le caractère communautaire de la notion I-9470

B — Règle générale: sont visés par cette notion tous les organes faisant partie de la structure judiciaire nationale I-9471

C — Exception: sont visés par la notion de juridiction les organes qui, sans faire partie de la structure judiciaire, ont le dernier mot dans l'ordre juridique national I-9472

D — Les avantages de la proposition I-9476

4. Le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale I-9478

V — Examen de la question préjudicielle I-9483

1. Le caractère discriminatoire du règlement-taxe I-9484

2. Le règlement-taxe en tant qu'obstacle à la libre prestation de services I-9486

A — L'atteinte à la libre prestation de services I-9486

B — L'absence de justification I-9486

Conclusion I-9489

1. Le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale (Belgique) demande à la Cour d'interpréter les articles 49 CE et suivants, afin de déterminer s'ils s'opposent à une réglementation municipale instituant une taxe annuelle sur les antennes paraboliques.

I — La réglementation nationale et les faits du litige au principal

2. Lors de sa séance du 24 juin 1997, le conseil communal de Watermael-Boitsfort a adopté un règlement-taxe établissant, pour les exercices 1997 à 2001 inclus, une taxe annuelle sur la possession d'antennes paraboliques [2] (ci-après le «règlement-taxe») [3].

2 — Avant d'arrêter ce règlement-taxe, le conseil communal avait adopté, le 27 février 1997, un règlement d'urbanisme fixant les conditions d'installation des antennes extérieures de réception et prévoyant, notamment, qu'aucune antenne visible ne peut être installée sur un bâtiment classé, que les qualités architecturales de l'immeuble doivent être respectées, que, en aucun cas, l'antenne ne peut être installée contre une façade et que le diamètre maximal ne doit pas excéder 1,20 m.

3 — À la suite de la procédure d'infraction n° 98/4137 engagée par la Commission contre la Belgique du chef de l'adoption de règlements-taxes établissant un impôt sur les antennes paraboliques, la Région de Bruxelles-Capitale a arrêté une circulaire déclarant la taxe contraire au traité CE et invitant les communes à l'abroger avec effet au 1er janvier 1999. Ainsi en a décidé le conseil communal de Watermael-Boitsfort par décision du 21 septembre de la même année. Cette abrogation est cependant sans influence en l'espèce, car la réclamation de M. De Coster est dirigée contre la liquidation correspondant à l'exercice fiscal 1998.

3. En vertu de l'article 2 du règlement-taxe, le taux de l'imposition était fixé à 5 000 BEF par antenne, indépendamment de sa dimension. L'assujetti était redevable de la taxe une fois l'antenne posée, quelle que soit la date de cette installation au cours de l'exercice fiscal.

4. L'article 3 précisait que la taxe était due par le propriétaire de l'antenne [4] au 1er janvier de chaque année, pour l'exercice en cours.

5. Le 10 décembre 1998, M. De Coster a introduit une réclamation contre la taxe mise à sa charge pour l'exercice fiscal 1998. Invoquant l'article 59 du traité CE (devenu, après modification, article 49 CE), relatif à la libre prestation de services, et la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989 (ci-après la «directive») [5], il estimait que le règlement-taxe était contraire à la libre réception des programmes de télévision provenant d'autres États membres.

II — La réglementation communautaire

6. L'article 49 CE dispose que «les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation».

7. L'article 50, premier alinéa, CE prévoit que, au sens du traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

8. Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs de la directive, la radiodiffusion télévisuelle constitue, dans des circonstances normales, un service au sens du traité. Il y est également indiqué que la libre circulation des services, fournis normalement contre rémunération, s'impose en droit communautaire sans exclusion liée à leur contenu culturel et sans restriction à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire du service.

L'exposé des motifs ajoute que ce droit de libre circulation, appliqué à la diffusion et à la distribution de services de télévision, est une manifestation spécifique, en droit communautaire, de la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée par tous les États

4 — Le cas échéant, par les copropriétaires.

5 — Directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298, p. 23), telle que modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 202, p. 60).

membres. Eu égard à ce qui précède, il proclame que l'objectif de la directive est la suppression des entraves à la libre diffusion à l'intérieur de la Communauté, car ainsi l'exige le traité.

9. Selon l'article 2 de la directive, les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines qu'elle coordonne.

III — La question préjudicielle

10. Le 9 décembre 1999, le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale a soumis à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Les articles 1er à 3 du règlement-taxe sur les antennes paraboliques, voté par le conseil communal de Watermael-Boitsfort en séance publique du 24 juin 1997, établissant un impôt sur les antennes paraboliques, sont-ils compatibles ou non avec le prescrit des articles 59 à 66 du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne?»

IV — La recevabilité de la question préjudicielle — La notion de juridiction

11. La Commission exprime des doutes sur la qualité de «juridiction nationale», au sens de l'article 234 CE, du collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale. Je me vois donc dans l'obligation d'examiner en profondeur la nature de l'auteur du renvoi. Il s'agit d'un organe qui, de par son origine et son organisation, présente des caractéristiques très particulières, qui rendent difficile sa classification à l'aide des critères fournis jusqu'à présent par la jurisprudence de la Cour.

12. L'article précité dispose que la Cour est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation du présent traité et des actes pris par les institutions de la Communauté. Le deuxième alinéa indique que lorsqu'une telle question est soulevée «devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question».

13. Toutefois, le traité ne fournit pas de définition de la notion de juridiction nationale. La Cour n'en a pas proposée non plus, mais s'est bornée à dégager des critères d'orientation tels que l'origine légale de l'organe, sa permanence et son indépendance, le caractère obligatoire de sa juridiction, l'existence d'une procédure contradic-

toire, la nature juridictionnelle de la décision et l'application, par l'organe, des règles de droit [6].

14. Il en résulte une jurisprudence flexible à l'excès et dénuée de la cohérence nécessaire, s'accompagnant d'une absence de sécurité juridique. Les contradictions profondes que l'on relève entre les solutions proposées par les avocats généraux dans leurs conclusions et celles retenues par la Cour dans ses arrêts témoignent de l'absence de signalisation du chemin, avec le risque d'égarement qui en découle. Il s'agit d'une jurisprudence casuistique, très élastique, peu scientifique et présentant des contours si diffus qu'elle autoriserait Sancho Pança à poser une question préjudicielle en sa qualité de gouverneur de l'île de Barataria [7].

6 — Voir, notamment, arrêt du 30 novembre 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Rec. p. I-10497).

7 — M. de Cervantes, dans *L'Ingénieux Hidalgo Don Quichotte de la Manche*, relate les expériences judiciaires de Sancho Pança en tant que gouverneur de l'île de Barataria dans les chapitres XLV, XLVII, XLIX et LI de la deuxième partie. Il est curieux de constater que, dans le dernier chapitre cité, Sancho Pança exerce une compétence préjudicielle, antécédent littéraire de celle qui est aujourd'hui confiée à la Cour. Un jour, il se mit à juger et on lui posa la question que lui soumettaient quatre juges chargés d'appliquer une loi qui exigeait de ceux qui prétendaient traverser une grande rivière par un pont qu'ils jurent en quel lieu et vers quelles personnes ils allaient. S'ils disaient la vérité, les juges devaient les laisser passer librement et, s'ils disaient un mensonge, ils ne pouvaient espérer que la mort sur un gibet installé là. Or il arriva qu'un homme jura qu'il allait mourir au gibet et il se produisit donc un dilemme, à savoir que, s'il était pendu, il aurait dit la vérité et aurait mérité d'être libre et de traverser la rivière, alors que, si les juges ne l'exécutaient pas, il aurait fait un faux serment et, selon la loi, aurait dû mourir. Dans sa réponse préjudicielle, Sancho Pança, suivant en cela les conseils que lui avait auparavant prodigués don Quichotte, préféra appliquer la règle voulant que, lorsque la justice est en balance, il faut avoir recours à la miséricorde.

15. J'entends expliquer ci-après le cheminement suivi par la Cour, de l'affaire Vaassen-Göbbels [8] à l'arrêt Österreichischer Gewerkschaftsbund [9], pour suggérer un revirement que j'estime indispensable et, en conséquence, proposer que la décision soit adoptée en l'espèce par la Cour en séance plénière.

1. *La jurisprudence de la Cour relative à la notion de juridiction*

16. Tout a commencé avec l'affaire Vaassen-Göbbels, précitée. La question préjudicielle avait été soumise par un tribunal arbitral qui ne faisait pas partie de l'organisation judiciaire néerlandaise, mais qui était compétent pour connaître des recours dirigés contre les décisions d'un organisme de sécurité sociale. La Cour a dégagé pour la première fois cinq des critères qu'elle considère comme définissant la nature juridictionnelle d'un organe: origine légale, permanence, principe du contradictoire, caractère obligatoire et application des règles de droit [10].

8 — Arrêt du 30 juin 1966 (61/65, Rec. p. 377).

9 — Précité note 6.

10 — Dans cet arrêt, la Cour a relevé que le tribunal arbitral était un organisme permanent régulièrement constitué en conformité de la loi néerlandaise et chargé de connaître de certains litiges définis par la loi, dans le cadre d'une procédure contradictoire analogue à celle suivie devant les tribunaux de droit commun. Ses membres étaient nommés par le ministre et devaient appliquer des règles de droit. En outre, les intéressés étaient tenus de s'adresser à ce tribunal en tant qu'instance judiciaire pour la résolution des litiges nés entre eux et leur assureur.

17. À partir de cet arrêt, la Cour a vérifié, dans chaque cas, que ces critères étaient réunis, en les affinant, en les complétant et en en ajoutant d'autres, comme celui de l'indépendance, qui est cité dans l'arrêt Pretore di Salò [11] et admis sans conditions dans l'affaire Corbiau [12]. Il est significatif qu'il ait fallu attendre 1987 pour que le critère de l'indépendance, qui doit être le premier à caractériser un juge, apparaisse dans un arrêt de la Cour.

18. La jurisprudence est demeurée inchangée en ce qui concerne certains critères, à savoir la création par la loi, la permanence et la décision en droit. D'autres, précisément ceux qui définissent le mieux une juridiction, comme le critère indispensable de l'indépendance, celui du caractère contradictoire de la procédure et celui de la nature juridictionnelle de la décision, ont été interprétés de façon pour le moins hésitante et, parfois, confusément.

A — Le relâchement progressif du critère tenant à l'indépendance de l'organe

19. Bien que la Cour eût déjà fait allusion, dans l'affaire Pretore di Salò, à l'indépendance comme l'un des critères devant être réunis pour qu'un organe puisse être considéré comme juridictionnel au sens de l'article 234 CE, l'arrêt Corbiau a été le premier à conférer un contenu substantiel à ce critère, en exigeant de l'organe de renvoi qu'il justifie de la qualité de tiers [13] vis-à-vis de l'autorité responsable de la décision qui constitue l'objet du recours [14].

20. La Cour s'est prononcée de manière aussi catégorique dans l'affaire Procédures pénales contre X [15], concernant une question préjudicielle posée par la Procura della Repubblica. Elle s'est déclarée incompétente au motif que le ministère public ne remplissait pas la condition de l'indépendance.

21. Dans l'affaire Dorsch Consult [16], la Cour a laissé de côté le critère tenant à la qualité de tiers vis-à-vis de l'autorité responsable de la décision, pour concentrer son attention sur l'exercice, par l'organe, de

11 — Arrêt du 11 juin 1987 (14/86, Rec. p. 2545).

12 — Arrêt du 30 mars 1993 (C-24/92, Rec. p. I-1277).

13 — La qualité de tiers vis-à-vis de l'autorité qui arrête la décision attaquée est une condition nécessaire, mais non suffisante, de l'indépendance (voir les considérations développées plus bas aux points 92 et 93).

14 — Dans cet arrêt, la Cour a refusé la qualité de tiers au directeur des contributions directes et des accises, auquel le Conseil d'État (Luxembourg) avait reconnu le caractère d'une juridiction (voir conclusions de l'avocat général Darmon, point 4). Placé à la tête de l'administration, il présente un lien organique évident avec les services qui ont établi la taxation contestée et contre laquelle la réclamation à l'origine de la question préjudicielle est dirigée. De plus, à l'occasion d'un éventuel recours devant le Conseil d'État, le directeur est partie au litige.

15 — Arrêt du 12 décembre 1996 (C-74/95 et C-129/95, Rec. p. I-6609).

16 — Arrêt du 17 septembre 1997 (C-54/96, Rec. p. I-4961).

sa fonction «de manière indépendante» [17] et «sous sa propre responsabilité» [18], ce qui a permis à la Cour de reconnaître à la Commission fédérale allemande de surveillance de la passation des marchés le caractère d'une juridiction, bien qu'elle fût liée à la structure organisationnelle de l'Office fédéral des ententes (Bundeskartellamt) et du ministère de l'Économie [19].

22. L'élément décisif aux yeux de la Cour était que les dispositions essentielles du statut de la magistrature allemande concernant l'annulation des nominations ainsi que l'indépendance et la révocabilité des juges s'appliquaient par analogie aux membres de la Commission fédérale [20].

23. L'arrêt Köllensperger et Atzwanger [21] abonde en ce sens. La Cour a examiné la qualité de juridiction de l'Office des adjudications du Land du Tyrol (Autriche) et, bien qu'ayant reconnu que la loi régissant cet organisme contient une formulation trop vague s'agissant de la révocation de ses membres et qu'elle ne comporte pas de dispositions spécifiques sur la récusation et l'abstention [22], a déclaré que son indépendance était garantie parce que la loi sur la procédure administrative générale contient des dispositions très précises sur l'abstention des membres des organes administratifs et qu'elle interdit de manière explicite toute instruction des membres de l'Office dans l'exercice de leurs fonctions [23].

24. Non seulement cet arrêt abandonne le critère tenant à la qualité de tiers de l'organe, mais il laisse de côté l'absence de règles spécifiques destinées à garantir l'indépendance des membres de l'organe concerné [24] et tient pour suffisantes les dispositions génériques visant à garantir l'impartialité ou, le cas échéant, l'indépendance desdits membres.

25. Cette argumentation est, à mon sens, fragile. Un principe général de non-ingérence dans les activités des organes administratifs de l'État, associé à un devoir d'abstention, ne saurait suffire à garantir l'indépendance de la personne chargée de

17 — Commettant ainsi une tautologie: est indépendant celui qui agit de manière indépendante.

18 — Point 35 de l'arrêt.

19 — Dans les arrêts du 4 mars 1999, HI (C-258/97, Rec. p. I-1405), et du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291), la Cour a admis les questions préjudicielles soumises par des organismes chargés de la surveillance de la passation des marchés publics.

20 — Toutefois, comme l'avait indiqué l'avocat général Tesauro dans ses conclusions, ces garanties ne coïncident pas avec celles des magistrats, car la durée du mandat des membres n'est pas fixée et ceux-ci n'ont aucune garantie, sinon d'inamovibilité, au moins de durée définie au préalable de leur mandat, puisqu'ils peuvent être privés, à tout moment et au moyen de simples mesures d'organisation interne, de leurs compétences.

21 — Arrêt du 4 février 1999 (C-103/97, Rec. p. I-551).

22 — Ce qui avait conduit l'avocat général Saggio à proposer l'irrecevabilité de la question préjudicielle.

23 — Cette disposition reprend l'article 20 de la Constitution fédérale autrichienne, relatif à l'indépendance des membres des autorités collégiales ayant un caractère juridictionnel.

24 — Lesquelles, par renvoi au statut de la magistrature, existaient dans l'affaire Dorsch Consult, précitée.

trancher le litige [25]. Au contraire, cette condition essentielle de la qualité de juridiction d'un organe doit être garantie par des dispositions fixant, avec clarté et précision, les causes d'abstention, de récusation et de remplacement de ses membres [26].

26. Le relâchement progressif que l'on peut constater dans la jurisprudence de la Cour s'agissant du critère de l'indépendance culmine dans l'arrêt Gabalfrisa e.a. [27], dans lequel la Cour avait à se prononcer sur le caractère juridictionnel des Tribunales Económico-Administrativos (Espagne), qui ne font pas partie de l'organisation judiciaire, mais qui sont intégrés organiquement au ministère des Finances, qui est précisément l'administration responsable des actes qu'ils ont à apprécier.

27. En dépit de l'avis de la doctrine [28] et de son avocat général, la Cour les a qualifiés de juridictions d'un État membre, accordant une importance décisive à la séparation fonctionnelle entre, d'une part, l'administration chargée de la gestion, du recouvrement et de la liquidation et, d'autre part, les Tribunales Económico-Administrativos, lesquels statuent sur les réclamations introduites contre les décisions prises par cette administration sans recevoir aucune instruction.

28. Toutefois, comme l'a souligné une fois de plus l'avocat général Saggio, on ne saurait déduire une garantie suffisante d'impartialité de ces circonstances. Les membres des Tribunales Económico-

25 — Voir les conclusions de l'avocat général Saggio dans l'affaire Abrahamsson et Anderson (arrêt du 6 juillet 2000, C-407/98, Rec. p. I-5539). L'arrêt a reconnu la qualité de juridiction à un organe administratif (la commission de recours des établissements d'enseignement supérieur — l'Överklagandenämnden för Högskolan —) au motif qu'il se prononçait sans recevoir aucune instruction et en toute impartialité. Pour la Cour, ces garanties lui confèrent la qualité de tiers et l'indépendance nécessaire vis-à-vis des instances qui ont adopté la décision faisant l'objet du recours. Dans ses conclusions, au contraire, l'avocat général avait proposé de déclarer la question préjudicielle irrecevable pour manque d'indépendance de l'organe de renvoi, puisqu'il n'existait aucune disposition spécifique définissant les conditions et les modalités de révocation de ses membres.

26 — N'oublions pas que la Cour a indiqué dans ses arrêts Pretore di Salò, précité note 11, point 7, et Corbiau, précité note 12, point 15, ainsi que dans l'arrêt du 27 avril 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477, point 21), que la notion communautaire de juridiction implique, conformément aux traditions juridiques communes des États membres, que les dispositions régissant la composition et l'activité de tout organe juridictionnel doivent garantir, et de manière stricte, l'indépendance et l'impartialité de ses composantes. Cela vaut en particulier pour les dispositions attribuant à l'administration le pouvoir de révocation des membres de l'organisme.

27 — Arrêt du 21 mars 2000 (C-110/98 à C-147/98, Rec. p. I-1577).

28 — Alonso García, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, éd. Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 1994, p. 330 et 331. Ruiz-Jarabo, D., *El juez nacional como juez comunitario*, éd. Civitas, Madrid, 1993, p. 81 et 82. Le Barbier-Le Bris, M., *Le juge espagnol face au droit communautaire*, éd. Apogée (Publications du Centre de recherches européennes, université Rennes I), Rennes, 1998, p. 347 à 350. Boulouis, J., Darmon, M. et Huglo, J.-G., *Contentieux communautaire*, éd. Dalloz, 2e éd., Paris, 2001, p. 16, ont ensuite insisté sur ce point.
Banacloche, J., dans *Los Tribunales Económico-Administrativos*, article publié dans la revue «Impuestos, revista de doctrina, legislación y jurisprudencia», XVIIe année, n° 2, janvier 2001, p. 1 à 8, affirme que, «pour commencer, il conviendrait que la Cour de justice admette» la dépendance hiérarchique des Tribunales Económico-Administrativos envers l'administration. Cette affirmation vient après que l'auteur eut déclaré que, bien que la reconnaissance du caractère juridictionnel de ces organes ait pu, par le passé, bénéficier d'un certain appui, elle est maintenant entièrement à écarter du point de vue constitutionnel. «La distinction traditionnelle en matière économico-administrative entre les organes de gestion et les organes de résolution des litiges a fréquemment abouti à l'idée trompeuse selon laquelle les organes de résolution seraient des organes [...] quasi juridictionnels, alors qu'il apparaît clairement que cette séparation [...] n'obéit qu'à un principe de division du travail, de spécialisation, qui n'implique pas une indépendance plus grande que dans un quelconque autre domaine» administratif. Il ajoute que les Tribunales Económico-Administrativos font partie du pouvoir exécutif, qui est juge et partie dans la procédure de contestation de ses propres actes, et qu'il n'est pas rare qu'ils se soumettent à ses critères d'interprétation.

Administrativos sont des fonctionnaires de l'administration, nommés par le ministre, lequel dispose du pouvoir de les révoquer, en dehors des hypothèses prévues de manière claire et limitative par la loi. Il n'en résulte donc pas que les règles relatives au fonctionnement de l'organisme garantissent l'inamovibilité de ses membres et, en conséquence, il semble douteux que cet organisme dispose d'une indépendance qui lui permette de résister à d'éventuelles interventions et pressions indues de la part du pouvoir exécutif.

La fonction des Tribunales Económico-Administrativos ne peut pas être qualifiée de «juridictionnelle»; au contraire, les réclamations introduites devant eux présentent les caractéristiques, propres au recours administratif, d'un réexamen par l'administration elle-même à l'initiative d'une partie. Par ailleurs, leurs décisions sont, sans exception, susceptibles de recours devant les organes de justice administrative (ce qui ne risque pas de nuire à l'application uniforme du droit communautaire, car ces derniers peuvent apprécier la nécessité d'un renvoi préjudiciel devant la Cour).

La «reclamación económico-administrativa» a donc pour fonction, typique des recours administratifs, de mettre l'administration en mesure de rendre, au moyen d'une procédure contradictoire avec les intéressés, sa décision définitive avant de laisser la voie libre à la saisine des tribunaux administratifs.

L'absence de réaction des Tribunales Económico-Administrativos entraîne l'application de la doctrine du silence de l'administration, fiction précisément créée par le législateur pour éviter que la paralysie administrative n'empêche les intéressés d'accéder à la justice, ce qui constitue une autre circonstance confirmant la nature administrative de leur fonction. Le silence des Tribunales dans un délai de un an après le dépôt de la réclamation induit le rejet de celle-ci et a pour conséquence que le particulier pourra à partir de ce moment accéder à la justice administrative.

En outre, le Tribunal Económico-Administrativo Central peut se décharger des cas qu'il juge importants, ou qui atteignent une valeur particulièrement élevée, et en laisser la décision au ministre des Finances. Il convient de se demander si, après l'arrêt Gabalfrisa e.a., la faculté de soumettre des questions préjudicielles est également reconnue au ministre en cas d'évocation [29].

B — La relativisation du critère tenant au caractère contradictoire de la procédure

29. Non seulement la juridiction doit être indépendante et agir en conséquence, mais sa décision doit être adoptée au terme d'un débat contradictoire devant elle, au cours

29 — Je n'ose imaginer ce que C. L. de Montesquieu dirait s'il voyait cette confusion entre organes administratifs et judiciaires.

duquel les parties doivent avoir la possibilité de faire valoir leurs droits et leurs intérêts juridiquement protégés. Cependant, l'exigence d'une procédure contradictoire, qui apparaissait dans l'arrêt Vaassen-Göbbels [30], a vu sa portée relativisée très rapidement.

30. Dans les arrêts Politi [31] et Birra Dreher [32], la Cour a considéré que l'article 234 CE ne subordonne pas la saisine à titre préjudiciel au caractère contradictoire de la procédure et que, par conséquent, il est possible de poser une question préjudicielle en l'absence de controverse. Ce qui importe est que l'organe qui demande l'assistance de la Cour exerce une fonction juridictionnelle et estime qu'une interprétation du droit communautaire lui est nécessaire pour rendre sa décision, le fait que la procédure au cours de laquelle le renvoi est effectué ne soit pas contradictoire étant sans pertinence [33].

31. Toutefois, dans les arrêts Simmenthal [34] et Ligur Carni e.a. [35], la Cour a déclaré qu'il peut s'avérer de l'intérêt d'une bonne justice que la question préjudicielle ne soit posée qu'à la suite d'un débat contradictoire. Pour autant, cette précision ne l'a pas conduite à revenir sur sa position antérieure, car, à son avis, il appartient à la seule juridiction nationale d'apprécier cette opportunité [36].

30 — Précité note 8.

31 — Arrêt du 14 décembre 1971 (43/71, Rec. p. 1039). La question avait été posée par le président du Tribunale di Torino, dans le cadre d'une procédure sommaire («injonction de payer»), au terme de laquelle la décision est adoptée sans que le demandeur soit entendu. Il est intéressant de relever que, compte tenu de la spécificité de la procédure, était contestée la qualité de juridiction d'une autorité faisant partie de l'organisation judiciaire d'un État membre.

32 — Arrêt du 21 février 1974 (162/73, Rec. p. 201). La question avait été soumise dans le cadre d'une procédure sommaire italienne dans laquelle le juge, statuant uniquement sur la base des allégations présentées par la partie demanderesse, peut condamner l'autre partie sans l'avoir mise en mesure de présenter ses observations, bien que la partie condamnée puisse former opposition contre la décision.
La Cour avait déjà admis plusieurs renvois préjudiciels dans le cadre de procédures sommaires (arrêts du 12 novembre 1969, Stauder, 29/69, Rec. p. 419; du 17 décembre 1970, SACE, 33/70, Rec. p. 1213, et du 26 octobre 1971, Eunomia, 18/71, Rec. p. 811).

33 — Selon l'avocat général Lenz au point 6 de ses conclusions dans l'affaire Pretura unificata di Torino (arrêt du 22 septembre 1988, 228/87, Rec. p. 5099), depuis l'arrêt Birra Dreher, précité, la Cour a renoncé à la nécessité du caractère contradictoire de la procédure.

34 — Arrêt du 28 juin 1978 (70/77, Rec. p. 1453). Dans cette affaire, la demande de décision préjudicielle avait été formée par le Pretore di Alessandria au cours d'une procédure d'injonction dans laquelle, là encore, le juge avait la faculté de statuer uniquement sur la base des allégations de la partie demanderesse.

35 — Arrêt du 15 décembre 1993 (C-277/91, C-318/91 et C-319/91, Rec. p. I-6621). Les questions avaient été posées par le président du Tribunale di Genova dans le cadre d'une procédure dite «en injonction».

36 — Dans les conclusions que j'ai présentées le 5 avril 2001 dans l'affaire Gottardo (C-55/00), encore pendante devant la Cour, je me suis permis d'attirer l'attention sur les risques inhérents à l'adoption par la Cour d'une attitude passive à l'égard des termes dans lesquels lui sont posées les questions dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. J'ai ainsi affirmé que «en sa qualité d'interprète qualifiée du droit communautaire, la Cour devrait analyser le problème dans une perspective plus large et avec plus de flexibilité, afin de fournir au juge national qui l'a saisie et aux autres juges de l'Union européenne une réponse utile au regard des règles communautaires en vigueur. Si elle ne le fait pas, le juge de renvoi pourrait avoir une mainmise excessive sur le dialogue entre juridictions que l'article 234 CE a pour objet de mettre en place, car, en fonction de la formulation qu'il donnerait à la question qu'il pose à la Cour, il pourrait déterminer la réponse préjudicielle que celle-ci lui donnera, comme cela a été le cas dans les affaires que je viens d'examiner» (point 36). Cela vaut également pour décider s'il est pertinent ou non de soumettre une question préjudicielle dans le cadre d'une procédure non contradictoire. C'est bien entendu au juge national qu'il incombe d'apprécier la nécessité d'une interprétation du droit communautaire pour trancher le litige dont il est saisi, toutefois, le contrôle des critères déterminant la recevabilité de la question préjudicielle n'appartient qu'à la Cour.

32. Par conséquent, le caractère contradictoire n'est pas pour la Cour une condition de recevabilité du renvoi préjudiciel. Une question posée au cours d'une procédure non contradictoire ou lors d'une phase d'une procédure contradictoire qui ne revêt pas ce caractère peut être recevable. À l'instar de ce que la Cour avait déjà déclaré dans l'arrêt Politi, les arrêts Birra Dreher et Simmenthal, précités, ont souligné que le droit de formuler une question préjudicielle appartient à toute juridiction d'un État membre, quel que soit le stade de l'instruction auquel se trouve l'affaire au principal.

33. Le critère tenant au caractère contradictoire a progressivement perdu ses contours. Dans les affaires Pretore di Cento [37] et Pretura unificata di Torino [38], la Cour ne s'est même pas interrogée sur la recevabilité des questions préjudicielles posées dans les deux cas à l'occasion de procédures ne comportant pas de parties [39]. L'arrêt Fratelli Pardini [40] a donné une réponse à des questions soumises par le Pretore di Lucca au cours d'une procédure de mesures provisoires [41].

34. Jusqu'alors, la Cour, si elle n'avait pas rejeté totalement l'exigence du caractère contradictoire de la procédure, lui avait retiré de son importance. Toutefois, si l'on analyse posément les éléments de fait, on peut constater que ce principe n'était pas absent, mais seulement différé [42]; en tout état de cause, l'absence de caractère contradictoire était compensée par l'impartialité totale du juge et par son indépendance à l'égard du litige et des parties [43].

35. Toutefois, dans certains arrêts ultérieurs, la Cour a paru abandonner cette approche et, de façon regrettable, a admis, en y répondant, des questions préjudicielles soumises au cours de procédures dans lesquelles l'absence de caractère contradictoire n'était pas compensée par l'indépendance totale de l'organe de renvoi.

36. En effet, dans l'arrêt Dorsch Consult [44], elle a admis les questions préjudicielles posées par une instance administrative [45] dans le cadre d'une procédure non contradictoire [46].

37 — Arrêt du 5 mai 1977 (110/76, Rec. p. 851).

38 — Arrêt précité note 33.

39 — Il s'agissait de procédures pénales engagées contre X. Il convient de rappeler que l'institution du Pretore est singulière, alliant les fonctions propres au ministère public et au juge d'instruction.

40 — Arrêt du 21 avril 1988 (338/85, Rec. p. 2041).

41 — La spécificité de l'affaire tenait au fait que, en même temps qu'il a posé la question préjudicielle, le Pretore a ordonné la mesure provisoire, qui en constituait l'unique objet. La Cour, après avoir affirmé qu'elle n'a pas compétence pour connaître du renvoi préjudiciel lorsque la procédure devant le juge national est d'ores et déjà clôturée, l'a admis au motif que la procédure d'urgence était encore pendante, puisque les mesures adoptées étaient susceptibles d'être confirmées, modifiées ou révoquées après intervention des parties.

42 — Tel est le cas dans l'affaire Fratelli Pardini, précitée.

43 — Voir points 7 et 26 des conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Corbiau, précitée note 12, ainsi que point 14 des conclusions de l'avocat général Saggio dans l'affaire Gabalfrisa e.a., précitée note 27.

44 — Précité note 16.

45 — La commission instituée en République fédérale d'Allemagne pour statuer, en appel, sur les recours introduits contre les décisions des services de contrôle de la passation des marchés publics.

46 — La Cour a rappelé que l'exigence d'une procédure contradictoire n'est pas un critère absolu et a signalé que, bien que les parties ne soient pas entendues par la commission de surveillance, elles le sont par le service de contrôle de la passation des marchés.

37. Dans l'affaire Gabalfrisa e.a.[47], la Cour a considéré que la procédure suivie devant les Tribunales Económico-Administrativos[48] est contradictoire, puisque les intéressés peuvent présenter des mémoires et des preuves à l'appui de leurs prétentions et demander la tenue d'une audience publique. En outre, le Tribunal Económico-Administrativo qui entend se prononcer sur des questions qui n'ont pas été posées par les intéressés doit en informer les parties et leur accorder un délai de quinze jours pour formuler des observations.

38. Cependant, comme l'a relevé l'avocat général Saggio dans ses conclusions, la procédure n'est en réalité que partiellement contradictoire pour ce qui concerne les intéressés, en raison, d'une part, du caractère limité des allégations et des preuves pouvant être admises et, d'autre part, du fait que la tenue d'une audience publique est décidée de façon discrétionnaire par l'organe lui-même, sans possibilité de recours ultérieur[49].

47 — Précitée note 27.

48 — Dont nous avons décrit la qualité d'organes administratifs quelques lignes plus haut.

49 — Dans son arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73), la Cour a admis les questions préjudicielles posées par le Bundesvergabeamt (Autriche), instance qui connaît des litiges relatifs aux marchés publics, sans examiner sa qualité de juridiction. L'avocat général Léger, qui, en revanche, a analysé la question, a exprimé des doutes sur le caractère contradictoire de la procédure, bien qu'il ait déduit de l'ordonnance de renvoi que la procédure au principal était consécutive à un débat contradictoire identique à ceux que connaissent les juridictions. Dans les arrêts du 24 septembre 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357) et EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411), la Cour a de nouveau admis des questions préjudicielles posées par le Bundesvergabeamt.

C — La confusion entourant l'exigence du caractère juridictionnel de la décision mettant fin à l'instance

39. Si les critères tenant à l'indépendance de l'organe et au caractère contradictoire de la procédure se sont estompés, celui relatif au caractère juridictionnel de la décision que doit adopter l'organe de renvoi a toujours semblé confus. Il ne pouvait en aller autrement: dire que tout organe qui rend une décision juridictionnelle est une juridiction revient à ne rien dire du tout. Cette qualité ne peut pas être ramenée à l'application des règles de droit, car elle n'est pas l'apanage des organes exerçant une compétence juridictionnelle. Les structures administratives agissent dans le respect de la légalité[50] et, en conséquence, appliquent elles aussi le droit[51].

40. Par conséquent, pour apprécier le caractère juridictionnel d'une décision, la Cour s'est vu dans l'obligation de recourir, indirectement, à d'autres critères de définition de la juridiction; tantôt, — le plus souvent — à la nature contradictoire de la procédure au cours de laquelle la décision est adoptée, tantôt, à l'intégration de son auteur dans l'organisation judiciaire.

41. Ainsi, dans l'affaire Borker[52], la Cour n'a pas reconnu la qualité de juridiction au

50 — La Constitution espagnole de 1978 dispose, en son article 103, paragraphe 1, que l'«Administration publique [...] se soumet pleinement à la loi et au droit».

51 — Et l'interprètent avant de l'appliquer.

52 — Ordonnance du 18 juin 1980 (138/80, Rec. p. 1975).

conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, au motif que cet organisme n'était pas appelé à trancher un litige, mais à donner son opinion au sujet d'un différend qui opposait un membre du barreau à une juridiction d'un autre État membre [53]. Les mêmes raisons ont conduit la Cour à refuser, dans l'affaire Greis Unterweger [54], de reconnaître la qualité de juridiction à une commission consultative en matière monétaire ayant pour mission de donner des avis dans le cadre d'une procédure administrative [55]. Elle a fait de même, dans l'arrêt Victoria Film [56], avec le Skatterättsnämnden (commission de droit fiscal suédoise), au motif qu'il se borne, sans résoudre aucun litige et à la demande d'un contribuable, à émettre un avis préalable en matière d'imposition [57].

42. Dans la même ligne de jurisprudence, la Cour a estimé, dans l'arrêt Procédures pénales contre X [58], que la Procura della Repubblica italienne n'était pas une juridiction, car, entre autres raisons, elle avait pour mission non pas de trancher un litige, mais de le soumettre, le cas échéant, à la connaissance de la juridiction compétente, en exerçant l'action pénale [59]. Toutefois, l'arrêt Pretore di Salò [60] a reconnu à cette institution, qui, comme je l'ai déjà souligné, allie les compétences propres au juge d'instruction et au ministère public, la qualité de juridiction, tout en admettant qu'un grand nombre des fonctions qui lui incombent ne revêtent pas un caractère strictement juridictionnel, en ce sens qu'elles ne visent pas à résoudre un différend juridique.

43. Au contraire, dans l'arrêt Garofalo e.a. [61], la Cour a considéré qu'un organe qui rend un avis dans le cadre d'une procédure dans laquelle la décision appartient à une instance politique exerce une fonction juridictionnelle. Il s'agissait du Consiglio di Stato (Italie) émettant un avis dans le cadre d'un recours extraordinaire; toutefois, en réalité, la décision lui revient. L'avis, fondé sur l'application des règles de droit, constitue le projet de la décision qui sera formellement adoptée par le président de la République, qui ne peut s'écarter de la solution proposée qu'après une délibéra-

53 — Un tribunal pénal allemand lui avait refusé l'autorisation de comparaître, ce qui l'avait conduit à demander au conseil de l'Ordre de statuer sur les conditions d'exercice de ses activités d'avocat en tant que prestataire de services devant les juridictions d'un autre État membre.
De manière paradoxale, dans l'arrêt du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), la Cour, sans examiner ce point, a reconnu la qualité de juridiction au Conseil national de l'Ordre des avocats italien. Pour l'avocat général Léger, ce qui avait conduit la Cour à se déclarer incompétente dans l'affaire Borker n'était pas la nature de l'organe de renvoi, mais l'objet de la question posée. En revanche, un litige portant sur les conditions d'admission au tableau de l'Ordre des avocats ou sur une sanction infligée par un conseil de l'Ordre est un litige que ce conseil, selon l'avocat général, a légalement pour mission de trancher. La Cour aurait peut-être dû accorder davantage d'importance au fait que la décision du Conseil national était susceptible de faire l'objet d'un pourvoi devant la Corte di cassazione.

54 — Ordonnance du 5 mars 1986 (318/85, Rec. p. 955).

55 — La Cour a relevé qu'il n'existait pas d'obligation d'organiser un débat contradictoire, que l'intéressé ne pouvait pas saisir lui-même la commission consultative et que l'avis émis par celle-ci ne liait pas le ministre. Elle a observé, en outre, que les sanctions infligées par le ministre après avis de cette commission peuvent être attaquées par les intéressés devant les juridictions ordinaires, qui ont, à cet égard, une compétence de pleine juridiction.

56 — Arrêt du 12 novembre 1998 (C-134/97, Rec. p. I-7023).

57 — Sur des questions telles que l'assujettissement à un impôt et la portée de cet assujettissement.

58 — Précité note 15.

59 — Au point 7 des conclusions que j'ai présentées dans cette affaire, j'ai indiqué que la Procura della Repubblica ne remplit pas, au moins, deux des critères principaux de recevabilité de la demande préjudicielle: sa juridiction n'est pas obligatoire (elle n'est même pas une juridiction au sens strict) et elle ne tranche pas les litiges après avoir entendu les parties au cours d'une procédure contradictoire, puisqu'elle est elle-même partie à la procédure.

60 — Précité note 11.

61 — Arrêt du 16 octobre 1997 (C-69/96 à C-79/96, Rec. p. I-5603).

tion du Conseil des ministres et en motivant dûment sa décision.

44. La Cour, s'appuyant sur l'arrêt Nederlandse Spoorwegen [62], a estimé que le Consiglio di Stato est une juridiction au sens du traité [63]. En revanche, dans les ordonnances ANAS [64] et RAI [65], elle a refusé de reconnaître cette qualité à la Cour des comptes italienne au motif que le contrôle a posteriori qu'elle exerce dans les principaux litiges consiste essentiellement en des fonctions d'évaluation et de vérification des résultats de l'activité administrative, ce dont elle a déduit que, dans le contexte qui a donné lieu aux questions préjudicielles, cet organisme de contrôle n'exerçait pas de fonctions juridictionnelles.

45. Jusqu'à l'arrêt Job Centre I [66], il semblait résulter de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'une question préjudicielle provenait d'un organe faisant partie de l'organisation judiciaire nationale, la question était recevable, même s'il ne se prononçait pas sur un litige [67]. À partir de cet arrêt, la situation a cessé d'être aussi claire.

46. Dans cette affaire, le Tribunale civile e penale di Milano (Italie) avait soumis deux questions préjudicielles dans le cadre d'une procédure gracieuse [68]. La Cour, adoptant un critère restrictif, a affirmé que les juridictions nationales ne sont habilitées à la saisir que si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à le trancher au moyen d'une «décision de caractère juridictionnel».

47. Pour la Cour, il n'est donc pas suffisant que l'organe de renvoi soit intégré à l'organisation judiciaire d'un État membre, mais il est également nécessaire qu'il tranche un litige [69], et il y a litige lorsqu'il existe un conflit juridique avec autrui, même s'il s'agit d'une juridiction dont la décision fait

62 — Arrêt du 27 novembre 1973, Nederlandse Spoorwegen (36/73, Rec. p. 1299). Dans cet arrêt, la Cour a admis les questions préjudicielles formulées par le Raad van State (Pays-Bas) avant d'émettre un avis — non contraignant — dans une procédure de recours administratif au terme de laquelle la décision finale est prise par la Couronne. L'avocat général Mayras, qui avait abordé la question dans ses conclusions, avait proposé de déclarer recevable le renvoi.

63 — Dans mes conclusions relatives à l'affaire Garofalo (point 37), j'ai souligné que le caractère inattaquable de la décision finale, qui n'est susceptible d'aucun contrôle juridictionnel ultérieur, était un facteur clé pour admettre le renvoi. Il s'agit d'une manifestation de l'effet utile.

64 — Ordonnance du 26 novembre 1999, ANAS (C-192/98, Rec. I-8583).

65 — Ordonnance du 26 novembre 1999, RAI (C-440/98, Rec. p. I-8597).

66 — Arrêt du 19 octobre 1995 (C-111/94, Rec. p. I-3361).

67 — Moitinho de Almeida, J. C., «La notion de juridiction d'un État membre (article 177 du traité CE)», *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, p. 463 à 478.

68 — Précédemment, dans l'arrêt du 12 novembre 1974, Haaga (32/74, Rec. p. 1201), la Cour avait admis, quoique sans en examiner la recevabilité, un renvoi préjudiciel dans une procédure similaire. L'avocat général Mayras avait proposé à la Cour de reconnaître la qualité de juridiction à l'organe de renvoi.

69 — Voir point 11 de l'arrêt. Dans les conclusions qu'il a présentées le 15 mars 2001 dans l'affaire C-178/99, l'avocat général Geelhoed avait proposé à la Cour de se déclarer incompétente pour répondre à une question préjudicielle posée par le Bezirksgericht Bregenz autrichien (juge local de première instance) dans le cadre d'une procédure en vue de l'inscription de la propriété d'un bien immobilier, au motif qu'il n'exerce aucune fonction juridictionnelle.

l'objet d'un appel [70]. Ainsi, dans l'arrêt Job Centre I, précité, la Cour a déclaré qu'un organe exerce une fonction juridictionnelle lorsqu'il statue sur un appel formé contre la décision adoptée dans le cadre d'une procédure gracieuse [71], comme dans l'affaire Haaga [72], précitée.

D — Les problèmes suscités par la qualification des tribunaux arbitraux en tant que juridictions

48. Un des critères qui, depuis l'arrêt Vaassen-Göbbels [73], définit un organe juridictionnel au sens de l'article 234 CE est le caractère obligatoire de sa juridiction.

49. Ce critère excluait les tribunaux arbitraux. Dans l'affaire Nordsee [74], la Cour s'est déclarée incompétente pour se prononcer sur les questions préjudicielles posées par un tribunal arbitral allemand auquel les parties n'avaient aucune obligation de confier leurs différends [75] et a précisé que, si un arbitrage conventionnel soulève des questions de droit communautaire, c'est aux juridictions ordinaires qu'il incombe de poser une question préjudicielle, si elles l'estiment nécessaire, soit dans le cadre du concours qu'elles prêtent aux tribunaux arbitraux, soit dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale [76].

50. Après l'arrêt Nordsee, précité, il est apparu que, si l'intervention du tribunal arbitral était obligatoire et qu'il se prononçait en dernière instance, la réponse allait de soi. Tel a été le cas dans l'affaire Danfoss [77], dans laquelle la Cour a admis les questions préjudicielles qui lui avaient

70 — Au point 18 de l'arrêt Victoria Film, précité, la Cour a affirmé que l'organe appelé à se prononcer sur le recours ne pourrait être considéré comme exerçant une fonction de nature juridictionnelle que si l'avis préalable du Skatterättsnämnden était contesté. C'est précisément le cas de figure de l'arrêt du 18 novembre 1999, x et Y (C-200/98, Rec. p. I-8261), dans lequel la Cour a déclaré que le Regeringsrätten (Cour administrative suprême suédoise) exerce une fonction de nature juridictionnelle lorsqu'il connaît d'un recours contre les décisions du Skatterättsnämnden.

71 — Après que dans l'arrêt Job Centre I, précité, la Cour se fut déclarée incompétente pour répondre aux questions qui lui avaient été soumises, le Tribunale civile e penale di Milano a statué. Il a été interjeté appel de sa décision devant la Corte d'appello di Milano, qui a posé trois questions préjudicielles. Dans l'arrêt du 11 décembre 1997, Job Centre II (C-55/96, Rec. p. I-7119), la Cour a retenu sa compétence et a répondu aux questions formulées.

72 — Le souci de l'effet utile du droit communautaire peut fournir la clé, en matière d'interprétation, pour concilier les deux arrêts: dans l'affaire Job Centre, à la différence de l'affaire Haaga, la décision de la juridiction pouvait faire l'objet d'un appel.

73 — Précité note 8.

74 — Arrêt du 23 mars 1982 (102/81, Rec. p. 1095).

75 — Le tribunal arbitral était compétent, en vertu d'un contrat, pour résoudre les litiges relatifs à la répartition des concours financiers du FEOGA. Il s'agissait d'un arbitrage en droit qui, à l'issue d'une procédure contradictoire, aboutissait à une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée. La Cour a observé non seulement que la juridiction n'était pas obligatoire, mais aussi que les autorités publiques allemandes n'étaient pas impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage, et qu'elles n'étaient pas appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre. À la lumière de ces considérations, la Cour a conclu que le lien entre la procédure arbitrale et l'organisation des voies de recours légales dans l'État membre concerné n'était pas suffisamment étroit pour que l'arbitre puisse être qualifié de juridiction. Cette dernière constatation a permis à l'avocat général Tesauro d'évoquer, au point 28 de ses conclusions dans l'affaire Dorsch Consult, précitée note 16, les liens avec les pouvoirs publics comme un autre critère devant être satisfait pour qu'un organe puisse légitimement poser des questions préjudicielles.

76 — Bonnassies, P., «Arbitrage et droit communautaire», *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, éd. Dalloz, Paris, 1991, p. 21 et suiv., expose les inconvénients de la jurisprudence initiale de la Cour relative à la nature juridictionnelle des tribunaux arbitraux.

77 — Arrêt du 17 octobre 1989 (109/88, Rec. p. 3199).

été soumises par un tribunal arbitral danois dont la loi prévoit l'intervention pour trancher en dernière instance les différends entre parties aux conventions collectives conclues entre les organisations de salariés et d'employeurs, dont la compétence ne dépend pas de l'accord des parties, compte tenu de ce qu'il peut être saisi par l'une d'entre elles en dépit de l'opposition de la partie adverse, et dont la décision est contraignante pour les parties.

51. Suivant, en la matière, une ligne cohérente, la Cour, dans l'arrêt Almelo [78], s'est déclarée compétente pour répondre aux questions préjudicielles posées par une juridiction statuant en équité sur un appel d'une sentence arbitrale, parce qu'elle était tenue de respecter les règles du droit communautaire [79].

52. Toutefois, en insistant de cette manière sur le caractère obligatoire de la juridiction, la Cour a oublié les autres critères qui, conformément à sa jurisprudence, caractérisent une juridiction au sens de l'article 234 CE et, dans l'affaire Danfoss, a reconnu cette qualité à un organe arbitral dont la composition et le fonctionnement n'étaient pas réglés en détail par la loi. La composition était déterminée dans chaque cas d'espèce et la procédure se déroulait conformément à un accord entre les parties, dans les limites du cadre légal [80].

E — L'extension de la notion de juridiction aux tribunaux d'outre-mer, aux organes ne faisant pas partie de l'organisation judiciaire d'un État membre et aux tribunaux internationaux

53. Dans les arrêts Kaefer et Procacci [81] et Leplat [82], la Cour a reconnu la faculté de présenter des questions préjudicielles aux juridictions des pays et territoires d'outre-mer, qui font partie de l'organisation judiciaire française.

54. Bien plus, dans l'arrêt Barr et Montrose Holdings [83], elle a reconnu le droit de soumettre des questions préjudicielles aux tribunaux de l'île de Man, bien que ceux-ci ne fassent pas partie de l'organisation judiciaire britannique [84]. Par la suite, dans

78 — Précité note 26.

79 — Dans l'arrêt du 1er juin 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), la Cour a de nouveau admis diverses questions préjudicielles soulevées dans le cadre d'une procédure intentée contre une sentence arbitrale et posées, à cette occasion, par le Hoge Raad der Nederlanden.

80 — Voir points 19 à 21 des conclusions présentées par l'avocat général Lenz dans cette affaire. À mon sens, la décision de la Cour, coïncidant en l'espèce avec la proposition de l'avocat général, trouve sa raison d'être, une fois de plus, dans la nécessité de garantir l'effet utile de l'article 234 CE, puisque le tribunal arbitral à l'origine du renvoi préjudiciel statuait sur le litige en dernière instance.

81 — Arrêt du 12 décembre 1990 (C-100/89 et C-101/89, Rec. p. I-4647).

82 — Arrêt du 12 février 1992 (C-260/90, Rec. p. I-643).

83 — Arrêt du 3 juillet 1991 (C-355/89, Rec. p. I-3479).

84 — Ainsi que l'a indiqué l'avocat général Jacobs au point 4 de ses conclusions, comme les îles anglo-normandes, l'île de Man ne fait pas partie du Royaume-Uni et ce n'est pas non plus une colonie. Il a toutefois proposé d'interpréter largement l'expression «juridiction d'un des États membres», comme s'étendant aux organes judiciaires situés sur tout territoire auquel le traité s'applique, ne serait-ce que partiellement (point 18).

l'arrêt Pereira Roque [85], sans examiner la recevabilité du renvoi, la Cour s'est prononcée sur une question préjudicielle posée par une juridiction du bailliage de Jersey, dont les tribunaux ne font pas non plus partie du système judiciaire du Royaume-Uni [86].

55. Bien que l'article 234 CE se réfère aux juridictions d'un État membre, la Cour a déclaré, dans l'arrêt Parfums Christian Dior [87], que la Cour de justice du Benelux non seulement a la faculté de poser des questions préjudicielles à la Cour, mais qu'elle est tenue de le faire, en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel ultérieur de droit interne. L'inexistence d'un recours contre la décision de cette Cour, qui se prononce en dernière instance sur l'interprétation du droit uniforme du Benelux, a incité la Cour de justice à admettre le renvoi préjudiciel.

56. À la base de ces arrêts, par lesquels la Cour a étendu la qualification de juridiction d'un État membre à des organes qui, sans aucun doute, n'en sont pas, se trouve la nécessité d'assurer une interprétation uniforme du droit communautaire en veillant à ce que toutes les structures judiciaires tranchant des litiges dans lesquels la «norma decidendi» est une règle de droit communautaire puissent faire usage de l'outil que leur fournit l'article 234 CE.

57. Pour les mêmes motifs, et à l'inverse, le droit national doit s'abstenir d'interdire à un organe judiciaire de soumettre des questions préjudicielles. Dans l'affaire Rheinmühlen [88], la Cour a estimé que l'existence d'une règle de droit national, liant les juridictions à des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, ne saurait enlever à ces juridictions, pour cette seule raison, la faculté de saisir la Cour de questions préjudicielles.

2. *La nécessité impérieuse d'un revirement de jurisprudence*

A — L'insécurité juridique née de l'absence d'une notion de juridiction et les errements de la jurisprudence

58. Les points qui précèdent n'ont pas pour objet de constituer un travail d'érudition stérile. Ils démontrent non seulement que la jurisprudence de la Cour sur cette question est casuistique à l'excès, comme je l'ai indiqué plus haut, mais aussi qu'elle est dépourvue des éléments clairs et précis qu'exige une notion qualifiée de communautaire. Loin de fournir un cadre de référence sûr, la jurisprudence offre un panorama confus et incohérent, qui suscite

85 — Arrêt du 16 juillet 1998 (C-171/96, Rec. p. I-4607).

86 — Cet arrêt confirme que la jurisprudence Barr et Montrose Holdings s'applique aux tribunaux des îles anglo-normandes.

87 — Arrêt du 4 novembre 1997 (C-337/95, Rec. p. I-6013).

88 — Arrêt du 16 janvier 1974 (166/73, Rec. p. 33).

l'incertitude générale [89]. La fréquente disparité entre les solutions proposées par les avocats généraux et les positionnements de la Cour illustre l'insécurité juridique qui entoure la notion de juridiction d'un État membre.

59. La première victime de cette situation a été la Cour elle-même, qui s'est prononcée de manière hésitante sur la nature juridictionnelle de nombreux organes à l'origine de questions préjudicielles, parfois sans expliquer les raisons l'ayant incitée à préférer une solution à une autre [90].

60. On peut constater que l'attitude de la Cour paraît hésitante, comme je l'ai déjà relevé, lorsqu'il s'agit des critères qui différencient une juridiction de ce qui n'en n'est pas une, étant donné que l'origine légale, la permanence et l'application des règles de droit sont des éléments qui caractérisent également des organes intégrés dans les structures administratives.

B — Le caractère juridictionnel de l'organe national en tant que critère d'ordre public déterminant la compétence de la Cour

61. Si, dans les rapports juridiques, l'insécurité juridique est perturbatrice, le malaise est plus grand encore lorsqu'il affecte une notion qui, comme celle que contient l'article 234 CE, est d'ordre public. La notion de juridiction nationale détermine la compétence de la Cour pour mettre en marche le mécanisme du renvoi préjudiciel, qui s'est révélé essentiel à la construction progressive et à la consolidation de l'ordre juridique communautaire. La Cour ne peut être maîtresse de sa propre compétence. Dans une communauté de droit, les règles du jeu doivent être précises. Les juges nationaux et les citoyens communautaires ont le droit de savoir, à l'avance, quelles sont les juridictions qui peuvent être considérées comme telles aux fins de l'article 234 CE.

62. La souplesse plus ou moins grande avec laquelle est abordée cette notion détermine la largeur de l'éventail des organes susceptibles de demander l'assistance de la Cour

89 — Les inconvénients inhérents à cette situation ont été soulignés par Neville, L. et Kennedy, T., dans *The Court of Justice of the European Communities*, éd. Sweet & Maxwell, Londres, 1994, p. 209 à 213; Bergerès, M.-Ch., dans *Contentieux communautaire*, éd. Presses universitaires de France, 2e éd., p. 247 et 248, et par Jimeno Bulnes, M., dans *La cuestión prejudicial del art. 177 TCE*, éd. Bosch, Barcelone, p. 189 et suiv.

90 — La Cour a été critiquée pour avoir, en plusieurs occasions, retenu sa compétence sans avoir examiné la qualité de juridiction de l'organe de renvoi. Tel est le cas des arrêts du 8 avril 1992, Bauer (C-166/91, Rec. p. I-2797), et du 9 août 1994, Dreessen (C-447/93, Rec. p. I-4087), dans lesquels l'organe de renvoi était le Conseil d'appel d'expression française de l'ordre belge des architectes. C'est également le cas de l'arrêt du 16 juillet 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Rec. p. I-4785), dans lequel la Cour s'est prononcée sur plusieurs questions préjudicielles posées par le Tribunal de Defensa de la Competencia (Espagne) qui, intégré au ministère de l'Économie, ne fait pas partie de l'organisation judiciaire, et dont les décisions peuvent toujours faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives. Il convient d'ajouter à ces arrêts celui du 17 juin 1998, Hill et Stapleton (C-243/95, Rec. p. I-3739), dans lequel la Cour a déclaré recevables les questions préjudicielles posées par la Labour Court, Dublin, et l'arrêt du 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791), relatif à des questions soumises par l'Oberlandesgericht Wien (cour d'appel régionale de Vienne) siégeant en tant que Kartellgericht (tribunal de première instance en matière de concurrence). Je rappellerai également les affaires, précitées note 19, Hospital Ingenieure, renvoyée par le Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten (chambre administrative indépendante du Land de Carinthie), qui a compétence exclusive pour apprécier la légalité des mesures adoptées par l'administration, y compris celles relatives à la passation de marchés publics, et Unitron Scandinavia et 3-S, soumise par le Klagenævnet for Udbud danois (commission de recours). L'arrêt du 1er avril 1993, Diversinte et Iberlacta (C-260/91 et C-261/91, Rec. p. I-1885), a également admis pour la première fois une question préjudicielle du Tribunal Económico-Administrativo Central, sans émettre de considérations sur sa nature juridictionnelle.

et, par voie de conséquence, le nombre de ses arrêts préjudiciels. Cette circonstance n'est pas dénuée de pertinence dans le cadre de la tâche consistant à harmoniser l'interprétation et l'application du droit communautaire. Lorsqu'il s'agit de montrer le chemin aux autres par des décisions ayant vocation à être suivies par tous, il convient d'agir avec précaution et prudence. Une décision bien pensée et bien fondée résout davantage de problèmes qu'une série d'arrêts précipités ne comportant pas de raisonnement approfondi et n'affrontant pas les questions soumises à la Cour.

63. Afin de promouvoir la diffusion et l'application uniformes du droit communautaire, la Cour, dans ses premières années d'activité, a encouragé l'utilisation du renvoi préjudiciel, s'appuyant sur une interprétation large de la notion d'organe habilité à en déclencher le mécanisme. Toutefois, ce qui était autrefois clairement justifié apparaît aujourd'hui — alors que l'ordre juridique communautaire est une réalité admise par les praticiens nationaux du droit — comme un élément perturbateur et de nature à alourdir sérieusement la tâche de la Cour.

64. Partant, il apparaît indispensable, au stade de développement actuel du droit communautaire, de conférer une plus grande rigueur à la définition de l'expression «juridiction d'un État membre» et de décrire ses différentes composantes afin de fournir un cadre de référence précis et ainsi éviter que l'incertitude ne s'installe définitivement en ce domaine. L'attitude initiale de la Cour, consistant à encourager les renvois préjudiciels, volonté que l'on a pu qualifier de pédagogique, doit céder le pas à un mode de collaboration différent, qui ne tienne pas le juge national sous tutelle et lui permette d'assumer sa responsabilité de juge ordinaire du droit communautaire.

C — Les modifications introduites par le traité d'Amsterdam dans le traitement général des questions préjudicielles, en particulier en ce qui concerne les juridictions nationales habilitées à effectuer un renvoi

65. On peut estimer que le traité d'Amsterdam lui-même contient un appel implicite à la Cour pour qu'elle précise la notion de juridiction aux fins du renvoi préjudiciel. Le traité rompt la discipline unitaire du système. À la question préjudicielle «générale», celle de l'article 234 CE, s'ajoutent deux autres catégories de questions, qui revêtent un caractère spécifique et présentent des contours singuliers; l'une figure à l'article 35 UE et l'autre, à l'article 68, paragraphe 1, CE.

66. Le traité sur l'Union européenne a étendu la compétence de la Cour au troisième pilier par trois voies. L'une d'entre elles, de nature préjudicielle, lui permet de statuer sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres, des décisions et des mesures d'application des conventions adoptées pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale, ainsi que sur l'interprétation de ces conventions (article 35, paragraphe 1, UE). La compétence de la Cour dans ce domaine est condition-

nelle, car elle doit être acceptée par les États membres pour devenir effective.

67. Pour sa part, l'article 68 CE attribue à la Cour une compétence préjudicielle dans le domaine relatif à la libre circulation des personnes, à l'exception des mesures adoptées pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.

68. En ce qui concerne le premier type de renvois, je relève que les États membres qui acceptent cette nouvelle compétence de la Cour peuvent choisir entre accorder la faculté — et non le devoir — de poser des questions préjudicielles à l'ensemble de leurs juridictions ou ne conférer ce droit qu'à celles qui se prononcent en dernière instance, c'est-à-dire celles dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un «recours juridictionnel» (article 35, paragraphe 3, UE). Le recours à la seconde catégorie de questions préjudicielles — qui est obligatoire — est directement limité aux juridictions dont les décisions ne sont pas non plus susceptibles d'un «recours juridictionnel» (article 68, paragraphe 1, CE).

69. À mon sens, il est possible que cette modification du régime général du renvoi préjudiciel et la restriction consécutive de la catégorie des juridictions habilitées à effectuer un tel renvoi obéissent à l'idée, plus ou moins explicite, de limiter les larges contours avec lesquels la Cour a défini la notion de juridiction. Il semble que les rédacteurs du traité aient considéré que la notion, telle qu'elle a été interprétée, n'est pas valable pour les nouveaux domaines de compétence créés et qu'il est nécessaire de l'affiner ou de l'éluder en établissant des exceptions dans les affaires pouvant présenter un caractère plus sensible pour la coopération policière et judiciaire en matière pénale et pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

D — La réforme que peut instaurer la ratification du traité de Nice et l'attribution de compétences préjudicielles au Tribunal de première instance

70. La nécessité de clarifier la notion de juridiction apparaît plus urgente encore au vu des résultats de la récente conférence intergouvernementale. Le traité de Nice, signé le 26 février 2001 [91], contient les bases permettant d'attribuer au Tribunal la compétence pour connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 234, dans des matières spécifiques déterminées par le statut. J'estime que la Cour doit clarifier ce qu'elle entend par juridiction nationale, en indiquant au Tribunal la règle à suivre. Si elle s'abstient de le faire, elle s'expose au risque de voir s'ajouter aux hésitations actuelles celles du Tribunal, lorsque les mesures d'application de cette attribution de compétence seront prises et que celle-ci deviendra effective.

71. Le fait que, conformément au nouvel article 225, paragraphe 3, CE les décisions

91 — JO C 80, p. 1.

du Tribunal puissent faire l'objet d'un réexamen par la Cour ne permettra pas, à mon avis, de parer efficacement à l'effet perturbateur d'une divergence entre les deux juridictions communautaires, car l'éventualité d'un réexamen est prévue à titre exceptionnel et paraît être liée aux questions de fond, et non aux problèmes de recevabilité de la question préjudicielle [92], posés notamment par la qualité de l'organe de renvoi. Il serait plus efficace de tracer la voie au préalable plutôt que de le faire a posteriori par la procédure de réexamen.

E — L'opportunité de maintenir toute l'application du droit communautaire dans le champ de la compétence préjudicielle de la Cour

72. Toutefois, la conférence de Nice n'a pas seulement permis d'augmenter le nombre d'organes judiciaires communautaires appelés à définir une interprétation uniforme du droit de l'Union européenne, mais, en prévoyant son élargissement de 15 à 27 États membres, elle entraîne un accroissement exponentiel des juridictions habilitées à effectuer un renvoi préjudiciel. L'avenir de l'Union européenne offre un panorama dans lequel 12 nouveaux États membres, de traditions juridiques très diverses et dotés de structures organisationnelles différentes vont s'intégrer à une communauté de droit dont la réalisation effective exige, comme l'a maintes fois rappelé la Cour, une interprétation et une application uniformes de son ordre juridique. Il est indispensable de délimiter avec précision la notion de juridiction au sens de l'article 234 CE si l'on veut éviter que la Cour et, le cas échéant, le Tribunal ne soient confrontés à une avalanche de renvois préjudiciels effectués par des organes difficiles à caractériser et dont les questions devront être admises, en dépit de leur peu d'utilité [93], à cause du profil flou de cette notion dans la jurisprudence. Le doute s'installera et l'inertie propre à toute institution conduira à l'admission de questions préjudicielles posées par des organes purement administratifs.

73. Le Tribunal a donc lui aussi été appelé à collaborer à la tâche préjudicielle. Toutefois, à mon sens, et malgré le crédit dont il jouit, il ne s'en acquittera pas dans les meilleures conditions. La compétence préjudicielle, souvent qualifiée de «constitutionnelle», n'est pas facile à concilier avec son exercice sous tutelle [94], et le Tribunal n'est pas structurellement conçu pour mener à bien une tâche qui exige un haut degré d'indépendance fonctionnelle, une volonté d'uniformisation, une capacité d'innovation et un esprit de collaboration. «Il ne pourra pas agir avec la liberté nécessaire pour remplir un rôle de guide et conduire l'effort de tous vers une com-

92 — Le réexamen, prévu à titre exceptionnel, ne peut avoir lieu qu'«en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire».

93 — Je dis «de peu d'utilité», car, comme je l'expliquerai plus loin (points 75 à 79), la réponse à des questions préjudicielles posées par des organes qui ne sont pas des juridictions au sens strict du terme peut être inutile si, par la suite, la décision de l'organe de renvoi est susceptible d'être ignorée dans le système juridique interne.

94 — Je rappellerai que, conformément à l'article 225, paragraphe 3, CE les décisions préjudicielles du Tribunal peuvent faire l'objet d'un réexamen par la Cour, à l'initiative du premier avocat général (article 62 du statut de la Cour tel que modifié par le traité de Nice).

préhension commune du droit de l'Union européenne» [95].

74. L'interprétation uniforme du droit communautaire doit rester soumise, sans exception, à la compétence préjudicielle de la Cour. Il s'agit d'une compétence indivisible [96], ce qui milite contre l'intervention du Tribunal dans ce domaine. La clé du succès de la compétence préjudicielle a résidé dans la centralisation de la fonction interprétative, qui facilite l'uniformité. Si d'autres organes y participent, cette unité risque d'être rompue. Lorsque, sur une même notion juridique de droit européen apparaîtront des interprétations divergentes des deux juridictions communautaires, le renvoi préjudiciel aura vécu. Le risque de confusion n'est pas écarté par la circonstance que l'article 225 CE prévoit que le Tribunal se voit attribuer des compétences préjudicielles «dans des matières spécifiques», car tout juriste sait que plusieurs matières partagent des catégories, des institutions et des principes communs, de sorte que la possibilité de divergences n'est pas exclue. La tâche menée à bien dans le cadre préjudiciel correspond à une fonction de préservation du droit, qui a la nature d'un pourvoi en cassation, et il ne peut exister qu'une seule cour de cassation dans un ordre juridique.

95 — Voir ma contribution: Ruiz-Jarabo, D., «La reforma del Tribunal de Justicia realizada por el Tratado de Niza y su posterior desarrollo» au livre intitulé *El Tratado de Niza, análisis y comentarios*, ouvrage collectif auquel ont également collaboré Mariño, F., Silva, R., Mangas, A., Andrés, P. et Moreiro, C., éd. Colex, Madrid, 2001, dans lequel j'ai souligné que le Tribunal «court le risque de suivre le sort d'Icare, le fils de Dédale et de Naucrate dans la mythologie grecque, qui furent enfermés par Minos dans le labyrinthe de Crète. Pour s'en échapper, Dédale eut l'idée de fabriquer à son fils des ailes en plumes d'oiseaux qu'il devrait se coller au corps avec de la cire et lui recommanda de ne voler ni trop près du soleil, pour éviter que la cire ne fonde, ni trop près de la mer, car, en s'humidifiant, les ailes s'alourdiraient et ne pourraient plus lui servir. Le Tribunal se verra dans l'obligation de maintenir un équilibre précaire: se limitant à assister la Cour, il ne pourra pas s'immiscer dans la tâche essentielle de cette juridiction, mais il ne pourra pas non plus renoncer à assurer la coopération avec les juridictions nationales, qui est inhérente à la compétence préjudicielle, ni à tenter d'harmoniser l'interprétation et l'application du droit communautaire. Dans les conditions dans lesquelles elle lui serait conférée, la compétence préjudicielle perd ses éléments les plus caractéristiques et sa raison d'être, à plus forte raison si cette nouvelle compétence est réduite et lui est confiée avec tant de précautions. Il conviendra d'éviter que ne se répète le destin d'Icare, qui, fasciné par le vol, s'approcha tant du soleil que la cire fondit et ses ailes se détachèrent, ce qui entraîna sa chute et sa noyade dans la mer».

96 — Telle est l'opinion émise par la Cour elle-même qui, dans son Rapport sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, publié en mai 1995, a déclaré sans ambages que «[d]e toute évidence, la nécessité d'assurer l'interprétation et l'application uniformes du droit communautaire, ainsi que des conventions indissociablement liées à la réalisation des objectifs des traités postule l'existence d'une juridiction unique, telle que la Cour, qui dit définitivement le droit pour l'ensemble de la Communauté». Et elle ajoute que «[c]ette exigence est essentielle dans toute affaire revêtant un caractère constitutionnel ou présentant autrement un problème important pour le développement du droit».

F — Les effets perturbateurs de l'immixtion d'un organe administratif dans un dialogue entre juges

75. À une époque, la prise en charge par la Cour de la compétence pour répondre aux questions préjudicielles formulées par des organes dont la nature non juridictionnelle ne faisait aucun doute a pu se justifier, comme je l'ai souligné, par le besoin de donner l'impulsion nécessaire à la mise en place progressive d'un espace juridique unitaire à l'intérieur de la Communauté. Or, maintenant que la vitesse de croisière est atteinte et que la communauté de droit

est une réalité admise, l'ouverture du renvoi préjudiciel à des organes n'ayant pas pour mission de juger peut s'avérer perturbatrice.

76. L'article 234 CE crée un instrument de coopération judiciaire, un dialogue technique de juges et entre juges. La Cour a toujours été très claire sur cette qualification. Par conséquent, le renvoi préjudiciel n'a pas pour objet de porter assistance à un organe du pouvoir exécutif.

77. Par ailleurs, les structures administratives qui, selon l'ordre juridique concerné, statuent en appliquant des règles de droit, ne sont pas forcément composées de juristes [97]. Il peut en résulter une formulation de la question préjudicielle qui ne soit pas la mieux appropriée, péchant par un défaut de précision ou manquant de la rigueur technique nécessaire.

78. L'organe judiciaire qui réexamine la décision administrative adoptée à la suite de la réponse de la Cour peut considérer que le renvoi préjudiciel n'était pas nécessaire ou estimer qu'il aurait dû insister sur un autre aspect. S'il parvient à la certitude que l'objet du débat ne porte pas sur l'interprétation ou l'application de règles s'inscrivant dans l'ordre juridique communautaire, la question préjudicielle et les efforts de toute nature investis pour y répondre auront été inutiles, avec la perte de légitimité qu'implique pour la Cour le fait qu'il ne soit pas tenu compte de ses arrêts au motif qu'ils ne répondraient pas à une nécessité.

79. Si ledit organe estime que la question préjudicielle aurait dû être formulée autrement, il se trouvera prisonnier des termes imposés de la question soumise et de la réponse reçue, sans qu'il soit enclin, par souci d'économie de procédure, à recourir de nouveau au mécanisme préjudiciel pour rectifier un processus, selon lui, mal engagé en raison d'une formulation inappropriée de la question. Il est grave que le système de coopération judiciaire instauré par l'article 234 CE soit perturbé parce qu'un organe administratif qui agit de manière bien intentionnée, mais qui manque d'indépendance et de la nécessaire expertise juridique et qui s'immisce dans une relation directe entre la Cour et le juge national, paralyse l'ensemble du processus. Il est déjà arrivé que la manière dont la question préjudicielle a été posée détermine la réponse de la Cour [98], de sorte qu'il importe de préserver le caractère effectivement

97 — Deux exemples. Des trois membres du maaseutuelinkeinojen valituslautakunta finlandais qui avait posé la question préjudicielle admise dans l'arrêt du 22 octobre 1998, Jokela et Pitkäranta (C-9/97 et C-118/97, Rec. p. I-6267), l'un était un expert non juriste. Le Kartellgericht autrichien, qui avait posé la question résolue dans l'arrêt Bronner (précité note 90), était composé de trois membres, dont deux étaient des assesseurs non professionnels.

98 — Dans mes conclusions relatives à l'affaire Gottardo, précitées note 36, j'explique que, en à peine deux ans, la Cour a donné deux réponses complètement différentes à une même question, parce que, dans la première, qui a donné lieu à l'arrêt du 25 juillet 1991, Stoeckel (C-345/89, Rec. p. I-4047), le juge de renvoi n'avait pas fait allusion à une convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) et que, dans la seconde, dans laquelle la Cour a statué par l'arrêt du 2 août 1993, Levy (C-158/91, Rec. p. I-4287), le juge avait invoqué cette convention.

juridictionnel des organes qui interviennent dans le renvoi préjudiciel. Si la question est soumise par un organe administratif, le recours juridictionnel introduit par la suite contre sa décision peut être conditionné par la question posée, par sa forme ou par le moment où elle a été soulevée, de sorte que l'organe véritablement judiciaire sera, pour une bonne part, privé de la faculté d'utiliser le renvoi préjudiciel, car, même s'il pouvait en théorie soumettre une nouvelle question, il imposerait aux parties un retard supplémentaire de la procédure au principal qui serait insupportable pour une administration de la justice déjà assez lente.

En somme, l'admission d'une question préjudicielle posée par des organes administratifs compromet gravement le dialogue entre juges instauré par le traité, revient à interpréter tendancieusement l'objectif qu'il poursuit et dénature la protection juridictionnelle du citoyen.

3. *La proposition d'une nouvelle définition de la notion de «juridiction» aux fins de l'article 234 CE*

A — Le caractère communautaire de la notion

80. Au vu des considérations que je viens d'exposer, il apparaît indispensable que la Cour tente de définir une nouvelle notion de «juridiction» au sens de l'article 234 CE.

81. L'uniformité de l'application du droit communautaire exige que la notion de «juridiction nationale» soit définie dans le cadre de ce droit. C'est au sein de l'ordre juridique communautaire et en fonction de ses nécessités structurelles propres que doit être abordée cette tâche. En d'autres termes, la notion de juridiction ne doit pas être définie uniquement à l'aide des catégories propres au droit interne [99], mais, pour l'essentiel, en fonction de la raison d'être du renvoi préjudiciel, qui est d'assurer au droit communautaire la même efficacité en tous points du territoire de la Communauté, même si les traditions constitutionnelles communes doivent jouer un rôle décisif dans l'interprétation d'une notion si importante.

82. Ne répondent pas à la définition de juridiction les seuls organes que le droit national qualifie comme tels, mais également ceux qui doivent l'être afin qu'aucun secteur du droit communautaire ne puisse échapper au processus d'harmonisation. C'est la raison pour laquelle la Cour a accordé une grande importance au fait que la décision de l'organe de renvoi puisse

99 — Chevallier, M., et Maidani, D., observent, dans leur ouvrage intitulé *Guide pratique — Article 177 CEE*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, que la notion communautaire de juridiction n'est pas totalement autonome par rapport aux catégories juridiques des droits nationaux. Les indices et critères dégagés par la jurisprudence de la Cour plongent leurs racines dans les principes généraux du droit communs à l'ensemble des États membres.

faire l'objet d'un réexamen dans le cadre du système juridique interne. Lorsque cet organe statue en dernière instance, la Cour relativise les critères auxquels elle subordonne la reconnaissance de la qualité de juridiction et attribue cette qualité à des structures administratives. Tel est le cas, à mon sens, des arrêts Danfoss [100] et Broekmeulen [101]. La recevabilité des questions préjudicielles posées dans les affaires Barr et Montrose [102] et Pereira Roque [103] a également été déterminée par le souci de préserver l'effet utile du principe visant à garantir que l'application du droit communautaire s'effectue toujours selon les règles dégagées par la Cour.

B — Règle générale: sont visés par cette notion tous les organes faisant partie de la structure judiciaire nationale

83. Tout au long des présentes conclusions, j'ai décrit la manière dont la Cour a dégagé les critères définissant la notion de juridiction. L'exercice du pouvoir juridictionnel est attribué à des organes créés par la loi, dont les membres sont soumis au droit et agissent, dans le règlement des différends entre parties dont ils sont saisis, en pleine indépendance et en respectant le principe du contradictoire. Toutefois, il n'a pas été prêté une attention suffisante au principe de l'unité et de l'exclusivité en matière juridictionnelle.

84. Conformément à ce dernier principe, l'exercice du pouvoir juridictionnel, celui de juger et de faire exécuter la chose jugée, est confié exclusivement aux juges faisant partie de l'organisation judiciaire. C'est un domaine auquel les autres serviteurs de l'État n'ont pas accès. Le fondement de ce principe est identique à celui de la légitimité même de l'autorité judiciaire: l'indépendance et la soumission au droit. En principe, donc, les organes de renvoi ne peuvent être que des organes judiciaires, c'est-à-dire ceux qui se sont vu attribuer, à titre expressément exclusif, le pouvoir de juger.

85. Le parcours que j'ai effectué à travers la jurisprudence de la Cour démontre que les organes qui font partie des structures judiciaires nationales sont, dans tous les cas, des juridictions au sens de l'article 234 CE [104], ce qui, toutefois, ne signifie

100 — Précité note 77.

101 — Arrêt du 6 octobre 1981 (246/80, Rec. p. 2311), dans lequel la Cour a reconnu la qualité de juridiction à une commission instituée par l'association royale néerlandaise pour la promotion de la médecine, dont la mission était d'examiner les recours introduits contre les décisions de la commission d'enregistrement des omnipraticiens. La Cour s'est fondée essentiellement sur l'absence, dans la pratique, d'une voie de recours contre les décisions de la commission, même si, de lege lata, cette possibilité existait. C'est dans cette optique (voir, en ce sens, points 23 à 25 des conclusions de l'avocat général Tesauro relatives à l'affaire Dorsch Consult, précitée note 16) que doit être compris cet arrêt.

102 — Arrêt précité note 83.

103 — Arrêt précité note 85.

104 — Peut-être est-ce à cela que faisait allusion la Cour lorsqu'elle a affirmé, dans les arrêts Birra Dreher, précité note 32, et Simmenthal, précité note 34, que la procédure de renvoi préjudiciel est ouverte à toute juridiction nationale. Seul l'arrêt Corbiau, précité note 12, justifierait une solution différente; la Cour y a déclaré que le directeur des contributions directes et des accises luxembourgeois n'est pas une juridiction au sens du traité, bien que le Conseil d'État (Luxembourg) lui ait reconnu cette qualité (voir note 14). Toutefois, la doctrine luxembourgeoise elle-même lui conteste ce caractère juridictionnel (voir points 36 à 39 des conclusions de l'avocat général Darmon).

pas que toute question soumise par un organe de cette nature doive être automatiquement admise et tranchée au fond. L'organe de renvoi, de surcroît, doit agir en qualité de juridiction et être saisi d'un litige — d'un différend entre parties — qu'il soit appelé à résoudre en interprétant et en appliquant les règles de droit. En somme, il doit exercer son pouvoir de juger [105]. Dans ces circonstances, tout organe qui fait partie de l'organisation judiciaire d'un État membre et qui agit de façon indépendante dans le but de trancher, conformément aux règles de droit, un litige dans le cadre d'une procédure contradictoire est dans tous les cas une juridiction au sens de l'article 234 CE, ce que la Cour est tenue de reconnaître, car elle ne peut refuser cette qualité à l'organe qui la possède en vertu du droit national.

Sont, bien entendu, comprises dans cette définition les exigences qui découlent de la notion de «tribunal» au sens de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, plus particulièrement, de son article 6, paragraphe 1, telles qu'interprétées par les institutions de Strasbourg. Par le biais de ce dénominateur commun — la convention ayant été ratifiée par tous les États membres — les difficultés qui, sans cela, pourraient résulter des conceptions différentes de la fonction juridictionnelle prévalant dans les divers ordres juridiques, sont surmontées.

105 — Je rappellerai que dans l'affaire Job Centre I, précitée note 66, la Cour a rejeté d'emblée une question préjudicielle soulevée par un tribunal dans le cadre d'une procédure qui n'était pas contentieuse, mais gracieuse.

86. À l'inverse, un organe qui ne fait pas partie de la structure judiciaire interne, qui ne dispose pas du pouvoir de «dire le droit» en interprétant et en appliquant les lois [106] dans le cadre de procédures judiciaires, ne doit pas être considéré comme une juridiction. Comme je l'ai souligné, la question préjudicielle implique un dialogue de juges et entre juges.

C — Exception: sont visés par la notion de juridiction les organes qui, sans faire partie de la structure judiciaire, ont le dernier mot dans l'ordre juridique national

87. La Cour ne devrait admettre qu'exceptionnellement les questions préjudicielles posées par un organe ne faisant pas partie de l'organisation judiciaire nationale, lorsque l'organe de renvoi, bien que se situant en dehors de la structure judiciaire, rend des décisions non susceptibles de recours et a donc le dernier mot dans l'ordre juridique interne. Dans ces situations, eu égard à la finalité et à la raison d'être du renvoi préjudiciel, la Cour se doit d'admettre les

106 — Certains organes du pouvoir exécutif interprètent et appliquent eux aussi les règles de droit, sans remplir pour autant une fonction juridictionnelle. La fonction de «jus dicere», qui consiste à dire quel est le droit dans un cas concret, ne se limite pas à l'application de la loi. Elle va plus loin. Elle «anime» la potentialité de l'ordre juridique. Le juge, en certaines occasions, applique des règles préexistantes; dans d'autres cas, toutefois, il fait plus que cela, il les extrait en appliquant des principes d'intégration normative et, ainsi, fait œuvre créatrice. Un acte administratif n'équivaut jamais, et ne saurait équivaloir, à une décision de justice. Son but n'est pas de dire le droit, mais de répondre à des besoins concrets; la fonction qu'il remplit est, de par sa finalité, métajuridique, bien que le droit l'encadre et le limite (de Mendizábal, R., *Códice con un juez sedente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, p. 165 et 166).

questions qui lui sont soumises et d'y répondre [107]. Malgré la consolidation actuelle de la procédure de renvoi préjudiciel, il demeure nécessaire que la Cour veille à ce que les situations régies par le droit communautaire ne soient pas exclues de sa compétence et, partant, bénéficient d'une interprétation uniforme des règles qui les commandent.

88. Toutefois, ces situations sont non seulement exceptionnelles, mais virtuellement inexistantes, grâce à la reconnaissance du droit à une protection juridictionnelle effective, qui exige la disparition de domaines exempts de contrôle juridictionnel.

Le droit d'accès à un tribunal est garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. S'il est vrai que seules les garanties que tout procès équitable doit présenter sont expressément régies par cette disposition, il n'en reste pas moins quecelles-ci seraient privées d'effet utile si l'existence préalable du droit à la protection juridictionnelle n'était pas reconnue. La primauté du droit est inconcevable sans la possibilité d'accéder aux tribunaux. «Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès» [108]. À l'inverse, on ne peut pas non plus parler d'une véritable protection juridictionnelle si le procès ne comporte pas ces garanties. «Accès au juge» et «garanties du procès» constituent donc un tout indissociable, ce qui permet d'affirmer qu'il n'y a pas de protection juridictionnelle effective en l'absence de ces garanties, parmi lesquelles celles de l'indépendance de l'organe décisionnel et du caractère contradictoire de la procédure revêtent une importance particulière.

La jurisprudence communautaire également a consacré le droit au juge [109], qui confère aux particuliers la faculté d'invoquer devant le tribunal compétent les droits et intérêts légitimes que leur reconnaît l'ordre juridique de l'Union européenne, en vue de leur réalisation effective.

Les arrêts Johnston [110] et Heylens e.a. [111] ont défini les contours de ce droit, qui, conformément à ce qui a été exposé, exige que soit ouverte la possibilité de contester par voie juridictionnelle toute décision d'une autorité nationale entravant l'exercice d'un droit conféré par l'ordre juridique communautaire. Ainsi, tout citoyen d'un État membre possède le droit de s'adresser à un juge pour qu'il protège les droits que

107 — À plusieurs reprises dans les présentes conclusions, j'ai observé que la Cour était sensible à la nécessité, d'une part, d'étendre l'utilisation de la procédure du renvoi préjudiciel et, d'autre part, d'assurer l'application uniforme du droit communautaire par le biais de l'admission de questions préjudicielles soulevées par des organes dont les décisions n'étaient pas susceptibles de recours juridictionnels.

108 — Voir Cour eur. D. H., arrêt Golder du 21 février 1975, série A n° 18, § 35.

109 — Selon l'expression de l'avocat général Darmon dans ses conclusions relatives à l'affaire Johnston (arrêt du 15 mai 1986, 222/84, Rec. p. 1651).

110 — Cité note précédente.

111 — Arrêt du 15 octobre 1987 (222/86, Rec. p. 4097).

lui reconnaît l'ordre juridique communautaire [112]. En conséquence, l'existence de décisions administratives ne pouvant faire l'objet d'un réexamen par un tribunal doit revêtir, dans le système juridique des États membres, un caractère anecdotique.

89. Pour admettre une question préjudicielle soulevée par un organe qui, selon l'ordre juridique national, ne fait pas partie du système judiciaire, la Cour se devra d'appliquer rigoureusement les critères énumérés dans sa jurisprudence et dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier ceux de l'indépendance et du caractère contradictoire de la procédure, pour les raisons ci-dessus exposées.

90. En ce qui concerne le dernier de ces critères, la Cour se doit de revenir sur les limitations qu'elle a énoncées dans ses propres arrêts [113]. Sauf dans ses décisions les plus récentes et les plus malheureuses, un tel relâchement du principe en question n'intervenait que lorsque l'absence de caractère contradictoire était compensée par la position équidistante du juge par rapport aux parties au litige.

91. La rigueur est plus nécessaire encore en ce qui concerne le critère de l'indépendance de l'organe appelé à trancher et qui décide de soumettre une question préjudicielle [114]. Dans quelques cas, la Cour est allée très loin dans l'interprétation de cet élément fondamental de la fonction juridictionnelle, en le dénaturant [115].

92. L'indépendance n'est pas un attribut accidentel, mais consubstantiel, de la fonction juridictionnelle. Elle comporte deux aspects, l'un personnel, l'autre fonctionnel. Le premier vise directement la personne de celui qui a pour tâche de juger et exige certaines garanties qui la protègent, comme l'inamovibilité. L'aspect fonctionnel implique l'absence de liens hiérarchiques, sauf ceux, purement procéduraux, induits par la voie d'appel. L'indépendance ne doit pas seulement prévaloir vers l'extérieur, face à des éléments étrangers au pouvoir judiciaire et au procès, mais doit également se manifester à l'intérieur, à l'égard des intérêts qui s'affrontent. Dans ce cas, indépendance est synonyme d'impartialité. En définitive, on ne saurait être juge et partie et il est impossible de concevoir la fonction

112 — En d'autres termes, les justiciables ne peuvent être privés, en application de règles de procédure internes, de la faculté de faire valoir par voie juridictionnelle les droits que leur confère le système juridique communautaire. Ce principe garantit que toute infraction audit système de la part des autorités nationales est susceptible de contrôle juridictionnel. Il n'existe pas d'immunités de pouvoir. L'avocat général Darmon a indiqué au point 54 de ses conclusions dans l'affaire Corbiau (précitée note 12) que tout particulier tire du droit communautaire le droit inaliénable de s'adresser à une juridiction au sens de l'article 234 CE dès lors qu'une question d'interprétation est soulevée, ce nonobstant la limitation d'une telle voie de recours par le droit national.

113 — Celle selon laquelle il appartient exclusivement à la juridiction nationale d'apprécier l'opportunité de soumettre la question à la suite d'un débat contradictoire (arrêts Simmenthal et Ligur Carni, précités notes 34 et 35) ou celle qui veut qu'une procédure soit contradictoire simplement lorsque les parties ont été entendues par l'autorité ayant adopté la décision qu'elles contestent devant l'organe de renvoi, bien qu'il n'y ait pas de débat devant cette instance (arrêt Dorsch Consult, précité note 16).

114 — L'augmentation récente du nombre des questions préjudicielles posées par des organes administratifs compétents pour se prononcer en matière de passation des marchés publics n'est pas étrangère à cette urgence.

115 — L'affaire Gabalfrisa e.a., précitée note 27, est caractéristique à cet égard.

juridictionnelle sans organe impartial et indépendant.

93. L'assimilation de l'indépendance à la qualité de tiers de l'organe décisionnel vis-à-vis des parties est par trop réductrice et simpliste. Cette qualité de tiers est, comme je l'ai signalé [116], nécessaire, mais pas suffisante. L'indépendance va bien au-delà: elle signifie équidistance par rapport aux parties et à l'objet du litige, c'est-à-dire absence de tout intérêt dans la solution du litige qui ne soit pas la stricte application de l'ordre juridique [117], d'où la nécessité de prévoir des motifs d'abstention et de récusation. Toutefois, l'indépendance est également synonyme de liberté vis-à-vis des supérieurs hiérarchiques, des organes de gouvernement, des autres autorités de l'État et des pressions sociales. L'inamovibilité est la cause et le reflet de l'indépendance judiciaire; elle signifie que les juges ne peuvent être révoqués, suspendus, mutés ni mis à la retraite que pour les quelques motifs prévus et dans le cadre des garanties instituées par la loi [118]. Enfin, le corollaire de l'indépendance est la responsabilité personnelle du juge, qui constitue, par ailleurs, la contrepartie de la subordination du juge à l'unique lien de soumission que l'ordre juridique lui permet et lui impose: le droit.

L'impartialité et l'indépendance sont des vertus fragiles et il convient de les protéger avec la plus grande rigueur. Les organes dont les décisions peuvent être contrôlées, réexaminées ou révoquées, même partiellement ou en théorie, par une autorité non judiciaire [119], ne sont pas à proprement parler indépendants et, par voie de conséquence, capables de garantir une protection juridictionnelle effective.

94. En conséquence, pour apprécier le caractère juridictionnel de l'organe qui lui soumet une question préjudicielle, la Cour est tenue de vérifier s'il offre la garantie de l'indépendance sous tous ses aspects et s'il est soumis uniquement au droit, en vertu de règles claires sur les procédures de nomination, la permanence de la fonction et les motifs d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres qui le situent à un point équidistant des intérêts en conflit et le mettent à l'abri de toute sorte de suggestions, d'indications et de pressions extérieures, qu'elles soient manifestes ou dissimulées.

95. En somme, selon la règle générale, les questions préjudicielles ne peuvent être soumises que par des juridictions, dans le cadre de procédures dans lesquelles elles sont appelées à résoudre un litige en faisant usage du pouvoir de juger. À titre d'exception, les questions posées par d'autres

116 — Voir note 13.

117 — C'est ce que Calamandrei, P., a appelé «attitude psychologique d'indifférence initiale» dans son ouvrage intitulé *Elogio dei Giudici scritto da un avvocato*, Ponte Alle Grazie, Florence, 1989, p. 29 et 122. L'absence d'impartialité est «la négation de l'activité judiciaire dans son essence même» (arrêt du Tribunal Constitucional espagnol n° 142/1997).

118 — Sidgwick, H., (auquel de Mendizábal, R., se réfère dans l'ouvrage cité note 106, p. 201), déclare, dans *The Elements of Politics*, que la simple nomination des juges par le pouvoir législatif ou exécutif ne met pas en danger leur indépendance si elle s'accompagne de l'inamovibilité de la fonction et du grade.

119 — Voir Cour eur. D. H., arrêts Van de Hurk du 19 avril 1994, série A n° 288, § 45, et Findlay c. Royaume-Uni du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I, § 77.

organismes ne sont recevables que lorsque aucune possibilité de recours judiciaire n'est ouverte contre leurs décisions et pour autant qu'ils offrent des garanties d'indépendance et respectent le principe du contradictoire.

D — Les avantages de la proposition

96. Avec la nouvelle approche de la notion de «juridiction nationale» que je propose de retenir, la tâche de la Cour serait simplifiée et aurait le mérite de produire des résultats beaucoup plus clairs qu'aujourd'hui. Confrontée à des questions préjudicielles posées par des organes faisant partie de la structure judiciaire d'un État membre, elle devrait uniquement vérifier qu'ils agissent dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Lorsque la question est soumise par un organe qui ne fait pas partie de cette structure, la Cour serait tenue de vérifier, en premier lieu, que la décision qu'il est appelé à adopter n'est pas susceptible d'un contrôle juridictionnel ultérieur et, ensuite, de procéder à une analyse stricte du respect des critères qui caractérisent un organe exerçant une fonction de nature juridictionnelle.

97. En outre, il est possible d'envisager, si les critères proposés sont appliqués, une baisse du nombre des questions préjudicielles.

J'ai déjà indiqué, au point 41 des conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Kofisa Italia [120], qu'une augmentation importante du nombre d'affaires sur lesquelles la Cour doit statuer pourrait attenter, de façon indirecte, à l'interprétation uniforme du droit communautaire que la procédure de renvoi préjudiciel prétend sauvegarder. L'admission de questions posées par des organes qui ne font pas partie de l'organisation judiciaire nationale est susceptible d'augmenter la charge de travail de la Cour et d'allonger les délais nécessaires pour statuer. Cet allongement des délais, dû à l'admission de questions préjudicielles inutiles [121], pourrait dissuader les juridictions des États membres de soulever les questions essentielles à l'application uniforme du droit communautaire, ce qui ne manquerait pas d'affecter la coopération judiciaire voulue par l'article 234 CE.

98. En dernier lieu, il convient de rappeler quels effets produisent sur le système des sources les compétences attribuées par la Cour aux juridictions nationales. Selon l'arrêt Simmenthal [122], tout juge d'un État membre, compétent pour appliquer les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination

120 — Arrêt du 11 janvier 2001 (C-1/99, Rec. p. I-207).
121 — Voir point 78 des présentes conclusions.
122 — Arrêt du 9 mars 1978 (106/77, Rec. p. 629).

préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

99. Dans l'affaire Factortame [123], la Cour a ajouté que la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait tout aussi diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder des mesures provisoires en vue de garantir l'effectivité de la décision juridictionnelle qu'il doit prononcer. En pareille situation, le juge a la possibilité d'écarter l'application de cette règle [124].

100. En tout état de cause, la flexibilité avec laquelle la Cour interprète la notion de juridiction au sens de l'article 234 CE pose de sérieux problèmes lorsque des organes qui ne sont pas des juridictions selon l'ordre juridique national se voient reconnaître cette qualité, car cela rompt l'identité qui doit exister entre l'organe qui formule la question et celui qui reçoit la réponse. Bien que l'on puisse concevoir que la Cour ait élargi la notion de juridiction, comme elle l'a malheureusement fait, pour l'étendre aux organes administratifs, il est plus difficile de comprendre que, dans sa réponse, elle leur ait conféré des pouvoirs que le droit national ne leur reconnaît pas, violant ainsi le système constitutionnel en cause. Si la Cour accorde au juge national la plénitude de compétence en tant que juge communautaire [125] — et, pour s'en convaincre, il suffit de rappeler les termes catégoriques de l'arrêt Simmenthal que je viens de citer — on a du mal à comprendre que cette compétence soit conférée à des organes qui, selon le droit de leur propre pays, ne font pas partie du pouvoir judiciaire et sont considérés comme de simples instances administratives. Il est plus difficile encore de saisir pourquoi la Cour, en répondant à un organe qu'elle considère comme juridictionnel, bien qu'il soit d'une autre nature pour l'État auquel il appartient, ne s'adresse qu'aux organes faisant véritablement partie de la structure judiciaire nationale [126].

101. Je crois qu'il n'est pas nécessaire de trop insister sur l'inopportunité d'étendre aux organes administratifs le pouvoir de ne pas appliquer des règles de droit. En somme, il s'agit d'une illustration supplémentaire de la nécessité de réserver aux organes strictement judiciaires, sauf exception, la faculté de soumettre des questions préjudicielles.

123 — Arrêt du 19 juin 1990 (C-213/89, Rec. p. I-2433).

124 — L'application de cette jurisprudence aux organes habilités à soumettre des questions préjudicielles est confirmée au point 21 du même arrêt. Au point suivant, la Cour ajoute que l'effet utile du système instauré par l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE) serait amoindri si la juridiction nationale qui sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour réponde à sa question préjudicielle ne pouvait pas accorder les mesures provisoires nécessaires pour garantir l'effectivité de la décision qu'elle est appelée à prononcer après avoir obtenu la réponse de la Cour.

125 — Alonso García, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, éd. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 332 et 333, met en lumière la jurisprudence confuse issue de l'arrêt du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), dans lequel la Cour a énoncé avec emphase l'obligation incombant non seulement aux organes judiciaires, mais à l'administration publique elle-même, de ne pas appliquer les dispositions du droit interne contraires au droit communautaire, commettant la grave erreur de ne pas préciser que le constat d'une telle incompatibilité devait recevoir l'appui de la Cour.

126 — Voir la contribution de Barav, A., «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», dans *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, éd. Dalloz, Paris, 1991, p. 1 et suiv.

4. *Le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale*

102. Je dois avouer que, comme nous allons le voir ci-après, le cas du collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale est un cas limite. Sa reconnaissance en tant que juridiction aux fins de l'article 234 CE serait très douteuse à la lumière de la jurisprudence de la Cour. Toutefois, comme nous le verrons également, cette condition de cas extrême illustre à la perfection l'utilité d'un changement d'orientation comme celui que je suggère.

La question a été soumise par une structure collégiale réunissant toutes les caractéristiques extrinsèques d'un tribunal, mais qui n'est pas un organe judiciaire. Pour apprécier sa véritable nature, il convient de faire une halte et d'analyser la réglementation belge applicable aux recours en matière de taxes provinciales et locales.

103. La loi du 23 décembre 1986[127] a attribué aux députations permanentes des conseils provinciaux[128], lorsqu'elles exercent une mission juridictionnelle, la compétence pour connaître des réclamations introduites par les redevables contre les impositions.

104. La députation permanente est un organe collégial, composé de sept membres dont six sont élus par le conseil provincial en son sein et dont le septième est le gouverneur qui la préside[129]. Le mandat est lié à celui du conseil provincial et, en conséquence, sa durée est actuellement fixée à six ans[130]. Les membres de la députation permanente ne peuvent être révoqués ou faire l'objet de poursuites disciplinaires[131]. Ne peuvent être membres de la députation permanente ni les membres de l'ordre judiciaire, ni les ministres des cultes, ni les agents des administrations provinciales et communales; les mandats de bourgmestre et de conseiller communal sont également incompatibles avec cette fonction[132].

105. La députation permanente est l'organe exécutif de la province et cumule des

127 — «Loi relative au recouvrement et au contentieux en matière de taxes provinciales et locales» (*Moniteur belge* du 12 février 1987).

128 — Voir articles 5 et 9.

129 — Articles 96 et 104 de la loi provinciale du 30 avril 1836 (texte paru dans le *Moniteur belge* du 23 décembre 1891), dans la version de la loi du 25 juin 1997.

130 — Article 100 de la loi provinciale citée note précédente, dans la version de l'article 10 de la loi du 15 mai 1949. Le terme de six ans a été fixé par l'article 224 de la loi du 16 juillet 1993.

131 — Voir point 1, troisième alinéa, de la partie intitulée «Fonctionnement et compétences» de la réponse du gouvernement belge aux questions qui lui ont été posées par la Cour.

132 — Les incompatibilités sont régies par l'article 27 de la loi organique des élections provinciales, du 19 octobre 1921. Le régime des incompatibilités est complété par l'article 71 de la nouvelle loi communale du 24 juin 1988, codifiée par l'arrêté royal du même jour (*Moniteur belge* du 3 septembre 1988), lequel a été ratifié par la loi du 26 mai 1989 (*Moniteur belge* du 30 mai 1989).

fonctions administratives, réglementaires et juridictionnelles [133]. Lorsqu'elle exerce une mission juridictionnelle, elle le fait dans le cadre d'une procédure contradictoire [134]. Pour autant que la valeur de la demande atteigne au moins 10 000 BEF, la décision peut faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel. L'arrêt de la Cour d'appel ou, si celle-ci n'est pas compétente, la décision de la députation permanente, peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation [135].

106. Conformément à l'article 83 quinquies, paragraphe 2 [136], de la loi du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises [137], les missions juridictionnelles qui sont exercées dans les provinces par la députation permanente sont confiées, dans la Région de Bruxelles-Capitale, à un collège de neuf membres désignés, pour une durée illimitée, par le Conseil de la Région sur proposition de son gouvernement [138]. C'est le collège juridictionnel.

107. Bien qu'il n'existe aucune règle spécifique régissant leur statut, les membres du collège ne peuvent être ni révoqués ni poursuivis disciplinairement et sont soumis aux mêmes incompatibilités que les membres de la députation permanente dans les provinces [139]. Les règles de procédure sont identiques à celles qui s'appliquent lorsque la députation permanente exerce une mission juridictionnelle dans les provinces [140] et les conditions dans lesquelles ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours sont les mêmes [141].

108. L'article 9 de la loi du 24 décembre 1996 [142] a prévu que les députations permanentes se prononceraient désormais sur les réclamations en tant qu'autorités administratives. Pour la Région de Bruxelles-Capitale, au contraire, le deuxième alinéa de cet article a maintenu la compétence du collège juridictionnel.

133 — Voir titre VII, chapitre 1er, de la loi provinciale précitée, ainsi que Uyttendaele, M., *Regards sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 1034 et 1035.

134 — Voir article 104 bis de la loi provinciale de 1836, incorporé par la loi du 6 juillet 1987 (*Moniteur belge* du 18 août 1987) et l'arrêté royal du 17 septembre 1987 (*Moniteur belge* du 29 septembre 1987).

135 — Voir article 7 de la loi du 23 décembre 1986, précitée.

136 — Incorporé par la loi spéciale du 16 juillet 1993.

137 — *Moniteur belge* du 14 janvier 1989.

138 — Au moins trois membres appartiennent au groupe linguistique minoritaire.

139 — Voir article 83 quinquies, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la loi du 12 janvier 1989, ainsi que points 1 et 2 de la partie intitulée «Fonctionnement et compétences» de la réponse du gouvernement belge, précitée.

140 — Voir l'article 83 quinquies, paragraphe 2, troisième alinéa, de la loi de 1989.

141 — Voir l'article cité dans la note précédente, en liaison avec l'article 7 de la loi du 23 décembre 1986. Le renvoi effectué par l'article 83 quinquies de la loi de 1989 aux règles procédurales régissant l'activité juridictionnelle des députations permanentes vise également les recours. Voir, en ce sens, les deux derniers alinéas de la réponse du gouvernement belge, dans lesquels il déclare qu'un recours contre la décision du collège juridictionnel peut être introduit devant la Cour d'appel, pour autant que la valeur de la demande atteigne au moins 10 000 BEF. À l'alinéa suivant, il ajoute qu'un pourvoi en cassation est également prévu soit contre la décision de la «députation permanente» (sic), soit contre l'arrêt de la Cour d'appel, affirmation qui découle du fait qu'il considère que le renvoi prévu à l'article 83 quinquies doit être interprété comme visant aussi les dispositions applicables aux recours, c'est-à-dire l'article 7 de la loi de 1986. De cette manière, si la décision du collège peut faire l'objet, selon les cas, d'un appel ou d'un pourvoi, la référence à la «députation permanente» dans la réponse du gouvernement belge doit être comprise, en raison de ce qui précède et dans le contexte, comme se rapportant au collège juridictionnel.

142 — *Moniteur belge* du 31 décembre 1996.

109. Cette modification a été à l'origine d'un recours introduit devant la Cour d'arbitrage [143] contre cet article, fondé sur la violation des articles 10 et 11 de la Constitution belge. L'arrêt a déclaré que l'article 9 de la loi du 24 décembre 1996 était effectivement contraire au principe d'égalité, car il résultait de cette disposition une différence de traitement injustifiée entre les habitants de Bruxelles et ceux du reste du pays. Les premiers bénéficiaient d'une procédure juridictionnelle, alors que les seconds devaient se contenter d'une procédure administrative. En conséquence, la Cour d'arbitrage a annulé la disposition en cause, revenant au système antérieur à son entrée en vigueur [144].

110. En définitive, une nouvelle loi relative au contentieux en matière fiscale, du 15 mars 1999 [145], a retiré aux députations permanentes la compétence en question pour la confier au gouverneur provincial ou à un collège composé de représentants municipaux, selon qu'il s'agit de taxes provinciales ou communales, agissant en tant qu'autorités administratives, et dont les décisions sont susceptibles de recours devant le tribunal de première instance territorialement compétent [146].

111. Après la réforme de 1999, il existe une incertitude sur la question de savoir si le collège juridictionnel est toujours compétent pour connaître des recours dirigés contre les taxes de la Région de Bruxelles-Capitale. L'article 9 de la loi de 1996 prévoyait que, dans les provinces, le redevable pouvait introduire un recours devant la députation permanente, qui agissait en tant qu'autorité administrative, alors que dans cette région, l'organe compétent était le collège juridictionnel. Cette disposition a été annulée dans son intégralité et de façon catégorique par la Cour d'arbitrage. La loi du 15 mars 1999 rétablit la disposition en cause, dans une version qui ne fait aucune référence au collège. Toutefois, il ne semble pas qu'il ait été dérogé à l'article 83 quinquies de la loi de 1989, qui régit les institutions de la Région Bruxelles-Capitale, de sorte qu'une première approche devrait me permettre de déduire que les réclamations en matière de taxes de la Région doivent être introduites devant cet organe spécifique.

Cependant, une analyse plus approfondie me conduit à constater que l'article 83 quinquies lui attribuait l'exercice de fonctions juridictionnelles qui incombaient, dans les provinces, à la députation permanente. Cet organe n'intervenant plus du tout en matière de taxes locales, il en va de même pour le collège juridictionnel. Toutefois, une raison plus déterminante confirme cette déduction: il s'agit de la ratio decidendi de l'arrêt n° 30/98, précité, de la Cour d'arbitrage ayant déclaré nul l'article 9 susmentionné dans sa version de 1996, au motif qu'il prévoyait une procédure juridictionnelle pour la Région de Bruxelles-Capitale et une procédure administrative dans les provinces. Dans ces circonstances, le maintien de la compétence du collège après la loi de 1999 équivaudrait

143 — Il s'agit de la juridiction chargée d'interpréter la Constitution belge et d'en assurer le respect.

144 — Arrêt n° 30/98, du 18 mars 1998.

145 — *Moniteur belge* du 27 mars 1999.

146 — Voir articles 9 et 10 de la loi du 24 décembre 1996, dans les versions respectives des articles 91 et 92 de la loi du 15 mars 1999.

à reproduire l'inégalité de traitement rejetée par l'arrêt de 1998 [147].

112. La doctrine belge a qualifié sans réserves les députations permanentes d'organes politiques [148]. À mon sens, on ne peut pas en dire autant du collège juridictionnel. Il est vrai que, dans les deux cas, les mêmes fonctions étaient exercées dans le cadre d'une même procédure, mais l'origine des membres du collège et l'exclusivité de la mission qu'il exerce lui confèrent un profil particulier.

113. Les membres des députations permanentes, malgré le régime des incompatibilités, appartiennent à leurs conseils provinciaux respectifs, lesquels sont issus d'un processus électoral [149], et leur mandat, comme nous l'avons vu, est lié à celui de cet organe politique. La députation est présidée par le gouverneur, qui est le représentant du gouvernement dans la province [150] et qui a voix délibérative, celle-ci étant prépondérante en cas de partage des voix [151]. Par ailleurs, la députation concentre entre ses mains des fonctions politiques, administratives et juridictionnelles dont le cumul ne paraît pas être la formule la mieux adaptée pour garantir l'indépendance des membres qui la composent [152].

114. Le collège juridictionnel, au contraire, est composé de personnes qui, bien que soumises aux mêmes incompatibilités que les membres des députations permanentes, ne proviennent pas des structures gouvernementales, même si elles sont désignées par le gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et, ce qui est plus important, si leur mandat n'est pas lié à celui de l'autorité qui les nomme. En outre, elles exercent uniquement des fonctions juridic-

147 — Afschrift, T., et Igalson, M., «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», *Journal des tribunaux*, n° 593, 26 juin 1999, p. 48 et suiv., paragraphe 132, semblent être du même avis. Ils affirment que, après l'arrêt de la Cour d'arbitrage, il aurait été préférable de créer dans les régions flamande et wallone des institutions identiques au collège juridictionnel. Le choix du législateur en 1999 s'est porté sur la solution inverse: des réclamations purement administratives assorties de la possibilité d'un réexamen judiciaire.

148 — Leroy, M., dans son ouvrage intitulé *Contentieux administratif*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 96 à 98, affirme que les députations permanentes sont, avant tout, des institutions politiques et que si, dans la pratique, leurs décisions sont rarement critiquées pour leur partialité, il n'est pas justifié, du point de vue des principes, d'ériger des hommes politiques en juges. Uyttendaele, M., dans l'ouvrage précité, p. 1035, se référant à ces collèges, estime qu'il est frappant de voir un organe politique exercer des fonctions juridictionnelles.

149 — Voir article 2 de la loi provinciale du 30 avril 1836, dans la version de la loi du 11 avril 1936.

150 — Voir article 4 de la loi provinciale du 30 avril 1836, dans la version de la loi du 25 juin 1997.

151 — Voir premier et troisième tirets de l'article 104 de la loi provinciale de 1836, précitée.

152 — Les personnes devant juger de la légalité d'une imposition proviennent de l'organe qui, dans l'exercice de ses compétences réglementaires, a approuvé le règlement-taxe et qui a liquidé l'impôt, en tant qu'autorité administrative. Afschrift, T., et Igalson, M., critiquent, dans l'ouvrage précité, l'absence d'indépendance du collège des représentants municipaux instauré par la réforme de 1999 et estiment que ses membres ne seront pas très enclins à annuler les liquidations opérées en application de textes adoptés par le conseil communal lui-même, dont ils font partie, et effectuées par des fonctionnaires qui travaillent sous leur autorité directe.
Toutefois, dans l'arrêt du 19 mars 1991, Giant (C-109/90, Rec. p. I-1385), la Cour a donné une réponse à une question préjudicielle posée par la Bestendige Deputatie van de Provincieraad van Brabant. Elle s'est prononcée sur le fond sans examiner le caractère juridictionnel de l'organe de renvoi. L'avocat général Jacobs, qui avait abordé le problème, avait proposé d'admettre le renvoi, après avoir fait observer que la députation tenait des audiences publiques selon une procédure contradictoire et qu'elle était tenue de motiver ses décisions.

tionnelles. Cette caractéristique a permis à un secteur de la doctrine d'affirmer que le collège juridictionnel est entièrement indépendant vis-à-vis de l'autorité locale [153].

115. Toutefois, la circonstance qu'il n'est pas une instance politique et le fait qu'il exerce sa compétence en étant indépendant de l'autorité qui désigne ses membres constituent des éléments qui, sans être dénués de pertinence, ne le transforment pas automatiquement en une juridiction aux fins de l'article 234 CE.

116. Le collège est une institution qui bénéficie d'une indépendance fonctionnelle, mais qui n'en fait pas moins partie intégrante de l'organisation administrative de la Région de Bruxelles-Capitale, et à laquelle ont été confiées des compétences pour résoudre les réclamations portant sur les taxes de la Région elle-même [154]. Il se présente en réalité comme un filtre entre, d'une part, les autorités administratives qui gèrent et liquident les impôts et, d'autre part, les tribunaux [155]. Il ne fait bien évidemment pas partie du pouvoir judiciaire, à telle enseigne que ses membres ne peuvent pas être juges. Ne s'agissant pas d'un tribunal, il ne devrait pas se voir reconnaître la qualité de juridiction aux fins de l'article 234 CE.

117. Il est vrai que la doctrine belge ne conteste pas la qualification du collège en tant qu'organe exerçant des fonctions juridictionnelles [156]. Le fait que, dans l'arrêt n° 30/98, précité, la Cour d'arbitrage ait déclaré que la procédure suivie devant le collège était «juridictionnelle» ne l'est pas moins. Toutefois, cette dernière affirmation ne contredit pas la thèse selon laquelle il ne s'agit pas d'un organe judiciaire. La Cour d'arbitrage s'est prononcée dans le cadre d'une procédure de contrôle de constitutionnalité de la loi de 1986 au regard du principe d'égalité et entendait souligner la différence avec le terme de la comparaison, à savoir les députations permanentes. La décision est fondée sur la qualification différente des deux institutions, dont j'ai fait état aux points précédents.

En tout état de cause, «exercice de fonctions juridictionnelles» n'est pas synonyme d'«organe judiciaire». La jurisprudence de la Cour de justice constitue, comme nous l'avons vu, un bon exemple à cet égard et les présentes conclusions ont précisément pour objet de surmonter cette confusion terminologique. Nul n'a jamais prétendu, ou pourrait prétendre, que le collège juridictionnel fait partie de l'organisation judiciaire, sans préjudice du fait qu'il agit, dans

153 — Afschrift, T., et Igalson, M., op. cit.

154 — Conformément aux dispositions de l'article 83 quinquies de la loi du 12 janvier 1989, les compétences qui sont attribuées aux députations permanentes dans les provinces sont partagées, dans la Région de Bruxelles-Capitale, entre le gouvernement et le collège juridictionnel: le premier dispose de compétences administratives et le second de compétences juridictionnelles. Les compétences réglementaires appartiennent au conseil et, le cas échéant, au gouvernement (voir articles 6, 38 et suiv. de la loi).

155 — Ainsi le décrivent Afschrift, T., et Igalson, M., op. cit.

156 — Dambermont, B., *Taxes communales (Loi du 24 décembre 1996, analyse par article, textes légaux)*, éd. La Charte, Bruges, 1999.

le cadre d'une procédure contradictoire, pour trancher, en interprétant et en appliquant les règles de droit, des réclamations en matière fiscale.

118. Le collège n'est donc pas un organe judiciaire. Ses décisions peuvent, dans tous les cas, faire l'objet d'un recours [157] devant les tribunaux soit en appel, si la valeur de la réclamation atteint au moins 10 000 BEF, soit, dans le cas contraire, directement en cassation [158]. Ces juridictions au vrai sens du terme pourraient solliciter une interprétation à titre préjudiciel dans les termes appropriés, avec une vision plus globale de l'ordre juridique national et avec l'indépendance et la responsabilité qui caractérisent les organes chargés de l'exercice du pouvoir judiciaire. J'ai déjà affirmé que le collège juridictionnel est un cas limite, car il est très proche de la qualification de juridiction, toutefois, en pareilles circonstances, il convient de redoubler de précautions et d'indiquer clairement là où passe la frontière, pour subtile qu'elle soit. Par conséquent, je suggère à la Cour de se déclarer incompétente pour répondre à la question préjudicielle posée par le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale.

119. Néanmoins, dans l'éventualité où la proposition qui précède ne serait pas acceptée, j'analyserai ci-après le contenu de la question préjudicielle.

V — Examen de la question préjudicielle

120. Le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale souhaite savoir si les articles du traité relatifs à la libre prestation de services dans la Communauté s'opposent à l'instauration d'une taxe annuelle sur les antennes paraboliques.

121. Je commencerai l'analyse de la question en rappelant que, si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire [159].

122. L'article 49 CE interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté. Selon la jurisprudence de la Cour, ce principe exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi

157 — Voir, ci-dessus, point 107 et note 141.

158 — Afin de déterminer si la décision d'un organe intervient en dernier lieu dans l'ordre juridique interne, il convient de vérifier si elle est susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation. La cassation ne constitue certes pas une nouvelle instance, mais, compte tenu de sa finalité, qui est de définir l'interprétation de l'ordre juridique, et eu égard à l'objet du renvoi préjudiciel, qui est d'établir l'interprétation de l'ordre juridique communautaire, on ne peut pas considérer comme statuant en dernière instance, aux fins de l'article 234 CE, un organe dont les décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

159 — Voir, entre autres, arrêt du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, point 21).

dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indépendamment de la nationalité, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner les activités de ce prestataire [160].

123. Les services sont définis à l'article 50 CE comme les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. La libre prestation est garantie à l'intérieur de la Communauté et doit revêtir un caractère transfrontalier. Le traité ne mentionne comme bénéficiaires de la libre prestation que les prestataires de services, mais ses dispositions ont été appliquées par la Cour également aux destinataires desdits services [161], lesquels peuvent, par conséquent, invoquer les droits subjectifs que leur confère l'ordre juridique communautaire.

124. Par ailleurs, la Cour a affirmé que l'émission de messages télévisés relève des règles du traité relatives à la prestation de services [162] et que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: s'appliquer de manière non discriminatoire, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre [163].

125. En conséquence, quand bien même l'obstacle fiscal litigieux ne serait pas discriminatoire, il devrait être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général et, en tout état de cause, respecter le principe de proportionnalité.

1. *Le caractère discriminatoire du règlement-taxe*

126. Le principe d'égalité de traitement, dont l'article 49 du traité est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat [164]. Cet article s'oppose également à l'applica-

160 — Arrêts du 25 juillet 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221, point 12); du 28 mars 1996, Guiot (C-272/94, Rec. p. I-1905, point 10), et du 5 juin 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. I-3091, point 16).

161 — Arrêts du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone (286/82 et 26/83, Rec. p. 377); du 14 novembre 1995, Svensson et Gustavsson (C-484/93, Rec. p. I-3955), et du 26 octobre 1999, Eurowings Luftverkehr (C-294/97, Rec. p. I-7447, point 34).

162 — Arrêts du 30 avril 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409, point 6); du 18 mars 1980, Debauve e.a. (52/79, Rec. p. 833, point 8), et du 5 octobre 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795, points 13 à 16).

163 — Arrêts du 31 mars 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663, point 32), et du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37).

164 — Arrêts du 5 décembre 1989, Commission/Italie (C-3/88, Rec. p. 4035, point 8), et du 3 juin 1992, Commission/Italie (C-360/89, Rec. p. I-3401, point 11).

tion de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile [165].

127. Ainsi que la Commission l'affirme dans ses observations, la taxe sur les antennes paraboliques présente un caractère matériellement discriminatoire, à deux égards.

128. En premier lieu, en ce qui concerne les destinataires de services, la taxe annuelle, bien que s'appliquant indistinctement à tout utilisateur, indépendamment de sa nationalité ou de sa résidence, est de nature à affecter davantage les ressortissants communautaires non belges résidant dans la commune de Watermael-Boitsfort. Contrairement aux utilisateurs belges résidant dans leur pays, ces utilisateurs ne disposent pas toujours de la possibilité de recevoir les émissions provenant de leur État d'origine par câble et sont, par conséquent, plus intéressés par la réception d'images de télévision par satellite.

129. S'agissant, en second lieu, des prestataires de services, la taxe sur la possession des antennes paraboliques constitue une entrave à la réception d'images de télévision par satellite. Compte tenu de ce que, à la différence des opérateurs belges de télévision, ceux qui sont établis dans d'autres États membres ne diffusent que des images par satellite, la taxe en cause les affecte davantage. Cet impôt produit donc des effets discriminatoires.

130. Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour, les réglementations nationales qui s'appliquent aux prestations de services en fonction de leur origine et qui, partant, sont discriminatoires peuvent être compatibles avec le droit communautaire si une disposition expresse du traité l'autorise [166]. En vertu de l'article 55 CE, les dispositions des articles 45 CE à 48 CE, qui figurent dans le chapitre consacré au droit d'établissement, sont applicables à la libre prestation de services. Or l'article 46 CE dispose que les mesures contenues dans des dispositions prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, constituent des exceptions à ce droit ou à cette liberté.

131. À mon sens, le règlement-taxe litigieux ne peut pas relever de l'exception qui vient d'être citée et, par ce biais, être compatible avec le droit communautaire. Dans une société démocratique fondée sur la liberté d'expression et de communication, une taxe sur la possession d'antennes paraboliques n'a rien à voir avec l'ordre public et la sécurité des citoyens.

165 — Arrêts du 5 octobre 1994, Commission/France (C-381/93, Rec. p. I-5145, point 17), et du 28 avril 1998, Safir (C-118/96, Rec. p. I-1897, point 23).

166 — Arrêts du 26 avril 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Rec. p. 2085, point 32), et du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 24).

2. Le règlement-taxe en tant qu'obstacle à la libre prestation de services

A — L'atteinte à la libre prestation de services

132. À titre subsidiaire, pour le cas où la Cour ne retiendrait pas le caractère discriminatoire de la réglementation fiscale belge en cause, il convient de déterminer si celle-ci constitue une entrave à la libre prestation de services dans la Communauté et, dans l'affirmative, si elle peut se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général.

133. La taxe périodique sur les antennes paraboliques est susceptible d'affecter sensiblement l'exercice de la libre prestation des services audiovisuels, tant du point de vue des destinataires que des prestataires.

134. Pour les premiers, une telle taxe annuelle sur les antennes paraboliques est de nature à décourager les téléspectateurs ou rendre plus onéreuses les conditions de réception des émissions télévisuelles par satellite. Pour les prestataires de services, cette taxe, en rendant moins attrayante la réception des émissions télévisuelles par satellite, a pour conséquence d'affecter les opportunités de diffusion transfrontalière des opérateurs établis dans d'autres États membres.

135. En définitive, l'imposition, par règlement communal, d'une taxe annuelle sur les antennes paraboliques représente une entrave à l'utilisation de cet appareil de réception et, par conséquent, à la libre prestation des services audiovisuels par satellite [167].

B — L'absence de justification

136. Selon la jurisprudence de la Cour, la libre prestation de services, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations:

1) qui sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant lesdites activités sur le territoire de l'État en question, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par des règles auxquelles le

167 — N'oublions pas, à cet égard, que le montant annuel de la charge fiscale (5 000 BEF) est important lorsqu'on le rapporte au coût d'acquisition d'une antenne parabolique. En tout état de cause, il ne fait guère de doute, comme l'indique la Commission, que la taxe a pour objectif de décourager l'utilisation de ce moyen de réception audiovisuel. Le règlement-taxe lui-même le précise à titre de justification: «[v]u le nombre croissant d'installations d'antennes paraboliques [...]».

ressortissant communautaire est soumis dans l'État membre où il est établi;

2) qui sont nécessaires en vue de garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent, et

3) qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif [168].

137. Il se trouve que, dans la présente affaire, le gouvernement belge n'a pas présenté d'observations et, par conséquent, on ne peut que spéculer sur la justification possible de cette entrave à la libre prestation de services.

138. La Commission, se fondant sur la circulaire envoyée par le ministère de la Région de Bruxelles-Capitale aux communes le 31 août 1999, fait observer que la taxation des antennes paraboliques est justifiée par la protection de l'environnement urbain, puisqu'elle a pour objectif de préserver l'esthétique des immeubles. La commune de Watermael-Boitsfort l'a reconnu dans un courrier du 27 avril 1999, produit devant le collège juridictionnel, précisant que «la taxe sur les antennes paraboliques a été instaurée afin de tenter d'endiguer la prolifération anarchique sur le territoire de la commune et de préserver ainsi la qualité de notre environnement».

139. Toutefois, cette explication n'est pas acceptable. Je ne trouve aucune justification à la mesure de restriction en cause. Il ne ressort pas du dossier qu'une telle préoccupation esthétique ait été fondée sur une étude relative à l'incidence des antennes paraboliques sur l'environnement urbain. En outre, quand bien même, pour des raisons évidentes, ce souci pourrait être présent en ce qui concerne les immeubles protégés et classés, il n'existe aucune justification possible pour ce qui est des autres immeubles.

140. À supposer même que la défense de l'environnement urbain puisse justifier la restriction en cause, cette justification devrait répondre au critère de proportionnalité. Aucun élément ne me conduit à penser que la taxe sur les antennes paraboliques est un moyen approprié pour contribuer à la préservation de l'environnement urbain. Le produit de la taxe ne semble pas affecté à des initiatives ou à des instruments de compensation visant à protéger l'environnement et le règlement-taxe s'applique indépendamment tant du lieu et du moment de l'installation que de la dimension de l'antenne.

141. Force est de constater, en somme, que la mesure en question n'est pas appropriée

168 — Arrêts du 4 décembre 1986, Commission/Allemagne (205/84, Rec. p. 3755, point 27); du 26 février 1991, Commission/Italie (C-180/89, Rec. p. I-709, points 17 et 18), et du 20 mai 1992, Ramrath (C-106/91, Rec. p. I-3351, points 29 à 31).

pour garantir la préservation de l'environnement.

142. La Commission soutient que l'objectif avoué du règlement-taxe pourrait être atteint de manière efficace en prescrivant aux propriétaires d'antennes paraboliques des mesures alternatives moins coûteuses, telles que la prescription d'une couleur ou d'une taille déterminée, le placement des antennes à l'arrière des bâtiments ou dans des parties peu visibles. Ces mesures sont précisément celles que le règlement communal d'urbanisme sur les antennes extérieures de réception a instituées [169] et qui prévoit, notamment, que les antennes ne peuvent être installées sur un bâtiment classé, ni porter atteinte aux qualités architecturales de l'immeuble, ni dépasser 1,20 m de diamètre.

143. En revanche, l'application généralisée de la taxe à toute antenne parabolique, quelles que soient les circonstances de son installation, méconnaît le principe de proportionnalité.

144. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le règlement-taxe du conseil communal de Watermael-Boitsfort constitue une entrave contraire à l'article 49 CE, qui ne peut se justifier pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

169 — Voir note 2.

145. Enfin, la Commission estime qu'il y a lieu d'examiner la réglementation fiscale en question à la lumière de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant la liberté d'expression.

146. Au point 9 de mes conclusions relatives à l'affaire Connolly/Commission [170], j'ai indiqué que la liberté d'expression est l'un des piliers fondamentaux de toute démocratie. Ainsi que l'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans l'une des plus belles pages de sa jurisprudence, «[l]a liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique'» [171].

147. Toutefois, étant donné que le principe de libre prestation de services dans la Communauté s'oppose clairement au règlement-taxe belge, et que la directive 89/552/CEE elle-même dispose, au huitième considérant, que ce droit est une manifestation

170 — Arrêt du 6 mars 2001 (C-274/99 P, Rec. p. I-1611).

171 — Voir Cour eur. D. H., arrêt Handyside du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49.

spécifique, en droit communautaire, de la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par la convention de Rome, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer l'examen que propose la Commission.

148. En conséquence, je propose à la Cour de déclarer que l'article 49 CE s'oppose au règlement-taxe communal sur les antennes paraboliques approuvé par le conseil communal de Watermael-Boitsfort.

VI — Conclusion

149. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer comme suit:

1) examiner la présente affaire en séance plénière afin de préciser la notion de juridiction aux fins de l'article 234 CE;

2) se déclarer incompétente pour répondre à la question préjudicielle posée par le collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale, au motif que cet organe n'est pas une juridiction au sens de l'article 234 CE;

3) à titre subsidiaire, si elle décidait d'admettre le renvoi, déclarer que l'article 49 CE s'oppose à une réglementation telle que celle que contient le règlement-taxe approuvé par le conseil communal de Watermael-Boitsfort lors de sa séance du 24 juin 1997, instaurant une taxe sur les antennes paraboliques utilisées pour la réception des émissions audiovisuelles par satellite.