

MEMBRES DU JURY

Monsieur Joël Rideau,

*Professeur émérite de l'Université de Nice-Sophia Antipolis,
membre honoraire de l'Institut universitaire de France
(rapporteur)*

Madame Laurence Burgogue-Larsen,

*Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne
(rapporteur)*

Monsieur Serge Guinchard,

*Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, recteur honoraire
(président)*

Monsieur Claude Blumann,

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas, chaire Jean Monnet,
doyen honoraire*

Monsieur Massimo Condinanzi,

Professeur à l'Université de Milan, chaire Jean Monnet

Monsieur Fabrice Picod,

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas, chaire Jean Monnet
(directeur de recherche)*

PRÉFACE

Inhérente à toute revendication de droits subjectifs, la preuve a fait l'objet de toutes les attentions de la part des juristes de *common law* et de droit continental. Créant des droits individuels ou subjectifs que les juridictions nationales doivent sauvegarder en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice initiée il y a cinquante ans, les traités constitutifs de l'Union européenne et les actes des institutions qui en sont dérivés ont fait l'objet de nombreuses études relatives à leur portée et à leurs caractères ainsi qu'à leurs rapports avec les droits nationaux, mais n'ont jamais suscité de réflexion d'ensemble relative à la preuve des droits qui en découlent.

L'effectivité qui caractérise le droit de l'Union européenne sous de multiples aspects exige de s'interroger sur le statut de la preuve, en tant que moyen de réalisation des droits, et de son régime en droit de l'Union européenne. La thèse de Maria Fartunova, animée par un esprit exploratoire, traite de ce sujet fondamental avec brio.

Les traités constitutifs des Communautés européennes puis de l'Union européenne, dans leur version originelle, n'ont pas abordé les questions relatives à la preuve des droits qu'ils consacraient. C'est le droit dérivé qui, dans des domaines particuliers, a établi des règles en matière de preuve, notamment lorsqu'il s'est agi de droits accordés à des personnes à protéger en raison des préjudices qui leur étaient régulièrement causés ou lorsque les opérations visées présentaient des risques de fraude. Ainsi, les personnes victimes de discriminations, les consommateurs, certains opérateurs susceptibles d'être exclus du marché ont fait l'objet de règles protectrices de nature à faciliter l'administration de la preuve de leurs droits. De même, en vue d'éviter les risques de fraude, les textes de droit douanier, de droit des transports ou de droit agricole ont, comme dans la plupart des systèmes nationaux correspondants, établi des prescriptions concernant notamment la preuve de l'origine ou de la destination des produits. Enfin, les textes procéduraux régissant les actions en justice devant la Cour de justice et le Tribunal ont imposé, comme les textes nationaux applicables aux procédures nationales, quelques exigences de preuve, telles que l'établissement de la preuve que le mandat donné à l'avocat a été régulièrement établi par

un représentant qualifié à cet effet ou encore de la preuve de l'existence juridique d'une personne morale de droit privé.

Plus tard, c'est avec l'avènement de la coopération civile au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice mis en place par le traité d'Amsterdam et approfondi par les nouveaux traités, que la preuve a fait l'objet de dispositions spécifiques. Dans le prolongement de l'article 65 du traité CE, l'article 81, paragraphe 2, du traité FUE prévoit désormais que le Parlement et le Conseil adoptent, lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer « la coopération en matière d'obtention de preuves ». De même, en matière pénale, dans le prolongement de l'article 31 du traité UE, l'article 82, paragraphe 2, du traité FUE prévoit l'adoption, par le Parlement et le Conseil, de directives établissant des règles minimales portant notamment sur « l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres ». Des actes contraignants ont été spécifiquement adoptés par les institutions de l'Union européenne en vue faciliter l'obtention des preuves indépendamment des matières concernées : règlement n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale ; décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil, du 18 décembre 2008, relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales.

L'intérêt croissant des institutions de l'Union européenne pour la preuve ne signifie pas pour autant que cette dernière est désormais une question qui relève pleinement de la compétence de l'Union. Aucune des dispositions du traité FUE relatives aux « catégories et domaines de compétences de l'Union » n'en fait directement mention. La preuve demeure en effet un sujet qui relève principalement de la compétence des États membres laquelle fait seulement l'objet d'incursions ponctuelles de l'Union européenne en vertu d'actes de droit dérivé qui, d'une part, portent sur des matières spécifiques relevant de la compétence de l'Union dans un esprit d'efficacité ou de protection des victimes potentielles et qui, d'autre part, traitent spécifiquement de certains aspects relatifs à la preuve dans le champ fertile de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

La thèse met en lumière deux mouvements du droit de l'Union européenne à l'égard de la preuve.

Le premier mouvement consiste en une rencontre qui se traduit par une « appréhension de la preuve dans le droit de l'Union

européenne ». Des principes sont alors appliqués à la preuve en tant que telle et à son effectivité. Reconnaisant aux États membres la compétence en vue de définir les voies de droit, leur régime procédural et les règles relatives à l'administration de la preuve au nom du principe dit d'« autonomie procédurale des États membres », la Cour de justice a en même temps considérablement encadré un tel principe au moyen des principes dits d'équivalence et d'effectivité, de manière à ce que les droits de justiciables tirés du droit de l'Union européenne ne puissent pas être anéantis par des dispositions nationales trop restrictives. L'arrêt *Johnston*, rendu le 15 mai 1986, qui consacre le principe du droit à une protection juridictionnelle effective, a permis au juge national d'écarter des dispositions nationales qui visaient à établir un système de preuve irréfragable au détriment d'une femme qui se prévalait légitimement du droit à l'égalité avec les hommes dans les conditions d'emploi et de travail. Ce sont les arrêts rendus en matière de répétition de l'indu, notamment dans les affaires *San Giorgio* (aff. 199/82, *Rec.* 1983, p. 3595) et *Les Fils de Jules Bianco* (aff. jointes 331/85, 376/85 et 378/85, *Rec.* 1988, p. 1099), qui ont également conduit à écarter les modalités de preuve rendant « pratiquement impossible ou excessivement difficile » l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union européenne et ainsi à ne plus exiger de ceux qui demandent légitimement à l'autorité nationale la répétition de sommes payées indument au regard du droit de l'Union européenne de prouver qu'ils n'avaient pas répercuté les sommes réclamées sur leurs clients.

Le second mouvement consiste véritablement en « l'émergence d'un droit de la preuve dans le droit de l'Union européenne ». Des lignes de force ont pu ainsi être dégagées par l'auteur à partir de plusieurs textes de droit dérivé traitant de questions pouvant a priori paraître disparates. Ainsi Maria Fartunova est-elle en mesure de constater « l'affirmation de la liberté de la preuve dans le droit de l'Union européenne » tant en ce qui concerne le choix des modes de preuve que des modalités d'appréciation des preuves avant de s'interroger sur la manière dont l'Union européenne peut s'attacher à la charge de la preuve au moyen d'un mode de régulation qu'elle qualifie justement de « pragmatique ».

La thèse de Madame Maria Fartunova a ainsi traité d'une question fondamentale du droit qui avait été totalement négligée en droit de l'Union européenne, à l'exception de quelques études en droit de la concurrence. Avec beaucoup de finesse et de subtilité, elle a fait œuvre créatrice en déployant un véritable esprit de système qui témoigne d'une maîtrise conjugée du droit processuel et du droit de l'Union européenne.

Sa thèse pionnière ouvrira ainsi la voie à la recherche sur des problèmes spécifiques, tant en ce qui concerne certaines modalités de preuve inhérentes à l'évolution de la technique que la preuve dans des domaines particuliers caractérisés par la quête de traitement équitable.

Fabrice Picod

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Chaire Jean Monnet de droit et contentieux de l'Union européenne

REMERCIEMENTS

Mes remerciements et ma gratitude s'adressent en premier lieu à Monsieur le Professeur Fabrice Picod dont les conseils et la disponibilité m'ont été précieux tout au long de la thèse.

Je tiens à remercier également les équipes du Centre de droit européen de l'Université Paris II, Panthéon-Assas, du CERCO de l'Université Paris Est-Créteil et du Centre de droit public de l'Université de Saint-Etienne de leur accueil chaleureux et de leur contribution à la réalisation de cette recherche.

Je tiens à remercier mes amis qui m'ont aidée en ces moments d'écriture et de relecture. Leur amitié m'a été d'un grand réconfort.

ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ADE	Annuaire de droit européen
<i>Ann. fr. dr. intern.</i>	Annuaire français de droit international
AFRI	Annuaire français de relations internationales
<i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique droit administratif
Art.	article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
AUE	Acte unique européen
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAAS	Convention des accords de Schengen
Cass.	Cour de cassation
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CML Rev.	Common market law review
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Contrats Conc. Cons.	Contrats, concurrence, consommation
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
D.	Recueil Dalloz
e. a.	et autres
éd.	Éditions
ELJ	European Law Journal

EL Rev.	European Law Review
fasc.	Fascicule
GACA	Grands arrêts du contentieux administratif
GACEDH	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
Gd. Ch.	Grande chambre
JAI	Justice et affaires intérieures
J-Cl.	Juris-classeur
JCP éd. A	La Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
JCP éd. G	La Semaine juridique, édition générale
JTDE	Journal de tribunaux-Droit européen
Journ. dr. intern.	Journal du droit international
<i>J.O.C.E.</i>	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
<i>J.O.U.E.</i>	Journal officiel de l'Union européenne
LPA	Les Petites Affiches
MAE	Mandat d'arrêt européen
CPC	Code de procédure civile
Nepr	Non encore publié au recueil
obs.	Observations
OLAF	Office européen de lutte antifraude
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des nations unie
Ord.	Ordonnance
PAC	Politique agricole commune
PE	Parlement européen
PESC	Politique étrangère de sécurité et de défense
PUF	Presses universitaires de France
PUS	Presse universitaire de Strasbourg
RCADE	Recueil des Cours de l'Académie de droit européen

RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
RAE	Revue des affaires européennes
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
Rev. sc. crim.	Revue de sciences criminelles
RFDA	Revue française de droit administratif
Rep. procédure Civ.	Répertoire de procédure civile
req.	Requête
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RMCUE	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Rev. trim. dr. h.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Sirey
Sect.	Section
SIS	Système d'information Schengen
spéc.	Spécialement
TEC	Traité établissant une Constitution pour l'Europe
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFPUE	Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
Voy.	Voir

INTRODUCTION

« *Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou du fait matériel d'où il dérive. La preuve seule vivifie le droit et le rend utile* » (1). Cet extrait du *Traité pratique du droit civil français* exprime avec force le caractère fondamental de la preuve dans tout système juridique. Jhering observait déjà que « *la preuve est la rançon des droits que l'on demande à la justice de consacrer. Si la preuve est élevée, c'est-à-dire, si la preuve est circonstanciée, difficile, la valeur pratique des droits diminue d'autant* » (2). Pour le professeur René Demogue, la preuve est une notion fondamentale du droit privé parce qu'elle est une technique fondamentale contribuant à la réalisation effective des droits (3). Dès lors, c'est à l'occasion des questions de preuve que l'on peut mesurer la capacité d'un système à garantir l'effectivité des droits que celui-ci confère à ses destinataires. En raison de « *ce rapport d'équipollence* » (4), la preuve est une notion centrale dans tout système juridique (5).

Instituant un ordre juridique nouveau, le droit de l'Union européenne présente pour particularité de créer des droits et des obligations à destination non seulement des États membres mais aussi de leurs ressortissants (6). Si cette particularité ne le distingue pas complètement du droit international classique parce que ce dernier peut, de manière ponctuelle, conférer des droits aux individus, le droit de l'Union présente néanmoins une autre spécificité. À la différence du droit international classique, le droit de l'Union européenne est un ordre juridique intégré au système juridique des États membres. Faisant partie intégrante de l'ordonnement juridique des États membres, il doit être appliqué par les autorités et juridictions nationales de manière immédiate. Ainsi,

(1) M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, vol. VII, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 824.

(2) R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 1886-1888*, Forni, éditeur, réimpression, 1969, tome IV, p. 200, cité par F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Montpellier, 2002, p. 1.

(3) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir de l'introduction à l'étude des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1911, pp. 542 à 565.

(4) A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, thèse, Bordeaux IV, 2007, p. 1.

(5) R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : « permanences et transformations »*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 6.

(6) CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec. p. 3*, spéc. p. 25.

comme le remarque le professeur Denys Simon, « *la situation du droit [de l'Union] est quantitativement et qualitativement toute différente dans la mesure où l'ensemble du droit [de l'Union] possède virtuellement une aptitude à produire des effets affectant le patrimoine juridique des ressortissants* » (7).

Dès l'origine, le droit de l'Union a conduit à une évolution des droits nationaux en raison de son caractère diffus dans une logique d'intégration progressive. En effet, l'extension du champ d'application des libertés de circulation, l'avènement de la citoyenneté européenne et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne donnant force obligatoire à la Charte des droits fondamentaux ont entraîné un bouleversement dans les rapports entre les différents sujets du droit de l'Union, institutions, États membres et leurs ressortissants ainsi qu'entre les ressortissants eux-mêmes.

Les rapports entre les institutions et les États membres sont empreints de la logique spécifique de la coopération intégrative. L'appartenance des États membres à l'Union européenne leur impose une obligation de coopération loyale dans la réalisation des objectifs de la construction européenne. Ainsi, ils sont tenus de faciliter l'accomplissement de la mission des institutions de l'Union et, si besoin est, d'assurer le respect des règles posées par le droit de l'Union.

Les rapports entre les États membres et leurs ressortissants ont connu une modification profonde en raison de la place que le droit de l'Union consacre à ces derniers non seulement comme opérateurs économiques, mais aussi comme citoyens européens. À cet égard, les États membres sont tenus de reconnaître et de garantir les droits que leurs ressortissants tirent du droit de l'Union. Cette obligation s'adresse à tous les organes de l'État chargés d'assurer l'application du droit de l'Union.

L'évolution progressive du champ matériel du droit de l'Union a rendu possible son applicabilité à des situations entre particuliers. Les litiges, qui sont *a priori* d'ordre vertical parce qu'ils opposent les opérateurs économiques à l'État, se transforment en litiges horizontaux dans la mesure où les particuliers peuvent invoquer les dispositions du droit de l'Union dans leurs relations privées (8).

(7) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, p. 387.

(8) Notamment dans le domaine de la protection des consommateurs et des salariés. Pour des exemples de la législation de l'Union voy. Titre 1, Chapitre 1 de la Première partie de la thèse.

Or, si le droit de l'Union européenne confère des droits, encore faut-il pour celui qui s'en prévaut démontrer les conditions permettant d'en justifier le bénéfice. *Idem est non esse et non probari* dit l'adage latin, selon lequel « ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est un tout » (9). Comme l'observait Louis Josserand, « il ne suffit pas d'avoir des droits ; encore faut-il être à même, à l'occasion d'en établir l'existence » (10). Cette observation « fait ainsi ressortir que toute prétention juridique passe, pour les besoins de sa consécration, par une exigence de justification. Ce qui se conçoit dans les limites d'un procès se laisse également comprendre à l'échelle des règles de droit, formulées en termes généraux et abstraits. (...) Dès lors qu'une règle n'est jamais qu'un énoncé déduisant une ou plusieurs conséquences d'un ou plusieurs présupposés, nul ne peut prétendre au bénéfice des conséquences s'il n'établit ou ne prouve les présupposés dont celles-ci dérivent » (11).

Malgré l'importance de la preuve, la doctrine n'a pas consacré une étude d'ensemble prenant pour objet la preuve dans le droit de l'Union. Ce désintérêt relatif de la doctrine ne signifie pourtant pas que la question probatoire « est (...) absente des préoccupations » (12) du juge et du législateur de l'Union.

La lecture combinée de la jurisprudence et du droit dérivé révèle, cependant, que la preuve est un élément inhérent au système juridique de l'Union. Elle tire son caractère fondamental de sa fonction de garantie de réalisation des droits. Par cette fonction, elle assure également le respect des règles imposées par le droit de l'Union. Comme l'a justement relevé le professeur Ami Barav, « la jurisprudence de la juridiction [de l'Union] considère l'effectivité de la protection des droits tirés par les particuliers du droit [de l'Union] comme le pendant barométrique de l'effectivité du droit [de l'Union] lui-même » (13).

L'enjeu de la preuve est dès lors double : d'une part, la preuve conditionne l'exercice effectif des droits conférés et, d'autre part, elle constitue un moyen efficace de l'effectivité du droit de l'Union.

(9) L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, n° 161.

(10) L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Sirey, 1938, n° 166.

(11) X. LAGARDE, « Preuve », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 1033.

(12) R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. Contentieux international, 2007, p. 165.

(13) A. BARAV, « Le juge et le justiciable », in *Mélanges Mancini*, cité par D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 418.

Pour pouvoir rendre compte de cette problématique de la preuve dans le droit de l'Union, il convient au préalable de définir cette notion (§1) afin de l'envisager au regard de la garantie des droits (§2).

§1. – La définition de la notion de preuve

La preuve a fait l'objet de nombreuses investigations. Analytant les différentes études portant sur la question de la preuve, Fred Deshayes (14) aboutit au constat qu'il existe deux approches pour appréhender la preuve. La première approche est classique. Elle envisage la preuve sous l'angle de la finalité à laquelle l'opération probatoire aboutit (A). La seconde approche, plus novatrice et dynamique, est fonctionnelle. Elle s'intéresse à l'utilisation de la preuve par le juge (B). Ces deux approches, comme l'observe Fred Deshayes, ne sont pas exclusives l'une de l'autre (15). Bien au contraire, elles se complètent en raison des démarches et des résultats différents auxquels elles aboutissent.

A. L'approche classique de la notion de preuve

Dans le langage juridique, la preuve est souvent présentée comme un moyen pour étayer qu'une assertion est vraie ou fausse. La preuve est ainsi déterminée par rapport à l'idée de vérité qui devient une fin en soi (16). Or, cette approche est peu explicative (17). Pour le doyen Jean Carbonnier, « dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité » (18). Cette dernière est « de second rang » (19). Se déployant

(14) F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 3 et s.

(15) *Ibid.*, p. 3.

(16) Lorsque la doctrine explique la preuve au regard de l'idée de vérité, elle fait référence à la théorie de la connaissance. La preuve permet d'accéder à une connaissance d'une situation de fait soumise devant le juge. Voy. sur ce point, A. TROUSSOV, *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Mouscou, éd. Langues étrangères, 1964, 269 p.

(17) Dans un autre contexte, le professeur Chaïm Perelman critiquait vivement l'aspect réducteur d'une telle affirmation sur la question de la preuve. Aussi écrivait-il que « l'évidence est conçue, à la fois, comme la force à laquelle tout esprit normal ne peut que céder et comme signe de vérité de ce qui s'impose parce qu'évident. L'évidence relierait le psychologique au logique et permettrait de passer de l'un à l'autre. Toute preuve serait réduction à l'évidence et ce qui est évident n'aurait nul besoin de preuve ». Pour cet auteur, la preuve est une technique discursive qui permet « de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment. (...) ce qui caractérise l'adhésion des esprits c'est que son intensité est variable : rien ne nous oblige à limiter notre étude à un degré particulier d'adhésion, caractérisé par l'évidence, rien ne nous permet de considérer a priori comme proportionnels les degrés d'adhésion à une thèse avec sa probabilité, et d'identifier évidence et vérité ». Voy. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, éd. ULB, 2008, pp. 4 et 5.

(18) J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1995, p. 298.

(19) X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 1996, p. 32.

dans le cadre d'un procès, la vérité judiciaire est relative (20). Il s'agit pour le juge de trancher en faveur de l'assertion qui lui a paru la plus vraisemblable. En ce sens, la vérité judiciaire est également subjective (21). Si la doctrine n'exclut pas totalement l'idée de vérité parce que la preuve est « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* » (22), elle est plus encline à se référer aux notions de « vraisemblance », de « probabilité » ou de « véricité » pour désigner l'opération probatoire (23). En ce sens, la doctrine présente la preuve comme un « *moyen de persuader le juge* » (24).

L'approche classique de la notion de preuve, qui est la plus ancienne et la plus fréquemment utilisée par la doctrine pour définir la notion de preuve, cherche ainsi à déterminer ce qu'est la preuve au regard du résultat concret auquel aboutit l'opération probatoire devant un juge.

Envisagée dans le but de convaincre le juge, la preuve désigne alors l'activité de soumettre à un juge des éléments pour emporter sa conviction. La preuve reçoit ainsi plusieurs acceptions. Elle est définie comme « *la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi* » ou comme « *un moyen employé pour faire la preuve ; mode de preuve* » (25). La preuve est également « *le procédé par lequel cette démonstration est faite* » (26).

(20) Pour une présentation des différences qui existent entre la preuve en droit et la preuve scientifique, nous renvoyons sur ce point à l'analyse du professeur X. LAGARDE, « Preuve » in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., p. 1033. Voy. également la définition donnée sur ce point par J.-Ph. LÉVY, « Preuve » in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1195 : « *La preuve judiciaire diffère de la preuve scientifique en ce que celle-ci, qui recherche la certitude absolue, dispose de tout le temps nécessaire pour l'atteindre, tandis qu'un procès ne peut pas s'éterniser* ». Pour une présentation des différences entre la preuve juridique et la preuve historique, voy. C. PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », in « La preuve », vol. IV, *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, éd. de la librairie encyclopédique, 1965, p. 8.

(21) J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 390.

(22) J. DOMAT, *Lois civiles*, 1ère partie, liv. 3, y. 6, éd. Rémy, II, p. 137 cité par A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, thèse, op. cit., p. 2 et s et souligné par nous.

(23) Sur ce point, voy. A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, thèse, op. cit., pp. 2 et s. Sur ce point, voy. C. PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable » in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, pp. 197 et s.

(24) J.-Ph. LÉVY, « Preuve » in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1195.

(25) « Preuve » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, éd. Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2007, p. 716.

(26) « Preuve », in J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 471.

Elle est « le résultat de la production de ces éléments quant à la conviction du juge » (27).

S'intéressant au résultat auquel l'opération probatoire aboutit, l'approche classique analyse la preuve au regard du déroulement du procès (28). Cette approche fonde ainsi une théorie générale de la preuve « qui a pour objectif de dire comment la preuve est présentée devant une juridiction donnée » (29).

Or, cette façon de présenter la notion de preuve comporte des inconvénients majeurs. Ne présentant la preuve que devant une juridiction, l'approche classique ne s'intéresse qu'aux aspects procéduraux du droit de la preuve (30). Pour le professeur André Huet, « si la preuve est liée, à première vue, aux règles qui tendent à une bonne administration de la justice et à une meilleure manifestation de la vérité, elle est en même temps un élément essentiel pour l'issue du litige, puisque le titulaire d'un droit n'en peut obtenir sanction que dans la mesure où il parvient à en démontrer l'exactitude » (31). En ce sens, « la preuve est liée à un certain aménagement du fond, elle se présente sur le terrain judiciaire, comme un prolongement du droit lui-même » (32). Comme l'observait également le rapporteur public Matthias Guyomar, « de manière générale, la définition d'un régime de la preuve constitue une règle de fond et non une règle de procédure » (33).

(27) F. FERRAND, « Preuve », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2006, p. 4. Pour le professeur Jerzy Wroblewski, la preuve, « sous forme d'une décision justifiée (...) concerne l'existence des faits (...) constatée au cours de l'activité du juge (...) qui est traitée comme paradigme de l'organe de l'État appliquant le droit ». J. WROBLEWSKI, « Preuve » in A.-J. ARNAUD (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 472.

(28) Voy. également dans ce sens, X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *op. cit.*, p. 33.

(29) F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 6.

(30) Pour les études ayant adopté cette approche, voy. En droit interne, P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952 ; en droit international, J.-Ch. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 56, 1936, pp. 1 à 105 ; M. KAZAZI, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, The Hague, Kluwer Law International, 1996 ; G. NIYUNGERO, *La preuve devant les juridictions internationales*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; J. NGAMBI, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, thèse, Paris I, 2007 ; pour une étude récente fondée sur une telle approche voy. H. DE GAUDEMAR, « La preuve devant le juge administratif », *DA*, 2009, pp. 12 à 20.

(31) A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, thèse, Paris, Dalloz, 1965, p. 13.

(32) *Ibid.*, p. 77.

(33) Conclusions présentées sous CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux. voy. RFDA*, 2009, pp. 1125-1144. Cette solution peut être également rapprochée de celle retenue par le Conseil Constitutionnel français. En matière fiscale, il avait jugé que, parce que « la charge de la preuve affecte les droits et les obligations des contribuables et met ainsi en cause les règles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions », cette matière relevait du domaine de la loi. CC, 2 décembre 1980, déc. n° 80-119 L, *Nature juridique*

La preuve « *possède une dimension extrajudiciaire* » (34). L'expression « extrajudiciaire » ici employée ne désigne pas la nécessité d'apporter la preuve de son droit en dehors de toute instance. Elle désigne un régime de preuve qui préexiste au procès que le juge ne fait qu'appliquer (35), qu'il interprète ou qu'il découvre à l'occasion d'une situation de fait soumise devant lui.

C'est la raison pour laquelle l'approche classique ne permet pas de rendre compte des choix opérés en matière de preuve et des raisons pour lesquelles le droit s'y intéresse. Comme l'observait déjà le professeur Philippe Théry, « *si les preuves conservent avec [le procès] une attache naturelle, il n'est pas interdit de leur trouver, en amont, d'autres finalités* » (36).

En effet, dans un système donné, la vérité ou la véracité n'est jamais la seule finalité du droit de la preuve. Pour le professeur Xavier Lagarde, « *un droit de la preuve, qui est autre chose qu'une simple branche du droit processuel, se construit nécessairement en polémique avec l'idée de vérité. De cette dernière, le droit ne sait rien ; s'il s'y intéresse, ce n'est donc pas pour en permettre la manifestation, mais bien plutôt pour l'encadrer, et, au besoin, interdire d'y accéder. Cette suggestion est sans doute trop sombre et peut-être procède-t-elle d'un excès de logique. Pour autant, refuserait-on d'en explorer les incidences, il faudrait malgré tout convenir qu'une réflexion sur les finalités du droit de la preuve conduit naturellement à s'interroger sur ses raisons d'être. Si le droit s'occupe d'un sujet pour le traitement duquel il n'a pas de compétences naturelles, il est inévitable de se demander quelles raisons justifient qu'il s'y intéresse* » (37).

À cet égard, « *le choix d'un système de preuve (...) n'est jamais le fruit du hasard* » (38). Ce choix repose sur une prise de position au regard du droit de la preuve qui déterminera si l'on est en présence d'un système de preuve légale ou morale (39).

de diverses dispositions figurant au Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale, JORF, 4 décembre 1980, p. 2850, considérant 8.

(34) A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, thèse, *op. cit.*, p. 1.

(35) Sur ce point, voy. R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : « permanences et transformations »*, *op. cit.*, p. 4.

(36) Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, 1996, p. 41.

(37) X. LAGARDE, « Les finalités et principes du droit de la preuve », *JCP éd. G.*, 2005, p. I-133, n° 2.

(38) É. FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, thèse, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2004, p. 3.

(39) G. GOUBEAUX, Ph. BIHR, « Preuve », *Rép. civ.*, Dalloz, n° 18.

Dans le système de preuve légale, c'est la règle de droit « *qui exige que la preuve soit faite par certains moyens qu'elle désigne précisément et qui ne laissent au juge aucun pouvoir d'appréciation* » (40) ; en revanche, dans un système de preuve morale, « *le juge statue (...) par intime conviction, c'est-à-dire conformément aux convictions que, par les preuves rapportées, les parties ont pu faire naître en lui* » (41). Ces deux systèmes ne sont ni exclusifs ni concurrents. Ils mettent l'accent sur les pouvoirs du juge par la reconnaissance de son rôle plus ou moins actif dans le déroulement de l'instance et sur la nature des preuves admissibles.

Mais, en réalité, le choix opéré pour tel ou tel système de preuve ne traduit pas nécessairement un positionnement spécifique à l'égard du juge. Dans un système de preuve légale, même si le juge est tenu par le statut des preuves, il juge également selon son intime conviction (42). Inversement, dans un système de preuve morale, l'élément psychologique de la conviction du juge ne l'emporte pas sur la sécurité juridique des justiciables (43).

L'approche classique ne permet donc pas d'appréhender la question de la preuve dans sa globalité. Cependant, notre étude n'exclura pas totalement cette approche pour envisager la preuve dans le droit de l'Union. Elle nous sera utile pour présenter l'attribution de la charge de la preuve dans la mesure où la jurisprudence récente précise que « *la fonction essentielle de la preuve (...) est de convaincre du bien-fondé d'une thèse* » (44). Mais, envisagée sous l'angle de la fonction de la

(40) J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, 1992, p. 226.

(41) *Ibid.*, p. 226.

(42) L. BOYER, H. ROLAND, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2002, p. 575.

(43) H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, pp. 303-309 ; O. MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime. Éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse dactylographiée, Lyon III, 1990 ; voy. également, Cass., Ass., 27 février 2009. Toutefois, le Conseil d'État français a, dans un avis rendu le 1^{er} avril 2010 au sujet d'un litige fiscal, précisé les limites de l'application de l'estoppel. Pour le Conseil d'État, il n'y avait pas lieu d'appliquer ce principe dès lors qu'il faisait obstacle à l'exercice de l'office du juge administratif. De même, pour la Haute juridiction administrative, tout changement dans la position de l'Administration fiscale pouvait intervenir à n'importe quel moment de la procédure contentieuse à condition de respecter le contradictoire et ce, parce que le droit français offrait des garanties procédurales « symétriques » au contribuable lors d'un tel changement de position. Voy. CE, avis contentieux, 1^{er} avril 2010, req. n° 334465, note H. BELRHALI-BERNARD, *A.J.D.A.*, 2010, p. 1327 ; voy. également sur ce point, A. CIAUDO, A. FRANK, « Pour l'utilisation de l'estoppel dans le procès administratif », *A.J.D.A.*, 2010, p. 479.

(44) CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, *Rec.* p. I-987, pt 41.

preuve, la jurisprudence, comme nous le verrons (45), s'inscrit dans une approche plus dynamique de la preuve. En ce sens, elle ne s'intéresse pas à ce qu'est la preuve, mais à l'usage qu'en fait le juge. La doctrine qualifie cette approche de fonctionnelle.

B. *L'approche fonctionnelle de la notion de preuve*

La définition de la preuve par rapport à sa fonction est le fruit d'un discours doctrinal relativement récent. Ce discours doctrinal sur la preuve s'intéresse à l'usage qu'en fait le juge. Il « *tente de révéler ce que l'usage de [la preuve] nous apprend sur la pratique contentieuse* » (46). Selon l'approche fonctionnelle, la question probatoire est envisagée au regard de l'objectif poursuivi par le juge selon le droit qu'il applique ou selon l'orientation qu'il souhaite donner à la solution jurisprudentielle (47).

Les premières études, qui ont adopté une telle approche de la question probatoire, se sont intéressées à l'évolution de la place du juge et au rôle des règles de preuve dans l'activité juridictionnelle. Ainsi, la preuve a été, tout d'abord, envisagée comme un moyen de tempérer l'intensité du contrôle juridictionnel (48). Ensuite, elle a été envisagée comme un moyen de légitimation de la décision juridictionnelle (49). Le contexte particulier du droit international et européen des droits de

(45) Sur ce point, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2 de la Seconde partie de la thèse.

(46) F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 13.

(47) *Ibid.*, spéc. p. 17.

(48) Le professeur Jean-Philippe Colson tend à envisager la question de la preuve par l'intensité du contrôle que le juge exerce à l'égard du pouvoir discrétionnaire de l'Administration et du rôle que cette dernière joue. Selon cet auteur, « *c'est ce point de vue qui correspond le mieux aux caractères de l'instance et aux principes de liberté de la preuve et de l'intime conviction du juge* » qui dominent le contentieux administratif. La preuve est ainsi appréhendée comme un moyen de moduler le contrôle exercé par le juge qui trouve une signification particulière tant dans l'objet de la preuve que dans la répartition de sa charge. J.-Ph. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 10.

(49) Le professeur Xavier Lagarde propose une réflexion critique des solutions jurisprudentielles et doctrinales relatives au droit de la preuve. Pour fonder son analyse, cet auteur envisage la question de la preuve au regard de la légitimité de la décision juridictionnelle. En abandonnant toute référence à l'idée de vérité, il appréhende le droit de la preuve comme un moyen pour le juge de justifier sa décision. Une telle approche s'explique par l'aspect sociologique sous l'angle duquel cette étude envisage le droit de la preuve. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 14 et s. Déjà Henri Lévy-Bruhl écrivait que « *la preuve est donc toujours fournie par référence aux opinions reçues. Si audacieuse, si révolutionnaire que soit une allégation ou une découverte, elle sera prouvée si elle rencontre l'adhésion du groupe social, restreint ou étendu, où elle désire pénétrer. Toute preuve, en dehors même de sa fonction d'ordre intellectuel, qui est généralement la seule à laquelle on songe, a une fonction sociale qui consiste à faire accepter la thèse que l'on soutient. Prouver c'est approuver. Une proposition prouvée est une proposition admise, acceptée, faisant désormais, au moins pour un temps, partie des vérités officielles* ». H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1964, p. 22.

l'homme a permis, enfin, de mettre en évidence que les règles de preuve sont au service de l'effectivité des droits en raison de la spécificité des mécanismes juridictionnels de protection (50).

L'approche fonctionnelle envisage ainsi la preuve comme un instrument de l'effectivité des droits. En ce sens, l'instrumentalisation de la preuve par le juge n'est pas une opération isolée. Elle tient nécessairement compte des exigences du système auquel le juge appartient (51). Comme le remarque à juste titre le professeur Raphaëlle Rivier, « *l'opération probatoire et, avec elle, les règles qui la rendent possible sont entretenues dans un rapport d'ordre presque ancillaire avec le système au sein duquel elles sont appelées à intervenir, au point d'en emprunter la logique profonde* » (52).

L'approche fonctionnelle inscrit ainsi la problématique de la preuve dans un discours systémique (53). Elle permet de révéler une « *conception de la preuve telle qu'elle se dégage du système en vigueur au niveau de la controverse judiciaire avec tout ce que cela comporte de servitudes techniques* » (54).

L'idée n'est pas nouvelle. Les écrits consacrés au régime de preuve dans les systèmes anciens ont déjà adopté une telle analyse.

(50) Julianne KOKOTT propose une analyse comparative de la charge de la preuve dans les systèmes allemand et américain. Tout en soulignant les différences d'approche des questions de la preuve entre ces deux systèmes, l'auteur conclut que la protection effective des droits de l'homme est dépendante de la charge de la preuve. À cet effet, les règles qui gouvernent la charge de la preuve sont nécessairement modulées par le juge. J. KOKOTT, *The burden of proof in comparative and international human rights law: civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 22 et s. De même, adoptant l'approche fonctionnelle de preuve, Fred Deshayes s'est attaché à démontrer « *que la preuve est un instrument de la recherche d'effectivité du contrôle que la Cour exerce sur le respect de la Convention* ». L'étude minutieuse des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme a permis à cet auteur de constater que le droit de la preuve repose sur la logique spécifique du système de protection instauré par la Convention. En ce sens, les garanties que cette dernière accorde se trouvent étroitement imbriquées dans le mécanisme probatoire de sorte que les justiciables se voient reconnaître un droit à la preuve effectif. L'exercice effectif de ce dernier nécessite des ajustements procéduraux, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve. F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 33.

(51) Voy. sur ce point, D. SIMON, *Interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, thèse, Paris, Pedone, 1981, p. 10.

(52) R. RIVIER, « La preuve devant les juridictions interétatiques », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, p. 10.

(53) Pour les professeurs Marie-Laure Niboyet et Géraud de Geouffre de la Pradelle, « *l'unité du droit de la preuve (...) [dépend] de la nature systémique des liens qui unissent toutes les règles de preuve les unes aux autres, et plus particulièrement celles gouvernant l'admissibilité, la force probante et l'administration de la preuve* ». Voy. M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2009, pp. 488 et s.

(54) P. FORIERS, « Introduction au droit de la preuve » in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 8.

L'étude de l'histoire du droit révèle qu'il existe une certaine concordance entre le choix d'un régime de preuve et l'évolution du système. Ainsi, le professeur Adhémar Esmein écrivait, à propos des ordalies (55) sous la monarchie franque, que ce système de preuves « caractérise (...) un certain degré inférieur de civilisation. (...) Ce système s'explique par l'extrême difficulté de la preuve directe et adéquate : en dehors du cas du flagrant délit, comment prouver pleinement et sûrement l'existence d'un délit contre qui le nie ? Il y a là un problème dont, après des siècles de civilisation lentement acquise, nous ne sentons plus la terrible gravité, bien que nos lois soient encore pleines de précautions contre les erreurs ou les tromperies possibles dans la preuve judiciaire. (...) En dehors du flagrant délit ou de l'aveu de l'accusé, tout était incertitude : on ne pouvait qu'en appeler aux divinités, toujours présentes, par un serment solennel qui appellerait leur colère sur le parjure et sur les siens, ou par une ordalie » (56).

De même, dans son étude consacrée au classement des preuves dans le droit savant, le professeur Jean-Philippe Lévy concluait que « l'adoption du régime des preuves romaines est donc une vraie révolution et le point de départ d'un nouvel essor du droit » (57) parce que le régime des preuves fut régi par le droit (58).

Une telle présentation de la question probatoire est intéressante. Elle repose sur une hypothèse selon laquelle la preuve traduit un changement de perception de ce qu'est le droit et la justice dans une société donnée (59). Ainsi, le professeur Éric Desmons, analysant la preuve des faits chez les Modernes, posait comme hypothèse que « le système probatoire assure l'articulation de la perception sociale de l'infraction et de la philosophie de la peine. Dans cette perspective, la mutation opérée dans le régime de la preuve (...) renverrait d'abord à un changement intervenu dans la perception de la criminalité et du châtement » (60).

(55) Pour une étude du système des ordalies, voy. D. DEROUSSIN, F. GARNIER (dir.), « L'ordalie : modalités et rationalités d'une épreuve judiciaire », in *Passé et présent du droit*, n° 3, Paris, éd. Le manuscrit, 2008.

(56) A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1910, p. 95 et 96. Voy. également, A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, reprod., Paris, éd. de l'Université Panthéon-Assas, 2010, p. 49.

(57) J.-Ph. LÉVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-âge. Depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^{ème} siècle*, Paris, Sirey, 1939, p. 164.

(58) J.-Ph. LÉVY, « L'apport de l'Antiquité au droit de la preuve », *Droits*, 1996, p. 8.

(59) H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, op. cit., p. 8. Pour l'utilisation d'une telle présentation pour expliquer la logique juridique, voy. C. PERELMAN, *La logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999, pp. 26 à 48.

(60) É. DESMONS, « La preuve des faits dans la philosophie moderne », *Droits*, 1996, p. 13.

Il concluait que « *le système probatoire prôné par les Modernes, avec l'incertitude qui le caractérise et qui profite au prévenu, est symptomatique du développement de l'individualisme et de son corollaire, la protection des droits individuels, face à un pouvoir suffisamment fort pour être ressenti comme étant une menace. On peut dès lors estimer que le système probatoire est pensé dans le cadre d'une théorie de l'autorité légitime* » (61).

La preuve est donc consubstantielle au degré d'évolution d'un système juridique. En ce sens, la question probatoire permet de mesurer la capacité d'un système juridique à garantir une protection juridique effective des droits de ses sujets.

L'objet de la présente étude n'est pas cependant de faire une présentation historique de la notion de preuve dans le droit de l'Union. Nous nous intéressons à l'histoire du droit dans la mesure où elle inscrit la question probatoire dans un discours explicatif au regard d'un système. Une telle démarche offre la possibilité d'envisager l'identité des questions de preuve « par-delà l'extrême diversité des réponses » au regard d'un ensemble cohérent dans la perspective de formation d'un système juridique (62).

La force explicative de l'approche fonctionnelle tient, dès lors, au fait qu'elle permet d'aborder la question de la preuve dans sa globalité (63). Cette approche conduit à analyser la preuve tant dans un aspect contentieux que dans un aspect législatif. Pour ce faire, il convient au préalable de poser notre hypothèse d'étude au regard de la fonction de la preuve dans le système juridique étudié. Eu égard à sa relation intrinsèque avec l'exercice effectif des droits, la fonction de la preuve est de garantir ces droits.

§2. – La preuve au regard de la garantie des droits dans le droit de l'Union européenne

Envisager la preuve au regard de la garantie des droits dans le droit de l'Union n'est pas une approche nouvelle. La question de la garantie des droits est une problématique centrale dans le droit de

(61) *Ibid.*, spéc. p. 20.

(62) Voy. dans ce sens, J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2002, p. 12 à 17 ; J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2010, pp. 25 et s.

(63) H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, op. cit., pp. 8 et s. ; voy. pour la même approche pour expliquer et définir ce qu'est « le droit », voy. J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, coll. Champs Université, 3^{ème} éd., 2009, pp. 8 et s.

l'Union (A). Appliquée à la preuve, une telle approche permettra de rendre compte de la fonction de la preuve dans le droit de l'Union (B).

A. *La problématique de la garantie des droits dans le droit de l'Union*

Dès l'origine, l'ordre juridique de l'Union a été caractérisé comme « *un ordre juridique propre, présentant une structure spécifique, autonome par rapport tant au droit international qu'aux droits nationaux des États qui en sont membres* » (64).

Les fondements de cette autonomie sont à rechercher dans les caractéristiques qui lui sont propres telles qu'elles résultent des principes de l'effet direct et de la primauté (65). Selon ces principes structurels, qui façonnent le statut particulier de l'ordre juridique de l'Union, les droits que ce dernier confère sont directement invocables par les particuliers qui peuvent exiger une protection juridique effective tant des institutions de l'Union que des autorités nationales. À l'égard de ces dernières, le principe de primauté impose, si besoin est, d'écarter toute disposition nationale incompatible et de la laisser inappliquée.

Les principes de l'effet direct et de la primauté n'ont de sens que si les mécanismes d'application du droit de l'Union sont effectifs. Il convient également de souligner que la mise en œuvre du droit de l'Union est « décentralisée » (66). D'une manière générale, sauf dans des hypothèses limitées, l'application du droit de l'Union, parce qu'il s'intègre au droit interne, dépend du concours des États membres.

Dans ces conditions, la nécessité d'assurer la garantie des droits dans le droit de l'Union s'est vite imposée comme une exigence fondamentale de la consécration et de la préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne dans son articulation avec les ordres juridiques nationaux.

Moyen de réalisation des droits, la preuve s'inscrit ainsi dans la problématique de l'application effective du droit de l'Union dans les droits nationaux. En effet, le droit primaire ne traite pas de la question de la preuve. De même, le législateur de l'Union n'est intervenu en

(64) R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, 1993, p. 21.

(65) D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in J.-Cl. GAUTRON, L. GRARD (dir.), *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 235.

(66) Sur cette question, voy. Ch. LEBEN, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, p. 62.

matière de preuve que de manière parcellaire. L'étude du droit dérivé permet de rendre compte de ce que le législateur n'a pas entendu régler toutes les questions de preuve. Ce dernier s'est intéressé à certains aspects de la preuve en fonction de la particularité des domaines dans lesquels il est intervenu (67).

Le droit de l'Union, ne régissant pas de manière complète la question de la preuve, a laissé le soin aux États membres, dans son silence, de fixer les règles et les modalités procédurales de preuve pour son application effective. Les États membres disposent d'une marge de manœuvre importante quant aux moyens de preuve mis en place. Cette marge de manœuvre est, toutefois, encadrée par l'obligation de résultat qui incombe aux États membres pour garantir l'application effective des droits découlant du droit de l'Union et, par conséquent, leur protection juridique. L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 19 TUE pose clairement cette obligation dans la mesure où il précise expressément qu'il incombe aux États d'établir « *les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

Les États membres n'ont donc pas toute latitude en matière de preuve. Leur marge de manœuvre a pour limite importante l'effectivité du droit de l'Union. L'effectivité est ici entendue comme « *l'effectivité du droit, c'est-à-dire son application juste aux faits qui constituent les situations juridiques. L'important réside dans les effets du droit, dans la capacité des règles à assurer la réalisation des prérogatives juridiques des individus* » (68). Comme le remarque le professeur Jean Touscoz, « *la notion d'effectivité exprime, par conséquent, du point de vue juridique, la relation qui existe entre un certain état de fait, une certaine réalité, et entre une règle ou une situation juridique* » (69).

Les règles de preuve participent à cette effectivité parce qu'elles assurent le lien logique entre les situations des faits et les dispositions du droit de l'Union que ces dernières appréhendent (70). Comme le remarque à juste titre le juge Mertens de Wilmars, « *les droits subjek-*

(67) Ainsi, par exemple, en matière de lutte contre les discriminations, le législateur de l'Union a précisé la règle relative à la charge de la preuve. De même, il a été amené à déterminer l'admissibilité de certains actes nationaux comme preuve. Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, il a instauré un régime de preuve particulier au moyen de certificats. Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, de la Première partie de la thèse.

(68) W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, p. 301.

(69) J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 2.

(70) La jurisprudence en matière de répétition de l'indu illustre parfaitement cette situation. Voy. par exemple, CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec. p.* 3595, pt 17.

tifs que ces dispositions accordent arrivent comme nus dans la sphère nationale sans être accompagnés (...) par cet environnement de droits adventices, provenant fréquemment des dispositions générales du système juridique national qui, en même temps, modalisent l'exercice du droit et en garantissent l'efficacité » (71).

Le respect de l'exigence d'effectivité dans le droit de l'Union est assuré par le juge. En effet, d'une part, la preuve conserve une attache naturelle avec le procès et, d'autre part, le juge est un acteur déterminant dans l'élaboration du droit de l'Union (72). La fonction juridictionnelle devient un élément fondamental de l'intégration progressive du droit de l'Union européenne dans les droits nationaux et de l'évolution du système juridique de l'Union.

La fonction juridictionnelle dans l'Union européenne est spécifique (73). Elle se caractérise par le fait qu'elle est partagée entre les juridictions de l'Union (74) et les juridictions nationales, juges de droit commun du droit de l'Union (75).

À l'égard des institutions de l'Union, les voies de droit créées par les traités confient aux juridictions de l'Union européenne un contrôle juridictionnel effectif en matière de preuve par des pouvoirs de pleine

(71) J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 401.

(72) P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, réimp., 2006, pp. 73 et s.

(73) A. BARAV, *La fonction communautaire des juridictions nationales*, thèse, Strasbourg, 1983, pp. 4 à 12.

(74) La juridiction de l'Union est composée de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique. (Voy. la décision 2004/752/CE, Euratom du Conseil, du 2 novembre 2004, instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO n° L 333 du 9 novembre 2004, p. 7). La création d'un Tribunal du brevet communautaire est également envisagée. Voy. la Proposition de règlement du Conseil instituant le Tribunal du brevet communautaire et concernant les pourvois formés devant le Tribunal de première instance, COM (2003) 828 final. Le système juridictionnel de l'Union peut connaître un triple degré de juridiction, en fonction des matières. La réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne a fait du Tribunal le juge de première instance de droit commun, réservant à la Cour de justice certains domaines limitativement énumérés dans le Statut. Celle-ci peut toutefois contrôler la décision du Tribunal dans le cadre du pourvoi. Le Tribunal devient également juge de second degré. Dans des matières spécifiques, il peut connaître des pourvois à l'encontre des décisions du Tribunal de la fonction publique. Sa décision ne peut faire l'objet d'un réexamen de la part de la Cour de justice que de manière exceptionnelle en cas de risque grave d'atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'Union européenne (voy. l'article 256 TFUE (ex article 225 TCE)). Sur l'unité de la juridiction de l'Union depuis la création du Tribunal de première instance, voy. J. BIANCARELLI, « Droit communautaire : un juge à deux têtes », *RAE*, n° 1/1991, p. 5 ; J. BIANCARELLI, « La création du Tribunal de première instance des Communautés européennes : un luxe ou une nécessité ? », *RTDE*, 1990, pp. 5 et s.

(75) J. RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs public nationaux », *D.* 1974, chron., p. 149.

juridiction, d'annulation ou de déclaration. À l'égard de la méconnaissance par les États membres de leurs engagements, le droit de l'Union connaît la procédure spécifique du recours en manquement qui est prévue à l'article 258 à 260 TFUE (ex article 226 à 228 TCE).

Or, en raison de l'application décentralisée du droit de l'Union, les voies de droit créées par les traités ne sont pas susceptibles de garantir une protection juridictionnelle suffisante des droits conférés aux particuliers (76). Pour y remédier et tirant la conséquence de la reconnaissance de l'effet direct de certaines dispositions des traités, les juridictions nationales se sont vu confier le soin de sauvegarder dans l'ordre juridique interne les droits que les particuliers tirent de telles dispositions. Les juridictions nationales ont donc été reconnues comme de « véritables juges de droit commun » (77) dans le système juridictionnel de l'Union européenne.

Les traités ou le droit dérivé (78) ne prédéterminent pas les règles procédurales applicables devant le juge national dans son office de juge de droit commun du droit de l'Union et, plus particulièrement en ce qui concerne les modalités procédurales de preuve (79). Il est d'ailleurs de jurisprudence constante qu'« il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct » (80). Dans ce sens, la jurisprudence considère que les traités n'ont pas « entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit de [l'Union], des voies de droit autres que celles établies par le droit national » (81).

Le système de protection juridique établi par les traités nécessite et impose lui-même l'utilisation de « tout type d'action prévue par

(76) CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *op. cit.*, p. 25.

(77) J. RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *op. cit.*, p. 149.

(78) Sauf dans des cas très spécifiques, ainsi, par exemple, en matière de marchés publics, le législateur de l'Union a adopté la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (*JO* n° L 335 du 20 décembre 2007, p. 31). Toutefois, si cette directive règle les questions relatives aux procédures de recours, elle ne régit pas la question de la preuve dans de tels recours. Sur la question des délais et la production des preuves, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, B. 1. de la Seconde partie de la thèse.

(79) F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., pp. 143 et s.

(80) CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989, pt 5.

(81) CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805, pt 44.

le droit national pour assurer le respect des dispositions d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national » (82), y compris pour les modalités nationales de preuve.

À l'occasion des questions préjudicielles adressées à la Cour de justice par les juridictions nationales et, dans une volonté de coopération juridictionnelle (83), le juge de l'Union a précisé les effets de la justiciabilité qui s'attachent aux normes du droit de l'Union et les obligations qui en découlent pour les juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les règles nationales de preuve.

Dans un premier temps, selon la doctrine, la Cour de justice, s'est engagée dans un contentieux dit de la « *seconde génération* » (84). Ce contentieux « *concerne moins les fondements du principe de primauté (...) que les conséquences qu'il appartient aux juridictions nationales de tirer de cette exigence essentielle* » (85) du droit de l'Union. Pour ce faire, les juridictions nationales doivent disposer des moyens pour « *s'assurer que les mécanismes procéduraux internes permettaient effectivement* » (86) de garantir une protection adéquate des droits tirés du droit de l'Union (87).

(82) *Ibid.*, pt 44.

(83) F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 199 à 232.

(84) Voy. J. MERTENS DE WILMAR, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales*, dans FIDE, *Remedies for breach of Community law*, London, 1980, n° 2, cité par F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne, op. cit.*, p. 145.

(85) D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois, op. cit.*, p. 481 ; voy. également O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, thèse, Paris, Dalloz, 2001, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 7.

(86) É. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE*, 2007, p. 430.

(87) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651, pt 18 ; CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357, pt 33 ; voy. également M. WATHELET, S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire, vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? » *CDE*, 1997, pp. 13 à 63 ; D. SIMON, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire. La jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas... » », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 489 à 499 ; L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté. À propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame, aff. jtes C-46/93 et C-48/93 », *RFDA*, 1996, pp. 583 à 595. Pour une étude de l'application de cette jurisprudence par les États membres, Voy. M.-P. GRANGER, « National applications of Francovich and the construction of a European *administrative jus commune* », *EL Rev.*, 2007, pp. 157 à 192.

Dans un second temps, la Cour de justice a été amenée à déterminer les conséquences de l'obligation de l'application uniforme et de la protection juridictionnelle qui incombe aux juridictions nationales. L'étude de la jurisprudence récente révèle que la responsabilité des États membres du fait de leurs juridictions peut être engagée (88). La doctrine y voit la naissance d'un contentieux dit « *de la troisième génération* » (89) dans la mesure où le juge de l'Union s'oriente vers un contrôle de l'activité « *des juges nationaux eux-mêmes afin de vérifier qu'ils remplissent pleinement et scrupuleusement leur fonction de juge* » (90) de droit commun du droit de l'Union.

Inscrite dans la problématique des rapports entre le droit national et le droit de l'Union, la preuve occupe une place déterminante dans le système juridique de l'Union. Elle permet non seulement d'assurer l'application effective du droit de l'Union européenne, mais également de conditionner les effets de ce droit dans l'ordre juridique national.

C'est en ce sens que, outre les aspects purement techniques de la procédure qui sont propres au fonctionnement de chaque juridiction, au fond, les questions de preuve ne sont pas substantiellement différentes devant les juridictions nationales ou devant les juridictions de l'Union (91). Articulée autour de la garantie des droits, la preuve remplit une fonction propre lorsqu'est en cause l'application du droit de l'Union européenne.

B. *La fonction de la preuve et la garantie des droits dans le droit de l'Union européenne*

S'intéresser à la fonction de la preuve dans le droit de l'Union au regard de la garantie des droits permet de rendre compte de la

(88) CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239 ; voy. D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême. À propos de l'arrêt *Köbler* », CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Europe*, novembre 2003, chr. 12, pp. 3 à 6.

(89) Voy. D. CURTIN, K.J.M. MORTELMANS, « Application and Enforcement of Community law by the Member States : Actors in search of a third generation script », in *Essays in Honour of H.G. Shemers*, vol. II, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 423 et s., p. 433 cité par F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 145 ; voy. également dans ce sens, L. AZOULAI, « Les formes de la sanction juridictionnelle », in I. PINGEL, D. ROSENBERG (dir.), *Sanctions contre les États membres en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, p. 25.

(90) É. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », op. cit., p. 430.

(91) Voy. dans ce sens, R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, réimp. 2007, p. 12 et s.

problématique de la présente recherche (1), de la méthode d'analyse choisie et du plan adopté (2).

1. *La problématique de la recherche*

Par l'approche fonctionnelle, notre étude s'est donné pour objet d'analyser s'il était possible de dégager au regard de l'effectivité du droit de l'Union une cohérence d'ensemble en matière de preuve afin de présenter de manière ordonnée les solutions qu'apporte ce droit aux questions de preuve. Nous nous intéressons ainsi à la notion de preuve dans son rapport avec le système juridique de l'Union afin d'en isoler la spécificité.

Pour ce faire, une analyse combinée de la jurisprudence et des actes de droit dérivé s'est révélée nécessaire au regard de leur réception dans les droits internes. En ce sens, la thèse s'inscrit dans la problématique de rapport de systèmes national et de l'Union européenne et de la systématique des voies de droit (92) qui peut en résulter.

2. *La méthode d'analyse retenue et le plan adopté*

Pour ce faire, nous avons procédé, tout d'abord, à l'identification des questions que la preuve soulève dans une situation se rattachant au droit de l'Union et analysé, ensuite, les conséquences de ce rattachement sur les règles de preuve.

Nous employons ici le mot « rattachement » pour désigner « *la constatation du ou des liens qui existent entre une situation* » et le droit de l'Union européenne. Ces liens sont caractérisés par de divers critères qui déterminent l'application du droit de l'Union européenne à une situation concrète de fait (93). Nous employons le mot « rattachement » pour désigner aussi la conséquence de cette application qui est « *la soumission de [cette] situation au système juridique de [l'Union] avec lequel elle présente des liens prépondérants* » (94).

L'étude cherche ainsi à analyser comment le système juridique de l'Union façonne les règles de preuve dès lors que l'on se trouve dans une situation qui implique l'application du droit de l'Union européenne

(92) F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, pp. 18 et s.

(93) Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1. A. 1. de la Première partie de la thèse et Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. de la Seconde partie de la thèse.

(94) Voy. « Rattachement » in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 762.

et s'il est possible de systématiser les solutions concrètes apportées aux questions de preuve.

De manière générale, la preuve suscite un certain nombre de questions classiques relatives à l'objet de la preuve, au droit à la preuve, à l'appréciation de la force probante des éléments de preuve, aux modes de preuve et à leur admissibilité et à la charge de la preuve.

Le législateur de l'Union, dont l'œuvre a été complétée par celle du juge, a progressivement donné des réponses à ces questions en fonction des domaines dans lesquels il est intervenu. L'étude du droit dérivé et de la jurisprudence tend à montrer qu'il existe une pluralité de solutions en matière de preuve qui sont spécifiques au domaine ou à la voie juridictionnelle concernés (95). Pour aboutir à ce constat, l'étude s'est au préalable fondée sur une analyse des questions que la preuve soulève domaine par domaine : par exemple, politique de la concurrence (96), politique agricole commune (97), politique de la consommation (98), politique fiscale (99) et les droits de douanes (100), la lutte

(95) L'aspect contentieux de la preuve nécessite en soi une analyse à part. Les questions de preuve que soulève chaque voie de droit devant les juridictions de l'Union est déterminée par l'objet de la contestation contentieuse et les moyens invoqués : le recours en annulation, le recours en manquement, le recours en indemnité (voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1. A et Section 2, §1. B et §2 ; Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2. A de la Seconde partie de la thèse). En revanche, les questions de preuve devant les juridictions nationales touchent à l'office du juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne. Voy. sur ce point, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1. B et §2. B de la Première partie de la thèse, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1. B., Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1. A. et §2. B. et Section 2, §1. A. 1. et §2. A. 2, Chapitre 2, Section 1, §2. B. de la Seconde partie de la thèse. Comme nous l'avons précisé, la systématique des voies contentieuses n'est pas l'objet direct de la présente étude.

(96) Une question de preuve est souvent soulevée pour déterminer quelle est la charge probatoire qui incombe à la Commission et à l'entreprise concernée pour démontrer l'effet anticoncurrentiel d'une pratique ou bien déterminer quels moyens de preuve peuvent utiliser pour démontrer une pratique anticoncurrentielle et, enfin, quelle est l'étendue du contrôle juridictionnel exercé. Voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2. b) ii) de la Première partie de la thèse ; Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B et Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1 de la Seconde partie de la thèse.

(97) La question de la preuve est souvent associée à l'admission des certificats de circulation à titre de preuve et à la compétence du législateur de l'Union pour adopter des moyens de preuve uniformes qui seront exigés comme preuve à titre exclusif. Voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, A de la Première partie de la thèse et Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A de la Seconde partie de la thèse.

(98) Il s'agit ici de la protection du consommateur contre les clauses abusives qui font peser sur le consommateur la charge de la preuve au profit du professionnel. Voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2. a) de la Première partie de la thèse et Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, A, 2 de la Seconde partie de la thèse.

(99) La plupart des questions de preuve concernent la preuve de la livraison transfrontière pour l'exonération de la TVA. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, B, 2. a) de la Seconde partie de la thèse.

(100) Il s'agit ici de la question du recueillement de preuves par les autorités nationales compétentes afin de lutter contre la fraude douanière. Voy. Sur ce point, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 de la Première partie de la thèse.

contre les discriminations (101), la coopération administrative (102), la coopération judiciaire en matière civile et commerciale et en matière pénale (103), l'établissement du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (104). Ces solutions répondent à une question de preuve concrète en fonction de l'objectif poursuivi par la politique commune et reflètent l'évolution de cette politique tant dans une dimension normative que dans une dimension contentieuse (105). Il apparaîtrait, dès lors, impossible de dégager une seule ligne directrice pour pouvoir expliquer les choix opérés en matière de preuve.

Toutefois, malgré cette pluralité, l'on peut déceler une certaine cohérence en matière de preuve. Cette cohérence s'édifie progressivement autour de la nécessité d'assurer l'effectivité du droit de l'Union. Les règles de preuve, appréhendées comme instrument de réalisation du droit, participent à l'exigence d'effectivité des droits conférés par le droit de l'Union et impliquent la nécessité de rapprocher les pratiques nationales en matière de preuve. Ces deux enjeux de la preuve s'articulent autour d'une question centrale, à savoir comment prouver les droits conférés par le droit de l'Union dans une situation en relevant.

Liées à la réalisation du droit de l'Union de par leur fonction de garantir l'effectivité des droits, les règles de preuve sont nécessairement modulées par les principes qui sont à la base même de la construction européenne. La fonction structurante de ces principes permet de dégager un régime commun, une cohérence d'ensemble, par delà les domaines, des règles régissant l'admissibilité des modes de preuve et la charge de la preuve.

(101) L'évolution du droit de l'Union européenne s'est accompagnée de la consécration d'une notion nouvelle qui est la discrimination indirecte. Comme nous le verrons, cette nouvelle notion implique un régime probatoire spécifique qui a conduit à une évolution de la législation de l'Union. Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2. b) i) de la Première partie de la thèse et Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A, 1 de la Seconde partie de la thèse.

(102) Il s'agit de la question du recueillement des preuves par les autorités nationales dans l'exercice de leur compétence de sauvegarde du droit de l'Union européenne et de l'utilisation de ces éléments à titre de preuve devant une instance judiciaire. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1 et Titre 2, Chapitre 2, Section 1 de la Première partie de la thèse.

(103) Il s'agit plus particulièrement de la possibilité d'exécuter une mesure d'instruction, soit à la demande, soit directement par une juridiction nationale dans un autre État membre et de la reconnaissance de la valeur juridique de la preuve obtenue, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2 et Section 2, §2, B de la Première partie de la thèse.

(104) De manière générale, il s'agit de l'incidence des règles nationales de preuve sur l'établissement du marché intérieur et de leur rapprochement au niveau de l'Union européenne. Cette question est en principe tranchée par référence au système de répartition des compétences entre les États membres et l'Union. Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2 de la Première partie de la thèse.

(105) Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 de la Première partie de la thèse.

Pour rendre compte de cette cohérence, deux axes principaux structurent cette recherche. Le premier axe consiste à déterminer comment la preuve est saisie par le droit de l'Union, comment celui-ci l'appréhende (Partie I). Le second axe consiste à confronter les règles de preuve avec les principes du droit de l'Union. De cette confrontation, se dégage un droit de la preuve en formation dans le droit de l'Union européenne (Partie II).

Partie I : L'appréhension de la preuve dans le droit de l'Union européenne

Partie II : L'émergence d'un droit de la preuve dans le droit de l'Union européenne

Appréhender la preuve consiste à déterminer la place de cette notion dans le système juridique de l'Union européenne. À cet égard, il convient de rechercher comment le droit de l'Union régit la preuve tant au regard de la structure qu'au regard de la finalité de cet ordre juridique (106).

Dès lors, étudier la manière dont le droit de l'Union européenne appréhende la preuve invite à examiner les principes qui, d'une part, s'appliquent à la preuve (Titre 1) et, d'autre part, garantissent son effectivité (Titre 2).

Titre 1. Les principes appliqués à la preuve dans le droit de l'Union européenne

Titre 2. Les principes garantissant l'effectivité de la preuve dans le droit de l'Union européenne

(106) J.-Ch. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 23.

TITRE 1

**LES PRINCIPES APPLIQUÉS À LA PREUVE
DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

La question de la preuve dans le droit de l'Union européenne demeure ambiguë. Cette ambiguïté réside dans son caractère irréductiblement hybride : la preuve se situe au carrefour des règles de procédure et de fond. Cette répartition est fondée sur les deux significations de la notion de preuve : d'une part, organiser convenablement la matière à partir de laquelle va se former la conviction du juge ; d'autre part, établir l'existence d'un fait ou d'un droit dont on invoque le bénéfice (107).

Cette dualité des règles relatives à la preuve n'est pas sans poser des difficultés lorsqu'il s'agit de rechercher les principes qui vont s'appliquer à la preuve dans le droit de l'Union européenne. Les traités comme le droit dérivé sont silencieux sur la nature des règles régissant la preuve. Cette absence de précision au niveau du droit de l'Union justifie le renvoi aux droits nationaux quant à la définition de la notion.

Mais cette référence aux droits nationaux comporte un risque pour l'application uniforme du droit de l'Union européenne et pour la protection juridictionnelle effective des droits tirés du droit de l'Union puisque, ce faisant, elle renvoie à la disparité des modalités procédurales nationales de preuve. Si l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres a été reconnue en matière de preuve, celle-ci est, néanmoins, encadrée par les exigences d'une application uniforme et effective des droits conférés par le droit de l'Union européenne.

La reconnaissance d'un principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale (Chapitre 1) et son encadrement (Chapitre 2) permettent ainsi de rendre compte des principes qui vont s'appliquer à la preuve dans le droit de l'Union européenne.

(107) J.-L. MOURALIS, « Preuve », *Rép. civ.* Dalloz, 2002, p. 6.

CHAPITRE 1

**LA RECONNAISSANCE D'UN PRINCIPE
DE L'AUTONOMIE PROCÉDURALE EN MATIÈRE
DE PREUVE**

De conception essentiellement doctrinale, le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale a été dégagé pour rendre compte des rapports existant entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux (108). On doit cette expression au professeur Joël Rideau qui l'avait employée dans le contexte particulier de l'exécution du droit communautaire par les États membres (109). Par ailleurs, si son affirmation apparaissait jusqu'alors de manière implicite dans la jurisprudence (110), elle y trouve désormais une consécration explicite puisque l'articulation du droit de l'Union avec le droit national est examinée à l'aune « *du respect du principe de l'autonomie procédurale des États membres* » (111).

(108) Dans un souci de clarté de l'exposé, on retiendra l'expression d'autonomie procédurale dans la mesure où la notion de preuve ne touche pas directement à des questions d'organisation institutionnelle, mais plutôt à des questions procédurales.

(109) Voy. J. RIDEAU, « Le rôle communautaire des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, p. 885.

(110) Cette formule a été expressément utilisée pour la première fois par le Tribunal de première instance dans l'arrêt TPICE, 19 mars 1998, *Gerard van der Wal*, aff. T-83/96, *Rec.* p. II-545, pt 48. Pour une illustration de la réserve de la Cour de justice de reconnaître un tel principe Voy. CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, aff. C-453/09, *Rec.* p. I-6297.

(111) CJCE, 29 janvier 2009, *Migrationsverket*, aff. C-19/08, *Rec.* p. I-495, pt 47. En l'espèce, saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice devait se prononcer sur l'interprétation du règlement n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (*JO* n° L 50 du 25 février 2003, p. 1). Plus particulièrement, il s'agissait du point de départ du délai d'exécution des décisions du transfert des demandeurs d'asile vers un autre État membre lorsqu'une juridiction nationale avait statué sur la question du transfert à titre provisoire. La Cour de justice a estimé que, pour préserver l'effet utile de la réglementation européenne, ce délai d'exécution ne pouvait commencer à courir qu'à partir d'une décision juridictionnelle statuant au fond. Pour justifier cette interprétation, la Cour de justice s'est expressément référée au principe de l'autonomie procédurale des États membres. Ainsi, elle a jugé que « *s'agissant (...) du respect du principe d'autonomie procédurale des États membres, il y a lieu de relever que, si était retenue l'interprétation de l'article 20, paragraphe 1, sous d), du règlement n° 343/2003 selon laquelle le délai d'exécution du transfert court déjà à compter de la décision provisoire dotée d'un effet suspensif, la juridiction nationale qui voudrait concilier le respect de ce délai avec celui d'une décision juridictionnelle provisoire dotée d'un effet suspensif serait conduite à devoir statuer sur le bien-fondé de la procédure de transfert avant l'expiration dudit délai, par une décision qui, le cas échéant, par manque du temps nécessaire accordé aux juges, n'a pas pu prendre*

Pierre angulaire du droit de l'Union européenne, le principe de l'autonomie procédurale s'analyse en substance comme un principe de partage vertical de compétences entre l'Union et ses États membres (112). Ce principe découle de l'application décentralisée du droit de l'Union européenne dans les États membres et repose sur la compétence reconnue aux États membres pour sa mise en œuvre et son exécution. En vertu de ce principe, les États membres appliquent le droit de l'Union européenne selon leurs instruments nationaux, la détermination des organes compétents et des procédures d'application de ce droit relevant en principe de leur compétence exclusive, conformément aux exigences constitutionnelles qui leur sont propres (113).

C'est en ce sens qu'il convient d'analyser le renvoi systématique aux droits nationaux lorsque se pose une question de preuve relative à l'application du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique interne, les États membres demeurant compétents pour en déterminer les modalités procédurales (Section 1).

Si la détermination des modalités procédurales de preuve relève de la compétence normative des États membres, l'Union conserve, toutefois, une marge de manœuvre dans ce domaine. Pour autant que la réalisation du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en dépende, cette dernière, dans l'exercice de ses compétences, sera amenée à préciser les modes de preuve, voire les règles de preuve que les États membres doivent mettre en œuvre. L'action normative nationale se trouve alors tempérée par l'intervention du législateur de l'Union (Section 2).

en compte de manière satisfaisante le caractère complexe du litige. Comme le soulignent à juste titre certains gouvernements et la Commission dans leurs observations soumises à la Cour, une telle interprétation irait à l'encontre dudit principe, tel que consacré par la jurisprudence communautaire (...) ». Voy. également, CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub Srl*, aff. C-2/08, *Rec.* p. I-7501, pt 24. Ce principe a été récemment rappelé, voy. CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel c. Commission*, aff. C-550/07 P, *nepr.*, pt 120.

(112) Pour une approche similaire voy. E. PRÉVÉDOUROU, *Évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne : recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, London, Esperia Publications, 1999, pp. 87 et s.

(113) CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76, *Rec.* p. 137, pt 32 ; G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Sirey, 9^{ème} éd., 2005, p. 315.

SECTION 1 – LA RECONNAISSANCE D'UNE COMPÉTENCE NORMATIVE
DES ÉTATS MEMBRES EN MATIÈRE DE PREUVE

La reconnaissance d'une compétence normative des États membres en matière de preuve résulte de la spécialité des attributions de l'Union. L'absence d'une disposition expresse lui conférant une telle attribution justifie que, dans ce domaine, la compétence revient aux États membres (§1). Investis d'une véritable mission de participation à la poursuite des objectifs des traités, les États membres doivent l'exercer au service de l'effectivité du système juridique de l'Union européenne dans le respect des obligations découlant des traités et du droit dérivé (§2).

§1. – La compétence des États membres pour la détermination
des règles de preuve

La compétence des États membres pour la détermination des règles de preuve trouve son fondement dans le renvoi aux droits nationaux qu'opère le droit de l'Union européenne lorsqu'une difficulté de preuve se pose (A). Il en est ainsi car le droit de l'Union européenne n'impose pas en principe la mise en place de règles de preuve spécifiques pour son application dans le droit interne. Le système probatoire national suffit pour rendre effective l'application de ce droit et, en ce sens, il est la source principale pour les règles qui vont gouverner la preuve (B).

*A. Le renvoi aux droits nationaux pour la détermination
des règles de preuve*

Le renvoi aux droits nationaux pour la détermination des règles de preuve n'est pas une technique nouvelle. Cette technique est fréquemment utilisée dès lors qu'une lacune est constatée dans la réglementation de l'Union sur une question donnée. En matière de preuve, elle fournit des indications importantes quant à la définition de la notion. Celle-ci se fait par référence aux droits nationaux (1). En conséquence, le principe de l'autonomie procédurale apparaît comme un élément de la définition de la notion de preuve (2).

1. La définition de la preuve par référence aux droits nationaux

La référence aux droits nationaux en matière de preuve permet de considérer que, pour définir cette notion, il convient de se référer au système de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. La compétence normative des États membres en la matière permet de constater que la preuve est un instrument de mise en œuvre du droit de l'Union européenne en raison de ses liens étroits avec la procédure. La preuve échappe donc *a priori* aux compétences de l'Union (a). Une telle approche de la notion fait également obstacle à reconnaître à cette dernière une compétence générale concernant les règles de preuve (b).

a) *La nature procédurale de la preuve, justification d'une absence de compétence explicite de l'Union*

Selon le système général de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, l'Union ne dispose que d'une compétence d'attribution aux termes des articles 5 du TUE (ex article 5 TCE) et de l'article 3 §6, TUE (ex article 2 TUE) (114). Comme l'avait déjà souligné la Cour de justice, dès ses premiers arrêts au sujet de la Communauté européenne, les États ont voulu mettre en place une Communauté dotée d'attributions spécifiques (115) qui repose sur un transfert (116) de compétences opérées par les États membres dans des domaines bien spécifiques en vue de la réalisation des objectifs poursuivis par les traités.

Par les objectifs qu'ils fixent, les traités forment ainsi « *le domaine de validité matériel des normes* » (117) de l'Union. Ils

(114) Article 5 TUE : « 1. *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.* 2. *En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* » ; article 3 §6 TUE : « *L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités* ».

(115) CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141, spéc. p. 1159.

(116) Bien que la Cour s'appuie sur la notion de « *transfert d'attributions* », il n'en demeure pas moins que l'ensemble des compétences de l'Union puisse être expliquée par cette notion. Sur les limites de la notion de transfert pour l'explication des compétences d'attribution de l'Union : voy. R. KOVAR, « *Compétences des Communautés européennes* », *J.-Cl. Europe*, fasc. 420, 1990, n° 4 ; voy. V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « *Compétences de l'Union européenne* », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2011, pp. 1-44, spéc. n° 53 à 61.

(117) M. GAUTIER, F. MELLERAY, « *Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire* », *RAE*, 2003-2004, p. 27.

imposent à l'Union d'asseoir toute action normative sur la base d'une disposition expresse (118). Elle ne peut agir que sur le fondement d'une disposition textuelle expresse.

Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne renforcent l'idée du caractère attributif des compétences de l'Union puisque, désormais, l'article 5 §2, TUE dispose qu'elle « *n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées* » (119). L'article 4 §1, TUE précise que « *conformément à l'article 5 toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ».

Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne traduisent ainsi la volonté de sauvegarder les compétences des États non attribuées à l'Union (120). Il est donc clair que, dans les domaines n'ayant pas fait l'objet d'attribution expresse, la compétence nationale est la règle. À y regarder de près, les dispositions des traités sont laconiques en ce qui concerne la preuve. Le terme n'y apparaît pas de manière isolée. Il est toujours en association avec d'autres vocables. Ces vocables ne renvoient pas à la notion de preuve elle-même, mais à des notions connexes, telles que « *admissibilité de preuves* », « *preuves scientifiques* » ou encore « *obtention de preuves* ». Ces notions touchent à des difficultés particulières que la preuve peut poser dans des hypothèses prédéfinies et ne permettent pas à l'Union de régler ces questions de manière générale.

L'absence dans les textes du droit primaire de la notion de preuve peut être expliquée par le fait que les auteurs des traités n'ont pas estimé nécessaire de régler cette question explicitement dans le

(118) Voy. article 5 §1 et §2, TUE.

(119) Pour une analyse critique de ces dispositions, voy. V. MICHEL, « Institutions et compétences. Que reste-t-il de la réforme ? », *ADE*, 2006, p. 87 ; pour un bilan de la réforme, voy. S. DE LA ROSA, « Le Traité de Lisbonne et la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Clarification ou régression ? », *ADE*, 2006, pp. 105 et s. ; V. MICHEL, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 2008, n° 7, pp. 43 à 47 ; parmi une littérature juridique abondante sur la question de la répartition des compétences telle qu'elle était prévue par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, voy. V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, pp. 17 à 86 ; H. BRIBOSIA, « La répartition des compétences entre l'Union et ses États membres », in M. DONY, H. BRIBOSIA (dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. ULB, 2005, pp. 47 à 52 ; J.-Cl. GAUTRON, « article I-11 » in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaires article par article. Parties I et IV*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 182 à 190 ; pour un commentaire général des modifications introduites par le Traité de Lisbonne, voy. M. DONY, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, éd. ULB, Coll. Etudes européennes, 2007.

(120) S. DE LA ROSA, « Le Traité de Lisbonne et la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Clarification ou régression ? », *op. cit.*, pp. 114 et s.

droit originaire. En effet, l'attache naturelle de la preuve avec la procédure justifie le renvoi à la compétence des États membres pour déterminer les règles de preuve qui vont permettre l'application du droit de l'Union européenne dans les systèmes juridiques nationaux. Dès l'origine, la question de la preuve a été éludée dans les rapports qui existent entre l'Union et les États membres nés des mécanismes d'application et d'exécution du droit de l'Union par ces derniers. Il n'est donc pas nécessaire *a priori* de reconnaître une compétence de l'Union sur la question.

Ainsi, les États membres sont en principe compétents pour prendre toutes les mesures procédurales nécessaires à l'application du droit de l'Union européenne. Ces derniers disposent de la compétence d'exécution du droit de l'Union européenne (121) dans la mesure où l'Union n'a pas en principe une telle compétence. Sauf dans des hypothèses d'administration directe, l'application du droit de l'Union européenne repose essentiellement sur la reconnaissance des compétences propres des États membres. De par sa nature procédurale, la preuve échappe alors à l'emprise de l'action normative de l'Union.

La mise en exergue de la nature procédurale de la preuve ne doit pas pour autant aboutir à la conclusion hâtive que cette façon *a priori* claire d'appréhender le partage vertical des compétences entre l'Union et ses États membres détermine une relation de parfaite synchronie en matière de preuve au regard des attributions de chaque protagoniste. Bien au contraire, le lien de la preuve avec la procédure révèle qu'il existe une tension particulièrement marquée dans les rapports entre les États membres et l'Union. L'enjeu de l'affirmation de la compétence normative nationale dans ce domaine dépasse le cadre strict de la question de l'exécution ou de l'application du droit de l'Union européenne par les modalités nationales de preuve. Il touche à un point sensible de la construction européenne qui est l'attribution des compétences à l'Union par la volonté souveraine des États. La notion de preuve l'illustre parfaitement. En effet, dans les systèmes nationaux, la preuve, de par sa nature procédurale, trouve encore une signification particulièrement affirmée au titre de la souveraineté étatique qui fait échec à la reconnaissance d'une compétence générale de l'Union dans ce domaine.

(121) Sur le fondement de cette compétence, voy. M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, thèse, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque droit international et communautaire, 1994, pp. 34 et s.

b) *La nature procédurale de la preuve, obstacle à la reconnaissance d'une compétence générale à l'Union*

Les obstacles à la reconnaissance d'une compétence de l'Union en matière de preuve tiennent à la nécessité d'un transfert de compétences par une révision des traités dans la mesure où les États membres n'ont pas entendu lui attribuer compétence pour ce qui concerne le droit procédural (122). L'idée de transfert de compétences dans ce domaine rencontre encore des résistances de la part des États. Il s'agit d'un domaine d'une grande sensibilité politique puisque l'enjeu est la souveraineté des États (123). En effet, ayant pour objectif d'assurer la sauvegarde de l'intérêt général et reflétant l'autorité de la puissance publique, les règles procédurales sont d'application territoriale. Elles sont l'expression du monopole de contrainte de l'État sur son territoire national (124).

En droit international public, le principe de l'application territoriale des règles de procédure a été très tôt considéré comme le corollaire de l'exercice de la compétence étatique. La Cour permanente de justice internationale a estimé, dans son célèbre arrêt rendu dans l'affaire Lotus, que « *la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure-sauf existence d'une règle permissive contraire-tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Mais il n'en suit pas que le droit international défend à un État d'exercer sur son propre territoire, sa juridiction dans l'affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger* » (125).

Étant en lien étroit avec les souverainetés étatiques en vertu du principe de territorialité (126), la procédure relève des compétences retenues des États membres, même dans le cadre de l'Union européenne. En effet, la notion de territoire n'a pas la signification d'exercice d'une compétence territoriale (127) en ce sens qu'elle ne confère pas « *l'apti-*

(122) Sauf en ce qui concerne les règlements de procédure de la Cour de justice, du Tribunal de l'Union européenne et du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne.

(123) Voy. notamment J. P. JACQUÉ, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, 1990, p. 301.

(124) J. GROUX, « « Territorialité » et droit communautaire », *RTDE*, 1987, p. 8.

(125) CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire Lotus*, *Rec. CPIJ*, Série A, n° 10, p. 18.

(126) La procédure est considérée comme l'un des rochers sur lesquels s'est édifiée la territorialité du droit. Dans ce sens, voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 30^{ème} éd., 2010, pp. 18 et s.

(127) Il convient néanmoins de préciser que même une définition fonctionnelle de la notion du territoire ne permet pas de déroger au principe d'attribution des compétences de l'Union. En ce sens, une question qui touche le territoire des États membres de l'Union, mais qui ne relève pas de compétences expressément attribuées, ne peut pas conférer à elle seule un titre de compétence. En revanche, le transfert des compétences opéré par les États membres « *aboutit*

tude (...) à régir une question ayant un rattachement » (128) avec le territoire des États membres de l'Union. Comme le remarque le professeur Jacques Ziller « le territoire ne constitue pas en effet un titre de compétence au profit de la Communauté et de l'Union, il est seulement déterminé par la nécessité de fixer le champ d'application dans l'espace des compétences fonctionnelles attribuées aux Communautés et à l'Union » (129) par les traités.

La modification apportée par le traité d'Amsterdam et l'intégration d'une partie des dispositions du pilier Justice et affaires intérieures dans l'ancien pilier communautaire ainsi que la nouvelle rédaction de l'article 81 TFUE ne remettent pas en cause la compétence étatique en matière de procédure. En effet, le nouvel article 81 TFUE ne modifie pas substantiellement l'ancien article 65 du traité CE tel qu'il a été introduit par le traité d'Amsterdam. Il précise de manière expresse que le principe de reconnaissance mutuelle constitue la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale et simplifie la procédure d'adoption des actes normatifs dans ce domaine au niveau de l'Union. Il n'enlève en rien à la compétence étatique, l'intervention du législateur de l'Union ne pouvant avoir pour objectif que de rapprocher les législations nationales pour faciliter la coopération judiciaire entre les États membres. De plus, le paragraphe 2 de cet article prévoit que le recours à la procédure législative ordinaire ne peut être justifié que si « cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ».

L'étude des règlements (130) pris sur le fondement de l'article 65 du traité CE (devenu article 81 TFUE) démontre que leur champ d'ap-

à une substitution de la Communauté aux États, y compris sur l'assise spatiales des compétences en cause ». Voy. A. RIGAUD, « Territoire communautaire », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 1995, n° 100 et n° 101. Voy. également dans le même sens, CJCE, 5 juin 1997, *Kari Uecker et Vera Jacquet*, aff. jtes C-64/96 et C-65/96, *Rec.* p. I-3171, pt 16.

(128) F. FINES, « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires ? », *RAE*, 2003-2004, p. 37, note 6. Comme le remarque Jean Groux, la notion de territorialité est envisagée ainsi sous l'angle « des normes matériellement territoriales qui dépendent pour leur application, d'éléments situés hors du territoire de l'État qui les édicte ». J. GROUX, « « Territorialité » et droit communautaire », *op. cit.*, p. 7. et pp. 10 et s.

(129) J. ZILLER, « Champ d'application du droit communautaire et de l'Union. Application territoriale », *J.-Cl. Europe*, fasc. 470, 2006, spéc. n° 4.

(130) Règlement n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement n° 1347/2000, *JO* n° L 338 du 23 décembre 2003 p. 2 ; règlement n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JO* n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1 ; règlement n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO* n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1 ; règlement n° 1348/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes

plication concerne des problèmes procéduraux particuliers soulevés dans les procès transfrontaliers entre les États membres. Ces règlements remédient aux problèmes de la réalisation des actes d'instruction et d'exécution des décisions judiciaires au sein de l'Union. Ils visent à instaurer une coopération plus étroite entre les systèmes judiciaires afin de satisfaire à la nécessité de procédures rapides et efficaces en vue d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable.

Le règlement n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (131) fournit ainsi un exemple précis. Pris sur le fondement de l'article 65 du Traité CE, le règlement remplace la Convention de la Haye entre les États membres en ce qui concerne l'obtention des preuves dans les procédures judiciaires présentant un caractère transfrontalier. Fixant le cadre juridique de l'exécution des actes d'instruction, le règlement est néanmoins silencieux sur la nature des preuves et des éléments de preuve susceptibles de faire l'objet d'une telle demande (132). Touchant de manière directe le champ matériel d'application du règlement, la notion de preuve est absente dans les dispositions du règlement. Cette notion est définie néanmoins dans le Guide pratique pour l'application du règlement relatif à l'obtention de preuves (133). Ce guide ne constitue qu'une ligne directrice pour les juridictions nationales (134).

Sur la base de l'article 65 du Traité CE (devenu article 81 TFUE) a été entrepris également le rapprochement des règles de conflits de lois. Le règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles exclut de son champ d'application la preuve (135) et la procédure, sous réserve toutefois des solutions adoptées en droit international privé (136). Dans le même sens, on peut également mentionner l'adoption tardive de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves

judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *JO* n° L 160 du 30 juin 2000, p. 37.

(131) *JO* n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1.

(132) article 1^{er} §2, du règlement n° 1206/2001, préc.

(133) Consultable sur http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ec_guide_fr.pdf.

(134) Voy. notamment la définition large de la preuve au point 8 du guide pratique, p. 6.

(135) Article 1^{er} point h), de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM (2005) 650 final repris dans l'article 1^{er} du règlement, *JO* n° L 177 du 4 juillet 2008, p. 6.

(136) Article 18 du règlement n° 593/2008 préc. ; voy. également, É. FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, op. cit., p. 17.

tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales (137).

La question demeure néanmoins importante pour les infractions pénales présentant un caractère transfrontalier. Une répression effective de telles infractions s'accompagne nécessairement d'une réflexion d'ensemble sur l'élaboration d'instruments juridiques de coopération et sur la centralisation des enquêtes au niveau de l'Union (138). Le nouvel article 82 TFUE introduit par le Traité de Lisbonne apporte sur ce point une réponse intéressante. Tout en reprenant la logique de la coopération judiciaire en matière pénale fondée sur la reconnaissance mutuelle, il autorise le législateur de l'Union à intervenir par la voie du rapprochement en établissant des règles minimales afin de faciliter l'admissibilité mutuelle des preuves. Si l'intervention du législateur de l'Union européenne est souhaitable dans la mesure où, comme nous le verrons, elle remédie aux conséquences de l'existence d'une pluralité d'instruments normatifs dans ce domaine au niveau de l'Union (139), il n'en demeure pas moins qu'elle connaît également des limites quant à son étendue qui sont imposées par le caractère attributif des compétences de l'Union (140). De plus, le paragraphe 3 de l'article 82 TFUE instaure un mécanisme de protection des systèmes pénaux nationaux et, par conséquent, de la compétence des États membres dans ce domaine. La modification apportée par le Traité de Lisbonne pour ce qui concerne les règles de preuve (141) rejoint encore la réticence des États membres à reconnaître et à conférer une compétence expresse en matière pénale à l'Union. Pour reprendre l'expression de Jacques Boré, « *le pouvoir de police et le droit de punir sont en effet l'expression la plus achevée de la souveraineté de chaque État, et, dans une organisation commune née de la solidarité des pays démocratiques, il n'est pas évident que*

(137) Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil, du 18 décembre 2008, relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JO n° L 350 du 30 décembre 2008, p. 72.

(138) Voy. dans ce sens M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 244 à 256.

(139) Cet aspect de la coopération judiciaire en matière pénale sera étudié dans le Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, de cette partie de la thèse.

(140) Voy. Section 2, §2, B, de ce chapitre.

(141) Elle est en revanche plus révolutionnaire en ce qui concerne « *le droit substantiel pénal* » pour la définition des infractions et de leur sanction dans des domaines de criminalité particulièrement grave présentant une dimension transfrontière. Voy. sur ce point, l'article 83 TFUE. Voy. également les réflexions qui ont donné lieu à l'adoption du Corpus Juris en matière pénale, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris*, Paris, Economica, 1997.

la réglementation économique appelle nécessairement un système de répression pénale » (142).

L'attache naturelle de la preuve avec la procédure va permettre également de considérer que, dans le droit de l'Union européenne, le principe de l'autonomie procédurale est un élément essentiel de la définition de la preuve.

2. Le principe de l'autonomie procédurale, élément essentiel de la définition de la notion de preuve

Identifié par la formule « *en l'absence d'une réglementation communautaire en la matière, il appartient (...) [aux] États membres (...) de régler les modalités procédurales* » (143), le principe de l'autonomie procédurale suscite des divergences dans l'interprétation quant à sa reconnaissance en matière de preuve. En effet, il est constamment rappelé dans la jurisprudence qu'« *en l'absence d'une réglementation communautaire de la notion de preuve* » (144) « *cette matière [l'admissibilité des moyens de preuve] relève en principe du droit national applicable* » (145) « *en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres* » (146).

La doctrine reste divisée quant à la portée de ces formules. Elle donne lieu à des interprétations aboutissant à des appréciations divergentes du caractère autonome de l'action normative nationale dans un domaine qui ne relève pas des compétences de l'Union.

On peut considérer que la jurisprudence ne reconnaît ni une compétence exclusive nationale ni une autonomie procédurale en matière de preuve. Il s'agit plutôt de la reconnaissance du caractère supplétif du droit national de la preuve qui n'intervient que pour pallier une insuffisance du droit de l'Union européenne dans un domaine précis (147). Il en est ainsi car la jurisprudence ne fait pas expressément la référence à la compétence nationale en matière de preuve, mais se limite simple-

(142) J. BORÉ, « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 25.

(143) CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, préc. pt 5.

(144) CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Saggol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, *Rec. p.* I-1797, pt 29 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Tomasz Rubach*, aff. C-344/08, *Rec. p.* I-7033, pt 28.

(145) CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, *Rec. p.* I-3735, pts 60 à 63. Pour des exemples récents, voy. CJCE, 24 avril 2008, *Arcor*, aff. C-55/06, *Rec. p.* I-2931, pt 187 ; CJCE, 4 juin 2009, *Balbiino*, aff. C-560/07, p. I-4447, pt 63.

(146) CJCE, gd. ch., 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler*, aff. C-212/04, *Rec. p.* I-6057, pt 95 ; CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, *Rec. p.* I-5609, pt 41.

(147) C. N. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres? », in *État-Loi-Administration, Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165.

ment à renvoyer au droit national (148). « *Le principe de l'autonomie procédurale* » auquel se réfère la jurisprudence ne vient que corroborer cette idée. Les États membres ne disposent de cette autonomie procédurale que pour autant qu'il n'existe pas une réglementation en la matière au niveau de l'Union.

Une telle interprétation de la jurisprudence repose sur une approche très stricte du caractère autonome de l'action normative nationale. Cette approche, comme l'observait déjà dans sa thèse le professeur Valérie Michel, apparaît intrinsèquement liée à la notion de domaine de compétence réservée retenue par le droit international. Elle touche de près au concept de souveraineté et d'indépendance excluant tout contrôle juridictionnel ou autre par les organes de la communauté internationale (149). Il deviendrait alors impossible de reconnaître le caractère exclusif de l'action normative nationale en raison de la potentialité d'une intervention de l'Union et, par conséquent, de considérer que les États membres disposent d'un pouvoir d'appréciation autonome en raison des limites qui peuvent en découler.

Mais une telle interprétation, pour fondée qu'elle soit (150), risque de ne pas rendre compte des liens particuliers qui unissent le droit de l'Union européenne et le droit national. Comme l'écrivait déjà le juge Pierre Pescatore, « *dans ce cadre, la relation entre le droit communautaire et le droit national peut être définie comme étant un rapport supplémentaire avec prééminence du droit communautaire* » (151). La preuve illustre parfaitement ces liens, eu égard à son rapport avec l'effectivité du droit.

(148) Voy. également dans ce sens, J.-F. DELAVENNE, « Y a-t-il une "autonomie procédurale" des États membres en matière d'attribution de la charge de la preuve ? », *Gaz. Palais*, mai-juin 2003, doct. p. 1642.

(149) V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 439 ; voy. également dans un autre contexte H. ROLIN, « Détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États (rapports et projet de Résolutions définitifs) », *Annuaire de l'institut de droit international*, 1952, vol. 44, tome 1, session de Vienne, pp. 137-180, cité par V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., p. 439, note 4.

(150) On fait principalement référence à la position du juge Kakouris selon laquelle les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union sont des ordres juridiques parallèles. C. N. KAKOURIS, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 331 et s. Pour une analyse critique de cette position, voy. R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire*, thèse, Rennes, 1994, pp. 28 et s.

(151) P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, éd. de l'Université de Liège, 1975, p. 197 cité par R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, l'exemple français*, op. cit., spéc. p. 12.

On peut alors considérer que, par le renvoi au droit national de la preuve, il s'agit en effet de la reconnaissance d'une compétence nationale normative (152). Une telle position prend appui sur l'idée que le renvoi au droit national n'est pas le résultat d'« *une sèche relation de partage vertical des compétences* » (153). La reconnaissance d'une compétence normative des États membres en matière de preuve traduit d'emblée la relation de « complémentarité » (154) qui existe entre les ordres juridiques nationaux et le droit de l'Union européenne. Ce dernier « *vit et se nourrit des interactions réciproques engagées entre ses règles et les coutumes juridiques des États membres* » (155). Sa particularité se manifeste ainsi par le lien étroit avec le droit étatique et par son autonomie.

Le renvoi au droit national en matière de preuve repose, selon cette seconde approche, sur une idée de « *coordination de systèmes* » (156) juridiques différents qui permet de rendre compte de l'articulation entre les droits nationaux et le droit de l'Union européenne par la cohérence des solutions dégagées quant à l'effet direct et à la primauté des dispositions du droit de l'Union européenne (157). La nature procédurale de la preuve vient davantage corroborer le constat

(152) La doctrine est aujourd'hui unanime pour considérer que la compétence de mise en œuvre du droit de l'Union européenne est une compétence nationale propre exercée par les États en qualité de membres de l'Union européenne. Pour un exposé de cette doctrine voy. M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, op. cit., pp. 79 à 85; R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, l'exemple français*, op. cit., pp. 5 et s. ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 416 et s. ; J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 241 et s. ; Ch. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2004, pp. 219 et s. ; B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne. Étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire, le cas français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques des thèses, 2007, pp. 23 et s.

(153) F. GREVISSE, J.-Cl. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois*, op. cit., p. 300.

(154) R. KOVAR, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », in *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, coll. Perspectives européennes, OPOCE, 1982, p. 115.

(155) R. BIBBER, B. KAHL-WOLFF, L. MULLER, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, 1994, p. 58.

(156) Pour une présentation de la technique de renvoi en droit international privé voy. W. J. KASSIR, *Réflexion sur le renvoi en droit international privé comparé : contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XXIème siècle*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, p. 35 ; voy. également F. VIANGALLI, *La théorie des conflits des lois et le droit communautaire*, thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, pp. 339 et s.

(157) J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois*, op. cit., p. 402.

que, dans leur coexistence, le droit national et le droit de l'Union européenne « *sont condamnés à l'intimité* » (158).

Cette idée de complémentarité est déjà perceptible dans le système de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. En dehors d'hypothèses de compétences exclusives, les traités ne prévoient pas une répartition des compétences claire (159). Si l'absence d'une délimitation précise des domaines attribués à l'Union résulte de l'objectif fonctionnel de réalisation d'un marché intérieur, elle aboutit à un véritable « *enchevêtrement* » (160) des compétences nationales et de celles de l'Union (161). Le système de compétences repose ainsi sur une dépendance réciproque entre sa composante attribuée à l'Union et sa composante nationale en vue de la réalisation des objectifs communs (162). En effet, il implique non seulement l'attribution des compétences spécifiques à l'Union par le désistement correspondant des États membres, mais aussi la reconnaissance d'une action normative des États membres afin d'assurer l'effectivité interne du droit de l'Union. Comme l'observait le juge Pierre Pescatore, « *si le système communautaire est centralisé au stade de la législation (...) il est fortement décentralisé au stade de l'exécution* » (163).

La matière de preuve illustre plus particulièrement cette situation pour les deux raisons invoquées déjà : l'Union ne dispose pas d'une compétence explicite dans ce domaine ; la preuve présente des liens étroits avec la procédure et, par conséquent, constitue un élément important pour la réalisation effective des droits tirés du droit de l'Union européenne. Dès lors, le droit national de la preuve trouve naturellement à s'appliquer devant les juridictions nationales pour les actions fondées sur le droit de l'Union européenne. La compétence des États membres en matière de preuve est ainsi reconnue.

(158) F. GREVISSE, J.-Cl. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres, in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, op. cit., p. 300.

(159) Si le Traité de Lisbonne apporte une certaine clarification et catégorisation des compétences, il n'en demeure pas moins que, dans certains domaines, la ligne de partage est imprécise. Voy. V. MICHEL, « Institutions et compétences. Que reste-t-il de la réforme ? », op. cit., pp. 85 et 86.

(160) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 74.

(161) V. MICHEL, « Institutions et compétences. Que reste-t-il de la réforme ? », op. cit., p. 91.

(162) Pour le développement de l'articulation des compétences communautaires et nationales, voy. K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, thèse, Strasbourg, 1998, pp. 249 et s.

(163) P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, op. cit., p. 197 cité par R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, l'exemple français*, op. cit., p. 3.

La définition de la preuve par référence aux droits nationaux donne de manière implicite une indication importante quant à la place de l'ordre juridique national dans le fondement du régime de preuve. L'accent sur l'implication des règles nationales de preuve dans le droit de l'Union européenne met ainsi en exergue le rôle prépondérant des États membres, le système probatoire national devenant source principale pour les principes qui vont gouverner la preuve.

B. Le système probatoire national, source principale en matière de preuve

L'absence d'une compétence explicite de l'Union en matière de preuve et le renvoi aux droits nationaux démontrent que, lorsqu'une question de preuve se pose devant la juridiction de l'Union, cette dernière va naturellement rechercher dans les droits nationaux des solutions appropriées. Le droit national de la preuve est une source importante pour la consécration des principes généraux du droit relatifs à la preuve (1). Ces principes trouvent une signification particulière dans la mesure où ils seront adaptés à la spécificité du droit de l'Union européenne (2).

1. La consécration des principes généraux de droit relatifs à la preuve

Les droits nationaux ont toujours été une source importante d'inspiration non seulement pour l'interprétation des dispositions des traités (164), mais aussi pour la consécration de principes qui sont nécessaires à la construction de l'ordre juridique l'Union (165). Ainsi, les règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des États membres constituent une source privilégiée pour la consécration des principes gouvernant le système probatoire dans le droit de l'Union européenne (166).

(164) R. KOVAR, « L'ordre juridique communautaire », *J.-Cl. Europe*, fasc. 411, 1994, n° 5 ; J. RIDEAU, « Sources non écrites du droit de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe*, fasc. 191, 2011, n° 57 et s.

(165) CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, aff. jtes 7/56 et 3 à 7/57, *Rec.* pp. 81 et s.

(166) Une place est également reconnue aux principes issus du droit international public pour la consécration des principes généraux de droit en matière de preuve. L'utilisation de ces principes est justifiée par le caractère interétatique des juridictions de l'Union et vient réconforter certaines solutions quant au choix du régime de preuve, sans pour autant qu'ils soient érigés en principes généraux du droit directement issus du droit international. Dans le même sens, on constatera une transposition indirecte de certains principes du droit international privé déterminant la loi applicable en matière de preuve. Une telle transposition est due également au rapprochement au niveau de l'Union des règles nationales relatives aux conflits des lois et à la naissance d'un droit international privé d'origine « communautaire ». Même si cette transposition touche à des questions liées au droit de la preuve, une importance particulière est

Pour la consécration de ces principes, la démarche, dans la plupart des cas, est à l'initiative du juge (167). Se fondant sur les systèmes probatoires nationaux, le juge a reconnu ainsi comme principe général de droit la règle souvent exprimée par le célèbre adage latin *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (168). Qualifiée de « *principe général constant de droit* » (169), cette règle a été admise de manière expresse également dans le droit de l'Union (170). Il en est de même en ce qui concerne la règle de l'administration de la preuve partagée. En matière de concurrence, le juge a progressivement précisé les éléments que chaque protagoniste doit apporter afin de rééquilibrer les inégalités en matière de preuve entre la Commission et l'opérateur économique (171).

Érigées comme principe général du droit, les règles de preuve ainsi dégagées ne sont pas sans incidence sur les droits nationaux procéduraux. Sources non écrites du droit de l'Union d'inspiration nationale, elles se retrouvent dans le droit national en tant que principes généraux du système juridique de l'Union par le truchement de l'effet direct et de la primauté dont elles bénéficient (172). Leur respect s'impose dès lors qu'il s'agit de l'application du droit de l'Union européenne. Par leur effet obligatoire, les principes généraux ainsi dégagés s'imposent aux États membres et permettent de préciser le contenu d'une notion non définie par le droit de l'Union européenne, telle que la notion de preuve (173). Comme l'écrivait le professeur Jean-Yves De Cara « *les principes géné-*

cependant accordée, dans ce chapitre, aux principes généraux de droit des États membres et de leur incidence dans la formation d'un système probatoire dans le droit de l'Union européenne. Voy. dans ce sens, P. PESCATORE, « Le recours de la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, p. 341 ; F. PICOD, « Principes généraux de droit », in A. BARAV, C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 860 et s. et p. 865 et s.

(167) P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 277 et s.

(168) Selon cette règle, il incombe à la personne qui veut faire valoir un droit en justice de prouver les faits sur lesquels elle fonde sa demande. Voy. L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 193.

(169) Conclusions de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire C-526/04, *Laboratoires Boiron*, présentées le 30 mars 2006, *Rec. p. I-7529*.

(170) TPICE, 10 mai 1990, *Paul F. Sens c. Commission*, aff. T-117/89, *Rec. p. II-185*, pt 20 ; CJCE, 5 octobre 1989, *Commission c. Pays-Bas*, aff. 290/87, *Rec. p. 3083*, pts 11 et 20.

(171) TPICE, 8 juillet 2004, *JFE Engineering c. Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec. p. II-2501*, point 173 ; TPICE, 8 juillet 2004, *Dalmine c. Commission*, aff. T-50/00, *Rec. p. II-2395*, pts 306 et 307 ; CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, *Rec. p. I-987*, pt 41.

(172) V. HOLDERBARCH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, Université de Nice-Sophia Antipolis, Thèse dactylographiée, 2001, p. 43.

(173) F. PICOD, « Principes généraux de droit », in A. BARAV, C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 858.

raux de droit empruntés au droit interne répondent à une double fonction : éviter le non liquet et faciliter l'application du droit à des domaines nouveaux » (174).

De par ce rapport de verticalité ascendante et descendante, le droit de la preuve national s'en trouve enrichi. Comme l'écrivait déjà le juge Yves Galmot « *l'irruption de ces principes dans l'ordre juridique [interne] (...) paraît susceptible d'emporter (...) des conséquences juridiques de nature et d'importance différente, mais qui concourent toutes à renforcer, de manière parfois très considérable, les garanties accordées aux justiciables* » (175). Parmi ces conséquences juridiques, il s'agit plus particulièrement « *de parfaire ou de compléter les principes généraux de droit déjà reconnus par le droit interne ; (...) de susciter indirectement des réformes législatives internes plus protectrices des droits de l'individu* » (176).

Les principes généraux de droit dégagés sur le fondement des règles nationales de preuve viennent pallier une lacune dans la législation de l'Union européenne. À cet égard, le juge « *possède (...) un échantillon d'expériences nationales qui sont autant de solutions envisageables* » (177). Il convient néanmoins de savoir « *en vertu de quels critères il va greffer telle solution plutôt qu'une autre dans son ordre juridique* » (178).

L'opération d'« invention » ou d'« extraction » (179) à laquelle se livre le juge de l'Union est particulièrement significative d'une certaine conception de la preuve dans tout système juridique : la preuve est un moyen « *de réaliser la justice, telle qu'elle est conçue dans une société donnée* » (180). Cette idée implique nécessairement la reconnaissance par le juge des principes classiques qui doivent s'appliquer à la preuve dans tout système juridique.

(174) J.-Y. DE CARA, « Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice », in *Les principes généraux du droit, Droit français, Droits des pays arabes, droit musulman (dénominateurs communs)*, actes du colloque de Beyrouth du 4 au 6 octobre 2001, CEDROMA, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 243 à 260.

(175) Y. GALMOT, « L'apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridique français », *CDE*, 1997, *op. cit.* p. 70.

(176) *Ibid.*, p. 70.

(177) V. HOLDERBARCH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 20.

(178) *Ibid.*, p. 20.

(179) D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux de droit communautaire ? », *Droits*, 1991, pp. 73 et 74.

(180) C. PERELMAN, « La preuve en droit, essai de synthèse », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 364.

Le vocabulaire utilisé par le juge est éclairant lorsque, pour façonner les règles de preuve qui vont s'appliquer aux litiges portés devant lui, il affirme que « *ce serait violer un principe élémentaire du droit que de baser une décision judiciaire sur des faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont pas été en mesure de prendre position* » (181). Le juge y consacre ainsi de manière explicite le caractère contradictoire de la procédure qui implique nécessairement une communication des pièces entre les parties et, qui justifiera par la suite l'obligation pour les parties de collaborer dans la phase de l'administration de la preuve (182). Il en est de même lorsque le juge se fonde sur « *la fonction essentielle de la preuve qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse* » (183) pour élaborer la charge de la preuve et les exigences qui en découlent pour les parties dans le procès porté devant lui.

Quelle que soit la formulation utilisée, « *principe général de droit* » ou « *principe général du droit* » (184), l'origine des principes qui vont s'appliquer à la preuve dans le droit de l'Union européenne est extérieure aux traités (185). Le juge les recherche dans les systèmes nationaux ou bien les déduit parce qu'ils sont « *inhérents à tout système juridique, national ou international* » (186). Dans cette démarche de découverte, l'utilisation qu'en fait le juge n'est pas sans incidence. Elle lui permet de les rattacher à la disposition du droit de l'Union européenne dont il doit assurer le plein effet.

Le recours à la technique des principes généraux de droit par le juge de l'Union est révélateur de la position de celui-ci à l'égard de la notion de preuve dans le droit de l'Union européenne. Tout en reconnaissant l'universalité des principes classiques qui s'appliquent à la preuve, il leur assigne une finalité bien particulière. En l'occurrence, il s'agit pour le juge de s'assurer que ces principes classiques sont adaptés à la spécificité du droit de l'Union européenne.

(181) CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT*, aff. jtes 42 et 49/59, *Rec.* p. 103, spéc. p. 156.

(182) Ce point sera étudié dans le Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B. de la Seconde partie de la thèse.

(183) CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc., pt 41.

(184) Sur l'utilisation de ces formulations et sur le champ qu'elles peuvent couvrir selon la doctrine, voy. P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », *op. cit.*, p. 264 ; D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux de droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 74.

(185) P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », *op. cit.*, p. 265.

(186) *Ibid.*, p. 271.

2. Des principes généraux de droit relatifs à la preuve adaptés à la spécificité du droit de l'Union européenne

Pour la consécration des principes généraux relatifs à la preuve, le juge de l'Union s'autorise une marge d'appréciation quant à la qualité de la règle de preuve commune et à son aptitude à assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne par la protection des droits que les particuliers tirent de celui-ci, afin de l'ériger comme principe général du droit de l'Union (187). Celui-ci se fonde sur les règles relatives à la preuve des systèmes juridiques des États membres sans pour autant rattacher ces règles au régime juridique précis de l'État ou des États membres dont elle sont issues (188). Ce constat ne limite pas l'importance du système probatoire national comme source principale en matière de preuve. Comme le remarque dans sa thèse Virginie Holderbarch-Martin, « [a]u fond, la volonté de gommer toute référence aux concepts nationaux permet d'affirmer l'autonomie des principes généraux du droit communautaire, et d'éviter toute confusion sur leur contenu. En effet, « il ne s'agit pas ici d'appliquer le droit italien ni le droit français ni celui de tout autre pays de la Communauté, mais le droit du Traité, et c'est uniquement pour parvenir à l'élaboration de ce droit du Traité que l'étude des solutions juridiques nationales doit être entreprise, chaque fois qu'elle apparaît nécessaire à cette fin » » (189).

Qualifiée d'« *éclectique et pragmatique* » (190), une telle démarche permet de réajuster les techniques de droit de la preuve national dans l'optique de l'application effective du droit de l'Union européenne (191). Dans la mesure où les règles nationales de preuve entrent dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, ces règles doivent respecter les exigences qui découlent de ce droit.

(187) J. MOLINIER, « Principes généraux », in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2004, n° 8 à 13 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, Oxford EC Law Library, 2nd ed., 2006, pp. 17 et s.

(188) La généralisation de la notion de « *standard of proof* », d'inspiration anglo-saxonne en matière de concurrence, voy. J. MATHIC JOSHUA, « Proof in contested EEC competition cases : a comparison with the rules of evidence in common law », *EL Rev.*, 1987, pp. 315 à 353 ; D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective », *CML Rev.*, 2003, pp. 845 à 888 ; É. BARBIER DE LA SÈRRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTDE*, 2007, pp. 207 et s.

(189) V. HOLDERBARCH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 30.

(190) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 358.

(191) D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux de droit communautaire ? », *Droits*, 1991, pp. 74 et 75.

Telle est la solution retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Joachim Steffensen*. Elle a estimé que « dès lors que sont en cause le respect du droit à une contre-expertise garanti par le droit communautaire et les conséquences que pourrait avoir une violation de ce droit sur l'admissibilité d'un moyen de preuve dans le cadre d'un recours tel que celui en cause au principal, les règles nationales applicables en matière d'administration de la preuve entrent dans le champ d'application du droit communautaire. Partant, ces règles doivent respecter les exigences découlant » (192) de ce droit.

En premier lieu, ces exigences s'imposent en raison de l'effet direct et de la primauté reconnus aux dispositions du droit de l'Union européenne. Leurs conséquences doivent être appliquées aux règles de preuve (193) et, plus particulièrement, lorsqu'il s'agit de l'exercice effectif des droits que de telles dispositions confèrent à leurs destinataires. Cette tendance jurisprudentielle est particulièrement remarquable au début de la construction européenne, notamment en raison de la nécessité d'affirmer la particularité de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit international et son autonomie par rapport au droit national. Selon cette tendance jurisprudentielle, les modalités procédurales de preuve ne doivent pas empêcher ou rendre excessivement difficile, voire impossible, l'exercice des droits conférés par le droit communautaire (194). Si tel est le cas, le juge national doit en écarter l'application, conformément à la jurisprudence *Simmenthal*, dans le respect de la primauté de la disposition communautaire applicable (195).

En second lieu, les règles nationales de preuve doivent permettre le respect des droits fondamentaux. Cette position jurisprudentielle traduit de manière plus générale une volonté d'affirmer la place des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne. Leur consécration comme principes généraux de droit depuis l'arrêt *Internationale*

(192) CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, arr. préc., pt 80.

(193) Pour une présentation de la place de ces principes dans le système juridique communautaire voy. R. LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés européennes sans les arrêts de 1963 et 1964 ? » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, op. cit.*, pp. 351 et s.

(194) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec. p.* 3595, pt 17.

(195) CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec. p.* 629, pts 21 et 22 ; comm. J. BOULOIS, *A.J.D.A.*, 1978, pp. 940 et s. ; D. CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? La contribution de l'arrêt *Simmenthal* », *RTDE*, 1978, pp. 389 et s.

Handelsgesellschaft (196) a permis de leur garantir une protection juridique efficace en tant que partie intégrante du droit de l'Union.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht le 1^{er} novembre 1993, les droits fondamentaux trouvent une assise textuelle à l'article 6 TUE tels que garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les traditions constitutionnelles communes et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (197), telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (198). La volonté affirmée des États membres, dans le Traité de Lisbonne, de conférer à cette dernière une valeur juridique égale à celle des traités montrent la nécessité de renforcer la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union par des instruments juridiques contraignants. Désormais, au titre de l'article 51 de la Charte, les États membres sont tenus d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

Cette précision dans le corps même de la Charte doit être lue à la lumière, d'une part, de la jurisprudence et, d'autre part, de l'article 2 TUE lequel pose clairement le respect des droits de l'homme comme une valeur de la construction européenne. De la lecture combinée de ces trois stipulations, il est possible de déduire l'idée selon laquelle le respect des droits fondamentaux s'imposent aux États membres, même dans l'exercice de leurs compétences retenues dès lors que cet exercice contribue ou est susceptible de porter atteinte à la réalisation des objectifs de l'Union européenne. Il en va de même pour les règles nationales dès lors qu'elle sont définies comme un instrument de mise en œuvre nationale du droit de l'Union européenne.

Intégrée dans les textes du droit originaire, l'exigence qui incombe aux États membres de respecter les droits fondamentaux n'est cependant pas récente en matière de preuve. La jurisprudence l'a

(196) CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125, pt 80. Voy. J. N. CUNHA RODRIGUES, « The incorporation of fundamental rights in the Community Legal Order » in M. P. MADURO, L. AZOULAI, *The past and Future of EU law. The classics of EU law revisited on 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Portland, Hart Publishing, 2010, pp. 99 et s.

(197) Voy. sur ce point, L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2004, pp. 863 à 890.

(198) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, *JO* n° C 363 du 18 décembre 2000 et sa version de 2007, *JO* n° C 303 du 14 décembre 2007. Voy. sur ce point, L. BURGORGUE-LARSEN, « La force de l'évocation ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 78 et s.

progressivement façonnée donnant la mesure de l'importance des droits fondamentaux dans l'élaboration des règles de preuve.

Dans ce sens, la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Joachim Steffensen* est révélatrice que, en matière de preuve, les droits fondamentaux doivent bénéficier d'une protection particulière, eu égard à l'incidence que la preuve peut avoir sur la situation individuelle du requérant. Il n'est par ailleurs pas étonnant que, pour décider de l'admissibilité d'un moyen de preuve, en plus des exigences d'un exercice effectif des droits tirés du droit de l'Union, la Cour de justice ait estimé que le juge national doit tenir compte de la compatibilité de ce moyen avec « *le respect des droits fondamentaux (...) tel[s] que consacré[s] (...) par la CEDH* » (199).

L'exigence de respect des droits fondamentaux ne signifie pas pour autant que le droit de l'Union européenne régit le régime de la preuve en tant que tel. L'article 6 TUE précise expressément que l'introduction de la Charte des droits fondamentaux (200) dans les traités et l'éventuelle adhésion de l'Union à la Convention européenne ne doivent pas avoir pour conséquence de remettre en cause la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, telle qu'elle est définie par les traités. Sur ce point, on peut également souligner que la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré que l'article 6, § 1, de la CEDH ne régleme pas le régime des preuves et qu'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national ne peut pas être exclue par principe et *in abstracto* (201). Cette position est également adoptée par les juridictions de l'Union qui rappellent que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne détermine pas « *le régime des preuves en tant que tel* » (202).

L'exigence de garantir le respect des droits fondamentaux impose seulement que soit prise en compte la protection de ces droits. Ils constituent ainsi une ligne directrice pour décider de la compatibilité ou non des règles nationales de preuve avec le droit de l'Union européenne. L'analyse de cette compatibilité se fait au cas par cas en tenant compte de la particularité de chaque espèce et repose ainsi sur

(199) CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, préc., pt 80.

(200) Cf. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE* 2006, p. 25.

(201) Cour EDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, *Rec.* p. 1997-II, § 33 et § 34.

(202) CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland c. Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Rec.* p. I-123, pt 200. Voy. C. MAUBERNARD, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE*, 2006, p. 71.

une conciliation entre les exigences découlant du droit de l'Union européenne et les modalités procédurales de preuve.

La prise en compte de la protection des droits fondamentaux donne ainsi un cadre juridique cohérent aux règles qui vont s'appliquer à la preuve dans le droit de l'Union européenne. Elle aboutit également à la consécration de principes généraux relatifs à la preuve, notamment le droit de ne pas témoigner contre soi-même qui constitue une illustration particulière de la présomption d'innocence. Son application aux procédures relatives à la violation des règles de concurrence a été explicitement reconnue dans la mesure où ces procédures sont susceptibles « *d'aboutir au prononcé d'amendes et d'astreintes* » (203).

La reconnaissance de la présomption d'innocence en matière de concurrence a abouti à l'affermissement des garanties procédurales dans la procédure administrative menée par la Commission et les autorités nationales compétentes. Son incidence sur le régime de preuve découle de l'obligation faite à ces dernières d'établir les infractions alléguées à l'encontre des entreprises incriminées par des preuves suffisamment solides obtenues et utilisées dans le respect des droits de la défense (204).

Le renvoi aux droits nationaux pour la détermination des règles de preuve conduit à la reconnaissance d'une compétence normative des États membres en la matière. L'exercice de cette compétence doit néanmoins permettre d'assurer le plein effet du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne.

§2. – L'obligation des États membres d'assurer le plein effet du droit de l'Union européenne en matière de preuve

L'obligation d'assurer le plein effet du droit de l'Union européenne exige que les États mettent en place des modalités procédurales de preuve permettant l'application effective du droit de l'Union européenne (A). En tant qu'instrument de réalisation, la compétence nationale doit être exercée en tenant compte des exigences imposées par ce droit. C'est en ce sens que la compétence normative des États en matière de preuve est instrumentalisée (B).

(203) CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c. Commission*, aff. C-199/92, *Rec. p.* I-4287, pt 150.

(204) Pour un exemple récent, voy. TPICE, 6 octobre 2005, *Sumitomo Chemical c. Commission*, aff. T-22/02 et T-23/02, *Rec. p.* II-4065, pt 106.

A. *L'obligation de mise en œuvre du droit de l'Union européenne en matière de preuve*

L'obligation des États membres de mise en œuvre en matière de preuve est le prolongement de l'obligation de coopération loyale issue de l'article 4§3, TUE (1). Cette obligation trouve une signification particulière pour ce qui concerne la détermination des règles de preuve (2).

1. L'article 4§3, TUE, fondement de l'obligation de mise en œuvre nationale en matière de preuve

L'identification de l'article 4 §3, TUE (205) comme fondement de l'obligation de mise en œuvre en ce qui concerne des règles de preuve résulte de l'absence d'une compétence explicite de l'Union en la matière. En effet, face à une telle situation et de manière analogue, l'ancien article 10 du traité CE avait déjà fourni une justification de la fonction exécutive des États membres dans la jurisprudence. Cet article a permis de préciser certaines obligations à la charge des États membres dans l'application du droit de l'Union européenne. Il constitue le cadre général de l'exécution nationale sur « *fondement communautaire* » (206).

Au titre de cet article, l'obligation est ainsi faite aux États d'assurer l'effectivité du droit de l'Union européenne ou la continuité du système juridique de l'Union, même dans l'exercice de leurs compétences retenues (207). Comme le souligne le professeur Robert

(205) Cet article reprend partiellement les termes de l'ex article 10 TCE aux termes duquel « *les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». La rédaction du paragraphe 3, de l'article 4, TUE se distingue de celle de l'ex article 10 TCE en ce sens qu'elle prévoit expressément que l'obligation d'exécution et de mise en œuvre pesant sur les États membres découle de l'obligation de coopération loyale. Dans la mesure où la modification apportée par le Traité de Lisbonne n'affecte pas la logique de la répartition des compétences en matière de preuve, nous ferons référence à l'article 4§3, TUE pour une clarté des développements, sans porter attention à la différence rédactionnelle entre les deux articles. De manière plus spécifique, l'article 19 TUE rappelle cette situation en matière de preuve lorsque la question de preuve se pose dans un cadre contentieux.

(206) R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, l'exemple français*, op. cit., p. 5 ; M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, op. cit., p. 121 ; K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, op. cit., pp. 251 et s. ; J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, op. cit., pp. 244 et s. ; voy. également sur ce point, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009 ; Cl. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2010, p. 480.

(207) CJCE, 11 novembre 1981, *Guerrino Casati*, aff. 203/80, *Rec. p.* 2595, pt 27.

Kovar, « *la collaboration de l'État membre à l'application du droit communautaire prend des formes et des dimensions variables : son appareil administratif est mis à la disposition des Communautés pour l'exécution de leurs décisions, sa force publique et son organisation judiciaire en assurent le respect au besoin par la contrainte, enfin ses organes législatifs et gouvernementaux interviennent souvent pour lui apporter d'indispensables compléments* » (208).

En premier lieu, l'obligation de mise en œuvre en matière de preuve se manifeste dans la transposition des directives en raison de la spécificité de cet acte de droit dérivé. En effet, aux termes de l'article 288 §3, TFUE, la directive nécessite, pour son intégration dans le droit interne, des mesures nationales de transposition. À cet égard, les États membres peuvent prendre toutes les mesures nécessaires à la poursuite des objectifs fixés par la directive, y compris celles relatives à la preuve.

En second lieu, pour ce qui concerne la mise en œuvre des règlements, c'est l'arrêt *Deutsche Milkkontor* (209) qui pose clairement l'obligation de mise en œuvre incombant aux États membres. Dans cet arrêt, la Cour de justice a précisé que « *conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les États membres, il appartient aux États membres en vertu de l'article 5 du traité d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires. (...) En ce qui concerne le droit applicable à cet effet, il y a lieu d'observer qu'en renvoyant au droit national (...) le règlement n° 729/70 [art. 8], ne fait aucune distinction entre les conditions matérielles d'une telle répétition et les règles de procédure et de forme que celle-ci doit suivre : les unes comme les autres, y comprises celle de la charge de la preuve (...)* » (210).

L'intérêt de cet arrêt est double en matière de preuve. Tout d'abord, il rappelle l'obligation générale d'exécution qui incombe aux États membres pour la mise en œuvre des règlements. Ensuite, il affirme que la compétence d'exécution des États membres s'étend également aux règles de preuve dans la mesure où, pour son application, le règlement

(208) R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire. Rapport » in *La Communauté et ses États membres : actes du 6^{ème} colloque*, Liège, 1973, p. 203 cité par V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne, op. cit.*, p. 498.

(209) CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milkkontor*, aff. jtes 205 à 215/82, *Rec.* p. 2633.

(210) Pts 17, 36 et 42 de l'arrêt.

en cause renvoi, même de manière implicite, au droit national d'en déterminer les modalités procédurales.

Le fait que, en l'espèce, il s'agissait d'un règlement n'est pas anodin. Doté de manière générale d'un « *caractère normativement complet* » (211) en raison de son applicabilité directe, le règlement ne nécessite pas, en principe, des mesures spécifiques d'application. Or, c'est au sujet de la mise en œuvre des règlements que la jurisprudence de la Cour de justice a été la plus significative en ce qui concerne les obligations pesant sur les États membres. Il est par ailleurs de plus en plus fréquent que le législateur de l'Union laisse le soin aux autorités nationales compétentes de prendre les mesures nécessaires à l'application effective d'un règlement. Dans la mise en œuvre des règlements, les États membres sont appelés à compléter ou à préciser leur contenu. Il en est de même des modalités procédurales de preuve qui peuvent être nécessaires à leur correcte application (212).

L'obligation de mise en œuvre en matière de preuve est une expression particulière de l'obligation générale d'exécution du droit de l'Union européenne. En tant que telle, elle repose sur une conciliation entre l'obligation d'exécution efficace et le respect de l'autonomie procédurale. Cette conciliation permet ainsi d'en déterminer la signification.

2. La signification de l'obligation de mise en œuvre nationale en matière de preuve

L'obligation de mise en œuvre repose sur la reconnaissance d'une certaine autonomie des États membres pour la détermination des modalités de preuve. En effet, si les États membres sont tenus d'assurer une mise en œuvre efficace par des modalités procédurales de preuve nationales, il n'en demeure pas moins que « *tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent dans des procédures similaires sont, en principe, recevables* » (213). L'obligation de mise en œuvre nationale n'impose donc pas aux États membres d'arrêter des modalités procédurales de preuve spécifiques pour l'application du droit

(211) K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, op. cit., p. 252.

(212) Pour une étude de l'évolution de cette jurisprudence, voy. K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, op. cit., spéc. pp. 252 et s. ; J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, op. cit., pp. 257 et s.

(213) CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Saggol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, arr. préc., pt 29 ; v. dans ce sens les conclusions de l'Avocat général Trstenjak, présentées le 6 mars 2007, sous l'arrêt CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, arr. préc.

de l'Union européenne. La référence aux droits nationaux suffit puisque toutes les modalités de preuve seront mises au service de l'effectivité du droit de l'Union européenne.

La possibilité des États membres de renvoyer aux règles de preuve déjà existant dans leur droit interne implique, dans un premier temps, que les États membres disposent d'une liberté dans le choix des modalités procédurales nationales. C'est en ce sens qu'il appartient aux États membres de régler de manière autonome les moyens de preuve (214) et la répartition de la charge de la preuve (215) lorsqu'il s'agit d'assurer l'application de la réglementation de l'Union.

Cette possibilité implique, dans un second temps, que les organes étatiques chargés de l'application du droit de l'Union européenne disposent d'une liberté dans l'appréciation pour l'utilisation de telle ou telle modalité procédurale de preuve. Cette liberté reconnue aussi bien aux autorités nationales qu'aux juridictions nationales se manifeste dans l'appréciation de la valeur probante des modes de preuve, de leur admission et de leur fiabilité selon les principes du droit national procédural applicable (216).

En définitif, l'exercice de la compétence normative nationale en matière de preuve s'accompagne nécessairement de la reconnaissance d'une certaine autonomie (217). Cette autonomie se manifeste, soit dans le choix de telle ou telle modalité de preuve prévue par le droit national, soit dans l'exercice spontané de l'action normative nationale pour arrêter une règle de preuve spécifique. Or, l'exercice de cette action doit permettre non seulement la réalisation du droit de l'Union européenne, mais aussi la sauvegarde de son application uniforme (218). L'autonomie dont disposent les États membres s'en trouve donc affectée.

(214) CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen*, aff. 6/71, *Rec.* p. 823, pt 8 ; CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Sagpol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, arr. préc., pts 29 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Tomasz Rubach*, aff. C-344/08, arr. préc., pt 28.

(215) CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jtes 205 à 215/82, arr. préc., pt 36.

(216) CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Sagpol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, arr. préc., pts 29 et 30.

(217) Voy. dans ce sens, J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. 264 et s.

(218) R. KOVAR, « Compétences des Communautés européennes », *J-Cl. Europe*, *op. cit.*, spéc. n°74.

B. *L'instrumentalisation de l'action normative nationale en matière de preuve*

L'« *instrumentalisation* » (219) de l'action normative nationale en matière de preuve résulte de la considération selon laquelle les règles nationales de preuve doivent assurer la réalisation des objectifs poursuivis par les traités et l'application uniforme et effective du droit de l'Union européenne. La prise en compte de ces éléments apparaît dans la jurisprudence comme l'affirmation implicite « *d'un encadrement du contenu même de la norme nationale d'exécution* » (220). Ainsi, l'instrumentalisation de l'exercice de celle-ci impose aux États membres de ne retenir que ces moyens de preuve qui vont permettre au droit de l'Union européenne de déployer son plein effet (1). De même, elle aboutit, dans certaines hypothèses, à imposer aux États membres une obligation expresse d'exercer leur compétence normative en ce qui concerne les modalités de preuve nécessaires à l'application de la réglementation de l'Union (2).

1. Les limites quant au choix des modalités procédurales de preuve

La reconnaissance d'une action normative des États membres en matière de preuve conduit au constat que les règles nationales de preuve suffisent pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Par conséquent, elles sont considérées comme compatibles avec le droit de l'Union européenne. D'ailleurs, leur compatibilité de principe a été très tôt affirmée par la Cour de justice qui a rappelé que ne sauraient être considérées « *comme contraires au droit communautaire, dans leur principe* » (221), toutes modalités de preuve concernant l'application du droit de l'Union européenne (222). Il en est ainsi car « *le droit communautaire ne s'oppose pas à l'application d'[une] règle de droit national qui subordonne le remboursement d'une contribution obligatoire (...) à la preuve, incombant à l'auteur de la demande* » (223). De telles modalités procédurales ne sauront être considérées comme

(219) Cette expression est empruntée au professeur Michel qui, dans sa thèse, envisage la compétence nationale comme « *un agent de réalisation* » du droit communautaire. V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 418, 419 et s.

(220) V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., p. 426.

(221) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 13.

(222) CJCE, 27 février 1980, *Hans Just*, aff. 68/79, *Rec.* p. 501, pt 26; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana Srl*, aff. 61/79, *Rec.* p. 1205, pt 26.

(223) CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, *Rec.* p. I-7529, pt 56.

contraires au droit de l'Union que si elles sont moins favorables que celles prévues pour les recours similaires internes et qu'elles ne rendent pas « *pratiquement impossible ou excessivement difficile* » (224) l'exercice des droits que l'ordre juridique de l'Union confère à ses destinataires. Instrument de réalisation, « *les règles de procédure nationales permettant de faire valoir les droits reconnus par le droit communautaire, (...) doivent réunir un minimum de conditions* » (225). Ces conditions sont fixées par les principes d'équivalence et d'effectivité.

Dégagés essentiellement par la jurisprudence de la Cour de justice, ces principes permettent aux organes étatiques « *de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent* » (226) de cette disposition sont conformes au droit de l'Union et, partant, de décider de leur compatibilité.

Progressivement, le juge a précisé le contenu de ces principes et les éléments que les autorités nationales compétentes pouvaient prendre en considération. Pour ce qui est du principe d'équivalence, la Cour de justice a considéré que ce principe implique pour les autorités nationales de vérifier si la modalité de preuve interne est discriminatoire dans la mesure où elle impose des conditions plus restrictives pour les recours similaires (227) fondés sur le droit de l'Union (228). À cet égard, les autorités nationales doivent apprécier si la règle nationale s'applique « *indifféremment aux recours fondés (...) sur la méconnaissance du droit interne et ayant un objet et une cause semblable* » (229). Pour ce faire, elles doivent également tenir compte du contexte général procédural dans lequel cette disposition s'inscrit (230).

(224) CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, arr. préc., pt 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec. p.* 2043, pts 13 et 16 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 14 ; CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, *Rec. p.* 1099, pt 12.

(225) Voy. pt 17 des conclusions de l'Avocat général Cosmas, présentées le 27 janvier 1997, sous l'arrêt CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4025 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, *op. cit.*, pp. 267 et s. ; P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, pp. 78 et s.

(226) CJCE, 1^{er} décembre 1998, *B.S. Levez*, aff. C-326/96, *Rec. p.* I-7835, pt 39 ; CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, aff. C-261/95, arr. préc., pt 33.

(227) La Cour de justice a précisé que par « *recours similaires* », il fallait entendre « *une seule et même voie de recours* ». Voy. CJCE, 1^{er} décembre 1998, *B.S. Levez*, aff. C-326/96, arr. préc., pt 47 ; CJCE, 16 mai 2000, *Shirley Preston*, aff. C-78/98, *Rec. p.* I-3201, pt 51.

(228) CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec. p.* 3513, pts 12 et 13.

(229) CJCE, 1^{er} décembre 1998, *B.S. Levez*, aff. C-326/96, arr. préc., pts 41 et 43 ; CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec. p.* I-4951, pts 36 et 37.

(230) CJCE, 16 mai 2000, *Shirley Preston*, aff. C-78/98, arr. préc., pt 63. Pour une présentation d'ensemble des éléments à prendre en compte pour l'application du principe d'équivalence,

Le fait qu'une règle de preuve nationale satisfait aux exigences découlant du principe d'équivalence ne suffit pas à la considérer comme non contraire au droit de l'Union européenne. Dans l'arrêt *San Giorgio*, la Cour de justice a jugé que le simple fait que la disposition nationale n'était pas discriminatoire ne suffisait pas pour décider de sa compatibilité (231). Encore faut-il qu'elle ne rende pas excessivement difficile ou pratiquement impossible l'exercice des droits conférés au justiciable. En l'espèce, pour justifier le droit au remboursement des sommes indues, les autorités nationales appliquaient les règles de preuve nationales qui faisaient peser systématiquement sur le contribuable la charge d'apporter la preuve de la non-répercussion (232). L'application de telles règles de preuve empêchait l'exercice effectif du droit au remboursement car la preuve de non-répercussion exigée était quasi impossible à apporter. La Cour de justice a estimé que ces règles de preuve étaient incompatibles avec le principe d'effectivité et confiait également au juge national le soin de vérifier au cas par cas la compatibilité des règles nationales de preuve avec l'exercice effectif des droits issus de l'ordre juridique de l'Union.

Le principe d'effectivité permet alors de considérer comme incompatible la règle procédurale de preuve lorsque celle-ci entrave l'exercice effectif des droits tirés du droit de l'Union. Comme l'observe le professeur Olivier Dubos dans sa thèse, le principe d'effectivité repose sur le lien étroit entre la règle procédurale nationale et le droit conféré et contribue ainsi à assurer l'efficacité de ce droit (233).

La prise en compte de l'exercice effectif des droits conférés aux particuliers a conduit à considérer comme incompatibles certaines modalités de preuve. Ainsi, sont incompatibles avec le droit de l'Union européenne les modalités procédurales de preuve qui font

voy. P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres. », *op. cit.*, pp. 78 et s.

(231) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 14, solution qui a été confirmée par la suite, voy. CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, arr. préc., pt 17 ; CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, *Rec. p. I-165*, pt 25.

(232) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 17 ; CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, arr. préc., pt 12 ; CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Italie*, aff. 104/86, *Rec. p. 1799*, pt 13 ; CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, arr. préc. ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec. p. I-579*, pts 32, 33 et 48 ; CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, *Rec. p. I-14637* ; pour la conséquence de la violation des droits des particuliers sur la responsabilité de l'État du fait de l'application des règles de preuve par ses juridictions, voy. CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec. p. I-5177*, pts 31 et 32.

(233) O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, *op. cit.*, p. 279.

peser systématiquement sur l'opérateur économique la charge de la preuve, lorsque celui-ci invoque un droit tiré du droit de l'Union européenne (234). De même, sont considérées comme telles des règles de preuve qui empêchent le particulier d'exercer utilement son droit à un contrôle juridictionnel effectif (235) et, de manière générale, toutes modalités de preuve nationales qui font obstacle à la possibilité pour les autorités et juridictions nationales de prendre en considération un mode de preuve équivalent admis par le droit national afin de garantir une réalisation effective des droits conférés par le droit de l'Union européenne (236).

Les principes d'équivalence et d'effectivité sont donc des outils pour vérifier si une disposition interne est discriminatoire et si elle est inutilement restrictive. Ils n'imposent pas de manière systématique (237) de déclarer toute règle de preuve interne incompatible et, par conséquent, d'en écarter l'application (238). L'appréciation de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne s'effectue au cas par cas en prenant en compte un faisceau d'indices. Plus particulièrement, cette appréciation doit prendre en considération « *la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* » (239).

De par l'examen *in concreto* de la compatibilité des modalités de preuves, ces principes ont pour objectif, selon l'avocat général Jacobs, d'établir l'équilibre entre la nécessité de respecter l'autonomie procédurale et celle d'assurer la protection efficace des droits conférés par le droit de l'Union européenne (240). Ils constituent ainsi des lignes directrices pour les autorités nationales compétentes dans la détermination des modalités procédurales de preuve applicables. Les limites qui en découlent n'enlèvent pas le caractère exclusif de la compétence nationale (241). Elles rendent simplement compte des conséquences décou-

(234) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 14 ; CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, arr. préc. ; voy. également les développements du Chapitre 2, Section 1, §2 de cette partie de la thèse.

(235) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651, pt 20 (au sujet de présomptions irréfragables de validité des actes nationaux).

(236) CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, arr. préc., pt 48.

(237) Voy. les conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'arrêt *Jeroen Van Schijndel*, présentées le 15 juin 1995, *Rec. CJCE* 1995, p. I-4707, pt 25.

(238) Conclusions de l'Avocat général Tizzano, présentées le 30 mars 2006, sous l'arrêt CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, arr. préc.

(239) CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599, pt 14.

(240) Voy. les conclusions de l'Avocat général Jacobs sous l'arrêt *Peterbroeck*, présentées le 4 mai 1995, *Rec.* p. I-4601, p. 4610.

(241) CJCE, 11 novembre 1981, *Guerrino Casati*, aff. 203/80, arr. préc., pt 17.

lant des obligations faites aux États membres en raison de leur appartenance à l'Union (242). Dans certaines hypothèses, ces conséquences vont se manifester dans l'obligation faite aux États membres d'exercer leur action normative en matière de preuve.

2. Les limites quant à l'exercice spontané de l'action normative en matière de preuve

La reconnaissance d'une action normative en matière de preuve s'accompagne en principe de l'idée que les États membres décident de son exercice pour arrêter les modalités de preuve les plus appropriées pour l'application effective et uniforme du droit de l'Union européenne (243). La reconnaissance d'un tel rôle aux États membres implique nécessairement un exercice spontané de cette action normative. Les États demeurent libres dans l'appréciation tant du moment de cette action que des moyens de preuve adéquats.

Cette liberté d'appréciation peut se trouver dans certaines hypothèses atténuée parce que la mise en œuvre correcte de la réglementation de l'Union dépend particulièrement d'une « *exigence de preuve* ». Dans ce cas de figure, le législateur, en précisant la nécessité de prévoir une exigence de preuve, prescrit lui-même les modalités d'exercice de l'action normative nationale dans l'acte de droit dérivé. Mais il ne se substitue nullement aux États membres, l'intervention nationale demeurant nécessaire pour l'application de ce dernier.

C'est la formule utilisée dans l'acte de droit dérivé qui permet d'identifier la nécessité imposée aux États membres d'exercer l'action normative en matière de preuve. Ces formules demeurent générales et précisent que les États membres peuvent ou doivent prévoir à titre de

(242) Comme le remarque le professeur Kovar, ces compétences même exclusives ne sont pas exercées de manière isolée et, par conséquent, doivent subir l'influence du droit de l'Union européenne au titre de l'obligation de coopération loyale qui s'impose aux États membres. Voy. R. KOVAR, « Compétences des Communautés européennes », *J.-Cl. Europe*, *op. cit.*, n° 74.

(243) CJCE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson*, aff. 14/83, *Rec.* p. 1891, pt 28 ; CJCE, 18 septembre 2003, *Peter Pflücke*, aff. C-125/01, *Rec.* p. I-9375, pt 33.

preuve (244) ou « *exig[er] la preuve* » (245) afin d'accorder le bénéfice des droits conférés par l'acte de droit dérivé et de garantir sa correcte application.

L'étude du droit dérivé démontre que ces formules interviennent dans des domaines divers. La nature de l'acte est également indifférente. Que ce soit un règlement ou une directive, le terme « *preuve* » utilisé par le législateur de l'Union renvoie dans ces cas de figure à une conception de la notion comme instrument nécessaire pour l'application de la réglementation de l'Union. Les États membres doivent exercer leur compétence normative, soit par renvoi aux modes de preuves nationaux existants (246), soit en exigeant les moyens de preuve contenus dans l'acte de droit dérivé lui-même (247). La nécessité de subordonner l'application de la réglementation européenne « *à la preuve* » est conditionnée

(244) Voy. par exemple, article 2§3 du règlement n° 3921/91 du Conseil, du 16 décembre 1991, fixant les conditions de l'admission de transporteurs non résidents aux transports nationaux de marchandises ou de personnes par voie navigable dans un État membre, *JO* n° L 373 du 31 décembre 1991; article 3, pt c) et article 4 de la directive 96/26/CE du Conseil, du 29 avril 1996, concernant l'accès à la profession de transporteur de marchandises et de transporteur de voyageurs par route ainsi que la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres visant à favoriser l'exercice effectif de la liberté d'établissement de ces transporteurs dans le domaine des transports nationaux et internationaux, *JO* n° L 124 du 23 mai 1996, p. 1 ; article 3 de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, *JO* n° L 168 du 27 juin 2006, p. 43 ; article 15 §9 de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, *JO* n° L 140 du 5 juin 2009 ; article 10, pt c) du règlement n° 612/2009 de la Commission, du 7 juillet 2009, portant modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles, *JO* n° L 186, du 7 juillet 2009, p. 1.

(245) Voy. par exemple, article 2§3 de la directive 2009/55/CE du Conseil, du 25 mai 2009, relative aux exonérations fiscales applicables aux introductions définitives de biens personnels des particuliers en provenance d'un État membre, *JO* n° L 145 du 10 juin 2009, p. 36.

(246) Il s'agit de la possibilité des États membres de prévoir une modalité de preuve nationale et non pas le recours au certificat prévu. Pour un exemple pour la preuve du transit communautaire voy. CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff. 15/83, *Rec.* p. 2171.

(247) Par exemple, les articles 45 et 39 respectivement de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JO* n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, *JO* n° L 216 du 20 août 2009, p. 76. Voy. également article 23 §2, alinéa 2, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JO* n° L 376 du 27 décembre 2006 : « *Lorsqu'un État membre impose à un prestataire établi sur son territoire de souscrire une assurance responsabilité professionnelle ou de fournir une autre forme de garantie, cet État membre accepte comme preuve suffisante les attestations de couverture émises par des établissements de crédit ou des assureurs établis dans d'autres États membres* ».

par les objectifs de l'acte en cause, la preuve devenant ainsi un instrument de réalisation de ces derniers.

L'exigence de preuve contenue dans la réglementation de l'Union européenne peut être également appréhendée comme un moyen efficace pour les États d'exercer leurs pouvoirs de contrôle et de sanction dans des domaines présentant un intérêt particulier pour l'Union. En tant que telle, l'exigence de preuve doit donc être satisfaite par des moyens de preuve permettant ce contrôle. Les moyens de preuve, prévus par le droit national ou qui seront pris, doivent, par conséquent, être suffisamment effectifs et proportionnés à la réalisation de l'objectif poursuivi.

L'« exigence de preuve », imposée par l'acte de droit dérivé et nécessairement prévue par les mesures nationales d'exécution, ne doit en aucun cas dissuader l'opérateur économique de faire valoir les droits que le droit de l'Union européenne lui confère. Les moyens de preuve nationaux doivent donc permettre une conciliation de l'application correcte et efficace de l'acte en cause avec la réalisation des droits que celui-ci confère à ses destinataires (248). Pour ce faire, les autorités nationales compétentes doivent se référer aux critères découlant des principes d'équivalence et d'effectivité (249) en les conciliant avec le principe de proportionnalité pour déterminer l'efficacité et la nécessité du mode de preuve exigé (250) dans des domaines présentant un intérêt particulier pour l'Union.

La compétence nationale en matière de preuve n'échappe pas à toute emprise du droit de l'Union européenne. Son exercice est nécessairement conditionné par les obligations qu'impose l'appartenance à l'Union européenne. Reprises pour l'essentiel dans l'article 4 TUE, ces obligations encadrent l'exercice des compétences nationales retenues par les contraintes qu'elles imposent aux États membres. Si les États

(248) On retrouve ainsi les mêmes exigences formulées par la jurisprudence en matière de sanctions nationales depuis le célèbre arrêt dit du « *maïs yougoslave* » selon lequel les sanctions nationales doivent être suffisamment effectives, proportionnées et dissuasives. CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* p. 2865, pt 24 : « *A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif* ».

(249) Voy. 1. de ce paragraphe.

(250) Voy. la position de la Cour de justice en interprétant « *l'exigence de preuve* » dans la réglementation européenne concernant les modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles, CJCE, 19 mars 2009, *Dachsberger*, aff. C-77/08, *Rec.* p. I-2097, pts 28 à 44.

membres sont tenus d'exercer leurs compétences en respectant celles de l'Union, ils sont tenus également de les exercer en contribuant à la réalisation des objectifs des traités. Les États membres doivent également tolérer l'intervention du législateur de l'Union, même dans les domaines qui leur sont expressément réservés. Ils doivent ainsi supporter des empiètements dans leurs compétences propres (251) dès lors qu'une marge de manœuvre peut être conférée à l'Union dans le champ des compétences étatiques.

(251) CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke c. Haute Autorité CECA*, aff. 30/59, *Rec.* p. 33, spéc. p. 46.

SECTION 2 – LE TEMPÉRAMENT À L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE
NORMATIVE DES ÉTATS MEMBRES EN MATIÈRE DE PREUVE AU MOYEN
DE L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR DE L'UNION

L'Union peut se voir reconnaître une marge de manœuvre dans des domaines non expressément attribués par les traités à condition toutefois que cette marge soit nécessaire soit à la réalisation d'une compétence expressément attribuée, soit à la réalisation des objectifs assignés par les traités.

En ce sens, une action normative en matière de preuve au niveau du droit de l'Union européenne n'est pas exclue. Indispensable à la réalisation des objectifs des traités, l'action de l'Union en matière de preuve ne doit pas remettre en cause « *les équilibres essentiels voulus par le traité* » (252). Constatée à l'occasion de l'exercice des compétences attribuées, l'action normative en matière de preuve n'intervient alors qu'à titre subsidiaire. Admise dans son principe, cette action doit être étudiée tant en ce qui concerne sa justification (§1) qu'en ce qui concerne son étendue (§2).

§1. – La justification de l'intervention du législateur de l'Union
en matière de preuve

L'action de l'Union en matière de preuve ne peut être justifiée que par le recours à la théorie des compétences implicites et à la théorie de la connexité matérielle (253). Ces deux théories ont permis d'expliquer l'extension du champ de l'intervention du législateur de l'Union à

(252) CJCE, 5 mai 1981, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. 804/79, *Rec.* p. 1045, pt 23.

(253) V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 201, pp. 236 et s.

des domaines non couverts par les traités. Aboutissant au même résultat, les deux théories offrent une analyse différente de l'action normative de l'Union. La première permet de la justifier par les conséquences qui s'attachent à l'exercice d'une compétence expressément attribuée (A). La seconde repose sur une analyse du lien matériel étroit qui existe entre un objet non visé par les traités avec un autre objet relevant quant à lui d'une compétence expresse (B).

A. *La justification de l'intervention du législateur de l'Union en matière de preuve par la théorie des compétences implicites*

L'intervention du législateur de l'Union dans un domaine non expressément attribué trouve une justification incontestable dans la théorie des compétences implicites. Cette théorie repose sur une logique qui nécessite d'être rappelée (1) afin de mieux rendre compte de son application en matière de preuve (2).

1. La consécration de la théorie des compétences implicites dans le droit de l'Union européenne

Œuvre jurisprudentielle (254), la théorie des compétences implicites a été consacrée pour les compétences externes (255) de la Communauté. Cette théorie a été également utilisée en ce qui concerne les compétences internes, non sans une certaine prudence de la part des juridictions de l'Union (256). Sans doute, les raisons d'une telle prudence sont-elles liées à la question de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres dans un domaine qui n'est pas attribué de manière exclusive à l'Union et, par conséquent, supposant, soit l'exercice concurrent de l'action normative, soit l'intervention étatique.

La théorie des compétences implicites signifie qu'une organisation ou institution ne possède pas seulement les pouvoirs qui lui sont expressément reconnus par sa charte constitutive, mais également tous les autres pouvoirs qui lui sont nécessaires pour atteindre

(254) CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité CECA*, aff. 8/55, *Rec.* p. 291, spéc. p. 309.

(255) CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263, pts 15 et 16. Cette jurisprudence a été reprise à l'article 3§2 TFUE aux termes duquel « l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter les règles communes ou d'en altérer la portée ».

(256) R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 144.

ses objectifs (257). Elle permet d'admettre l'attribution de nouvelles compétences et fonctions dans la mesure où elles sont nécessaires à la réalisation des buts fixés par l'acte constitutif.

La consécration de la théorie des compétences implicites n'a été possible que par une interprétation constructive des traités. « *Pétris de téléologie* » (258), les traités ont permis au juge de l'Union de préciser le champ matériel des compétences par une approche fonctionnelle (259) des dispositions des traités et de remédier à l'absence d'une attribution expresse (260). Cette approche consiste à appréhender la spécialité des attributions de l'Union au regard de la réalisation des objectifs communs définis par les traités. La définition des objectifs communs plutôt que des règles matérielles (261) donne l'impulsion nécessaire à l'extension des compétences de l'Union par l'identification des finalités des traités et la nécessité de garantir leur « *effet utile* ». Comme le souligne le juge Pierre Pescatore, « *s'ils [les États] ont voulu se donner des objectifs communs, cette volonté doit tirer pratiquement à conséquence, aussi, dans l'ordre des moyens de réalisation. En d'autres termes, il faut que la construction européenne soit un dessein pratiquement opérant ; il faut qu'à la vision des objectifs corresponde la réalité des pouvoirs* » (262). La compétence implicite s'appréhende alors dans un rapport de pouvoir au pouvoir, ou bien dans un rapport du but au pouvoir (263).

Les considérations liées à la théorie des compétences implicites confèrent ainsi une intensité variable de l'action normative de l'Union. En effet, la reconnaissance d'une compétence implicite repose, tout d'abord, sur l'identification d'une compétence expresse ou d'un objectif à atteindre et, ensuite, sur la nécessité d'élargir l'action normative afin

(257) Cl. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 441.

(258) P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique de traités internationaux », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 1972, p. 327.

(259) V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne, op. cit.*, p. 275.

(260) R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 110.

(261) P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, réimp. 2005, p. 25.

(262) *Ibid.*, p. 25.

(263) Pour une étude sur cette distinction et les compétences implicites, voy. K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres, op. cit.*, pp. 92 à 113.

d'en assurer l'effet utile (264). Cette action répond à la nécessité que l'Union « *soit maintenue, dans toutes les circonstances, en état de répondre de ses responsabilités* » (265).

L'approche fonctionnelle des compétences permet d'expliquer l'action de l'Union en matière de preuve, domaine qui n'est pas expressément prévu par les traités.

2. La transposition de la théorie des compétences implicites en matière de preuve

Transposé en matière de preuve, le raisonnement sur lequel repose la théorie des compétences implicites a donné lieu à une jurisprudence constante dans des domaines qui relèvent des compétences exclusives de l'Union. Plus particulièrement, elle a été utilisée comme justification de la compétence de l'Union pour régler les moyens de preuve pour la détermination de l'origine d'une marchandise et, partant, décider quel sera son régime douanier ou son régime de transit applicable. C'est à l'occasion des certificats de circulation intracommunautaire que la compétence implicite de l'Union avait été affirmée en raison de leur utilité pour l'établissement du marché intérieur. Le raisonnement adopté par le juge est un raisonnement en deux temps : tout d'abord, l'identification de la réalisation de la libre circulation des marchandises comme un principe fondamental du marché intérieur qui vient justifier, ensuite, « *la mise en place de moyens de preuve uniformes et simples, combinée à la possibilité de produire ces preuves même après le franchissement de la frontière* » (266).

Observé, tout d'abord, à l'occasion du transit communautaire, ce raisonnement jurisprudentiel a été, par la suite, appliqué à tous les types de certificats communautaires dès lors qu'il s'agit des domaines relevant de la compétence exclusive de la Communauté et, aujourd'hui, de l'Union.

(264) La doctrine est d'ailleurs divisée en ce qui concerne la théorie des compétences implicites. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit plutôt de la théorie de l'effet utile, d'autres penchent plutôt vers la reconnaissance des pouvoirs implicites. Pour un exposé de la division doctrinale voy. R. KOVAR, « Compétences des Communautés européennes », *J-Cl. Europe, op. cit.*, spéc. n° 19.

(265) CJCE, 5 mai 1981, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. 804/79, arr. préc., pt 23.

(266) CJCE, 7 mars 1990, *Trend-Moden*, aff. C-117/88, *Rec. p. I-631*, pt 20 : « *il convient, ensuite, de rappeler que la réglementation exposée ci-dessus est justifiée par la nécessité de faciliter la circulation des marchandises à travers les frontières intérieures de la Communauté, ce qui constitue un des principes fondamentaux du marché communautaire* » ; voy. également les conclusions de l'Avocat général Lenz dans l'affaire C-237/96, présentées le 26 juin 1997, sous cet arrêt, *Rec. p. I-5103*.

Pour ce qui est du transit communautaire, c'est l'arrêt *Trend-Moden* (267) qui retient particulièrement l'attention essentiellement pour deux raisons. Il est intéressant, tout d'abord, en raison de la démarche inductive de la Cour de justice qui a abouti à une reformulation de la question posée par la juridiction de renvoi, il est intéressant, ensuite, car cette reformulation a invité la Cour à se prononcer de manière indirecte sur la compétence de la Communauté pour régler les questions de preuve à l'origine du litige.

En l'espèce, saisie à titre préjudiciel par Finanzgericht Duesseldorf, la Cour de justice devait se prononcer sur l'interprétation de l'article 9 du traité CE (268) et des articles 1^{er} et 9 du règlement n° 222/77 du Conseil, du 13 décembre 1976, relatif au transit communautaire (269). Le litige au principal opposait la société Trend-Moden et le Hauptzollamt Emmerich au sujet des importations de textiles par la société en Allemagne et au sujet de l'acquittement des droits à l'importation. La société n'a pas présenté la preuve que les conditions de l'article 9 §2, du traité CE étaient remplies, selon les moyens de preuve prévus par le règlement. La juridiction de renvoi a sursis à statuer et a posé à la Cour de justice une question préjudicielle portant sur le caractère exclusif des moyens de preuve prévus par le règlement. En l'espèce, il s'agissait du document T2L qui, exigé à titre exclusif, permettait d'établir l'origine communautaire des marchandises et accordait, par conséquent, à l'opérateur économique l'exonération de paiement des droits de douane aux termes de l'article 9 §2, du traité CE.

Pour donner une réponse à la juridiction de renvoi, la Cour de justice a reformulé la question. Cette reformulation l'a conduite à s'interroger sur la validité des moyens de preuve prévus par le règlement et, de manière indirecte, à se prononcer sur la compétence du législateur de l'Union pour régler ces questions. En substance, cette démarche jurisprudentielle revenait à examiner la compatibilité de l'article 9 du règlement en cause avec les dispositions des traités.

Pour ce faire, la Cour de justice part du constat que « *les articles 9 et 10 du traité ne comportent aucune indication concernant les moyens de preuve ou la charge de la preuve du caractère communautaire des marchandises* » et, que, dès lors, il revenait « *au droit*

(267) CJCE, 7 mars 1990, *Trend-Moden*, aff. C-117/88, arr. préc.

(268) Cet article est abrogé depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

(269) JO n° L 38 du 9 février 1977, p. 1. Le règlement n° 222/77 a été abrogé et codifié par le règlement n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1993, établissant le code des douanes communautaires. Ce règlement détermine actuellement le régime du transit communautaire et les moyens de preuve pour établir le caractère communautaire d'une marchandise.

communautaire dérivé le soin de régler ces questions » (270). Elle en déduit que, dès lors, l'article 9 du règlement qui prévoit que « *les dispositions du traité CEE concernant la libre circulation des marchandises ne sont appliquées que sur présentation d'un document de transit communautaire interne établi en vue de justifier le caractère communautaire des marchandises* » n'affecte pas la validité du règlement. Il en a été ainsi car « *cette disposition traduit l'intention du législateur communautaire d'exclure d'autres moyens de preuve tout en facilitant la tâche de l'intéressé* » (271) en prévoyant que le document T2L pouvait être délivré postérieurement à l'importation.

Sans pour autant utiliser les termes de compétences implicites, la Cour de justice, procédant d'office à l'examen de la validité du règlement, a justifié de manière indirecte la compétence du législateur de l'Union pour déterminer les modes de preuve pour le caractère communautaire de la marchandise. L'intervention du législateur de l'Union sur les moyens de preuve trouve ici un fondement dans la nécessité de mise en œuvre du principe fondamental de libre circulation des marchandises à laquelle les certificats de circulation participent. L'interprétation donnée « *est justifiée par l'objectif de la réglementation en cause, qui est de faciliter le transport des marchandises à l'intérieur de la Communauté au moyen de l'allégement et de l'unification des formalités à accomplir lors du franchissement des frontières intérieures* » (272).

Pour ce qui est des autres certificats, le raisonnement est similaire dans le domaine agricole. L'arrêt *Paul Craeynest* fournit un exemple éclairant dans la mesure où la Cour de justice a précisé que l'objectif de « *l'introduction de ce certificat (...) est d'assurer aux marchandises originaires des États membres le bénéfice des mesures de libération intracommunautaire* » (273). Sinon elle aurait été « *compromise si les administrations nationales pouvaient avoir recours à d'autres moyens de preuve, en dehors de la preuve d'origine établie dans la forme dudit certificat* » (274).

De même, dans l'arrêt *SpA Unil-It*, la Cour de justice a estimé que « *la décision du 17 juillet 1962 [de la Commission] impose aux*

(270) CJCE, 7 mars 1990, *Trend-Moden*, aff. C-117/88, arr. préc., pt 19 ; voy. C. BERR, « Droit douanier », *JCP éd. E*, 1990, II 15876 ; CJCE, 25 septembre 1997, *Eddy Amelynck*, aff. C-237/96, *Rec. p. I-5103*, pt 15.

(271) CJCE, 7 mars 1990, *Trend-Moden*, aff. C-117/88, arr. préc., pt 15.

(272) CJCE, 7 mars 1990, *Trend-Moden*, aff. C-117/88, arr. préc., pt 16.

(273) CJCE, 22 octobre 1970, *Paul Craeynest*, aff. 12/70, *Rec. p. 905*, pt 6.

(274) *Ibid.*, pt 7.

États membres de n'admettre que la seule production du certificat DD4 comme preuve de la réalisation des conditions donnant lieu à perception du prélèvement le plus favorable » (275).

Les certificats dans le domaine de la politique agricole commune se rattachent à la compétence de l'Union puisqu'ils contribuent à atteindre les objectifs visés par la réglementation de l'Union concernant l'organisation commune des marchés (276). La mise en place d'instruments uniformes est d'autant plus nécessaire qu'elle permet une application uniforme des régimes des prélèvements agricoles et/ou de circulation au sein de l'Union. Cela expliquera également leur utilisation comme un moyen de preuve à titre exclusif (277).

Les certificats sont ainsi l'illustration de l'intervention du législateur au titre d'une compétence implicite. Le plus souvent, ces certificats sont pris dans des domaines qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union qu'elle le soit par nature ou par exercice.

L'explication au moyen des compétences implicites comporte cependant une limite à cette action normative imposée par l'exigence de nécessité. L'action doit présenter un lien suffisant avec la compétence attribuée (278) dans la mesure où elle intervient afin que « *l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise* » (279). Cela signifie que ne seront réglementées que les questions de preuve qui se rattachent directement à l'exercice de la compétence attribuée en fonction de l'objectif à atteindre (280). Cela confère un

(275) CJCE, 18 novembre 1975, *SpA Unil-It*, aff. 30/75, *Rec.* p. 1419, pt 14.

(276) Voy. notamment la décision de la Commission, du 17 juillet 1962, adressée aux États membres instituant des méthodes de coopération administratives spéciales pour l'application des prélèvements intracommunautaires institués dans le cadre de la politique agricole commune, *JO* n° 76 du 28 août 1962, p. 2140. Voy. Le règlement n° 1234/2007 du Conseil, du 22 octobre 2007, portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur («règlement OCM unique»), *JO* n° L 121 du 7 mai 2008, p. 1.

(277) La question de l'utilisation de ces certificats à titre de preuve et les conséquences qui en découlent sera étudiée dans le Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A. de la Seconde partie de la thèse. La jurisprudence relative aux certificats de circulation n'est ici étudiée que sous l'angle de la compétence de l'Union pour régler les questions de preuve.

(278) R. KOVAR, « Compétences des Communautés européennes », *J-Cl. Europe, op. cit.*, spéc. n°86.

(279) CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen c. Haute Autorité CECA*, aff. 30/59, arr. préc., p. 46 : « *attendu que le fait que l'article 67 ne mette à la disposition de la Haute Autorité, dans son paragraphe 2, 3^{ème} alinéa, et dans son paragraphe 3 qu'un pouvoir limité de recommandation prouve que cet article ne vise pas l'application des abolitions et interdictions formelles visées à l'article 4, mais tend à permettre des excursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales là où elles sont nécessaires pour que du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité gravement compromise* ».

(280) CJCE, 25 septembre 1997, *Eddy Amelynck*, aff. C-237/96, arr. préc., pt 15.

caractère accessoire à l'action de l'Union en matière de preuve parce que cette action ne constitue qu'une modalité d'exercice de la compétence expressément attribuée ou un moyen de réalisation de l'objectif à atteindre (281).

Le caractère nécessaire de l'action normative limite la portée de la reconnaissance d'une telle compétence implicite. La théorie de la connexité matérielle semble fournir une justification plus complète de l'action normative de l'Union en matière de preuve.

B. *La justification de l'intervention du législateur de l'Union en matière de preuve par la théorie de connexité matérielle*

La connexité matérielle permet d'envisager une action sur un objet non prévu par les traités mais qui présente un lien étroit avec les dispositions matérielles des traités (282). Cette relation intrinsèque justifie l'extension de l'action normative de l'Union dans un domaine non couvert par les traités et permet d'adopter une approche globale de la politique commune poursuivie. L'identification du lien matériel suppose, tout d'abord, une prise en considération des problèmes liés à la réalisation de la politique et, ensuite, la nécessité d'une action au niveau du droit de l'Union européenne portant sur cet objet. La connexité matérielle de la preuve avec les traités a permis au législateur de l'Union d'intervenir (1). Son intervention a été également rendue possible par la connexité matérielle de la preuve dégagée par voie prétorienne (2).

1. L'intervention du législateur de l'Union justifiée par la connexité matérielle de la preuve avec les traités

L'intervention du législateur de l'Union sur l'établissement du lien matériel de la preuve avec les traités a permis d'aborder la question de la charge de la preuve dans le cadre de la politique de protection des consommateurs. Tardivement intégrée dans les dispositions

(281) Voy. en matière de sanctions pénales dans le cadre de la politique de l'environnement CJCE, gd. ch., 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* p. I-7879, pt 19 : « Sans pour autant revendiquer pour le législateur communautaire une compétence générale en matière pénale (...) l'harmonisation des législations pénales nationales, en particulier des éléments constitutifs des infractions commises au détriment de l'environnement et passibles de sanctions pénales, serait conçue comme un outil au service de la politique communautaire en question ».

(282) Pour une étude d'ensemble de cette théorie et sa transposition dans le droit de l'Union européenne voy. V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 201; voy. V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *op. cit.*, n° 96 à n° 100.

au rang des politiques communes (283), la protection des consommateurs s'est révélée une préoccupation majeure, conséquence de l'établissement progressif du marché intérieur. Dès le premier programme préliminaire pour une politique de protection et d'information des consommateurs (284), le Conseil avait identifié en tant qu'action prioritaire la question du renversement de la charge de la preuve dans le cadre de la protection du consommateur contre la publicité mensongère ou trompeuse (285). Cette identification a été rendue possible par la nécessité de combattre les clauses abusives dans les contrats entre le professionnel et le consommateur dans le but de garantir une meilleure protection de ce dernier. Le considérant 53 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (286) rappelle que « *la compétence qu'a la Commission (...) doit être utilisée pour assurer une mise en œuvre cohérente des dispositions relatives aux clauses abusives, par l'ajout (...) de clauses contractuelles réputées abusives en toutes circonstances ou présumées telles* ».

Le lien matériel de la charge de la preuve dépend donc de la qualification d'abusives d'une clause faisant peser la charge de la preuve sur le consommateur. Cette qualification a été retenue expressément pour la première fois dans la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (287). Aux termes de son article 3, est réputée abusive toute clause dont l'objet est « *de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu*

(283) article 129 A, devenu article 153 du traité CE, introduit par le Traité de Maastricht et devenu article 169 TFUE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Voy. V. CHRISTIANOS, F. PICOD, « Consommateurs », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2012, n° 7 à 27 ; M. LUBY, « Politique communautaire de protection des consommateurs. Origine, finalité et devenir », *J-Cl. Europe*, fasc. 2000, 2001, n° 1 à 36 ;

(284) JO n° C 92 du 25 avril 1975, p. 2.

(285) Programme préliminaire, *op. cit.*, p. 7.

(286) COM (2008) 614 final. Ce considérant ne figure pas dans la version finale de la directive. Voy. directive 2011/183/11E du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, JO n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 6.

(287) JO n° L 95 du 21 avril 1995, pp. 29 à 34.

du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat » (288).

La directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (289) du Conseil, prévoit également, dans son article 15 §2, que « *toute clause contractuelle prévoyant que la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que lui impose la présente directive incombe au consommateur est une clause abusive au sens de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* ».

La qualification d'une telle clause comme abusive résulte du « *déséquilibre significatif* » (290) qu'elle instaure dans les rapports entre le consommateur et le professionnel. En effet, exiger de la part du consommateur de démontrer son préjudice du fait du non-respect de la réglementation de l'Union par le professionnel reviendrait à lui imposer une preuve qui, dans une telle situation, est particulièrement difficile à apporter. C'est une preuve négative qui peut être difficilement renversée parce que le consommateur est dans l'impossibilité d'accéder aux informations qui se trouvent normalement en possession du professionnel. Une telle clause vide de sa substance même cette protection par son effet dissuasif pour le consommateur d'exercer utilement son droit (291).

Ce déséquilibre significatif dans les rapports entre les parties au contrat par le jeu probatoire se trouve renforcé par la position du professionnel qui est davantage protégé par l'intégration d'une telle clause dans le contrat. Or, dans ce domaine, c'est le consommateur qui doit bénéficier d'une protection particulière de ses intérêts économiques et juridiques, eu égard à sa situation d'inégalité initiale qu'une telle clause ne fait qu'accentuer. Une telle protection nécessite l'instauration de mécanismes juridiques facilitant le droit du consommateur d'obtenir réparation, conformément aux objectifs de la réglementation dans ce domaine.

(288) Pt q) de l'annexe de la directive 93/13/CEE, JO L 95, du 21 avril 1995, p. 33. Pour une étude de la directive, voy. M. SCHLLING, « Inequality of bargaining power versus market of lemons : legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms », *EL Rev.*, 2008, pp. 336 à 358.

(289) JO n° L 271 du 9 octobre 2002, p. 16.

(290) CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec. p.* I-4941, pt 24.

(291) La qualification de cette clause d'abusives entraîne également la reconnaissance de la possibilité pour le juge national de l'écartier et ce, même d'office, nonobstant un délai de forclusion. Voy. CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA*, aff. C-473/00, *Rec. p.* I-10875, pt 36.

La qualification d'une telle clause comme abusive s'accompagne nécessairement d'un aménagement du régime probatoire. Cet aménagement résulte de l'instauration des présomptions au profit du consommateur (292) puisqu'elles ont pour objet de faciliter la charge de la preuve qui lui incombe. La réglementation de l'Union précise sur ce point quelles sont les clauses présumées abusives jusqu'à la preuve contraire. Il s'agit d'une présomption réfragable qui peut être combattue par la preuve contraire dont la charge incombe au professionnel (293).

L'aménagement du régime probatoire par le législateur de l'Union est rendu possible par l'identification comme abusive d'une clause qui fait peser la charge de la preuve sur le consommateur eu égard aux incidences du régime de preuve sur la politique commune. Cette intervention, dans d'autres hypothèses, a été rendue possible par le juge de l'Union.

2. L'intervention du législateur de l'Union en matière de preuve justifiée par voie prétorienne

La connexité matérielle de la preuve avec les traités traduit une démarche jurisprudentielle particulière (a) qui, dans certains domaines, a donné lieu à l'adoption des actes de droit dérivé contraignants (b).

a) *La démarche prétorienne et la connexité matérielle de la preuve avec les traités*

La démarche du juge retient particulièrement l'attention dans la mesure où les solutions jurisprudentielles dégagées vont constituer à elles seules le fondement nécessaire de l'action de l'Union (294). Pour déterminer la connexité matérielle de la preuve, le juge ne recherche pas à établir le lien matériel de la preuve avec l'exercice d'une compétence expressément attribuée. La jurisprudence démontre qu'il s'agit plutôt de l'appréciation de l'opportunité d'une action commune en matière de preuve dans le domaine concerné.

(292) *Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, JO n° C 61 du 15 mars 2007, p. 19.

(293) Telle est également la solution qui est retenue dans la proposition de directive relative aux droits des consommateurs en cas de non-conformité des biens de consommation. En vertu de son article 28 §3, « *sauf preuve du contraire, tout défaut de conformité qui apparaît dans les six mois suivant le transfert du risque au consommateur est présumé exister au moment du transfert, sous réserve d'incompatibilité de cette présomption avec la nature du bien et la nature du défaut de conformité* ».

(294) Pour une analyse générale de l'utilisation de la connexité par le juge voy. V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 266 et s.

Le raisonnement suivi est un raisonnement inductif en deux temps. Tout d'abord, l'absence de précision dans les textes quant au mode ou à la règle de preuve conduit le juge, afin de trancher le litige soumis devant lui, à privilégier tel ou tel moyen ou règle de preuve à la lumière des finalités de la disposition en cause. La solution retenue est souvent motivée par le souci de garantir l'effectivité de la règle commune, par le souci d'assurer la cohérence dans la réalisation de la politique commune ou bien par le souci de réaliser le marché intérieur. Elle repose ainsi sur une conception fonctionnelle de la preuve aboutissant à l'instrumentalisation de celle-ci. Cette interprétation est confirmée au fil des affaires et forme une position jurisprudentielle constante qui vient atténuer les insuffisances du droit de l'Union européenne en matière de preuve.

Ensuite, le juge refuse de se substituer au législateur de l'Union et souvent l'invite à agir compte tenu du caractère provisoire des solutions jurisprudentielles dégagées. Ainsi, dans l'arrêt *Met-Trans* précité, la Cour de justice a rappelé de manière explicite que « *quelles que soient les raisons qui pourraient être invoquées pour exiger une preuve objective du lieu de l'infraction, telles celles avancées par les gouvernements français, néerlandais et finlandais ainsi que par la Commission, il n'appartient pas à la Cour de se substituer au législateur communautaire et d'interpréter une disposition à l'encontre de son contenu exprès. C'est à la Commission de faire les propositions pour des modifications législatives utiles à cet effet* » (295). Pour la sécurité juridique des opérateurs économiques dans le cadre d'une « Union de droit », telle que l'Union européenne, seul le législateur est habilité à la production normative et, par conséquent, il lui revient la tâche de régler le régime de preuve.

La prise en compte de la nécessité de donner une assise textuelle au niveau de l'Union des règles de preuve, domaine qui relève de la compétence nationale, traduit une politique jurisprudentielle tendant à démontrer un changement dans la conception de la place de la preuve dans le droit de l'Union européenne. De simple instrument d'effectivité de ce dernier, la preuve devient la condition *sine qua non* de son existence. Le lien matériel de la preuve avec l'objet de l'action normative est établi et justifie l'intervention normative de l'Union.

(295) CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Sagpol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, arr. préc., pt 32.

b) *La conséquence d'une connexité matérielle de la preuve établie par voie prétorienne*

La connexité matérielle de la preuve établie par voie prétorienne a pour conséquence l'adoption des actes de droit dérivé qui donnent l'assise textuelle et effet obligatoire aux solutions jurisprudentielles arrêtées. Deux domaines retiennent particulièrement l'attention, eu égard à l'élaboration prétorienne de la charge de la preuve. Il s'agit de la politique sociale (i) et de la politique de la concurrence (ii).

i) *La politique sociale*

L'exemple de la politique sociale est de loin le plus éclairant dans la mesure où la jurisprudence de la Cour a donné lieu à l'adoption par le Conseil de la directive 97/80/CE, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe.

Dans les années 80, saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice a été confrontée, dans une série d'affaires en matière sociale touchant au domaine de la protection sociale des travailleurs, à une difficulté de qualification de pratiques contraires au principe d'égalité entre les hommes et femmes dans l'emploi. Ces pratiques reposaient sur une différence de traitement fondée sur un élément objectif, étranger à toute considération relative au sexe. En l'occurrence, il s'agissait de déterminer si une discrimination sur le sexe pouvait résulter d'un critère apparemment neutre qui fonde une différence de traitement parce qu'il cache un effet discriminatoire. La Cour de justice a estimé que ce critère apparemment neutre aboutissait au même résultat qu'une discrimination directement fondée sur le sexe et a condamné les pratiques nationales (296). Le résultat discriminatoire auquel ce critère aboutit donne ainsi naissance dans la jurisprudence de la Cour à la notion de discrimination indirecte.

Pour y parvenir, la Cour adopte une démarche novatrice dans l'approche des discriminations en général qui repose sur deux éléments. Tout d'abord, elle suppose une approche objective du critère discriminatoire (297). Pour l'établir, ce qui compte n'est pas l'intention de discrimi-

(296) CJCE, 27 mars 1980, *Macarthys*, aff. 129/79, *Rec.* p. 1275 (politique de rémunération) ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, *Rec.* p. 1607 (fonds de pension de retraite) ; CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. France*, aff. 318/86, *Rec.* p. 3559 (recrutement dans les emplois de la fonction publique pénitentiaire) ; CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, *Rec.* p. 3199 (traitement de salaires).

(297) P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2008, pp. 166 et s.

miner, mais le résultat discriminatoire qui en découle. Cela signifie que le salarié victime peut établir le caractère discriminatoire d'une pratique en se fondant sur un élément ou un fait objectif et non pas sur une intention de discriminer. Alors, l'établissement de ce fait suffit à lui seul à qualifier la pratique de discriminatoire dans la mesure où il fait naître une présomption de discrimination. Ensuite, il appartient au défendeur de démontrer que la discrimination est justifiée par des raisons objectives et que les mesures prises à cet égard ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire. Il résulte de cette jurisprudence que la preuve est un élément constitutif de la discrimination indirecte. L'existence d'une telle discrimination ne peut pas être appréhendée de manière distincte du fait discriminatoire qui doit être démontré par la victime pour être retenu par le juge au titre d'une présomption.

Partant de la constatation que les règles de preuve communément admises dans les États membres ne facilitent pas la preuve des discriminations, la Commission a voulu introduire le mécanisme probatoire élaboré par la Cour de justice dans une directive s'imposant aux États membres.

C'est la directive 97/80/CE qui reprend, dans son article 4 relatif à la charge de la preuve, la construction jurisprudentielle du mécanisme probatoire en cas d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe. Aux termes de cet article, « *les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* » (298).

Prévu initialement en matière d'égalité des sexes pour la protection du salarié, ce mécanisme a été étendu à toutes les discriminations directes ou indirectes quel que soit leur fondement par les directives 2000/43/CE (299) du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans

(298) Cette directive est abrogée et codifiée à compter du 15 août 2009 par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui reprend en termes identiques dans son article 19 le mécanisme probatoire, *JO* n° L 204 du 26 juillet 2006, p. 23, article 34).

(299) *JO* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22.

distinction de race ou d'origine ethnique et 2000/78/CE (300) du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Ces deux directives reprennent en des termes identiques, respectivement dans leurs articles 8 et 10, le dispositif de la directive 97/80/CE.

Cette évolution dans la législation européenne quant à la preuve en matière de discriminations indirectes démontre que le mécanisme probatoire devient inhérent au principe de l'égalité de traitement (301) et, par conséquent, conduit à façonner la perception de l'égalité dans le droit de l'Union européenne. Il en est ainsi car « *l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination* » (302). Cet aménagement, en fin de compte, n'est que la conséquence de la définition même de la discrimination supposant l'établissement d'un fait discriminatoire emportant présomption de pratique contraire au principe d'égalité de traitement.

ii) *La politique de la concurrence*

Le droit de la concurrence constitue un autre exemple de la justification jurisprudentielle de l'action normative de l'Union en matière de preuve. Le règlement n° 17/62/CEE (303), du 6 février 1962, ne contenait aucune disposition relative à la charge de la preuve en matière de concurrence. Pour pallier les insuffisances du règlement dans ce domaine, la Cour de justice et le Tribunal de l'Union ont progressivement déterminé l'attribution de la charge de la preuve en précisant les éléments qui doivent être apportés par l'opérateur économique et par la Commission pour l'application de l'article 81 du traité CE (devenu

(300) *JO* n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

(301) Voy. également pour un exemple de ce régime probatoire en dehors de l'emploi, la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *JO* n° L 373 du 21 décembre 2004, p. 37. Sur ce point, nous renvoyons à la thèse d'É. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 845 p. ; voy. également, E. DUBOUT, « L'influence du droit européen sur la preuve en matière de non-discrimination » in F. FINES, C. GAUTIER et M. GAUTIER (dir.), *La non-discrimination entre européens*, Paris, Pedone, 2012.

(302) Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, considérant 21, *JO* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22 ; directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre générale en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, considérant 31, *JO* n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

(303) *JO* n° L 13 du 21 février 1962.

article 101 TFUE). Même ne citant que les affaires *Polypropylène* (304) et *Carton* (305) parmi une jurisprudence abondante et constante, pour établir l'existence d'une infraction unique, la Commission doit prouver que l'entreprise avait entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés par les entreprises (306). En revanche, il appartient à l'entreprise qui entend se prévaloir de l'article 81 §3, du traité CE (devenu article 101 §3, TFUE) de démontrer que les conditions de la dérogation prévue sont réunies.

Cette jurisprudence relative à la charge de la preuve a été reprise dans l'article 2 du règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (307).

En vertu de la première phrase de cet article la charge de prouver que l'acte en question relève de l'article 81 §1, du traité CE (devenu article 101 §1, TFUE) ou de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 TFUE) incombe à la partie qui l'allègue, qu'elle soit une autorité publique ou une partie privée. Aux termes de la seconde phrase de cet article, une entreprise ou une association d'entreprises qui invoque le bénéfice de l'article 81 §3, du traité CE (devenu article 101 §3, TFUE) supporte la charge de prouver que les conditions de cette disposition sont remplies (308). La justification de cette précision est fournie par

(304) CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, *Rec. p. I-4125*, pt 86. (il s'agit du seul pourvoi non rejeté dans cette affaire).

(305) CJCE, 16 novembre 2000, *Sario c. Commission*, aff. C-291/98 P, *Rec. p. I-9991*, pt 50.

(306) K.P.E. LASOK, « Judicial review of issues of fact in competition cases », *ECLR*, 1983, p. 87 et s.

(307) *JO* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1. Ce texte, entré en vigueur depuis le 1^{er} mai 2004, abroge et remplace le règlement n° 17/62, du 6 février 1962, qui régissait depuis plus de 40 ans la procédure de mise en œuvre des articles 101 TFUE et 102 TFUE (ex article 81 et ex article 82 TCE). Il constitue ainsi une révolution procédurale. L. IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de texte d'application) », *CDE*, 2003, p. 285 ; voy. pour un bilan de l'application du règlement, L. IDOT, C. PRIETO (dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles – Le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

(308) Le fait que l'article 2 ne vise que les justifications prévues à l'article 81§3 (devenu article 101§3) a conduit une partie de la doctrine à estimer que cette construction jurisprudentielle méritait d'être nuancée dans le domaine du contrôle des concentrations. La doctrine a, à juste titre souligné, que cette répartition de la charge de la preuve *a priori* claire ne se retrouvait pas si nettement dans la jurisprudence relative aux justifications objectives en matière de concentrations. Interprétant la jurisprudence des juridictions de l'Union dans ce domaine, la doctrine en a déduit que selon le contexte factuel de chaque affaire, la charge d'établir la concentration incombait soit entièrement à la Commission, non seulement pour ses éléments constitutifs, mais aussi pour l'absence d'une justification objective ; soit elle était partagée entre la Commission, qui doit alors établir l'existence de la concentration, et l'entreprise qui doit démontrer l'existence d'une justification. Voy. dans ce sens, É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de

le considérant 5 du règlement aux termes duquel « afin d'assurer le respect effectif des règles communautaires de concurrence et dans le même temps le respect des droits fondamentaux de la défense, le présent règlement doit régir la charge de la preuve pour l'application des articles 81 et 82 du traité. C'est à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 qu'il doit incomber d'en apporter la preuve requise par la loi. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises invoquant le bénéfice d'un moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve requise par la loi que les conditions d'application de ce moyen de défense sont remplies ».

La nécessité de préciser dans le règlement la répartition de la charge de la preuve est donc motivée par le besoin d'assurer le respect effectif des règles de concurrence et des droits fondamentaux. L'importance de ces derniers est ainsi affirmée au moment du recueillement des

la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 221 et s. Ces auteurs font ainsi référence à la position exprimée par R. NAZZINI, « The wood began to move : an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 cases », *EL Rev.*, 2006, p. 532 et s. Toutefois, une autre partie de la doctrine ainsi que la Commission avaient estimé que l'article 2 du règlement s'appliquait de manière indifférente tant en matière de pratiques anticoncurrentielles qu'en matière de concentrations. Voy. sur ce point la conférence d'E. PAULIS, « The burden of proof in article 82 cases », disponible sur http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2006_014-en.pdf cité et commenté par É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 210. Quelle que soit l'interprétation retenue par la doctrine, elle ne raisonne qu'en termes d'administration de la preuve de la pratique anticoncurrentielle. D'une importance non négligeable, l'administration de la preuve ou *burden of adducing evidence*, selon la terminologie du *common law*, est circonscrite par l'objet de la preuve : prouver l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et/ou éventuellement sa justification au regard des traités. Il est indéniable, si l'on doit adopter une lecture littérale des articles 101 et 102 TFUE, qu'il existe une différence textuelle qui reflète *in fine* une différence conceptuelle de l'atteinte que la pratique anticoncurrentielle produit sur la réalisation du marché intérieur et sur le principe de libre concurrence. Les termes de l'article 101 TFUE sont à cet égard non équivoques : les accords ou les ententes d'entreprises sont frappés d'une interdiction de principe sauf dans le cas des exceptions expressément et limitativement prévues au paragraphe 3 de cet article . En revanche, l'article 102 condamne la seule exploitation abusive d'une position dominante, une concentration n'étant pas incompatible par principe avec les termes des traités. Autrement dit, l'exploitation abusive de la position dominante est l'*exception* qu'il convient à la Commission de prouver, selon les circonstances, soit positivement (existence d'un abus de position dominante), soit négativement (l'absence d'une justification). Si cette interprétation ne permet pas de régler totalement le problème de la position de l'entreprise défenderesse au regard de sa charge probatoire et de ses moyens de défense considérés par le juge comme opérants, il n'en demeure pas moins qu'en réalité, et la doctrine s'accorde sur ce point, il faut apporter tous les arguments, voire tous les éléments de preuve devant le juge afin de le convaincre ou bien au moins créer un doute quant à l'existence et/ou à la justification d'une pratique anticoncurrentielle. Il conviendra alors que le juge gère ce doute pour décider d'attribuer le risque de la preuve. Pour ce faire, comme nous le verrons, le juge tient compte de plusieurs paramètres parmi lesquels figurent notamment l'insuffisance des preuves et les raisons d'une telle insuffisance. Voy. également Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, de la Seconde Partie de la thèse.

preuves dans la phase administrative de l'enquête menée par la Commission et l'autorité nationale compétente.

Le mécanisme probatoire ainsi élaboré par la jurisprudence et son intégration dans un texte de droit dérivé contraignant démontrent que, dans le domaine de la concurrence, la question de la preuve est d'une importance particulière eu égard aux situations économiques et factuelles complexes qui doivent être établies. Par une interprétation constructive de l'article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE), le juge a progressivement articulé la règle de preuve autour de la notion d'entente de telle manière qu'on assiste à une évolution de la place de la preuve dans le droit de la concurrence. Initialement considérée par le juge comme un moyen procédural d'une mise en œuvre efficace de l'article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE), la répartition de la charge de la preuve devient inhérente à la notion de pratique anticoncurrentielle jusqu'à un point tel que l'on ne peut plus envisager cette notion indépendamment de sa preuve. Autrement dit, sa preuve devient l'élément essentiel de sa définition (309).

Cette démarche définitionnelle aboutira par la suite à l'instauration d'un régime probatoire spécifique en matière d'entente dont le but est de remédier aux difficultés de preuve dans un domaine où les faits sont parfois impossibles à établir (310). Cela expliquera pourquoi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, on assiste à une généralisation du système de preuve par présomption (311), à l'importance de ce mode de preuve (312) qui emporte une définition large de la notion d'accord (313).

La relation intrinsèque déduite de la répartition de la charge de la preuve élaborée par voie prétorienne avec les dispositions des traités relatives aux pratiques anticoncurrentielles justifie l'intervention du législateur de l'Union européenne sur cette question. C'est en sens que

(309) Ch.-E. GUDIN, « Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire (jusqu'où peut-on faciliter la preuve de l'entente compte tenu de l'exigence de sécurité juridique des entreprises?) », *RAE*, 1996, pp. 118 et s.

(310) Ce régime probatoire sera étudié dans le Chapitre 2, Section 2, §1, B. 2. b) de la Seconde partie de la thèse.

(311) CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, *Rec.* p. I-4125, pt 121. Pour un exemple récent, voy. CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, *Rec.* p. I-4529.

(312) Conclusions du juge VESTERDORF exerçant en tant qu'avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc*, présentées le 10 juillet 1991, p. 869.

(313) Voy. V. FAURÉ, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, pp. 376 à 383 et pp. 392 à 428.

l'on peut considérer l'article 2 comme l'« *article clé* » (314) du nouveau règlement même s'il ne fait que donner une forme législative à la jurisprudence constante préexistante.

L'intervention du législateur de l'Union sur les questions de preuve n'a été possible que par une interprétation constructive des traités. Une telle approche fonctionnelle justifie l'action normative au niveau de l'Union, dans certains domaines, notamment par la théorie des compétences implicites et par la connexité matérielle de la preuve avec les traités. Toutefois, l'étendue de cette action ne doit pas se faire au détriment des compétences nationales.

§2. – L'étendue de l'intervention du législateur de l'Union en matière de preuve

L'intervention du législateur de l'Union en matière de preuve a pour objectif de donner un cadre cohérent aux règles nationales de preuve. L'action normative tend ainsi à rapprocher les systèmes probatoires nationaux afin de réduire leurs disparités et d'éviter les distorsions qui peuvent en résulter dans le marché intérieur. Le rapprochement des législations nationales est défini comme une mission de l'Union non seulement dans l'établissement du marché intérieur, mais aussi dans la réalisation de l'espace judiciaire européen (A). S'agissant néanmoins d'un domaine relevant de la compétence nationale, le rapprochement des législations nationales en matière de preuve présente des caractéristiques particulières (B).

A. *Le rapprochement des règles nationales de preuve dans le droit de l'Union européenne*

Considéré à juste titre comme « *le complément sans doute le plus important des traités* » (315), le rapprochement des législations nationales permet l'extension du champ d'action matériel de l'Union par le développement des politiques accessoires au marché. Le rapprochement des règles nationales de preuve se pose également dans l'élaboration d'un espace judiciaire européen qui, depuis le Traité de Maastricht, s'inscrit dans l'objectif d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Le rapprochement des règles nationales de preuve n'est donc pas envi-

(314) P. OLIVER, « Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence », *CDE*, 2005, p. 361.

(315) V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 238 citant I.-E. SCHWARTZ, « De la conception du rapprochement des législations dans la communauté économique européenne », *RTDE*, 1967, p. 241.

sagé comme un but en soi, mais comme un moyen propre au développement du marché intérieur et d'un espace judiciaire européen. Présentée ainsi, l'idée d'un rapprochement des modalités procédurales de preuve s'accompagne nécessairement d'une réflexion sur la méthode (1) et sur les bases juridiques d'un tel rapprochement (2).

1. Le rapprochement des règles nationales de preuve, une question de méthode

Dans la mesure où il s'agit de la nécessité d'une intervention au niveau de l'Union sur les règles procédurales nationales, le rapprochement est une question de méthode tant en ce qui concerne l'établissement du marché intérieur qu'en ce qui concerne la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. En effet, le rapprochement des législations nationales « *intervient là où le traité lui-même ne prévoit pas de réglementation matérielle concrète concernant l'élimination d'obstacles déterminés aux échanges et à la concurrence entre les États membres* » (316). Il permet ainsi d'intervenir sur les dispositions nationales non pour les remplacer, mais pour les modifier afin de les « rapprocher ». Pour Paul Leleux, le rapprochement des droits est une méthode propre aux traités qui « *pour assurer le décloisonnement des marchés nationaux, [supprime] les disparités les plus importantes sans qu'il soit nécessaire d'élaborer des règles de droit uniformes* » (317).

Dans le cadre de la Communauté européenne, le rapprochement a été visé par différents vocables tels que la coordination, l'harmonisation et l'unification (318) en fonction des domaines (319). La signification de ces dernières expressions a été largement débattue par la doctrine qui a essayé d'expliquer la raison d'être de ces différentes notions dans les traités. Pour ce faire, la doctrine s'est fondée sur la différence dans l'approche de l'action normative de la Communauté pour le rapprochement des législations nationales. Sur ce point, la principale différence entre

(316) I. E. SCHWARTZ, « De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *RDTE*, 1967, p. 239.

(317) P. LELEUX, « Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *CDE*, 1968, p. 131.

(318) Ce terme n'apparaît pas néanmoins dans les traités tels que modifiés par le Traité de Lisbonne.

(319) Le professeur Valérie Michel observait à ce sujet dans sa thèse que le terme de coordination est associé à la liberté d'établissement, le terme d'harmonisation à la politique commerciale commune et sociale et, que le terme d'unification, lui, est directement lié au caractère nécessairement « unifié » du droit issu des traités. Voy. V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, *op. cit.*, pp. 238 et s.

ces méthodes d'intervention de la Communauté consiste à analyser le degré de modification substantielle du contenu des règles nationales afin d'éliminer les disparités qui en résultent (320).

Pour ce qui concerne l'étendue de l'action normative de l'Union européenne en matière de preuve, il nous semble que la notion du rapprochement des législations, de par sa généralité, permet de rendre le mieux compte de la logique de cette action sur les questions de preuve. Dès lors, nous ferons nôtre l'analyse du professeur Raymond Vander Elst selon laquelle même s'« *il existe une hiérarchie, une relation d'intensité croissante entre la coordination, l'harmonisation et l'unification, le rapprochement apparaît dans le traité comme une notion générale qui englobe les trois premières* » (321).

En revanche, l'idée d'un rapprochement des modalités nationales de preuve dans l'espace judiciaire européen retient particulièrement l'attention parce qu'elle apparaît révolutionnaire. En effet, cette idée est le fruit d'une longue évolution de la place de la procédure et, de manière plus générale, de la place de la justice au sein de l'Union européenne. Dès 1987, un groupe de travail sous la présidence du professeur Storme avait déjà mis en évidence qu'une réflexion sur l'élaboration d'un code judiciaire européen était indispensable. Dans son rapport définitif remis à la Commission européenne en février 1993, ce groupe de travail mettait en avant que l'évolution de la construction européenne s'accompagnait nécessairement d'un rapprochement de la procédure nationale eu égard à son impact sur la réalisation du marché intérieur. Comme le soulignait le groupe de travail dans l'introduction de son rapport, les règles procédurales gouvernant les procès transnationaux que les juges nationaux auraient à connaître en application du droit de l'Union « *sont appelées de par leur nature à dépasser les frontières et elles nécessitent dès lors une réglementation internationale ou uniforme* » (322).

(320) Pour une présentation de la position doctrinale voy. R. VANDER ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne » in M. WAELBROECK (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1976, pp. 4 et s.

(321) R. VANDER ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne » in M. WAELBROECK (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, op. cit., p. 7. Pour une étude d'ensemble, voy. également J. PIPKORN, « Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte unique européen », *RCADE*, 1990, pp. 189 à 236.

(322) M. STORME (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne. Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht, Kluwer, 1993, p. 9.

Parmi ces règles, outre la question de la compétence, de l'accès au juge et de l'exécution des jugements nationaux, figure la question de la preuve qui demeure primordiale dans la phase pré-sentencielle de tels procès. Dans cette phase dite de préparation du procès, des difficultés liées aux mécanismes d'obtention des preuves et à l'utilisation des preuves obtenues peuvent avoir des incidences importantes dans la phase du jugement et, partant, sur l'efficacité du contrôle judiciaire au sein même de l'Union. Ces difficultés seront, dans un premier temps, appréhendées sous l'angle de l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur. Dans un second temps, avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, elles seront appréhendées de manière autonome dans le troisième pilier « *Justice et affaires intérieures* » sous l'angle de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale et en matière pénale (323).

Les modifications apportées par le traité d'Amsterdam vont donner des assises textuelles spécifiques au rapprochement des règles procédurales non seulement en matière civile et commerciale (324) mais aussi en matière pénale.

Pour ce qui concerne cette dernière, le choix du rapprochement des règles nationales de preuve ne s'est pas imposé avec évidence dans la doctrine. Tout d'abord, celle-ci a envisagé la méthode de « *l'unification comme ultime remède au problème de l'effectivité de la répression communautaire* » (325). Cette méthode a été préconisée dans le texte du *Corpus Juris* présentant les moyens procéduraux et les moyens de qualification juridique permettant de combattre les fraudes au budget communautaire et d'assurer ainsi la protection des intérêts financiers de la Communauté (326). Le traité d'Amsterdam tranche cette question dans l'article 29 du traité UE qui vise le rapprochement des règles nationales de preuve en matière pénale.

Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne aux dispositions des traités originaires consolident l'idée d'un rapprochement des législations nationales pénales, dans la perspective d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Les articles 82 et 83 TFUE précisent

(323) Sur l'organisation de la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves en matière civile et commerciale et en matière pénale, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2 de cette partie de la thèse.

(324) Dans ce domaine, le rapprochement est expressément visé à l'article 81 §1 et §2, TFUE.

(325) M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, op. cit., pp. 331 et s.

(326) M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris*, op. cit., p. 4. Voy. également dans le même sens, J. SPENCER, « The concept of « european evidence » », *ERA-forum*, 2003, n° 2, pp. 29 à 38.

que la coopération judiciaire en matière pénale est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres, y compris les règles de preuve (327).

Si le rapprochement des règles procédurales nationales est aujourd'hui une priorité, il n'en demeure pas moins que l'action normative de l'Union dépend du choix de la base juridique.

2. Le choix de la base juridique du rapprochement des règles nationales de preuve

Le rapprochement des règles nationales de preuve par l'intervention du législateur de l'Union pose une question importante du choix de la base juridique. Selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, notamment le but et le contenu de l'acte (328).

L'appréciation de la base juridique en matière de preuve trouve une signification particulière lorsqu'il s'agit de déterminer l'opportunité d'un rapprochement des législations nationales dans le cadre du marché intérieur. Plus particulièrement, cette question concerne le choix entre une base juridique générale permettant le rapprochement des législations nationales ou, au contraire, de privilégier les bases juridiques spéciales d'une ou des politique(s) commune(s) concernée(s). L'enjeu est de taille dans la mesure où le choix d'une base juridique générale ou spéciale n'a pas la même incidence sur le rapprochement des règles nationales de preuve. Dans le premier cas, les questions de preuve seront envisagées dans leur globalité en raison de l'incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur. Dans le second cas, ces questions ne seront envisagées que parce qu'elles ont une incidence sur la réalisation de la politique commune et, partant, de manière indirecte, sur le marché intérieur.

La détermination du choix d'une base juridique générale ou spéciale pour le rapprochement des modalités nationales de preuve revient en substance à s'interroger sur la pertinence des articles 114 TFUE (ex article 95 TCE), 115 TFUE (ex article 94 TCE) et 352 TFUE (ex article 308 TCE) comme base juridique. En effet, ces articles permettent au Conseil, statuant soit à la majorité qualifiée, soit à l'unanimité et sur proposition de la Commission, d'adopter des dispositions appropriées.

(327) Voy. article 67 §3, TFUE et article 82 §1 et §2, TFUE.

(328) CJCE, 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, aff. C-295/90, *Rec.* p. I-4193, pt 13.

Ces articles permettent au législateur de l'Union de rapprocher par voie de directive les législations nationales ayant une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur ou d'intervenir lorsqu'une action de l'Union paraît nécessaire dans le cadre des politiques définies par les traités pour atteindre les objectifs visés par ces derniers (329). Ces articles sont à juste titre considérés par la doctrine comme des bases juridiques générales justifiant l'intervention de l'Union, dès lors qu'un lien matériel est établi, soit avec le fonctionnement du marché intérieur, soit avec les politiques communes (330).

Pour l'instant, l'étude des actes de droit dérivé révèle que la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve en matière de discrimination (331) est la seule directive ayant pour objectif direct le rapprochement des règles nationales de preuve, mais elle n'est pas fondée sur les articles 94 du traité CE (devenu article 115 TFUE) et 308 du traité CE (devenu article 352 TFUE), malgré leur universalité. En effet, la première initiative de la Commission a été présentée le 24 mai 1988, mais l'adoption effective de la directive n'est intervenue que près de dix ans plus tard. Les raisons du retard dans l'adoption sont liées à la base juridique qui imposait à l'époque une procédure spéciale de vote au sein du Conseil. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, les anciens articles 94 (ex article 100) (332) et 308 (ex article 235) du traité CE sur lesquels la Commission appuyait sa proposition exigeaient l'unanimité. L'opposition du Royaume-Uni a donc fait échec à l'adoption de cette première proposition. Les modifications apportées par l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, notamment par l'adoption de l'accord sur la politique sociale annexé au protocole du 7 février 1992 et par la majorité qualifiée, ont permis à la Commission de fonder sa proposition sur une nouvelle base juridique. L'adoption de la directive fut enfin possible le 15 décembre 1997. L'abrogation et la codification de cette directive par la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail opère, par ailleurs,

(329) Toutefois, l'article 352 TFUE ne peut pas être utilisé dans le cadre de la PESC.

(330) V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., pp. 240 et s ; Pour une étude de ces articles tels qu'ils ont été modifiés par le Traité de Lisbonne, plus particulièrement de l'article 352 TFUE, voy. V. MICHEL, « Institutions et compétences. Que reste-t-il de la réforme ? », op. cit., pp. 89 et 90.

(331) Directive préc.

(332) Pour une étude de cet article, voy. J. BEUVE-MÉRY, « Le rapprochement des législations. article 100 du traité CEE et ses applications », *RTDE*, 1967, pp. 847 et s.

un changement de la base juridique dans la mesure où elle est prise sur le fondement de l'article 141 du Traité CE (devenu article 157 TFUE).

Dans le cadre du marché intérieur, le rapprochement des règles nationales de preuve ne s'effectuera donc que de manière accessoire par rapport au but poursuivi par l'acte de droit dérivé et en fonction des domaines d'intervention de cet acte. Cette constatation est également transposable au rapprochement des modalités nationales de preuve pour les nécessités imposées par la réalisation de l'espace judiciaire européen. En effet, depuis les modifications apportées par les traités de Maastricht et d'Amsterdam, reprises pour l'essentiel par le Traité de Lisbonne, des bases juridiques spécifiques (333) ont été introduites permettant ce rapprochement (334) en matière civile et commerciale et en matière pénale.

Pour ce qui est de la matière civile et commerciale, l'article 81 TFUE (ex article 65 TCE) pose clairement l'objectif « *d'améliorer et de simplifier (...) la coopération en matière d'obtention de preuve* ». Il constitue ainsi une base juridique expresse permettant l'intervention du législateur de l'Union. Le règlement n° 1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale a été adopté sur la base de l'article 65 du traité CE (335). Mais, comme nous le verrons, ce règlement a pour objectif de faciliter la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves entre les juridictions des États membres et n'a pas pour objectif de rapprocher les règles de preuve en tant que telles (336).

Pour ce qui est de la matière pénale, c'est l'article 67 §3, TFUE (ex article 31 TUE) qui rend désormais possible « *si nécessaire, (...) le rapprochement des législations en matière pénale* ». L'article 82 §2, a), TFUE (ex article 31 TUE) autorise le Conseil et le Parlement par la voie de directives à établir des règles minimales en ce qui concerne l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres.

(333) Dans la mesure où les articles 115 TFUE (ex article 94 TCE) et 352 TFUE (ex article 308 TCE) n'ont pas été utilisés pour l'harmonisation des règles procédurales de preuve, ces articles ne sont pas étudiés. Pour une étude de ces articles comme bases juridiques possibles pour une harmonisation des règles procédurales, voy. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, thèse, *op. cit.*, pp. 357 à 372.

(334) Bien que l'article 293 du traité CE ait déjà permis un rapprochement des législations nationales par la convention de Bruxelles en matière de procédure, on ne s'y attardera pas dans la mesure où celui-ci autorise les États membres à conclure des conventions entre eux et ne constitue pas une base juridique justifiant l'intervention du législateur de l'Union. Cet article a été abrogé par les modifications apportées par le Traité de Lisbonne.

(335) JO n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1.

(336) Voy. à ce sujet les développements du Titre 2, Chapitre 1, Section 2 §1, B. 1. de cette partie de la thèse.

Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne mettent fin aux deux logiques différentes d'action (337) en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale. Comme nous le verrons (338), elles vont permettre une évolution plus cohérente de l'obtention des preuves par la coopération judiciaire et de l'admissibilité des preuves ainsi obtenues dans les procédures judiciaires quelle que soit leur nature, civile ou commerciale ou pénale. Il en est ainsi car ces modifications remédient à l'adoption d'actes juridiques dont les effets sont variables à l'égard des États membres (339) et généralisent la procédure de codécision dans ce domaine.

L'approche sectorielle du rapprochement des modalités nationales de preuve fondée sur l'existence de bases juridiques spécifiques encadre l'action de l'Union dans les objectifs que les articles poursuivent. Celle-ci ne peut intervenir que sur les problèmes spécifiquement identifiés afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

B. *La particularité du rapprochement des règles nationales de preuve en matière de preuve*

Admettre que l'intervention de l'Union européenne sur les questions de preuve se fait par le biais du rapprochement consiste à accepter que cette intervention soit limitée parce que, pour être justifiée, elle doit satisfaire à la condition nécessaire d'un lien étroit avec le marché intérieur et avec l'espace de liberté, de sécurité, de justice. Cette condition du lien étroit s'apprécie en fonction de l'opportunité de l'intervention du législateur de l'Union, en amont de l'action de l'Union quant à son principe et à son objet et, en aval, quant à la mesure de l'action et quant à sa forme. Cette double condition suppose que le rapprochement des règles nationales de preuve intervienne de manière subsidiaire (1) et que les mesures prises à cet égard doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi (2).

(337) Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la coopération judiciaire en matière pénale reposait sur la logique intergouvernementale à l'égard de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale qui a été intégrée dans le pilier communautaire de l'Union par le Traité d'Amsterdam.

(338) Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2. B. de cette partie de la thèse.

(339) Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, pour ce qui est de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, le rapprochement s'effectuait selon les instruments communautaires du droit dérivé qui disposent d'un effet contraignant à l'égard des États membres. Le choix dans ce domaine a été fait de privilégier le recours au règlement qui produit directement des effets juridiques dans les droits internes. En revanche, la coopération judiciaire en matière pénale reposait davantage sur des actions communes ou des décisions-cadre.

1. Le caractère subsidiaire du rapprochement des règles nationales de preuve

Le caractère subsidiaire de l'intervention de l'Union résulte, en premier lieu, de la technique même du rapprochement des législations nationales. En effet, le rapprochement des règles nationales a pour objectif de diminuer les disparités dans les législations nationales qui pourraient « être une source d'inconvénients pour la réalisation des objectifs du traité (...) si elles s'avéraient de nature à provoquer des distorsions ou à nuire au fonctionnement du marché » (340). Cette méthode juridique consiste « non pas à élaborer du droit communautaire, mais bien à maintenir le cadre et le caractère nationaux des législations, mais en les modifiant de façon à les harmoniser » (341).

Ce caractère subsidiaire est, en second lieu, imposé par le principe de subsidiarité (342). Principe régulateur de l'exercice des attributions conférées à l'Union (343), ce principe aurait pu « présider à la répartition constitutionnelle des compétences entre les États membres et [l'Union]. Ce qui aura pour conséquence d'étendre le champ d'action de [l'Union] là où elle peut avoir un apport supplémentaire tout en préservant le champ d'action des États membres là où ils peuvent avoir eux aussi un apport » (344). Le Traité de Lisbonne lève à ce sujet toute ambiguïté. Il est désormais clairement inscrit que le principe de subsidiarité intervient afin de contrôler l'exercice d'une compétence partagée (345) entre les États membres et l'Union dont l'article 4 TFUE fixe la liste des domaines d'intervention (346).

Dès lors que l'intervention du législateur de l'Union est possible sur les règles de preuve, et parce que leur réglementation relève par principe de la compétence des États, le principe de subsidiarité trouve à s'appliquer à son action normative. Il impose la prise en compte de certains paramètres afin de ne porter atteinte à la compétence des États

(340) CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, arr. préc., pt 5.

(341) P. LELEUX, « Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 36.

(342) Pour l'affirmation de ce principe comme un encadrement de l'action normative de l'Union, voy. article 5 du Protocole n° 2 annexé aux traités. Voy. également article 5 §3, TUE.

(343) K. LENAERTS, P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du Traité CE », *CDE*, 1994, p. 10.

(344) Voy. K. LENAERTS, P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *op. cit.*, p. 8. Voy. sur ce point, la Déclaration n° 23 annexée au Traité de Nice.

(345) Article 5 TUE tel que modifié par le Traité de Lisbonne.

(346) Sur l'exercice des compétences partagées, voy. le protocole n° 25 sur l'exercice des compétences partagées annexé aux traités.

membres que dans la mesure où elle est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur et à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Principe dynamique « *d'évaluation de la compétence* » (347) de l'Union, la subsidiarité permet de désigner alors « *le niveau de décision efficace le plus bas* » (348). En principe, la compétence revient aux États et ce n'est qu'« *en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée* » (349) que l'Union peut agir. La pertinence de l'action normative s'apprécie en fonction de la possibilité des États d'atteindre les objectifs des traités et en fonction des effets escomptés par une intervention du législateur de l'Union. Cette intervention se trouve alors doublement limitée par le double test du principe de subsidiarité : le test de l'efficacité comparative et le test de la valeur ajoutée.

En matière de preuve, le principe de subsidiarité va dans le sens d'un rapprochement des règles nationales de preuve par l'action spontanée des États (350). Cette considération est davantage corroborée par la compétence retenue dont disposent les États dans ce domaine et par la compatibilité de principe des règles nationales de preuve. Comme cela a été vu précédemment, ces dernières suffisent pour assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union européenne et des objectifs prévus par les traités (351). Ce n'est que lorsque les règles nationales de preuve se révèlent insuffisantes que l'Union peut agir en fonction du double critère de l'utilité d'une telle intervention et de l'insuffisance de l'action nationale (352).

Le rapprochement des règles nationales de preuve s'articule alors entre la compétence nationale et l'intervention de l'Union dans une relation de principal à subsidiaire. L'action du législateur de l'Union (353) n'interviendra que pour corriger les disparités procédurales nationales

(347) H. GAUDIN, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité », *RAE*, 1998, p. 10.

(348) G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, p. 63.

(349) Voy. article 5§3, TUE.

(350) V. CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, pp. 305 à 317. Voy. sur ce point, Section 1, §2, B. 2. de ce chapitre.

(351) Voy. Section 1 §2, B. 1. de ce chapitre.

(352) Pour reprendre l'expression des professeurs Isaac et Blanquet, « *la compétence étatique se présumerait donc, sauf preuve contraire motivée apportée* » par l'Union. G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, p. 63.

(353) Pt 5 du Protocole sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité, *JO* n° C 340 du 10 novembre 1997, p. 105.

en matière de preuve afin d'éviter des distorsions au bon fonctionnement du marché intérieur (354).

L'adoption tardive de la directive 97/80/CE, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination en raison du sexe (355), illustre parfaitement cette situation. Le retard de cette adoption était la conséquence de la contestation par les États membres, principalement du Royaume-Uni, de la pertinence d'une directive (356) dans la mesure où, malgré les disparités procédurales nationales, les règles nationales de preuve suffisaient à garantir une protection juridictionnelle effective (357) du salarié à l'encontre des discriminations indirectes. Plus précisément, il s'agissait des procédures dans lesquelles la juridiction ou l'instance compétente procédait elle-même à l'établissement des faits à l'origine d'une discrimination en raison des larges pouvoirs d'instruction dont celle-ci bénéficie (358). Texte de consensus, l'article 4 de la directive, prévoit, dans son paragraphe 3, que, dans de telles procédures, les États membres peuvent ne pas appliquer le mécanisme probatoire en matière de discrimination indirecte reposant sur l'établissement d'un fait discriminatoire qui crée une présomption au profit de celui qui l'invoque (359). Cette dispense dans l'application du mécanisme probatoire en matière de discrimination indirecte est également reprise par l'ensemble des instruments du droit dérivé mettant en œuvre le principe de non discrimination et d'égalité de traitement (360).

L'existence d'une telle disposition n'est pas sans révéler un certain paradoxe. Certes, il s'agit d'un texte de compromis, mais il n'en demeure pas moins que la possibilité reconnue aux États membres de ne

(354) Ainsi, le considérant 5 du règlement 1/2003 (*JO* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1) précise que la règle de la preuve prévue dans son article 2 « ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire ».

(355) Directive préc., *JO* n° L 14 du 20 janvier 1998, p. 6.

(356) M.-Th. LANQUETIN, « Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Drt. soc.*, juil.-août 1998, p. 688.

(357) Une certaine réserve également a été émise à l'égard de l'activisme judiciaire de la Cour de justice en matière de discriminations indirectes.

(358) Le paragraphe 3 de l'article 4 ne figurait pas dans la version initiale de la proposition de directive (*Voy. COM* (1996) 340 final). Il a été introduit lors des modifications de la proposition de la Commission *voy. sur ce point, COM* (1997) 202 final et *COM* (1997) 624 final.

(359) *Voy. infra*, les développements du §1, B. 2. b) i) de cette section.

(360) *Voy. les directives* 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre générale en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, préc.

pas transposer dans le droit interne le mécanisme probatoire en matière de discrimination indirecte paraît en contradiction avec la jurisprudence récente de la Cour de justice relative à l'administration de la preuve d'une telle discrimination. La Cour de justice a clairement précisé, dans une série d'arrêts (361), qu'« *il appartient normalement à la personne qui allègue des faits au soutien d'une demande d'apporter la preuve de leur réalité. La charge de prouver l'existence d'une discrimination (...) incombe en principe [à la personne] qui, s'estimant victime d'une telle discrimination, engage une action juridictionnelle (...) en vue d'obtenir la disparition de cette discrimination* » (362).

Comme nous le verrons (363), cette obligation d'apporter la preuve du fait discriminatoire ne s'estompera pas lorsque le juge dispose de larges pouvoirs d'instructions. Celui-ci se voit confier de tels pouvoirs pour remédier à une difficulté de preuve et ce, quelle que soit la nature de la procédure, accusatoire ou inquisitoriale. La charge de la preuve incombe toujours aux parties.

L'existence d'une telle dispense dans l'application du mécanisme probatoire dans un acte de droit dérivé contraignant ayant pour objectif de rapprocher les disparités nationales est révélatrice de la réticence des États membres à l'égard d'une action normative au niveau de l'Union. Celle-ci doit rester subsidiaire et, le cas échéant, prévoir des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi sans excéder ce qui est nécessaire à cet effet.

2. Le choix des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi par le rapprochement des modalités nationales de preuve

L'action de l'Union sur les règles de preuve est également encadrée par le principe de proportionnalité. Conformément à ce principe, le rapprochement des règles nationales de preuve doit se faire par des mesures laissant une marge de manoeuvre aux États membres, en privilégiant le recours à l'instrument juridique le moins contraignant et à

(361) CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99, *Rec.* p. I-4961 ; CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02, *Rec.* p. I-1789 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Nadine Paquay*, aff. C-460/06, *Rec.* p. I-8511 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn NV*, aff. C-54/07, *Rec.* p. I-5187 ; CJCE, gd. ch., 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06, *Rec.* p. I-5603.

(362) CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99, arr. préc., pt 52 ; CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02, arr. préc., pt 68 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Nadine Paquay*, aff. C-460/06, arr. préc., pt 37 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn NV*, aff. C-54/07, arr. préc., pt 30 ; CJCE, gd. ch., 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06, arr. préc., pt 52.

(363) Cette question et les conséquences sur l'attribution de la charge de la preuve seront étudiées de manière plus approfondie dans le Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2, B. 2. de la Seconde partie de la thèse.

des mesures les plus générales possibles (364). Le principe de proportionnalité contrôle l'intensité du rapprochement des règles nationales de preuve (365).

La directive semble alors l'instrument juridique le plus approprié. En effet, aux termes de l'article 288 TFUE (ex article 249 TCE) la directive « *lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Elle apparaît ainsi comme l'instrument normatif qui est le plus souvent utilisé pour aboutir à une harmonisation des législations nationales. Dans la même logique, le recours au règlement comme instrument de rapprochement des règles nationales de preuve ne peut alors qu'être exceptionnel. Si tel est le cas, la disposition portant harmonisation des règles nationales doit laisser une marge de manœuvre aux autorités nationales chargées de l'application de ce règlement (366). Toutefois, pour ce qui concerne le rapprochement des règles nationales de preuve, en dehors des domaines de compétences exclusives, il convient de souligner que l'instrument juridique importe peu. L'étude de l'obligation d'exécution qui incombe aux États membres a démontré qu'ils disposent d'une certaine autonomie dans l'appréciation des moyens de preuve à mettre en œuvre (367). Le choix entre le règlement et la directive n'apparaît donc pas pertinent.

Un tel constat résulte également de l'obligation qui pèse sur le législateur de l'Union de ne prendre que des mesures qui laissent aux États membres une marge d'appréciation et de liberté pour arrêter les moyens de preuve nécessaires. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité énonce que l'action de l'Union doit laisser une marge de décision aussi grande que possible aux États et offrir des solutions différentes pour réaliser les objectifs fixés par l'acte de droit dérivé.

Le principe de proportionnalité en matière de preuve ne trouve alors à s'appliquer qu'au choix des mesures prises par le législateur de

(364) Pour une affirmation de ce principe comme un encadrement de l'action normative de l'Union, v. article 5 du protocole n° 2 annexé aux traités ; voy. également, article 5 §5, TUE. Pour un exemple d'application de ce principe dans les rapports entre les institutions de l'Union et les opérateurs économiques voy. CJCE, 11 juillet 1989, *Hermann Schröder*, aff. 265/87, *Rec. p.* 2237, pt 21 ; pour l'application de ce principe dans les rapports entre la Communauté et les États membres voy. CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni et Irlande c. Conseil*, aff. C-150/94, *Rec. p.* I-7235, pts 36 à 39.

(365) CJCE, 5 mai 1998, *The Queen c. Ministry of Agriculture*, aff. C-157/96, *Rec. p.* I-2211, pt 60.

(366) Voy. le considérant 5 du règlement 1/2003, *JO n° L 1* du 4 janvier 2003, p. 1.

(367) Voy. Section 1§2, B. de ce chapitre.

l'Union. Ces dernières doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi par l'acte et ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire à cet égard.

Or, la nécessité d'une intervention au niveau de l'Union sur les règles nationales de preuve révèle également l'importance de modalités de preuve efficaces puisque sont en cause l'application effective et uniforme du droit de l'Union européenne et la réalisation d'un espace de liberté, sécurité et de justice. Ainsi, pour assurer un cadre d'exigences élevées en matière de preuve, le choix a été fait de privilégier le recours aux prescriptions minimales et de laisser la possibilité aux États membres de renforcer les exigences probatoires (368).

La notion de prescriptions minimales présente un double intérêt. Tout d'abord, elle permet aux États membres d'« *établir des mesures de protection renforcée* » (369) et de prendre, à cet effet, des mesures plus contraignantes que celles prévues par l'acte de droit dérivé. Ensuite, l'adoption de prescriptions minimales ne préjuge en rien l'intensité de l'action normative au niveau de l'Union. La notion de prescription minimale au sens de la jurisprudence de la Cour de justice ne renvoie pas à une intervention minimaliste (370), mais à la nécessité d'une action au niveau de l'Union (371). Cette notion désigne les exigences minimales probatoires dont l'intensité dépend du domaine concerné, de l'objectif poursuivi par l'acte et de la nécessité de prévoir à cet effet des exigences probatoires particulières (372).

Le principe de proportionnalité donne des indications au législateur de l'Union lorsqu'il recourt aux prescriptions minimales pour le rapprochement des modalités nationales de preuve. En vertu de ce principe, celui-ci doit vérifier que l'objectif poursuivi par la prescription minimale peut être atteint par une mesure moins restrictive afin de garantir le respect de la compétence retenue des États membres sur les règles de preuve. L'harmonisation ne peut donc être que progressive, le rapprochement des règles nationales de preuve « *ne [devant] porter sur des règles plus exigeantes qu'au fur et à mesure que les conditions le permettent dans les différents États membres* » (373).

(368) Sur la notion de prescriptions minimales, voy. également P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 444 et s.

(369) CJCE, 19 mars 1993, *Avis 2/91*, *Rec.* p. I-1061, pt 18.

(370) Conclusions de l'avocat général Léger, présentées le 12 mars 1996, sous l'arrêt CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni et Irlande c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.* p. I-5755, pt 54.

(371) CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni et Irlande c. Conseil*, aff. C-84/94, arr. préc., pt 47.

(372) *Ibid.*, pt 17.

(373) Conclusions de l'avocat général Léger, présentées le 12 mars 1996, sous l'arrêt CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni et Irlande c. Conseil*, aff. C-84/94, *op. cit.*, pt 58.

C'est le domaine de la politique sociale qui offre un exemple précis de l'utilisation des prescriptions minimales relatives à la preuve. En vertu de l'article 153 TFUE (ex article 137 TCE), le Parlement et le Conseil sont autorisés par la voie des directives à arrêter de telles prescriptions qui sont applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. Les directives 97/80/CEE (374), 2000/43/CE (375), 2000/78/CE (376), en cas des discriminations directes et indirectes, sont à cet égard une illustration du choix des prescriptions minimales pour le rapprochement des règles nationales de preuve et des avantages que leur régime juridique présente, eu égard aux objectifs poursuivis par ces directives. Ces prescriptions minimales ont permis ainsi d'assurer un niveau protecteur plus élevé en droit national, notamment dans l'aménagement de la charge de la preuve et dans la prise des mesures préventives (377).

Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne étendent cette possibilité au domaine de la coopération judiciaire en matière pénale qui repose sur la même logique que celle des prescriptions minimales. En effet, l'article 82 §2 TFUE autorise le Parlement et le Conseil par la voie de directive à fixer des « règles minimales » (378) pour l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres. Cet article précise également que « l'adoption des règles minimales n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'instituer un niveau de protection plus élevé ».

Par ailleurs, la Cour de justice a précisé le régime des mesures nationales de protection renforcée au regard du principe de proportionnalité. Elle a estimé qu'il ne lui appartient pas « de se prononcer sur le respect, par une telle réglementation ainsi que par les sanctions qui l'assortissent, du principe de proportionnalité » (379), dès lors que cette mesure de protection renforcée est compatible avec les traités.

Le recours aux prescriptions minimales en matière de preuve pour le rapprochement des législations nationales permet donc de concilier la nécessité d'une intervention de l'Union et la marge de manœuvre

(374) Directive préc., JO n° L 14 du 20 janvier 1998, p. 8.

(375) Directive préc., JO n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22.

(376) Directive préc., JO n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

(377) Pour une présentation de ce système voy. A. VIOTTOLO, « Le harcèlement sexuel dans les relations du travail. La spécificité française confrontée au droit communautaire », *JCP éd. E*, 2003, 1202, p. 1329.

(378) Voy. dans ce sens article 83 §§1 et 2, TFUE.

(379) CJCE, 17 décembre 1998, *Società italiana petroli SpA*, aff. C-2/97, *Rec. p.* I-8597, pt 40.

des États membres pour la détermination des modalités probatoires plus contraignantes (380). Le contrôle opéré par la Cour de justice à l'égard de cette action normative va dans le sens de la garantie de la marge d'appréciation et de l'exécution décentralisée du droit de l'Union européenne par les États membres. Il leur revient donc le soin de déterminer, selon le principe de proportionnalité, la valeur probante des modes de preuves prévus par la réglementation européenne et leur admissibilité devant les instances nationales.

(380) Voy. pour un exemple des prescriptions minimales pour ce qui concerne la preuve dans le domaine du transport international de marchandises, décision 2009/477/CE du Conseil, du 28 mai 2009, publiant une version consolidée du texte de la convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR (convention TIR), en date du 14 novembre 1975, et telle que modifiée depuis lors, JO n° L 165 du 26 juin 2009, p., spéc. Annexe 9 de cette décision.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Le système de répartition des compétences entre les États membres et l'Union, fondé sur le principe d'attribution, conduit à la reconnaissance d'une compétence normative propre aux États membres en matière de preuve. Cela signifie qu'il leur appartient de déterminer les modalités relatives à la preuve selon leur droit national pour l'application du droit de l'Union européenne. Cette approche en termes de compétence a permis de dégager les principes gouvernant l'élaboration des règles de preuve. Ces principes sont régis par l'autonomie dont disposent les États membres pour déterminer les modalités procédurales de preuve et par les exigences découlant d'une mise en œuvre effective du droit de l'Union, notamment les principes d'équivalence et d'effectivité et les principes généraux du droit de l'Union. Afin de remédier aux conséquences résultant, le cas échéant, des disparités des modalités procédurales nationales de preuve sur le bon fonctionnement du marché intérieur et sur la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, l'Union peut intervenir pour rapprocher les réglementations nationales. Toutefois, cette compétence est subsidiaire à celle des États membres reconnue en matière de preuve et est soumise au test de la proportionnalité.

CHAPITRE 2

**L'ENCADREMENT DE L'AUTONOMIE
INSTITUTIONNELLE ET PROCÉDURALE
EN MATIÈRE DE PREUVE**

L'encadrement de l'autonomie procédurale est une notion qui est employée dans le discours doctrinal pour caractériser les limites à l'action normative des États membres (381). Comme le remarque à juste titre Elsa Bernard, cette notion reste indéterminée en ce sens qu'elle « *n'indique rien, ni sur les aspects, ni sur le degré de limitation apportée à la marge de manœuvre des autorités nationales* » (382). Toutefois, la notion de l'encadrement de l'autonomie procédurale peut se révéler pertinente dès lors que l'on envisage cette notion dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Dans cette perspective, l'encadrement de l'autonomie procédurale rend compte de ce que l'action normative nationale est « *toujours résiduelle et subordonnée* » (383) et que, par suite, l'autonomie dont disposent les États membres ne peut être que limitée. Cette limite se caractérise par les exigences que le droit de l'Union européenne impose quant au contenu même de la mesure nationale qui doit permettre d'assurer l'effectivité du système juridique de l'Union (384).

Or, la reconnaissance d'une compétence nationale en matière de preuve implique la possibilité pour les États membres d'exiger des opérateurs économiques que certaines conditions ou modalités probatoires soient satisfaites afin de leur reconnaître les droits qu'ils tirent du droit de l'Union européenne et, plus particulièrement, des libertés de

(381) La notion d'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres est une notion d'origine doctrinale. Elle n'apparaît pas dans la jurisprudence de manière explicite, même si certains arrêts sont assez éloquentes sur les limites assignées à la marge de manœuvre dont disposent les États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Voy. sur ce point, O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, *op. cit.*, pp. 253 et s.

(382) E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR, D. RITLENG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, p. 101.

(383) *Ibid.*, p. 101.

(384) Nous avons envisagé cette situation comme un moyen d'« instrumentaliser » la compétence normative nationale quant aux modalités de preuve (voy. Chapitre 1, Section 1, §1, B. de ce titre de cette partie de la thèse).

circulation. L'étude du système de répartition des compétences entre les États membres et l'Union a démontré qu'en l'absence d'une réglementation au niveau de l'Union, c'est aux États membres qu'il revient de régler les questions de preuve lorsqu'il s'agit d'assurer les effets des libertés de circulation sur le territoire national (385).

Pour justifiée qu'elle soit, cette compétence ne doit pas avoir pour effet de dissuader ou d'empêcher les opérateurs économiques de se prévaloir des règles relatives aux libertés de circulation. En effet, la réalisation du marché intérieur repose sur l'interdiction de principe des entraves aux libertés de circulation. Cette interdiction rend impossible l'utilisation de tous modes de preuve nationaux qui empêche l'application des règles relatives aux libertés de circulation.

Néanmoins, de telles mesures nationales peuvent être justifiées par les dérogations prévues par les traités et par les exigences définies par la jurisprudence. Le régime juridique de ces justifications est particulièrement contraignant en ce qui concerne la preuve (386).

L'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres en matière de preuve apparaît alors comme la conséquence de l'interdiction qui est faite à ces derniers d'adopter des modes de preuve entravant les libertés de circulation (Section 1). Cette interdiction générale entraîne un régime probatoire strict des justifications de telles modalités procédurales (Section 2).

(385) Voy. Titre I, Chapitre 1, Section 1 §1 de cette partie de la thèse.

(386) L. IDOT, « Régimes du principe de libre circulation : principe d'interdiction » et « Libre circulation : dérogations au principe d'interdiction », Lamy procédures communautaires, études 150 et 151, novembre 2007, n° 150-5, 150-180.

SECTION 1 – L'INTERDICTION DE PRINCIPE DE MODALITÉS NATIONALES DE PREUVE ENTRAVANT LES LIBERTÉS DE CIRCULATION

Appréhendées comme instrument de mise en œuvre du droit de l'Union européenne, les modalités nationales de preuve peuvent avoir une incidence sur l'exercice des libertés de circulation par les restrictions qu'elles peuvent comporter. Dans certaines hypothèses, ces restrictions conduiront à considérer les réglementations nationales qui les instaurent comme une entrave aux libertés de circulation. L'étude de la jurisprudence révèle que peuvent constituer des entraves aux libertés de circulation deux types de réglementations nationales, eu égard à leur objet et à leurs effets sur la preuve. Il s'agit des réglementations nationales imposant le recours à des modes de preuve préconstitués à titre exclusif (§1) et des réglementations nationales imposant une condition

spécifique (§2). Si les restrictions qui en résultent sont qualifiées d'entraves interdites par les dispositions des traités, le raisonnement retenu n'est pas le même. Il convient donc de présenter les problèmes liés à chaque type de réglementation et leurs incidences sur la libre circulation au sein du marché intérieur.

§1. – Les réglementations nationales imposant le recours à des modes de preuve préconstitués à titre exclusif

Les États membres peuvent subordonner l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union européenne à la condition d'apporter un mode de preuve préconstitué. Ce mode de preuve préconstitué consiste en la délivrance à l'opérateur économique d'un document qui, par sa simple production, suffit à lui reconnaître le droit qu'il tire du droit de l'Union. L'obtention de ce mode de preuve suppose au préalable que certaines conditions de forme soient réunies, conformément à la législation nationale. Le recours à de tels modes de preuve présente sans doute une facilité non seulement pour l'opérateur économique dans l'exercice d'un droit conféré au titre d'une liberté de circulation, mais aussi un moyen efficace pour les États dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle et de sanction. Or, de telles réglementations nationales peuvent avoir un effet restrictif sur les libertés de circulation lorsqu'elles imposent le recours à la preuve préconstituée à l'exclusion de tout autre procédé de preuve. Le caractère exclusif de cette modalité de preuve entraîne alors la qualification d'entrave (A). Cette qualification peut être observée pour l'ensemble des libertés fondamentales en raison des problèmes spécifiques liés à la réalisation de chaque liberté (B).

A. *L'interdiction d'exiger à titre exclusif de modes de preuve nationaux préconstitués*

Les réglementations nationales qui imposent le recours à un mode de preuve préconstitué sont des entraves aux libertés de circulation, dès lors que l'opérateur économique se voit refuser la reconnaissance des droits qui en découlent, faute d'avoir apporté la preuve écrite exigée. La qualification d'entrave est systématiquement retenue à l'égard de telles modalités probatoires. Cette qualification repose sur un raisonnement inductif à deux temps : tout d'abord, l'affirmation du caractère fondamental de la liberté de circulation et les conséquences qui s'y attachent (1) ; ensuite, l'interdiction de principe de subordonner sa réalisation à des formalités écrites particulières (2).

1. L'affirmation du caractère fondamental des libertés de circulation

Les libertés de circulation constituent les principes fondamentaux de la construction européenne. Leur réalisation implique l'interdiction de restrictions aux échanges entre les États membres et l'élimination de toute mesure nationale discriminatoire. Dès les années soixante-dix, l'effet direct des règles du traité relatives aux libertés de circulation a été affirmé (387). En tant que principes fondamentaux, ces règles s'appliquent indépendamment de toute mesure prise tant au niveau des États membres qu'au niveau de l'Union. La reconnaissance de leur applicabilité directe permet aux opérateurs économiques de s'en prévaloir dès lors qu'ils se trouvent dans leur champ d'application.

Pour leur application, il faut mais il suffit de pouvoir qualifier l'existence d'un rattachement (388) au droit de l'Union européenne (389). Ce rattachement résulte du lien personnel (390) et du lien matériel (391) avec les dispositions des traités. Produisant des effets

(387) Sur la reconnaissance de l'effet direct des dispositions du traité relatives aux libertés fondamentales voy. en matière de libre circulation des marchandises CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli & Volpi SpA*, aff. 74/76, *Rec.* p. 557, pt 13 ; en matière de libre prestations de services, CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.* p. 1299, pts 24 à 27 ; en matière de liberté d'établissement CJCE, 21 juin 1974, *Jean Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631, pts 29 et 30 ; en matière de libre circulation des personnes CJCE, 7 juillet 1976, *Lynne Watson*, aff. 118/75, *Rec.* p. 1185, pt 12 ; en matière de libre circulation des capitaux CJCE, 11 novembre 1981, *Guerrino Casati*, aff. 203/80, arr. préc., pt 8.

(388) Comme nous l'avons mentionné, le rattachement est ici entendu comme désignant l'ordre juridique qui est compétent pour régler des questions qui sont soulevées dans une situation présentant des liens avec cet ordre juridique. Nous adoptons ainsi l'approche retenue pour la définition de rattachement. Voy. « Rattachement » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 762.

(389) CJCE, 5 juin 1997, *Kari Uecker et Vera Jacquet*, aff. jtes C-64/96 et C-65/96, arr. préc., pts 16 et 17 ; CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.* p. I-6279, pt 28.

(390) Les articles 28 TFUE (ex article 23 TCE), 45 TFUE (ex article 39 TCE), 49 TFUE (ex article 43 TCE) et 56 TFUE (ex article 49 TCE) visent les marchandises et les ressortissants des États membres. Plus délicate demeure la question de la délimitation du champ d'application personnel de l'article 63 TFUE (ex article 56 TCE) relatif à la libre circulation des capitaux dans la mesure où cet article interdit les restrictions aux mouvements de capitaux entre États membres et États membres et pays tiers. Le champ d'application personnel de cet article concerne principalement les mouvements financiers des personnes résidant dans un État membre quelle que soit leur nationalité. Voy. dans ce sens, P. JUILLARD, « Libre circulation des capitaux. Le principe de libre circulation », *J.-Cl. Europe*, fasc. 900, 2003, n° 72 à 76 ; F. PICOD, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *J.-Cl. Europe*, fasc. 890, 2010.

(391) Il s'agit du champ d'application matériel de chaque liberté fondamentale qui touche à des notions telles que travailleurs, établissement, services, mouvement de capitaux et marchandise. La Cour de justice a estimé selon une jurisprudence constante que ces notions étaient des notions autonomes et relevaient du droit de l'Union. Voy. pour la notion de travailleurs, CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85, *Rec.* p. 2121, pts 16 et 17 ; pour la notion d'activité économique, CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.* p. 153, pts 5 et 6 ; pour la notion d'une activité non salariée et ses corollaires, CJCE, 10 mars 1993, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-111/91, *Rec.* p. I-817, pts 16 et 17 ; pour la notion de prestation de services, CJCE, 26 avril

directement dans le chef de leurs bénéficiaires, les règles relatives aux libertés de circulation s'appliquent indépendamment de toute mesure nationale, le rattachement au droit de l'Union en devenant la condition unique. Dès l'instant où ce rattachement est établi, toute autre condition d'application apparaît sans incidence au regard de l'effet direct de la règle établissant la liberté de circulation concernée.

C'est sous cet angle qu'il convient d'appréhender la conciliation entre l'applicabilité directe des règles relatives aux libertés fondamentales et la possibilité reconnue aux États membres d'exiger un mode de preuve écrit. Comme nous l'avons vu, la mesure nationale peut avoir pour objet de satisfaire une « exigence de preuve » fixée par la réglementation de l'Union elle-même (392). Cette exigence peut être justifiée par le besoin de vérifier la situation d'une marchandise, d'un service, d'une personne ou de capitaux avec le droit de l'Union européenne. Elle permet ainsi, en premier lieu, de constater l'application ou non de la liberté de circulation concernée et les droits qui en découlent. Elle permet, en second lieu, de vérifier et de sanctionner toute tentative de fraude facilitée par le système de libre échange instauré sur le territoire des États membres de l'Union.

La possibilité reconnue aux États membres d'exiger un mode de preuve écrit ne doit pas néanmoins leur permettre de porter une atteinte déguisée aux libertés de circulation. En effet, la Cour de justice a récemment rappelé que si « *le régime des échanges intracommunautaires est devenu plus ouvert à la fraude, il n'en demeure pas moins que les conditions de preuve établies par les États membres doivent respecter les libertés fondamentales instituées par le traité CE* » (393). Dans l'arrêt *Josef Corsten*, elle a précisé qu'« *en l'absence d'une telle harmonisation, les États membres demeurent, en principe, compétents pour définir les conditions d'accès auxdites activités, il n'en reste pas moins qu'ils doivent exercer leurs compétences dans ce domaine dans le respect tant des libertés fondamentales garanties (...) par le traité [et que] cela vaut non seulement pour les conditions matérielles (...), mais également pour les exigences d'ordre procédural prévues par le droit national* » (394).

1988, *Bond van Adverteerders et autres*, aff. 352/85, *Rec.* p. 2085, pts 16 et 17 ; pour la notion de mouvement de capitaux, CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jtes 286/82 et 26/83, *Rec.* p. 377, pts 21 et 22 ; pour la notion de marchandise, CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68, *Rec.* p. 617, spéc. p. 626.

(392) Voy. sur ce point, Chapitre 1, Section 1 §2, B. 2. de ce titre.

(393) CJCE, 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, *Rec.* p. I-7797, pt 63.

(394) CJCE, 3 octobre 2000, *Josef Corsten*, aff. C-58/98, *Rec.* p. I-7919, pt 31.

L'appréciation de la compatibilité de la modalité nationale de preuve à l'aune du régime d'application des libertés de circulation n'est pas sans incidence sur l'exercice de l'action normative des États membres en la matière. Tout en leur reconnaissant une autonomie pour ce qui concerne les modes de preuve, le droit de l'Union européenne leur assigne une limite importante. Par la réalisation du marché intérieur, les États membres, dans l'exercice de leur action normative, doivent tenir compte de l'interdiction de subordonner l'application des libertés de circulation et des droits qui en découlent à des formalités écrites particulières.

2. L'interdiction de principe de subordonner la réalisation des libertés de circulation à des formalités écrites particulières

Les réglementations nationales qui exigent l'accomplissement de formalités écrites particulières pour accorder le bénéfice des libertés de circulation et des droits qui en découlent constituent des entraves interdites par les dispositions des traités. Une telle position n'est pour le moins pas étonnante pour deux raisons. Tout d'abord, ces réglementations aboutissent souvent à créer un effet discriminatoire même si elles s'appliquent en apparence indistinctement. Ensuite, elles présentent souvent un caractère dissuasif par les coûts supplémentaires ou par les délais qu'elles peuvent engendrer pour l'obtention des procédés de preuve écrits. Leur qualification d'entrave résulte des effets restrictifs que celles-ci produisent à l'égard des opérateurs économiques et, par conséquent, à l'égard des échanges entre les États membres.

De plus, exigés à titre exclusif, ces modes de preuve ne constituent pas une simple restriction aux échanges entre les États membres, mais portent une atteinte encore plus fondamentale. Ils sont en contradiction profonde avec l'effet direct et l'immédiateté dont bénéficient les libertés de circulation parce qu'ils subordonnent leur applicabilité à une exigence nationale supplémentaire qui en conditionne la réception dans le droit interne. Pour le professeur Léontin-Jean Constantinesco, « *le caractère immédiatement applicable d'une disposition exprime sa qualité de norme juridique parfaite et se réfère à sa possibilité d'application immédiate, donc sans autre mesure préalable de concrétisation ; le caractère directement applicable d'une disposition représente sa qualité supplémentaire qui se mesure par rapport aux effets produits en droit interne. Cette qualité lui est attribuée par le fait que la norme [du droit de l'Union] pénètre en droit interne où elle*

sera appliquée, directement et sans aucune forme d'intervention ou de coopération de la part de l'État membre » (395).

Les règles relatives aux libertés de circulation, de par leur effet immédiat et direct, ne nécessitent pas de modalités procédurales particulières d'insertion dans les droits internes, notamment en ce qui concerne la preuve de leur applicabilité. Par ailleurs, admettre une telle possibilité viendrait heurter non seulement l'intégration des règles relatives aux libertés de circulation dans les ordres nationaux, mais aussi porteraient directement atteinte à leur caractère fondamental. A cet égard, comme l'observe à juste titre Alfonso Mattera, « *un principe fondamental ne saurait être subordonné dans sa réalisation à une condition préalable qui aurait pour conséquence de vider ce principe de ce contenu* » (396).

La lecture combinée du caractère fondamental de la liberté concernée et les considérations liées à l'effet direct et immédiat de la règle qui l'institue fondent l'interdiction de principe qui pèse sur les États membres de subordonner l'applicabilité des règles relatives aux libertés de circulation à des modalités de preuve exigées à titre exclusif.

L'analyse séquentielle des arrêts révèle à cet égard que, pour rendre effective cette interdiction, un nouveau critère a été introduit pour la qualification de telles mesures nationales comme entrave. Ce critère repose sur une distinction qui devient fondamentale en matière de preuve. Il s'agit de l'opposition entre acte constitutif et acte déclaratif de droits (397). Les mesures nationales prises pour la mise en œuvre des règles relatives aux libertés de circulation et des droits qui en découlent sont des actes déclaratifs des droits et ne doivent pas être considérées comme des actes qui, par eux-mêmes, créent des droits dans le chef de l'opérateur économique. L'acte national est alors « *à considérer non comme un acte constitutif de droits, mais comme un acte destiné à constater, de la part d'un État membre, la situation individuelle d'un ressortissant d'un autre État membre au regard des dispositions* » (398) du droit de l'Union européenne. Le statut de mesure d'exécution est réaffirmé pour les modalités nationales de preuve. Elles ne

(395) L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, p. 11.

(396) A. MATTERA, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle, instrument au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMUE*, 1992, n°4, pp. 15 et s.

(397) J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Hachette, 3^{ème} éd., 2006, p. 43.

(398) CJCE, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, aff. 48/75, *Rec. p.* 497, pt 33 ; CJCE, 5 février 1991, *Danielle Roux*, aff. C-363/89, *Rec. p.* I-273, pt 12.

sont qu'une formalité de mise en œuvre des libertés de circulation (399) et, en tant que telles, elles ne font que constater la reconnaissance des droits directement tirés des règles relatives aux libertés fondamentales.

Les termes utilisés ne sont pas anodins. Le qualificatif de « déclaratif » de l'acte national signifie que la mesure nationale, pour nécessaire qu'elle soit, ne doit en aucun cas devenir la condition préalable à l'exercice des droits reconnus au titre des libertés de circulation. Ainsi, la preuve écrite ne doit pas être exigée à titre exclusif.

La nécessité de recourir à la distinction entre l'acte constitutif et l'acte déclaratif trouve une justification incontestable dans la volonté de neutraliser les incidences que la preuve peut avoir sur la réalisation du marché intérieur. Instrument de mise en œuvre des règles relatives aux libertés de circulation et relevant de la compétence des États membres, la preuve peut être un moyen très efficace pour en entraver la réalisation. Parce que l'opérateur économique doit alors recourir exclusivement aux modes de preuve préconstitués et parce qu'il se trouve privé de la possibilité de se prévaloir d'autres moyens de preuve, la modalité nationale de preuve fait obstacle aux libertés de circulation et porte atteinte au fondement même de l'Union.

La distinction entre l'acte déclaratif et l'acte constitutif met ainsi de côté la recherche du caractère discriminatoire de la mesure nationale contestée (400). Sans pour autant expressément enlever l'élément discriminatoire de la notion d'entrave, cette distinction opère un changement dans l'opération de qualification. Elle prend appui sur la prise en compte de la situation individuelle de l'opérateur économique au regard de la réglementation nationale. L'introduction de cette distinction démontre que, pour la qualification d'entrave des modalités nationales de preuve écrites, il suffit de rechercher si ces dernières subordonnent de manière justifiée ou non la réalisation des droits au titre des libertés de circulation à une condition supplémentaire au regard des exigences de l'effet direct. La qualification d'entrave résulte ainsi d'une

(399) Voy. également la distinction retenue par R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire*, thèse, *op. cit.*, pp. 3 et s.

(400) Par ailleurs, pour la qualification d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, le juge de l'Union ne s'intéresse pas principalement au caractère discriminatoire de la mesure nationale, sauf s'il s'agit d'une modalité de vente au sens de la jurisprudence *Keck et Mithouard*. Voy. dans le sens, F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entrave aux échanges », *RTDE*, 1998, pp. 178 et s ; voy. aussi, F. PICOD, « La jurisprudence *Keck et Mithouard* a-t-elle un avenir ? » in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, pp. 47 à 72.

constatation objective d'une situation contenue dans la réglementation nationale, que ses restrictions soient ou non discriminatoires (401).

Une telle solution présente incontestablement des avantages pratiques pour l'opérateur économique au niveau de la preuve. Il est indéniablement plus facile de démontrer qu'objectivement, la réglementation nationale subordonne à une preuve particulière écrite à l'exclusion de tout autre procédé de preuve la reconnaissance des droits au titre des libertés de circulation que d'établir son caractère discriminatoire (402). En effet, la preuve de la discrimination reste une preuve délicate. Malgré l'approche objective de la discrimination (403), la preuve de cette dernière repose sur des données quantitatives ou qualitatives dont l'opérateur économique n'a pas nécessairement connaissance et auxquelles il lui est difficile d'avoir accès pour démontrer l'existence d'une différence de traitement dans des situations comparables (404). La preuve est essentiellement statistique et implique de la part du juge une analyse comparative. Comme nous le verrons, cela n'est pas sans soulever certaines réticences quant à l'utilisation de ce procédé de preuve (405) dans le droit de l'Union européenne. L'effet discriminatoire et dissuasif de la réglementation nationale concernée ne vient que préciser les conséquences qu'elle peut avoir sur les échanges entre les États membres (406).

(401) On peut rapprocher cette position jurisprudentielle de celle adoptée en matière de répétition de l'indu. Le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas en principe à ce que les États membres subordonnent l'exercice du droit au remboursement des sommes indûment versées à la preuve de l'absence de répercussion. En revanche, cette preuve ne doit pas se faire de manière exclusive par la preuve documentaire, mais par tous moyens. Voy. dans ce sens, CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 14 ; pour un exemple récent, voy. CJCE, 21 septembre 2000, *Kapniki Michailidis*, aff. jtes C-441/98 et C-442/98, *Rec.* p. I-7145, pt 36 : « de limitations particulières en ce qui concerne la forme des preuves à rapporter, comme l'exclusion de tout mode de preuve autre que la preuve documentaire ».

(402) Sur ce point nous ferons nôtre l'analyse d'Alfonso Mattera qui observait à juste titre que l'exigence d'une discrimination pour l'applicabilité de l'article 34 TFUE (ex article 28 TCE) reviendrait à faire peser sur l'opérateur économique la charge d'apporter une « preuve diabolique ». A. MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 2^{ème} éd., 1990, p. 191. Pour une étude générale sur les liens entre l'entrave et la discrimination, voy. É. DUBOUT, « Entrave et discrimination », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur, op. cit.*, pp. 137 à 168.

(403) Voy. sur ce point, Chapitre 1, Section 2, §1, B. 2. b) a) de ce titre.

(404) Voy. sur ce point, D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 51.

(405) Sur ce point et sur l'utilisation de la méthode comparative, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 B. 1. de la Seconde partie de la thèse.

(406) Comme le remarque le professeur Fabrice Picod, « le caractère discriminatoire d'une réglementation ne saurait servir de critère de l'entrave, mais pourrait en revanche servir d'indice utile ». F. PICOD, « Tendances récentes de la jurisprudence de la Cour relative aux mesures d'effet équivalent », *Séminaire de l'Institut européen d'administration publique*

Par la reconnaissance de l'interdiction de principe qui pèse sur les États membres de ne pas subordonner la réalisation des libertés à des formalités écrites particulières, la Cour de justice a fait évoluer sa jurisprudence. À cet égard, la qualification des modalités de preuve nationales d'entrave est retenue, en dépit de leur caractère discriminatoire ou non, dès lors qu'elles obligent l'opérateur économique à apporter exclusivement à titre de preuve un document écrit dont l'établissement constitue une formalité particulière et ce, quelle que soit la liberté de circulation concernée. Si le raisonnement est identique pour l'ensemble des libertés, cette évolution jurisprudentielle est une réponse aux questions spécifiques à chaque liberté qui se sont présentées à un moment où cette liberté prenait une importance significative dans l'établissement du marché intérieur.

B. *Les libertés de circulation et le caractère exclusif des modes de preuve exigés*

La jurisprudence relative aux modes de preuve exigés à titre exclusif s'est développée, en premier lieu, dans le domaine de la libre circulation des marchandises et vise en substance les formalités nationales de mise en circulation des marchandises sur le territoire des États membres de l'Union (1). Elle a été, en deuxième lieu, étendue à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement à l'occasion des titres nationaux de qualification professionnelle (2). En troisième lieu, la jurisprudence a précisé le régime des formalités nationales subordonnant les paiements transfrontaliers à une autorisation préalable en matière de libre circulation des capitaux (3). Enfin, cette jurisprudence connaît aujourd'hui une évolution considérable en matière de libre circulation des personnes en ce qui concerne les actes nationaux conditionnant le droit au séjour (4).

1. La libre circulation des marchandises et les formalités nationales de circulation

C'est à l'occasion des formalités nationales à l'exportation ou à l'importation que le régime juridique de la libre circulation des marchandises a été précisé au regard de la question de la preuve. De telles formalités sont interdites parce qu'elles entravent la réalisation de cette

(Luxembourg), 5-6 décembre 1996, p. 12 cité par D. MARTIN, « Discriminations », « entraves » et « raisons impérieuses » dans le Traité CE : trois concepts en quête d'identité », *CDE*, 1998, p. 281, note 85.

liberté (407). En effet, dès lors qu'une marchandise est régulièrement mise en circulation ou en libre pratique dans le marché intérieur, elle doit pouvoir circuler librement sans que les États membres n'exigent d'autres formalités à cet effet. Tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre ou mis en libre pratique (408) doit en principe pouvoir circuler dans les autres États membres (409), à moins que l'État membre de destination puisse invoquer une exigence d'intérêt général reconnue (410).

Les moyens de preuve supplémentaires exigés par l'État pour l'entrée de ces marchandises et leur commercialisation sur son territoire ou pour leur exportation sont susceptibles de constituer une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative interdite par l'article 34 TFUE (ex article 28 TCE).

Sont concernées, en premier lieu, les réglementations nationales qui imposent des certificats à l'importation ou à l'exportation (411) délivrés à la suite d'un système d'autorisation préalable. Ces réglementations nationales créent une obligation pour l'importateur ou l'exportateur d'obtenir une licence, un visa ou tout simplement de faire enregistrer les produits de manière préalable afin que les marchandises puissent librement circuler sur le territoire national (412).

(407) Pour une présentation des mesures voy. D. SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2004, n° 71 à n° 85. Voy. également, Cl. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 284 et pp. 297 et s.

(408) Aux termes des articles 28 §2, TFUE (ex article 23 TCE) et 29 TFUE (ex article 24 TCE), les produits en provenance des États tiers bénéficient de la libre circulation au même titre que les marchandises d'origine communautaire lors qu'ils sont en libre pratique. La mise en libre pratique des produits en provenance des pays tiers suppose pour l'entrée sur le territoire des États membres de l'Union l'accomplissement des formalités douanières à l'importation et le paiement des droits de douane. Cette procédure aboutit à une assimilation des produits d'origine tierce à ceux dont l'origine provient de l'Union. Par conséquent, sont interdits à leur égard, les droits de douane et taxes d'effet équivalent ainsi que les restrictions et les mesures d'effet équivalent à l'importation et à l'exportation.

(409) CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649, pt 14.

(410) L'article 36 TFUE (ex article 30 TCE) prévoit la possibilité pour les États membres de maintenir des mesures nationales ayant un effet restrictif sur la libre circulation des marchandises lorsqu'elles ont pour objectif la sauvegarde d'un intérêt légitime, tel que la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou la protection de la propriété industrielle et commerciale.

(411) CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit*, aff. jtes 51 à 54/71, *Rec.* p. 1107, pts 8 et 9.

(412) Voy. pour la commercialisation des boissons importées alcoolisées et le système national d'obtention de licences à cet effet, CJCE, 23 octobre 1997, *Harry Franzén*, aff. C-189/95, *Rec.* p. 5909, pt 71.

Le système mis en place et la forme du document importent peu (413). La qualification d'entrave de ces certificats résulte de leur caractère exclusif pour la reconnaissance des marchandises concernées comme provenant de l'Union et, partant, des droits qui s'y attachent. Cette qualification est retenue même si la licence est purement formelle et est accordée de manière automatique (414). Ainsi, comme le rappelle la Cour de justice, « *la libre circulation des marchandises est un droit dont l'exercice ne peut dépendre d'un pouvoir discriminatoire ou d'une tolérance de l'administration nationale* » (415). Un tel système repose nécessairement sur une marge d'appréciation plus ou moins discrétionnaire des autorités nationales et, de plus, « *peut être source d'insécurité juridique* » (416). Dès lors, l'existence d'un tel système ne peut pas être justifiée par la nécessité de rappeler les droits que l'importateur tire de la libre circulation des marchandises (417).

Sont concernées, en second lieu, les réglementations nationales qui exigent de la part de l'opérateur économique de produire un certificat préalablement obtenu des autorités de l'État membre exportateur (418). Cette formalité exigée à titre de preuve, qu'elle concerne l'origine, la conformité avec la législation ou les conditions sanitaires d'un produit régulièrement mis sur le marché dans un autre État membre, constitue une entrave à la libre circulation des marchandises.

(413) Il peut s'agir également des procédures de contrôle et d'inspection qui aboutissent à la délivrance d'un certificat. La jurisprudence est particulièrement abondante en ce qui concerne les contrôles sanitaires ou vétérinaires. Pour une étude d'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice concernant les formalités nationales à l'importation et à l'exportation, voy. F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, Thèse, Strasbourg, 1994, pp. 125 à 130 ; P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community: under articles 30 to 36 of the EC treaty*, London, Sweet and Maxwell, 2003, pp. 157 et s.

(414) CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit*, aff. jtes 51 à 54/71, arr. préc., pt 9.

(415) CJCE, 19 février 1981, *Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV*, aff. 130/80, *Rec.* p. 527, pt 14 ; CJCE, 8 février 1983, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. 124/81, *Rec.* p. 203, pt 10 (l'affaire de lait stérilisé UHT) ; CJCE, 15 mars 2007, *Commission c. Finlande*, aff. C-54/05, *Rec.* p. I-2473, pt 36 ; voy. également dans ce sens en ce qui concerne le pouvoir des autorités nationales d'accorder des exemptions, CJCE, 24 janvier 1978, *Jacobus Philippus van Tiggele*, aff. 82/77, *Rec.* p. 25, pt 19 ; CJCE, 16 décembre 1980, *Anton Adriaan Fietje*, aff. 27/80, *Rec.* p. 3839, pt 14.

(416) F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op. cit.*, p. 126.

(417) Voy. CJCE, 5 juillet 1990, *Commission c. Belgique*, aff. C-304/88, *Rec.* p. I-2801, pt 11, cité par F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op. cit.*, p. 126.

(418) Voy. P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community: under articles 30 to 36 of the EC treaty*, *op. cit.*, p. 159.

Dans un premier temps, c'est en raison de son caractère discriminatoire que la qualification de mesure d'effet équivalent a été retenue à l'encontre de la mesure nationale.

Telle est la solution qui se dégage de l'arrêt *Dassonville* (419). En l'espèce, il s'agissait de l'importation en Belgique des bouteilles sous l'appellation « *Scotch Whisky* » mises en libre circulation en France. La réglementation belge interdisait l'importation d'une marchandise portant cette appellation d'origine, faute d'un certificat délivré par l'État exportateur attestant cette appellation. Or, l'obtention d'un tel certificat était d'autant plus difficile que, pour la mise en libre circulation en France, les importateurs n'étaient pas obligés de le produire. Ces derniers se trouvaient dans une situation qui les discriminait par rapport aux importateurs directs. La qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative pour la réglementation belge a été retenue en raison de son caractère discriminatoire

Dans un second temps, sans que son caractère discriminatoire ait été mis en exergue, l'obligation de produire un certificat sanitaire supplémentaire délivré par l'État exportateur exigé par l'État d'importation a été expressément jugée comme une mesure d'effet équivalent (420). En effet, les certificats sanitaires présentent une particularité dans la mesure où le plus souvent ils sont obtenus à la suite d'un contrôle ou d'une inspection par les États membres. Or, les contrôles et les inspections sanitaires ont fait l'objet d'une réglementation au niveau de l'Union, les certificats communautaires pouvant se substituer ainsi aux certificats nationaux. Tout contrôle supplémentaire exigé constitue potentiellement une entrave à la libre circulation des marchandises en tant que condition supplémentaire de circulation ou de commercialisation du produit sur le territoire national (421). La même solution est

(419) CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 837, pt 9.

(420) Voy. CJCE, 8 novembre 1979, *Firma Denkavit*, aff. 251/78, *Rec.*, p. 3369, pts 10 à 12 ; CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-455/01, *Rec.* p. I-12023, pt 27 (au sujet de la délivrance d'un certificat national de conformité par un organisme national pour des produits destinés à être utilisés sur les navires battant pavillon italien. En l'espèce, la législation italienne est considérée comme incompatible avec les dispositions des traités en raison de l'absence de possibilité de prendre en compte des données délivrées selon des normes internationales et qui laissent supposer que les équipements étrangers soumis à la procédure de délivrance des certificats garantissent un niveau de sécurité équivalent à celui auquel doivent répondre les produits italiens) ; CJCE, 5 février 2004, *Commission c. Italie*, aff. C-270/02, *Rec.* p. I-1559, pt 19 (au sujet d'une autorisation préalable pour des aliments pour des sportifs dès lors qu'ils sont légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, même en l'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union).

(421) CJCE, 22 mars 1983, *Commission c. France*, aff. 42/82, *Rec.* p. 1013. En l'espèce, il s'agissait des contrôles effectués par les autorités françaises des documents fournis pour l'importation du vin italien. Ayant des doutes sur la régularité de ces documents, les autorités

également adoptée pour ce qui concerne l'exigence d'une licence de conformité à l'exportation pour un produit légalement produit dans un autre État membre (422).

Il convient, toutefois, de nuancer le propos concernant certains produits légalement fabriqués et commercialisés qui peuvent être soumis à une autorisation préalable de commercialisation. Ces autorisations de mise sur le marché ou de commercialisation sont prévues par les actes de droit dérivé. En ce sens, ces formalités procédurales ne constituent pas une entrave à la libre circulation des marchandises, mais une modalité particulière de sa mise en œuvre. En l'absence d'une réglementation de l'Union en la matière, les États membres demeurent libres d'interdire la commercialisation de certains produits à défaut d'une autorisation préalable de mise sur le marché. Dans la majorité des cas, il s'agit des produits qui sont susceptibles de présenter un danger pour la santé publique (423). La compatibilité d'une telle réglementation, qui est l'entrave la plus restrictive à la libre circulation des marchandises, ne peut être retenue qu'à certaines conditions (424). Une telle mesure « *doit être assortie d'une procédure permettant aux opérateurs économiques d'obtenir l'inscription de cette substance nutritive sur la liste nationale des substances autorisées ; (...) doit être aisément accessible, doit pouvoir être menée à terme dans des délais raisonnables* » et, qu'« *une demande visant à obtenir l'inscription d'une substance nutritive sur la liste nationale des substances autorisées ne peut être rejetée par les autorités nationales compétentes que si cette substance présente*

françaises avaient refusé d'accepter les documents d'accompagnement pour les transports de vin italien et exigé la soumission des vins importés à des contrôles par voie d'analyses systématiques. La Cour de justice avait précisé que si l'exigence des documents de transports accompagnant l'importation du vin était en soi légitime, elle ne devait en aucun cas se traduire par une entrave à la commercialisation des produits concernés. Les autorités nationales sont ainsi tenues, avant de procéder à des contrôles supplémentaires, s'adresser aux autorités nationales de l'État membre d'origine afin de vérifier si les documents fournis sont ou non entachés d'une irrégularité. La coopération administrative entre les États membres doit être ainsi privilégiée. Comme nous le verrons, cette coopération est considérée comme une mesure moins restrictive aux échanges et constitue un moyen spécifique au droit de l'Union pour garantir l'effectivité de la preuve au sein de l'Union. Sur ce point, voy. respectivement, §2, B. de cette section et Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, A. de cette partie de la thèse.

(422) Voy. au sujet d'une licence de conformité à l'exportation des montres légalement produites dans un État membre, CJCE, 3 février 1977, *Les Sieurs Bouhelier et autres*, aff. 53/76, *Rec. p.* 197, pts 11 à 17.

(423) CJCE, 16 juillet 1992, *Commission c. France*, aff. C-344/90, *Rec. p.* I-4719, pt 8.

(424) Pour les modalités de preuve exigées de la part de l'État membre et des autorités nationales pour la justification d'une telle mesure voy. Section 2, §2 de ce chapitre.

un risque réel pour la santé publique » (425). Le refus opposé par les autorités nationales doit pouvoir être contesté par voie juridictionnelle.

2. La libre prestation des services et la liberté d'établissement et les titres de qualifications professionnelles

L'étude de la jurisprudence relative à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement démontre que sont visées les formalités administratives qui nécessitent l'obtention d'un certificat attestant certaines qualifications professionnelles. Eu égard à la particularité et à la spécificité de chaque liberté, le raisonnement retenu n'est pas tout à fait le même. Concernant la liberté d'établissement, la possibilité pour les États membres d'exiger une formalité particulière écrite est reconnue à condition que l'opérateur économique puisse en apporter la preuve par tous moyens (a). En revanche, concernant la libre prestation des services, toute formalité particulière écrite, dès lors qu'elle n'est pas formelle, est interdite (b).

a) *La liberté d'établissement et la possibilité pour les États d'exiger des formalités particulières écrites à titre de preuve*

Les États membres peuvent soumettre l'établissement des ressortissants d'un autre État membre de l'Union en vue d'exercer une activité économique à des formalités administratives. Pour l'exercice de la liberté d'établissement ces formalités administratives sont une mesure d'intérêt général. L'obligation faite à l'opérateur économique d'apporter la preuve qu'il détient effectivement un titre sanctionnant des qualifications particulières n'est pas une condition supplémentaire pour l'application de cette liberté (426).

Toutefois, une telle obligation peut être considérée comme une entrave à la liberté d'établissement si elle exclut « *toute autre forme de preuve permettant d'établir avec le même degré de certitude* » (427) l'existence de ce titre. Tel est le cas de la législation nationale dans l'arrêt *Commission c. Italie* qui exige pour l'accès à la profession d'architecte que « *la seule preuve acceptable [soit] l'original du diplôme ou sa copie certifiée conforme* » (428). La qualification d'entrave de l'exi-

(425) CJCE, 5 février 2004, *Commission c. France*, aff. C-24/00, *Rec. p. I-1277*, pts 26 et 27 ; CJCE, 5 février 2004, *John Greenham et Léonard Abel*, aff. C-95/01, *Rec. p. I-1333*, pt 50 ; pour un exemple récent, voy. CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c. France*, aff. C-333/08, *Rec. p. I-757*, pts 80 à 82, obs. F. Piron, *JCP éd. G*, 2007, n° 197.

(426) CJCE, 21 mars 2002, *Commission c. Italie*, aff. C-298/99, *Rec. p. I-3129*, pt 38.

(427) *Ibid.*, pt 39.

(428) *Ibid.*, pt 39.

gence de l'original ou sa copie conforme a été retenue, contrairement à la proposition de l'Avocat général qui estimait que cette exigence était proportionnée dans la mesure où elle permettait d'éviter que des preuves falsifiées portent atteinte à l'exercice de la profession d'architecte. Une telle mesure constitue une entrave au libre établissement des architectes parce qu'en cas de doute sur l'authenticité de la copie du diplôme produit, les autorités nationales peuvent toujours exiger de l'opérateur économique d'apporter l'original de ce diplôme (429). Cette possibilité est une mesure moins restrictive que l'exigence initialement prévue et permet de manière tout à fait efficace d'atteindre l'objectif poursuivi par la législation nationale.

Les titres nationaux de qualification professionnelle, outre l'aspect d'entrave à un droit directement conféré par les traités, posent inévitablement la question de la valeur des actes nationaux présentés à titre de preuve dans un autre État membre. À cet égard, pour ce qui est des qualifications professionnelles, le choix a été fait d'une harmonisation au niveau de l'Union européenne en vue de la reconnaissance mutuelle de ces titres (430) pour faciliter le libre établissement et, par conséquent, la libre prestation des services.

Pour ce qui est de cette dernière, la position jurisprudentielle apparaît plus stricte à l'égard des formalités écrites exigées à titre exclusif.

b) *La libre prestation des services et l'interdiction de toute formalité particulière écrite exigée ne présentant pas un caractère purement formel*

La spécificité de la libre prestation de services interdit aux États membres de subordonner l'exercice de cette liberté aux mêmes conditions que celles prévues pour la liberté d'établissement (431). Cette liberté découle de l'établissement régulier du prestataire dans un autre État membre qui suffit à lui garantir l'exercice de son activité sur le

(429) *Ibid.*, pt 40. Voy. conclusions de l'Avocat général Alber, présentées le 13 septembre 2001, sous cet arrêt, *Rec.* p. 3129, pts 55 à 61.

(430) Cette question touche à la valeur probante de ces actes qui sera étudiée dans le Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, B. de la Seconde partie thèse.

(431) CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger*, aff. C-76/90, *Rec.* p. I-4221, pt 13 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.* p. I-4165, pt 27 ; voy. également J.-G. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *J.-Cl. Europe*, 2005, fasc. 710, n° 33 à 40.

territoire national (432). Les États membres ne peuvent exiger d'un prestataire établi dans un autre État membre la possession de certaines qualifications professionnelles dont l'attestation est délivrée à la suite d'une autorisation administrative (433) ou qui nécessiterait de la part du prestataire l'obtention d'une autorisation exceptionnelle d'inscription au registre des métiers (434). Ces exigences ne peuvent que « *revêtir un caractère essentiellement formel* » (435) résultant de la simple constatation que le prestataire concerné entre dans les critères exigés par l'article 56 TFUE (ex article 49 TCE) ou du droit dérivé (436) en la matière, ou bien du caractère particulier du service rendu qui peut être effectué « *sans que le prestataire ait besoin de se rendre sur le territoire de l'État membre où la prestation est fournie* » (437). Elles ne doivent pas engendrer pour le prestataire des coûts supplémentaires ou des délais trop longs qui risquent de retarder l'exécution de la prestation.

Dès lors, une éventuelle exigence d'inscription au registre des métiers de l'État membre d'accueil « *ne peut être autre qu'automatique, elle ne peut ni constituer une condition préalable à la prestation de services, ni conduire à des frais administratifs pour le prestataire*

(432) L'article 51 TFUE (ex article 45 TCE) prévoit l'exclusion des activités relevant de l'exercice de l'autorité publique du champ d'application de la libre prestation de service et de la liberté d'établissement. L'article 52 TFUE (ex article 46 TCE) prévoit la possibilité pour les États membres de restreindre ces libertés pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

(433) CJCE, 26 février 1991, *Commission c. France*, aff. C-154/89, *Rec. p. I-659*, pt 17 (à propos de la législation nationale française imposant pour l'exercice de l'activité de guide touristique la possession d'une carte professionnelle supposant l'acquisition d'une formation précise sanctionnée d'un examen); CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger*, aff. C-76/90, *arr. préc.*, pt 14.

(434) CJCE, 3 octobre 2000, *Josef Corsten*, aff. C-58/98, *arr. préc.*, pt 34 ; CJCE, 13 février 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-131/01, *Rec. p. I-1659*, pt 27 ; CJCE, 11 décembre 2003, *Bruno Schnitzer*, aff. C-215/01, *Rec. p. I-14847*, pt 34.

(435) CJCE, 3 octobre 2000, *Josef Corsten*, aff. C-58/98, *arr. préc.*, pt 41 ; CJCE, 11 décembre 2003, *Bruno Schnitzer*, aff. C-215/01, *arr. préc.*, pt 37.

(436) Dans l'affaire *Josef Corsten*, il s'agissait de la directive 64/427/CEE, du Conseil, du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23 – 40 C.I.T.I. (Industrie et artisanat), *JO n° 117* du 23 juillet 1964, p. 1863. Cette directive est abrogée et remplacée à compter du 31 juillet 2001 par la directive 1999/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 juin 1999, instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes, *JO n° L 301* du 31 juillet 1999, p. 77.

(437) CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger*, aff. C-76/90, *arr. préc.*, pt 13 ; voy. également dans ce sens en ce qui concerne l'obligation pour le prestataire de service d'avoir une résidence ou domicile professionnel dans l'État membre d'accueil, CJCE, 13 février 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-131/01, *arr. préc.*, pt 42 ; pour un exemple récent, voy. CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-404/05, *Rec. p. I-10239*, pt 34.

concerné, ni engendrer une obligation de cotisations à la chambre des métiers » (438).

Cette jurisprudence trouve un écho particulier dans la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006 (439), relative aux services dans le marché intérieur. Son article 14 prévoit quelles sont les exigences interdites pour la réalisation de la libre prestation des services. Aux termes du point 2) de cet article, les États membres ne doivent pas interdire au prestataire « *d'avoir un établissement dans plus d'un État membre ou d'être inscrit dans les registres ou dans les ordres ou les associations professionnels de plus d'un État membre* ». Aux termes du point 5) du même article, les États ne doivent pas subordonner l'accès à une activité de services sur leur territoire « *à l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi d'une autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente* » (440). De plus, l'article 19, point a), de la directive interdit expressément aux États membres d'imposer aux destinataires du service « *l'obligation d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes ou de faire une déclaration auprès de celle-ci* » (441).

L'exigence d'une autorisation préalable ou *a posteriori* à l'exercice d'une activité économique ou à son utilisation est ainsi directement visée lorsqu'elle concerne un prestataire régulièrement établi dans un autre État membre.

(438) CJCE, 12 mai 2005, *Commission c. Belgique*, aff. C-287/03, *Rec.* p. I-3671, pt 37.

(439) JO n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36. Pour une étude d'ensemble de la directive, voy. O. DE SCHUTTER, S. FRANCO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *CDE*, 2005, pp. 605 et s. ; F. PICOD, « Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE », *Europe*, 2007, pp. 11 et s. ; M. FALLON, A.-C. SIMON, « La 'directive services' : quelle contribution au marché intérieur », *JTDE*, 2007, n° 136, p. 33.

(440) Nous soulignons.

(441) Sur ce point, pour le caractère purement déclaratoire que doit présenter l'autorisation préalable de prise en charge des soins médicaux, même si elle constitue *in fine* une mise en œuvre nationale d'un acte de droit dérivé, voy. CJUE, 15 juin 2010, *Commission c. Espagne*, aff. C-211/08, *Rec.* p. I-5267, pt 47 ; CJUE, gd. ch., 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, *nepr.* ; voy. également, Sean VAN RAEPENBUSH, « Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur », *CDE*, 1998, pp. 683-697.

En conclusion, on peut relever qu'en dépit de la spécificité de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, la démarche jurisprudentielle est toujours la même au regard des formalités administratives exigées à titre de preuve. Pour être admise, la modalité nationale de preuve préconstituée doit revêtir un caractère purement formel et ne doit pas être exigée à titre exclusif pour reconnaître la situation de l'opérateur économique au regard des dispositions des traités relatives à ces deux libertés.

3. La libre circulation des capitaux et les autorisations de paiement préalables

La reconnaissance de l'effet direct des règles établissant la libre circulation des capitaux s'accompagne d'une interdiction des mesures restreignant sa réalisation. Bien que la question des entraves à cette liberté se présente différemment au regard des autres libertés, il est néanmoins possible d'identifier le problème de la preuve écrite préconstituée dès lors qu'il s'agit des réglementations nationales imposant à titre exclusif le recours à certaines formalités administratives.

Sont principalement visées les autorisations administratives préalables de transfert des capitaux. Le point de départ de cette position jurisprudentielle est l'affaire *Bordessa* au sujet de la réglementation italienne qui imposait pour l'exportation des billets l'obligation d'une autorisation préalable. Dans cette affaire, la Cour de justice a estimé qu'« *une telle exigence reviendrait à soumettre l'exercice de la libre circulation des capitaux à la discrétion de l'administration et serait susceptible, de ce fait, de rendre cette liberté illusoire (...). Elle pourrait avoir pour effet d'empêcher les mouvements de capitaux effectués en conformité avec les dispositions* » (442) du droit de l'Union.

Cette position jurisprudentielle a été confirmée par la suite non seulement pour les réglementations nationales des transferts financiers, mais également pour les réglementations nationales de privatisations des actions, dès lors que celles-ci « *soumettaient à autorisation préalable toute acquisition d'actions qui aurait permis à l'investisseur, national ou ressortissant d'un autre État membre, de détenir une participation supérieure au pourcentage déterminé dans le capital d'une société privatisée* » (443).

(442) CJCE, 23 février 1995, *Aldo Bordessa*, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, *Rec.* p. I-361, pt 25. Voy. L. IDOT, *Europe* 1995, comm. n° 141, pp. 13 à 14 ; C. BERR, *JDI*, 1995, p. 452.

(443) Voy. au sujet des arrêts CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c. Belgique*, aff. C-478/98, *Rec.* p. I-7587 et CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367/98, *Rec.*

Sont concernées, enfin, les autorisations préalables qui touchent certains aspects des transactions juridiques qui sont intrinsèques à l'opération de mouvement de capitaux, qu'il s'agisse des investissements étrangers directs (444) ou indirects, notamment pour l'acquisition de terrains fonciers (445). Ces autorisations, « *dès lors qu'elle(s) impose(nt) à l'acquéreur de rapporter la preuve de l'usage futur du terrain qu'il acquiert, laisse(nt) à l'administration compétente une large marge d'appréciation susceptible de s'apparenter à un pouvoir discrétionnaire* » (446). Par conséquent, elles sont susceptibles d'entraver la libre circulation des capitaux (447). De manière exceptionnelle, la jurisprudence admet néanmoins la possibilité pour les États membres d'instaurer un régime d'autorisation préalable à condition qu'il ne soit pas discriminatoire, repose sur des critères objectifs connus à l'avance et n'aboutisse pas à de refus systématique et, enfin, qu'il soit proportionné et nécessaire à l'objectif poursuivi (448).

La position jurisprudentielle observée à l'égard des autorisations préalables rejoint ainsi le raisonnement adopté en ce qui concerne les formalités nationales écrites exigées à titre exclusif pour reconnaître une situation comme relevant du champ des libertés de circulation. Elle trouve une illustration dans la distinction opérée entre une autorisation préalable, condition supplémentaire à la réalisation de la libre circulation de capitaux, et une déclaration préalable (449). Cette dernière n'est pas considérée comme une mesure restrictive dans la mesure où elle ne subordonne pas l'exercice de cette liberté à une autorisation qui dépend d'une appréciation discrétionnaire d'une autorité nationale. Elle ne fait qu'attester, dans la déclaration faite par l'opérateur économique, de la situation de ce dernier au regard de la libre circulation des capitaux. Une telle mesure permet également, d'une manière moins restrictive, d'éviter les transferts de capitaux illicites. En ce sens, son exigence est considérée comme une mesure nécessaire à la réalisation

p. I-4731 ; P. JULLIARD, « Libre circulation des capitaux. Le principe de libre circulation », *J.-Cl. Europe*, fasc. 900, 2003, n° 17 ; voy. F. PICOD, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *J.-Cl. Europe*, fasc. 890, 2010.

(444) CJCE, 14 mai 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, aff. C-54/99, *Rec. p. I-1335*, pt 23.

(445) CJCE, 1^{er} juin 1999, *Klaus Konle*, aff. C-302/97, *Rec. p. I-3099*, pts 38 et 39.

(446) CJCE, 15 mai 2003, *Doris Salzmann*, aff. C-300/01, *Rec. p. I-4899*, pt 46.

(447) CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, aff. C-567/07, *Rec. p. I-9021*, pt 22.

(448) CJCE, 23 septembre 2003, *Margarethe Ospelt*, aff. C-452/01, *Rec. p. I-9743*, pts 41, 42 et 46.

(449) Voy. CJCE, 13 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-436/00, *Rec. p. I-4581*, pt 69 ; CJCE, 15 mai 2003, *Doris Salzmann*, aff. C-300/01, arr. préc., pt 50.

effective de cette liberté (450). À cet égard, la méconnaissance de cette formalité peut être accompagnée de sanctions juridiques effectives afin de garantir l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Pour être considérée comme une mesure nécessaire, la déclaration préalable ne doit pas dépendre de conditions spécifiques. Si tel est le cas, cette déclaration est considérée comme une restriction à la libre circulation des capitaux. Par exemple, dans l'affaire *Burtscher*, la Cour de justice a estimé qu'une simple déclaration, dès lors qu'elle est assortie d'une condition suspensive affectant la transaction en cause et « *même si elle ne conditionne pas la réalisation matérielle de la transaction, constitue une formalité obligatoire préalable à l'inscription juridique de l'acte de vente (...) seule à même à garantir l'effectivité de cet acte à l'égard de l'autorité publique et des tiers* » (451). Dans la mesure où cette « *cette déclaration s'accompagne de l'obligation de ne pas utiliser le terrain à d'autres fins que celles déclarées (...) [elle] a donc pour effet de restreindre la liberté des mouvements de capitaux* » (452).

Le régime de déclaration ne doit donc avoir qu'un effet déclaratif permettant aux autorités nationales d'exercer un contrôle et ne doit pas subordonner l'exercice de la libre circulation des capitaux à des conditions spécifiques préalables. En cas de doute, les autorités nationales disposent toujours de la possibilité de demander à l'opérateur économique concerné des documents et des justifications supplémentaires.

4. La libre circulation des personnes et les titres nationaux de séjour

La jurisprudence relative aux modes nationaux de preuve préconstitués connaît aujourd'hui une évolution considérable dans le domaine de la libre circulation des personnes. Plus précisément, cette liberté concerne le droit de circuler et de demeurer sur le territoire des

(450) Voy. dans ce sens, CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres*, aff. jtes C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.* p. I-2157, pt 35 : « *qu'une exigence de déclaration préalable à l'achat de terrains à bâtir, assortie d'une possibilité de sanctions en cas de violation de la déclaration souscrite, dans un but d'aménagement du territoire, était conforme au droit communautaire. Or, la procédure instaurée (...) a un caractère essentiellement déclaratif dans son principe* » ; pt 37 : « *En revanche, s'agissant de la procédure d'autorisation préalable devant la Grundverkehrslandeskommission, la Cour a déjà jugé que les restrictions à la libre circulation des capitaux résultant de l'exigence d'une autorisation préalable pouvaient être éliminées, grâce à un système de déclaration adéquate, sans nuire pour autant à l'efficacité des buts que cette réglementation poursuit* ».

(451) CJCE, 1^{er} décembre 2005, *Ewald Burtscher*, aff. C-213/04, *Rec.* p. I-10309, pt 42.

(452) Pt 43 de l'arrêt. Voy. L. Inor, *Europe*, 2006, comm. 49, p. 23.

États membres de l'Union. Cependant, le raisonnement retenu pour les modalités nationales de preuve de ce droit opère une distinction entre les ressortissants des États membres de l'Union (a) et les ressortissants des États tiers (b).

a) *Les titres nationaux de séjour et les ressortissants des États membres de l'Union européenne*

Le droit de séjour a été affirmé très tôt dans la jurisprudence comme un droit permettant la réalisation de la libre circulation des personnes au sein de l'Union. Il est d'ailleurs de jurisprudence constante que « *le droit des ressortissants d'un État membre d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner, aux fins voulues par le traité – notamment pour y rechercher ou exercer une activité professionnelle, salariée ou indépendante, ou pour y rejoindre leur conjoint ou leur famille – constitue un droit directement conféré par le traité, ou selon le cas, les dispositions prises pour la mise en œuvre de celui-ci* » (453). Le droit de l'Union européenne reconnaît ainsi un droit de circuler et de séjourner à toutes les personnes ayant la qualité de national d'un État membre, à condition toutefois qu'elles soient dans une situation se rattachant au droit de l'Union (454). Ce droit de circuler et de séjourner a été reconnu, tout d'abord, pour les ressortissants des États membres actifs salariés ou non salariés, puis il a été étendu aux ressortissants inactifs (455).

Cette conception quelque peu réductrice, parce qu'elle fait apparaître le droit de circuler et de demeurer comme découlant des autres libertés de circulation, va être progressivement remplacée en raison de l'essor significatif de la place de la citoyenneté européenne dans la construction européenne (456). Introduite par le Traité de Maastricht, la citoyenneté de l'Union européenne deviendra le point de départ de

(453) CJCE, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, aff. 48/75, arr. préc., pt 31.

(454) CJCE, 5 juin 1997, *Kari Uecker et Vera Jacquet*, aff. jtes C-64/96 et C-65/96, arr. préc., pt 23 ; voy. pour l'exigence d'une activité économique pour pouvoir bénéficier des droits découlant de la libre circulation des travailleurs salariés CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, *Rec.* p. 347, pp. 363 et s ; CJCE, 9 décembre 1965, *Singer*, aff. 44/65, *Rec.* p. 1191 ; pour l'exigence de l'exercice d'une activité économique pour les travailleurs indépendants CJCE, 5 février 1991, *Danielle Roux*, aff. C-363/89, arr. préc., pt 20.

(455) Leur rattachement au droit de l'Union résultait de leur qualité de destinataires de services. Voy. dans ce sens, CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, 186/87, *Rec.* p. 195.

(456) Pour une étude d'ensemble de l'évolution de la citoyenneté européenne voy. A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2007.

la nouvelle approche pour la qualification d'entrave des modes preuves nationaux exigés à titre exclusif.

Aux termes de l'article 21 §1, TFUE (ex article 18 §1 TCE), « *tout citoyen a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* ». La Cour de justice a estimé, tout d'abord, que la citoyenneté européenne ne devait pas avoir pour conséquence d'étendre le champ d'application matériel des libertés de circulation et a précisé que leur application reposait sur le lien de rattachement avec le droit de l'Union, notamment sur la nécessité d'avoir au préalable circulé au sein du territoire des États membres de l'Union afin d'exercer une activité économique (457). Puis, dans l'affaire *Baumbast* (458), la Cour de justice a jugé que l'article 18 §1 du traité CE (devenu article 21 §1, TFUE) « *n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits* » (459) liés à la citoyenneté européenne. Elle a précisé que le droit de séjour sur le territoire d'un autre État membre « *est reconnu directement à tout citoyen de l'Union par une disposition claire et précise du traité CE, (...) en sa seule qualité de ressortissant d'un État membre, et partant de citoyen de l'Union* » (460).

La reconnaissance de l'effet direct de l'article 21 TFUE, (ex article 18 TCE) entraîne des conséquences non négligeables sur l'exercice du droit de demeurer et de séjourner au regard de la compétence des États membres quant à leur possibilité d'en conditionner l'exercice. Désormais, l'appartenance à un État membre suffit à elle seule à accorder le bénéfice de ce droit sur le territoire d'un autre État membre (461) et

(457) Voy. dans ce sens, CJCE, 5 juin 1997, *Kari Uecker et Vera Jacquet*, aff. jtes C-64/96 et C-65/96, arr. préc., pt 23.

(458) CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, *Rec. p. I-7091*. Voy. A. J. MENENDEZ, « European Citizenship after Martinez Sala and Baumbast : Has European Law Become more Human but less Social? », in M. P. MADURO, L. AZOULAI (ed.), *The past and Future of EU law. The classics of EU law revisited on 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., pp. 377 et s.

(459) CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, arr. préc., pt 83.

(460) *Ibid.*, pt 84.

(461) Voy. l'article 20 §1, TFUE (ex article 17 §1, TCE) et l'article 21 §1, TFUE, (ex article 18 §1, TCE) prévoient l'exercice de ce droit sous réserve de limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Toutefois, la Cour de justice a estimé que ces limitations n'empêchent pas la reconnaissance de l'effet direct de l'article 18 §1, du traité CE et la possibilité pour les particuliers de l'invoquer directement devant les juridictions nationales. Voy. dans ce sens, CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, arr. préc., pts 85 et 86.

à justifier le même traitement juridique accordé aux nationaux ainsi que l'application du droit de l'Union (462).

Les actes nationaux délivrés ne sont qu'une formalité à respecter dans le cadre de l'exercice de ce droit et non pas une condition à son exercice (463). Le droit de séjour n'est pas subordonné à l'exigence d'un titre de séjour spécialement délivré à cet effet (464) car « *ce droit est acquis indépendamment de la délivrance d'un titre de séjour par l'autorité compétente d'un État membre* » (465). La nationalité d'un État membre en est la condition essentielle (466) et, en tant que telle, sa preuve peut être apportée par tous moyens (467).

Cette position jurisprudentielle a été récemment rappelée dans l'affaire *Salah Oulane* (468) au sujet de la preuve de la nationalité du ressortissant d'un État membre de l'Union. Tout en rappelant que « *le droit des ressortissants d'un État membre d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner, aux fins voulues par le traité, constitue un droit directement conféré par le traité, ou selon le cas, par les dispositions prises pour la mise en œuvre de celui-ci* » (469), la Cour de justice affirme que « *la présentation d'une carte d'identité*

(462) CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec. p.* I-6193, pts 31 et 32 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec. p.* I-11613, pts 22 et 23 ; CJCE, (ass. plén.), 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, *Rec. p.* I-2703, pt 61 ; voy. également dans ce sens, Cl. BLUMANN, « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, pp. 74 et s.

(463) Conclusions de l'avocat général Léger, présentées le 21 octobre 2004, sous CJCE, 17 février 2005, *Salah Oulane*, aff. C-215/03, *Rec. p.* I-1215, pt 67, note 28.

(464) La délivrance d'un titre de séjour peut toutefois être exigée pour un séjour allant au-delà des trois mois. Voy. dans ce sens, la directive 73/148/CEE, du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, *JO* n° L 172 du 28 juin 1973, p. 14. Cette directive est abrogée et remplacée par la directive 2004/38/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JO* n° L 158 du 30 avril 2004, pp. 77-123. Voy. J.-Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE*, 2006, pp. 23 et s.

(465) CJCE, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, aff. 48/75, arr. préc., pt 32.

(466) CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, arr. préc., pts 81 et 82. Toutefois, les conditions de l'octroi de la nationalité d'un État membre relèvent de la compétence réservée des États. Voy. l'article 21 §3, TFUE (ex article 18 §3, TCE).

(467) Voy. sur ce point, CJCE, 5 mars 1991, *Panagiotis Giagounidis*, aff. C-376/89, *Rec. p.* I-1069, pt 15 : « *il y a lieu d'observer qu'une carte nationale d'identité, puisqu'elle contient tous les éléments de preuve de l'identité et de la nationalité de son titulaire, remplit cette condition, même si elle ne permet pas à l'intéressé de quitter le territoire de l'État membre qui l'a délivrée* ».

(468) CJCE, 17 février 2005, *Salah Oulane*, aff. C-215/03, *Rec. p.* I-1215.

(469) *Ibid.*, pt 17.

ou d'un passeport en cours de validité, aux fins de la justification de la qualité de ressortissant communautaire, constitue une formalité administrative dont l'unique objectif est la constatation par les autorités nationales d'un droit qui découle directement de la qualité de la personne en cause » (470).

Par conséquent, le droit de séjour ne peut être remis en cause lorsque le particulier n'est pas en mesure de présenter une carte d'identité (471) ou un passeport en cours de validité, dès lors qu'aucun doute ne subsiste quant à la nationalité de celui-ci et que sa preuve peut être apportée par d'autres moyens (472).

Dans cet arrêt, la Cour de justice a estimé également que la réglementation nationale néerlandaise était discriminatoire dans la mesure où l'exigence d'apporter les modes de preuve concrets ne s'appliquait qu'aux ressortissants d'autres États membres. En l'espèce, les ressortissants néerlandais pouvaient établir leur nationalité par tous moyens, notamment par la présentation d'un permis de conduire. De plus, la non-présentation d'une pièce d'identité ou d'un passeport en cours de validité était sanctionnée par une mesure de détention qui ne s'appliquait pas aux nationaux lorsqu'ils se trouvaient dans l'impossibilité d'apporter la preuve de leur nationalité néerlandaise (473).

Cette jurisprudence a été étendue également aux ressortissants des États tiers.

b) Les titres nationaux de séjour et les ressortissants des États tiers

Si les libertés de circulation excluent *a priori* de leur champ d'application les ressortissants des États tiers, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent en invoquer le bénéfice, dès lors qu'ils se trouvent dans une situation relevant du droit de l'Union européenne (474).

(470) Pt 24 de l'arrêt voy. dans ce sens, pour la liberté d'établissement l'exigence d'un certificat de nationalité : CJCE, 21 mars 2002, *Commission c. Italie*, aff. C-298/99, arr. préc., pts 42 et 45

(471) Même si la Cour de justice a jugé que la carte d'identité contenait tous les éléments de preuve quant à la nationalité de son titulaire. Voy. dans ce sens, CJCE, 5 mars 1991, *Panagiotis Giagounidis*, aff. C-376/89, arr. préc., pt 15.

(472) CJCE, 17 février 2005, *Salah Oulane*, aff. C-215/03, arr. préc., pts 26 et 53.

(473) *Ibid.*, pts 32 à 35 et pt 44. Voy. également F. KAUFF-GAZIN, *Europe*, avril 2005, com. 127, p. 14

(474) Voy. dans ce sens, D. MARTIN, « Réflexions sur le champ d'application matériel de l'article 48 du Traité CE. (À la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice) », *CDE*, 1993, pp. 593 et s.

Tel est le cas, en premier lieu, des membres de la famille du ressortissant d'un État membre de l'Union lorsqu'ils sont de nationalité d'un État tiers. Le droit de circuler et de séjourner librement leur est reconnu aux mêmes conditions que pour les ressortissants des États membres l'Union. Pour les membres de la famille, ce droit découle directement des dispositions des actes du droit dérivé relatif au regroupement familial, « *quelle que soit leur nationalité* » (475), et trouve son fondement dans le lien de parenté avec le ressortissant d'un État membre (476).

La délivrance d'un titre de séjour par un État membre au conjoint d'un ressortissant d'un État membre de l'Union doit être alors considérée comme un acte qui constate la situation du conjoint au regard du droit de l'Union et non pas comme un acte constitutif de droits. Ce qui compte alors est la preuve du lien avec le ressortissant qui peut se faire par tous moyens, conformément aux actes de droit dérivé de l'Union en la matière (477). Il en est de même pour la preuve du lien de dépendance afin d'établir qu'un parent ascendant se trouve à charge (478).

(475) Voy. également la directive 2004/38/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77. La Cour de justice rappelle de manière constante que l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres constitue un moyen d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par les traités. Voy. dans ce sens, CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.* p. I-4265, pts 17 à 23; CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter*, aff. C-60/00, arr. préc., pt 38; CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX*, aff. C-459/99, *Rec.* p. I-6591, pt 53.

(476) CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX*, aff. C-459/99, arr. préc., pt 59; sur l'évolution considérable de la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit secondaire de séjour aux membres de la famille et de l'encadrement de la compétence nationale en matière d'octroi de documents de séjour : CJCE, ass. plén., 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *Rec.* p. I-9925, pt 47; CJUE, gd. ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.* p. I-1177, pt 45; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *nepr.*, pt 63; CJUE, gd. ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, *nepr.*, pt 63; CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, *nepr.*, pt 69; CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, *nepr.*, pts 46 et 47; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga et autres*, aff. C-87/12, *nepr.*, pts 35 à 38. Sur l'évolution de la jurisprudence quant à l'étendue de la compétence nationale retenue, v. L. AZOULAI, « The retained powers' formula in the case law of the European Court of justice : EU law as total law ? », *EJLS*, 2011, pp. 192 à 219.

(477) *Ibid.*, pts 61, 62 et 74; CJCE, 14 avril 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-157/03, *Rec.* p. I-2911, pt 28; pour une position différente concernant le droit de séjour d'un ressortissant de pays tiers conjoint d'un ressortissant d'un État membre de l'Union et l'exigence d'avoir régulièrement séjourné dans l'État membre d'origine voy. CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.* p. I-9607, pts 48 à 54; pour un tempérament à l'exigence du séjour légal de la jurisprudence *Akrich* voy. CJCE, 9 janvier 2007, *Jia*, aff. C-1/05, *Rec.* p. I-1, pts 32 et 33.

(478) CJCE, 9 janvier 2007, *Jia*, aff. C-1/05, arr. préc., pt 41. Toutefois, ce droit de séjour se trouve limité pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Se fondant sur le lien de parenté entre le citoyen de l'Union et ses parents, ressortissants d'un État tiers, la Cour de justice a récemment estimé que la reconnaissance d'un droit au séjour à ces derniers participait à la « *jouissance effective de l'essentiel des droits conférés* » par son statut

Ce raisonnement conduit à condamner des législations nationales qui refoulent les étrangers présentant un lien de parenté avec un ressortissant d'un État membre du territoire national à défaut d'avoir présenté un visa ou un passeport en cours de validité.

En second lieu, le régime des titres nationaux pour l'exercice du droit de séjour a été étendu aux ressortissants des États tiers régulièrement employés par une entreprise dans l'Union européenne. C'est à l'occasion du détachement de ces travailleurs en vue de prester un service sur le territoire d'un autre État membre que la question des titres nationaux de séjour a été tranchée sous l'angle de la question de la preuve du droit de séjour. Les législations nationales qui opposent un refus systématique de délivrance du titre d'entrée et de séjour, sans possibilité de régularisation, lorsque le travailleur est entré sur le territoire sans l'obtention d'un visa préalable ou sans avoir accompli les formalités administratives à cet effet (479), sont considérées comme des entraves aux libertés de circulation.

Pour leur qualification d'entrave, la démarche est différente et repose sur une reconstruction du fondement du droit de séjour reconnu à ces travailleurs. En effet, le droit de séjour des travailleurs migrants ressortissants d'un État tiers leur est reconnu parce qu'ils sont rattachés à une entreprise située dans l'Union européenne. Les restrictions que les réglementations nationales emportent sont donc appréciées non pas directement au regard d'un droit de séjour à proprement parler, mais au regard de l'entreprise et de son droit de se déplacer avec son personnel au sein du territoire des États membres de l'Union pour prester ses services. C'est en ce sens que les réglementations nationales, qui encadrent le droit de séjour des travailleurs migrants ressortissants d'un État tiers, sont considérées comme une entrave à la libre prestation de services. Le droit de circuler et de séjourner sur le territoire de l'État membre pour le travailleur migrant durant la durée de la prestation de services découle du « *rattachement économique* » (480) du travailleur

de citoyen de l'Union. Pour la Cour, le statut fondamental de citoyen de l'Union s'opposait à des mesures nationales de refus de titre de séjour et de travail aux parents, ressortissants d'État tiers, lorsque ce refus conduisait à l'impossibilité pour l'enfant mineur, citoyen de l'Union, d'exercer l'essentiel des droits que lui confère ce statut, notamment ceux de pouvoir rester et demeurer sur le « territoire de l'Union » : CJUE, gd. ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, arr. préc., pts 40 à 44 ; pour un tempérament et précision de cette position jurisprudentielle, voy. CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, arr. préc., pt 48 ; CJUE, gd. ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, arr. préc., pts 66 et 74.

(479) CJCE, 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, aff. C-168/04, *Rec.* p. I-9041, pt 10.

(480) O. DUBOS, « Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers ? », *RAE*, 2003-2004, pp. 88 et s.

à son employeur, entreprise qui déploie ses activités au sein de l'Union, qui a au préalable satisfait aux exigences d'entrée et de séjour de l'État membre de résidence (481).

Les autorisations nationales d'entrée et de séjour ou de travail n'ont alors qu'une portée déclaratoire et ne peuvent en aucun cas constituer une procédure d'autorisation complexe (482). Dans la mesure où les travailleurs sont détachés afin d'effectuer une prestation de services et ne prétendent aucunement accéder au marché de l'emploi de l'État d'accueil, « *dès lors que [ces travailleurs] retournent dans leur pays d'origine ou de résidence après l'accomplissement de leur mission* » (483), les États membres ne peuvent pas subordonner l'entrée et le séjour sur leur territoire des travailleurs détachés non ressortissants d'un État membre de l'Union régulièrement employés aux mêmes conditions que ceux qui se trouvent sur le territoire national pour accéder à un emploi (484). Ces législations nationales obligent le prestataire de services à renoncer à utiliser son personnel et aboutissent à créer une discrimination « *par rapport à ses concurrents établis dans le pays d'accueil qui peuvent se servir librement de leur personnel* » (485).

Par exemple, sera considérée comme une entrave à la libre prestation de services (486) une législation nationale qui exige pour l'entrée et le séjour de ces travailleurs l'obtention préalable d'un visa ou d'« *une confirmation de détachement européen* » (487) délivrée à condition que

(481) Toutefois, la Cour de justice a estimé que l'État membre sur le territoire duquel s'effectue la prestation de services pouvait imposer sa législation nationale de protection sociale aux employeurs des travailleurs détachés. Voy. dans ce sens CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *Rec. p. I-1417*, pt 18 (pour des salaires minimaux); CJCE, 23 novembre 1999, *Jean-Claude Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Rec. p. I-8453*, pts 41 et 50; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec. p. I-11767*, pt 57; A. MCDONNELL, P. J.G. KAPTEYN, K. MORTELMANS, C. W. A. TIMMERMANS (éd.), *The Law of the European Union and the European Communities: with reference to changes to be made by the Lisbon Treaty*, The Hague, Kluwer, 2008, p. 701 et s.

(482) Voy. également dans ce sens, CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93, *Rec. p. I-3803*, pt 15; CJCE, 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, aff. C-168/04, arr. préc., pt 31 : La Commission observait qu'en l'espèce, le prestataire de service transmettait à ses employés un « droit dérivé » de recevoir un permis de séjour pour la durée de la prestation.

(483) CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *Rec. p. I-1417*, pt 15.

(484) CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93, arr. préc., pt 20; voy. également F. CASTILLO DE LA TORRE, « La libre circulation des services et les ressortissants des pays tiers : quelques réflexions au sujet de l'arrêt Vander Elst », *RMUE*, 1995, n° 2, pp. 140 et s.

(485) CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, arr. préc., pt 12; voy. P. RODIERE, note sous cet arrêt, *RTDE*, 1990, p. 632; voy. également dans ce sens, CJCE, 3 février 1982, *Desguenne & Giral*, aff. jtes 62 et 63/81, *Rec. p. 223*, pt 12 (à propos de la législation luxembourgeoise exigeant de la part de l'employeur de payer des cotisations patronales obligatoires pour les travailleurs détachés ressortissants des États tiers).

(486) CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec. p. I-7831*, pt 70.

(487) *Ibid.*, pt 31.

l'employeur apporte la preuve du respect des conditions d'emploi, de salaire national (488), d'une ancienneté des travailleurs dans l'entreprise concernée (489). De telles mesures nationales entravent le détachement des travailleurs ressortissants tiers en raison des charges administratives et financières qu'elles représentent et, par conséquent, la prestation des services par l'entreprise concernée.

Les réglementations nationales qui subordonnent l'exercice des libertés fondamentales et des droits qui en découlent à des formalités écrites à titre exclusif sont frappées d'une interdiction de principe. De telles réglementations comportent non seulement une restriction aux échanges entre les États membres, mais aussi portent une atteinte significative aux fondements même du marché intérieur et aux principes essentiels qui l'établissent. La qualification d'entrave est également retenue à l'égard des réglementations nationales imposant une condition spécifique.

§2. – Les réglementations nationales imposant une condition spécifique

Les réglementations nationales imposant une condition spécifique n'intéressent pas directement les règles de preuve dans la mesure où elles n'exigent pas de l'opérateur économique d'apporter un mode de preuve déterminé pour reconnaître les droits découlant des libertés fondamentales. Elles ne font que subordonner l'exercice des libertés fondamentales à des conditions spécifiques sur le territoire national. Si ces législations nationales ne constituent pas *a priori* une entrave aux libertés de circulation, toutefois, dans certaines hypothèses, elles peuvent dissuader l'opérateur économique de les exercer, même si celui-ci ne se trouve pas totalement empêché par la condition spécifique imposée (A). L'effet restrictif de telles réglementations résulte le plus souvent du caractère disproportionné de la condition spécifique exigée, eu égard à ses incidences en matière de preuve (B).

(488) CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construção*, aff. C-164/99, *Rec. p.* I-787, pts 34 et 35.

(489) CJCE, 21 octobre 2003, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec. p.* I-10191, pt 30.

A. *La reconnaissance de l'effet restrictif des réglementations nationales imposant une condition spécifique*

L'effet dissuasif ou moins attrayant sur les libertés de circulation des réglementations nationales qui imposent une condition spécifique résulte principalement de la généralité des situations que cette condition est susceptible d'appréhender. Cette condition crée une présomption générale quant à la situation individuelle de l'opérateur économique, qui peut lui être défavorable. Dans ce cas, à défaut de preuve contraire, celui-ci se trouve privé des avantages prévus par la législation nationale et, partant, dissuadé d'exercer les libertés de circulation. La présomption ainsi instaurée aboutit soit à exiger de manière systématique de l'opérateur économique de justifier sa situation au regard de la législation nationale par la preuve contraire (1), soit à le priver de la possibilité d'en apporter la preuve (2).

1. Une présomption générale de non-respect de la condition spécifique exigée

L'exigence d'une condition spécifique pour l'application des libertés de circulation n'est pas en soi incompatible avec le marché intérieur, dès lors que sa preuve peut être apportée par tout moyen. Une telle exigence est, par ailleurs, constitutive d'une entrave si elle aboutit à exiger de l'opérateur économique de manière systématique la preuve que sa situation individuelle, présumée contraire, satisfait à la condition spécifique imposée par le droit national. La qualification d'entrave d'une telle mesure nationale résulte donc de l'obligation qui pèse sur l'opérateur économique de justifier systématiquement sa situation au regard de la législation nationale dont il est *a priori* exclu lorsqu'il envisage à faire usage des libertés de circulation sur le territoire de l'État membre concerné. Dans cette hypothèse, c'est au regard de l'exercice effectif des libertés de circulation et des droits qui en découlent que les effets de cette présomption générale de situation est appréciée.

Le caractère général de la présomption de situation de l'opérateur économique résulte le plus souvent d'une justification invoquée par les États membres pour préserver un intérêt jugé légitime ou général. La diversité des situations que ce cas de figure peut représenter fait ainsi obstacle à une systématisation des réglementations nationales et des libertés de circulation concernées. Leur identification se fait, par conséquent, au cas par cas en fonction de la particularité de l'opérateur économique et de la liberté de circulation concernée au regard de la

justification invoquée. C'est le caractère général et systématique de la condition spécifique qui permet d'en déceler l'incidence sur la question de la preuve et, par conséquent, sur la réalisation du marché intérieur.

Ainsi, par exemple, en matière de libre circulation des marchandises, sont concernées les législations nationales qui subordonnent la commercialisation des denrées alimentaires enrichies en vitamines ou en sels minéraux en provenance d'autres États membres à la preuve d'un besoin nutritionnel effectif (490). Si les États membres peuvent, pour des raisons de protection de la santé et en vertu du principe de précaution, conditionner la commercialisation des denrées alimentaires enrichies, cette mesure entrave la libre circulation de telles denrées (491). Parce qu'elle impose de manière systématique la preuve du besoin nutritionnel sur l'opérateur économique et parce qu'elle interdit la commercialisation des denrées alimentaires enrichies, faute d'une telle preuve, elle crée une présomption générale que ces denrées ne répondent pas à un besoin nutritionnel effectif. Il s'agit donc d'une situation à l'encontre de laquelle l'opérateur économique doit systématiquement apporter la preuve que les denrées enrichies qu'il commercialise satisfont à la condition spécifique exigée.

Il a été jugé ainsi au sujet de la législation autrichienne qui exigeait pour les préparations vitaminées dépassant le seuil toléré une autorisation de mise sur le marché, si l'opérateur ne démontrait pas l'absence de risque sur la santé (492). Une telle législation constitue une entrave à la libre circulation des marchandises dans la mesure où elle classe la préparation vitaminée systématiquement comme médicament et crée ainsi une présomption générale (493), faute d'une telle preuve, alors que cette préparation est commercialisée dans d'autres États membres comme un complément alimentaire. L'opérateur économique

(490) CJCE, 2 décembre 2004, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-41/02, *Rec.* p. I-11375, pt 41.

(491) CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* p. I-9693, pt 41 ; voy. également, CJCE, 5 février 2004, *Commission c. France*, aff. C-24/00, arr. préc., pt 59.

(492) CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Autriche*, aff. C-150/00, *Rec.* p. I-3887.

(493) *Ibid.*, pt 46. En l'espèce, la Cour a estimé que cette pratique « présentait un degré de constance et de généralité suffisant pour pouvoir faire l'objet d'un recours en manquement ». La même position a été adoptée pour ce qui concerne la réglementation allemande qui classait systématiquement les denrées enrichies en vitamines comme médicament, dès lors qu'elles contenaient trois fois plus de vitamines que l'apport journalier recommandé par l'agence nationale de l'alimentation. C'est le caractère systématique du classement de telles denrées comme médicaments par fonction qui a été condamné par la Cour. Voy. CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-387/99, *Rec.* p. I-3751, pts 47 à 60 et 79 ; voy. dans le même sens, pour le classement systématique d'une préparation d'ail sous forme de gélules comme médicament par présentation, voy. CJCE, 15 novembre 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-319/05, *Rec.* p. I-9811, pts 50 à 54 et pt 81.

se trouve ainsi dissuadé de commercialiser les préparations vitaminées en Autriche en raison de la présomption générale d'existence d'un risque pour la santé.

Cette position jurisprudentielle a été récemment confirmée au sujet de la réglementation française qui interdisait de manière systématique la commercialisation des denrées alimentaires enrichies en auxiliaires technologiques, légalement fabriquées et commercialisées dans un autre État membre, dès lors que les seuils fixés étaient dépassés. Cette réglementation créait ainsi une présomption générale de risque sur la santé que l'opérateur économique devait systématiquement réfuter dans le cadre de la procédure de l'autorisation de mise sur le marché pour pouvoir commercialiser les denrées enrichies en France (494).

En matière de libre circulation des services, la législation française a été considérée comme une entrave parce qu'elle imposait de manière systématique aux artistes indépendants d'apporter la preuve qu'ils n'exercent pas un travail subordonné afin de lutter contre le travail dissimulé (495). Cette exigence aboutissait à créer une présomption générale de salariat et, par conséquent, constituait une entrave à la libre prestation des services et ce, même si elle ne privait pas les artistes indépendants d'exercer leur activité en France. En effet, les artistes indépendants, pour « éviter que leur contrat ne soit qualifié de contrat de travail (...) doivent prouver qu'ils n'agissent pas dans le cadre d'un travail subordonné, mais au contraire, à titre indépendant ». Cette présomption de salariat rendait moins attractive la liberté reconnue aux artistes indépendants de prester leurs services en France et en empêche l'exercice effectif, même si ces derniers ne s'en trouvent pas totalement privés. En effet, une telle mesure est « de nature à décourager, d'une part, les artistes en question de fournir leurs services en France et, d'autre part, les organisateurs de spectacles français d'engager de tels artistes » (496).

La Cour de justice a récemment condamné la législation autrichienne qui exigeait pour les ressortissants de huit nouveaux États membres la preuve qu'ils exerçaient à titre indépendant une activité non salariée pour leur reconnaître le droit de s'établir librement sur le territoire national. Cette exigence avait pour objectif de lutter contre

(494) CJUE, 28 janvier 2010, *Commission c. France*, aff. C-333/08, arr. préc., pts 77 et 78. La Cour a également condamné la procédure d'autorisation de mise sur le marché. Voy. sur ce point, §1, B. 1. de cette section.

(495) CJCE, 15 juin 2006, *Commission c. France*, aff. C-255/04, *Rec.* p. I-5251.

(496) *Ibid.*, pt 38.

le travail au noir (497). Mais la Cour de justice a estimé qu'une telle législation enfreignait l'interdiction posée à l'article 43 du traité CE (devenu article 49 TFUE) de soumettre l'accès et l'exercice d'une activité indépendante par des ressortissants d'un autre État membre à des formalités différentes de celles prévues pour les nationaux. En effet, par l'exigence d'une preuve du caractère indépendant de l'activité exercée, la législation autrichienne crée un traitement différent (498). Cette exigence place systématiquement les ressortissants de huit nouveaux États membres dans une situation qui laisse supposer que ces derniers exercent une activité salariée. La présomption générale de non-respect de la condition spécifique les oblige ainsi à la réfuter de manière systématique par la preuve contraire (499). Une telle présomption constitue une entrave au libre établissement de ces ressortissants parce qu'elle les empêche d'exercer de manière effective une activité indépendante pendant la durée de délivrance d'une autorisation (500).

Enfin, l'illustration la plus concrète de l'incidence de la présomption générale de la situation individuelle sur l'exercice effectif des droits découlant des libertés fondamentales est apportée par la jurisprudence en matière de répétition de l'indu (501). À cet égard, dans l'affaire *Les Fils de Jules Bianco*, la Cour de justice avait estimé qu'« *un État membre n'est pas en droit d'adopter des dispositions qui subordonnent le remboursement de taxes nationales perçues en violation du droit communautaire à la preuve que ces taxes n'ont pas été répercutées sur les acheteurs des produits les ayant supportées en rejetant cette preuve négative sur les personnes physiques ou morales sollicitant le remboursement* ». Une telle exigence de preuve revenait à instaurer une présomption de répercussion qui faisait peser systématiquement

(497) CJCE, 22 décembre 2008, *Commission c. Autriche*, aff. C-161/07, *Rec.* p. I-10671.

(498) *Ibid.*, pt 31.

(499) *Ibid.*, pt 14.

(500) Une telle réglementation tombe également sous l'interdiction de principe des modalités de preuve exigées à titre exclusif pour la reconnaissance des droits découlant des libertés de circulation. Voy. également dans ce sens les développements du §1, A. de cette section.

(501) Sur ce point, l'on peut également mentionner que l'incompatibilité de la présomption constatée se déduit non seulement de l'effet direct du droit au remboursement, mais aussi de manière plus générale de la primauté du droit de l'Union laquelle implique d'écarter la disposition nationale contraire. Voy. dans ce sens, D. SIMON, « Répétition de l'indu », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2012, n° 18 qui reprend l'analyse du professeur Barav. Voy. également, A. Barav, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1987, pp. 507 et s., p. 510. Une telle justification s'explique également par l'évolution de la jurisprudence qui, comme nous le verrons, consacre désormais la responsabilité de l'État du fait de la méconnaissance du droit de l'Union par les autorités et les juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les règles nationales de preuve. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2. B. 2. b) de cette partie de la thèse.

sur l'opérateur économique la charge d'établir l'absence de répercussion. Cette présomption rendait « *pratiquement impossible* » (502) le droit au remboursement et empêchait son exercice effectif par l'opérateur économique, notamment en ce qui concerne le remboursement des sommes indûment versées (503).

En définitif, les réglementations nationales imposant une condition spécifique entravent l'exercice effectif des libertés de circulation. Il en est ainsi en raison de la présomption générale qu'elles instaurent à l'égard de l'opérateur économique qui doit de manière systématique démontrer qu'il satisfait à cette condition spécifique par la preuve contraire. Dans d'autres circonstances, l'exigence d'une condition spécifique va aboutir à créer une présomption générale de la situation individuelle de l'opérateur économique en le privant de la possibilité d'apporter la preuve contraire.

2. Une présomption générale privant l'opérateur économique de la possibilité d'apporter la preuve de la condition spécifique exigée

À la différence des réglementations nationales imposant de manière systématique à l'opérateur économique de justifier sa situation personnelle au regard de la condition spécifique exigée, celui-ci va être privé de la possibilité de la démontrer. La condition spécifique exigée aboutit à créer une présomption générale qui prive l'opérateur économique de bénéficier des avantages escomptés. Cette condition spécifique exclut ainsi l'opérateur économique de la réglementation nationale. Son effet restrictif résulte du caractère général de la mesure et de l'impossibilité pour l'opérateur économique d'apporter la preuve contraire.

L'illustration la plus marquante de telles réglementations nationales quant aux effets sur la question de la preuve est le domaine de la fiscalité directe, matière qui relève des compétences réservées des États membres (504). De manière générale, ces réglementations soumettent les exonérations fiscales à la condition que les opérations financières,

(502) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 13 ; CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtesC-192/95 à C-218/95, arr. préc., pt 25 ; comm. F. PICOD, *RAE*, 1997, p. 234 ; obs. R. MEHDI, *JDI*, 1998, p. 471.

(503) CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, arr. préc., pt 13.

(504) Voy. dans ce sens, J. C. MOTTINHO DE ALMEIDA, « Le droit fiscal national, la libre circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la libre prestation de services », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, p. 1328 et s. Sur la spécificité de l'entrave fiscale, voy. A. MAITROT DE LA MOTTE, « L'entrave fiscale » in L. AZOULAI, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, op. cit., pp. 97 à 133.

de prestations de services (505), de marchandises (506) ou d'établissement (507) soient localisées sur le territoire national. Une telle condition n'est pas en principe incompatible avec les libertés fondamentales dans la mesure où elle s'applique indistinctement et est, par conséquent, non discriminatoire (508). Elle apparaît souvent justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général telle que la cohérence des contrôles fiscaux (509) ou la lutte contre la fraude fiscale (510).

Toutefois, cette mesure nationale n'est considérée comme compatible avec les objectifs des traités que si « *elle vise des montages purement artificiels dont le but est de contourner la loi fiscale* » (511). La justification au titre de la cohérence des systèmes fiscaux ou de lutte contre la fraude fiscale implique donc des mesures spécifiques et particulières et s'oppose à toute mesure nationale générale. Cette justification permet aux États membres de réglementer un domaine particulier qui, eu égard à son ampleur spécifique, peut avoir des effets négatifs sur les systèmes fiscaux nationaux. Est donc exclue toute présomption générale de fraude fiscale ou d'évasion fiscale (512).

Ainsi, par exemple, ont été considérées comme des entraves aux libertés de circulation les réglementations nationales fiscales qui ne prévoyaient pas la possibilité pour l'opérateur économique de démontrer qu'il remplissait les conditions exigées pour bénéficier des avantages fiscaux et qu'il s'en trouvait en principe exclu (513). Parce que la

(505) CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter*, aff. C-254/97, *Rec. p.* I-4809 ; CJCE, 10 mai 2005, *Laboratoires Fournier*, aff. C-39/04, *Rec. p.* I-2057 (pour des activités de recherches et des dépenses y afférentes engagées en dehors du territoire national).

(506) À propos des exonérations fiscales pour des déchets contaminés situés sur le territoire autrichien, voy. CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten*, aff. C-221/06, *Rec. p.* I-9443.

(507) Au sujet des exonérations concernant la taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France pour les sociétés établies en France, voy. CJCE, 11 octobre 2007, *ELISA*, aff. C-451/05, *Rec. p.* I-8251.

(508) Voy. sur ce point, A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les entraves fiscales 'à l'entrée' et le principe communautaire de non-discrimination », *RAE*, 2007-2008, pp. 27 et s.

(509) CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, *Rec. p.* I-249, pt 28 ; CJCE, 28 janvier 1992, *Commission c. Belgique*, aff. C-300/90, *Rec. p.* I-305, pt 21.

(510) CJCE, 23 février 1995, *Aldo Bordessa*, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, *Rec. p.* I-361, pts 21 et 22 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. jtes C-163/94, C-165/94 et C-250/94, *Rec. p.* I-4828, pt 22 ; voy. également J.-G. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *op. cit.*, n° 78 à 82 ; J.-G. HUGLO, « Reconnaissance, établissement et libre prestation des services des sociétés », *J.-Cl. Europe*, fasc. 800, 2005, n° 59 à 62.

(511) CJCE, 11 octobre 2007, *ELISA*, aff. C-451/05, arr. préc., pt 91.

(512) CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c. Belgique*, aff. C-478/98, *Rec. p.* I-7587, pt 45 ; CJCE, 4 mars 2004, *Commission c. France*, aff. C-334/02, *Rec. p.* I-2229, pt 27 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *Rec. p.* I-7995, pt 50.

(513) CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohnleiten*, aff. C-221/06, arr. préc., pt 71.

réglementation nationale « *empêche de manière absolue* » (514) l'opérateur économique d'apporter la preuve et parce qu'elle aboutit ainsi à créer à son détriment une présomption générale de contournement de la loi fiscale, une telle réglementation ne peut pas être justifiée par la cohérence des contrôles fiscaux ou par la nécessité de lutter contre la fraude fiscale.

Si une telle réglementation nationale n'empêche pas totalement l'opérateur économique d'exercer libertés de circulation, elle présente un effet dissuasif. Dans la mesure où l'opérateur économique se trouve privé de l'avantage fiscal accordé pour les opérations non localisées sur le territoire national, une telle réglementation est potentiellement attentatoire aux échanges entre les États membres. Elle rend moins attrayante la liberté dont dispose l'opérateur de circuler, de s'établir, de prester, de commercialiser une marchandise sur l'ensemble du territoire des États membres de l'Union et constitue, par conséquent, une entrave aux libertés fondamentales. Cette précision explique également que l'effet restrictif de ces réglementations résulte de leur caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi.

B. *Le caractère disproportionné des réglementations nationales imposant une condition spécifique*

La qualification d'entrave des législations nationales imposant une condition spécifique est retenue en raison de la présomption générale qu'elles instituent sur la situation de l'opérateur économique.

En effet, la généralité des situations auxquelles aboutit cette condition spécifique exclut *a priori* l'opérateur économique du champ d'application des libertés de circulation. Or, l'effet dissuasif d'une telle condition a été particulièrement mis en avant dans le raisonnement du juge qui apparaît ainsi fondé sur une prise en considération concrète de la situation de l'opérateur économique au regard des libertés de circulation.

L'examen *in concreto* et au cas par cas implique donc pour les autorités nationales compétentes la possibilité de procéder à des contrôles *a posteriori* (515). Un tel contrôle *a posteriori* apparaît comme une mesure moins restrictive que l'exclusion de principe à laquelle aboutit la présomption générale instaurée par la condition

(514) CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter*, aff. C-254/97, arr. préc., pt 19.

(515) La possibilité d'un contrôle *a posteriori* est également envisagée dans la jurisprudence comme une mesure moins restrictive à l'exigence à titre exclusif des modes de preuve préconstitués. Sur ce point, voy. §1 de cette section de ce chapitre.

spécifique exigée. Il permet de manière tout à fait efficace de vérifier si l'opérateur économique entre ou non dans le champ d'application de la liberté de circulation concernée ou bien s'il satisfait ou non à la condition spécifique exigée.

L'exclusion de principe à laquelle aboutit la présomption légale instaurée par la condition spécifique exigée et la considération du contrôle *a posteriori* comme une mesure moins restrictive sont révélatrices de certaines réticences des États membres à reconnaître une libre circulation au sein du territoire national. Ces réticences reposent sur deux conceptions qui sont radicalement opposées en ce qui concerne la réalisation du marché intérieur. La première est l'expression d'un protectionnisme national qui repose sur une logique de prévention. Elle est la conséquence de l'exercice de la compétence des États membres reconnue au titre du principe de précaution dans des domaines n'ayant pas fait l'objet d'une réglementation au niveau de l'Union. La seconde va dans le sens d'une approche plus libérale des échanges entre les États membres. Elle implique nécessairement l'application des mécanismes de sanction et de contrôle au niveau de l'Union européenne au moyen d'une coopération entre les autorités nationales compétentes.

C'est pour cette raison que le contrôle *a posteriori* exercé par les autorités nationales est obligatoirement associé dans la jurisprudence à la coopération administrative instaurée par les actes de droit dérivé (516). Ainsi, dans l'arrêt *Commission c. Espagne* (517), le juge a estimé que lorsque les autorités nationales considéraient que la preuve de la commercialisation d'un produit et de sa fabrication légale dans un autre État membre n'était pas suffisante pour en autoriser l'entrée sur le marché national, elles pouvaient recourir à la procédure d'information mutuelle instaurée par la décision 3052/95 (518), conformément à l'obligation de coopération loyale de 10 du traité CE (devenu article 4 §3, TUE).

En matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice a jugé que la protection des consommateurs aurait pu être atteinte

(516) Sur la coopération administrative pour la vérification de la régularité des documents fournis, voy. CJCE, 22 mars 1983, *Commission c. France*, aff. 42/82, *Rec.* p. 1013 ; CJCE, 11 juin 1991, *Nikolaos Athanasopoulos*, aff. C-251/89, *Rec.* p. I-2797. Voy. sur ce point, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1 de cette partie de la thèse.

(517) CJCE, 5 mars 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-88/07, *Rec.* p. I-1353, pt 114.

(518) Décision n° 3052/95 du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1995, établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté, *JO* n° L 321 du 30 décembre 1995.

par une mesure moins restrictive qui consistait à prévoir un système d'échange d'informations entre les autorités des États membres (519).

Il a été jugé de même, en matière de libre prestation de services, que le recours à la coopération administrative entre les autorités nationales compétentes est une mesure moins restrictive (520) que l'exigence d'un établissement sur le territoire national des organismes privés de contrôle des produits issus de l'agriculture biologique et qui aboutit à garantir de manière tout à fait efficace la protection des consommateurs (521).

Conséquence logique de l'application décentralisée du droit de l'Union européenne, la coopération administrative repose sur des mécanismes d'information mutuelle, de recueillement de preuves par une assistance entre les autorités nationales compétentes pour combattre et prévenir d'éventuelles fraudes au système de libre échange entre les États membres. Comme nous le verrons, ces mécanismes fourniront un cadre juridique cohérent à la recherche et à l'obtention des preuves sur le territoire des États membres de l'Union. Ils permettront l'utilisation de ces preuves dans des instances judiciaires (522).

La question de l'admissibilité des preuves ainsi recueillies n'est pas totalement tranchée au niveau de l'Union, même si la Cour de justice a estimé que « *l'esprit de coopération et d'assistance mutuelle entre les autorités de contrôle nationales (...) exige que l'État membre d'importation accepte les certificats d'analyse établis par l'État membre* » (523) d'origine. Cela comporte le risque d'amoindrir l'efficacité de la coopération administrative recherchée dans des domaines n'ayant pas fait l'objet d'une réglementation au niveau de l'Union d'autant plus que la coopération administrative ainsi instaurée n'est pas systématique (524).

(519) À propos de l'exigence systématique d'enregistrement d'un poinçon de responsabilité voy. CJCE, 21 juin 2001, *Commission c. Irlande*, aff. C-30/99, *Rec. p. I-4619*, pt 55.

(520) Sur ce point, voy. les articles 28 et s. de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JO n° L 376* du 27 décembre 2006.

(521) Voy. CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c. Autriche*, aff. C-393/05, *Rec. p. I-1095*, pts 58 et 58 ; CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-404/05, *Rec. p. I-10239*, pts 56 et 57.

(522) Sur le fondement et les obligations qui découleront de la coopération administrative en matière de preuve, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1 de cette partie de la thèse.

(523) CJCE, 5 juin 1997, *Ditta Angelo Celestini*, aff. C-105/94, *Rec. p. I-2971*, pt 34. Ce dernier peut néanmoins procéder à des contrôles dès lors qu'ils sont compatibles avec les exigences découlant des règles relatives aux libertés de circulation et à la réglementation de l'Union applicable.

(524) Pour un exemple allant dans le sens d'une protection de la compétence nationale au sujet des contrôles nationaux pour garantir la dénomination du vin Rioja, voy. CJCE, 16 mai 2000, *Belgique c. Espagne*, aff. C-388/95, *Rec. p. I-3123*, pts 70 et s.

Dans ces conditions, un rééquilibrage de la charge de la preuve apparaît comme la mesure moins restrictive (525). Ce rééquilibrage de la charge de la preuve consiste *a contrario* à reconnaître la possibilité pour l'opérateur économique, et non exiger la preuve contraire par l'exclusion systématique, voire l'empêcher de l'apporter, de fournir tous les éléments de preuves en sa possession que les autorités nationales apprécieront librement au regard de la condition spécifique imposée par la réglementation nationale (526). Cette liberté d'appréciation permet à ces dernières de prendre ou non en considération les preuves avancées, d'examiner leur valeur probante et leur authenticité (527). En cas de doute, « rien n'empêche les autorités (...) concernées d'exiger (...) les preuves qu'elles jugent nécessaires » (528).

L'idée même d'un tel rééquilibrage de la charge de la preuve permet de déceler une tendance jurisprudentielle favorable à un examen *in concreto* et au cas par cas de la situation individuelle de chaque opérateur économique par le simple jeu probatoire (529). L'appréciation de la satisfaction de la condition spécifique par l'opérateur revient donc aux autorités nationales sur la base des éléments de preuve fournis. Ces dernières disposent d'une marge de manœuvre considérable à cet égard (530). Cela explique pourquoi les autorités nationales doivent

(525) M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème}, 2002, pp. 148 et s. Le « test d'interchangeabilité » est ici appliqué.

(526) CJCE, 28 janvier 1999, *Unilever*, aff. C-77/97, *Rec.* p. I-431, pt 35 : « *En effet, la protection des consommateurs, de la santé publique et de la loyauté des transactions commerciales peut être assurée par des mesures moins restrictives de la libre circulation des marchandises que celle de l'exclusion automatique de la publicité par le biais d'un système selon lequel la publicité relative à des substances qui ne sont pas expressément répertoriées par la Kosmetikerordnung est interdite. Ainsi, le contrôle national pourrait notamment consister dans l'obligation pour le fabricant ou le distributeur du produit en cause d'apporter, en cas de doutes, la preuve de l'exactitude des mentions publicitaires* ». CJCE, 23 janvier 2003, *Commission c. Autriche*, aff. C-221/00, *Rec.* p. I-1007, pts 49 et 52 ; CJCE, 5 février 2004, *Commission c. Italie*, aff. C-270/02, arr. préc., pt 25 (nous soulignons).

(527) Sur ces questions, nous renvoyons aux développements dans le Titre 1, Chapitre 1, Section 2 de la Seconde partie de la thèse.

(528) CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, arr. préc., pt 20 ; CJCE, 30 janvier 2007, *Commission c. Danemark*, aff. C-150/04, *Rec.* p. I-1163, pt 54 ; CJCE, 25 octobre 2007, *Maria Geurts*, aff. C-464/05, *Rec.* p. I-9325, pt 28 ; CJCE, 2 octobre 2008, *Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-360/06, *Rec.* p. I-7333, pt 41 ; CJCE, gd. ch., 27 janvier 2009, *Hein Persche*, aff. C-318/07, *Rec.* p. I-359, pt 54.

(529) CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-387/99, arr. préc., pt 57 : « (...) pour décider si des préparations vitaminées doivent être qualifiées de médicaments (...) les autorités nationales, agissant sous le contrôle du juge, doivent opérer au cas par cas, compte tenu de l'ensemble de leurs caractéristiques, dont, notamment, leur composition, leurs propriétés pharmacologiques – telles qu'elles peuvent être établies en l'état actuel de la connaissance scientifique –, leurs modalités d'emploi, l'ampleur de leur diffusion, la connaissance qu'en ont les consommateurs et les risques que peut entraîner leur utilisation ».

(530) La jurisprudence reconnaît aux autorités nationales la possibilité la plus étendue possible de décider de l'opportunité de recourir aux mécanismes de la coopération administrative

fonder leur refus sur des éléments de preuve concrets et ne peuvent pas se fonder sur une simple présomption (531) et, le cas échéant, procéder à une évaluation approfondie (532).

L'analyse *in concreto* de la situation individuelle de l'opérateur économique au regard de la législation nationale opère ainsi un déplacement de l'objet de la preuve. En réalité, il résulte de cette position jurisprudentielle que ce n'est pas la preuve de la condition exigée qui importe, mais la preuve des effets de la réglementation nationale sur la situation de l'opérateur économique et sur les droits qu'il tire au titre des libertés de circulation. Une telle considération implique nécessairement une démarche différente dans l'appréciation des effets restrictifs et, partant, dans la qualification d'entrave des mesures nationales concernées. Il suffit dès lors de rechercher leur incidence sur la situation individuelle de l'opérateur économique au regard de la preuve pour décider des effets restrictifs de la condition exigée sur les libertés de circulation. La qualification d'entrave répond donc à un double questionnement : la réglementation nationale exige-t-elle de manière systématique la preuve contraire de cette situation, ou bien empêche-t-elle l'opérateur économique d'en apporter la preuve ?

Telle est la solution qui résulte d'une jurisprudence constante rendue au sujet des législations nationales fiscales selon laquelle « *il ne saurait exclu, a priori, que le contribuable soit en mesure de fournir des pièces justificatives pertinentes permettant aux autorités fiscales de l'État membre d'imposition de vérifier, de façon claire et précise* » (533) si la condition exigée par la législation fiscale est ou non remplie. Cette position a été récemment rappelée dans l'arrêt *Commission c. Espagne* (534). En l'espèce, la Cour de justice a retenu le manquement de l'Espagne parce que les autorités nationales n'avaient pas apporté la preuve que, pour l'imposition des plus-values réalisées sur le territoire national selon qu'il s'agissait de résidents ou non rési-

pour demander des informations supplémentaires. Voy. CJCE, gd. ch., 27 janvier 2009, *Hein Persche*, aff. C-318/07, arr. préc., pts 63 à 65.

(531) CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, *Rec.* p. I-2553, pt 29 (au sujet du refus des autorités anglaises de commercialiser de la viande importée d'Espagne au motif que les abattoirs espagnols ne respectaient pas les conditions d'abattage des animaux).

(532) CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, aff. C-192/01, arr. préc., pt 56. Cette exigence a été récemment rappelée par la Cour à propos de l'affaire *Elchinov*. CJUE, gd. ch., 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, arr. préc.

(533) CJCE, 8 juillet 1999, *Baxter*, aff. C-254/97, arr. préc., pt 20 ; CJCE, 10 mai 2005, *Laboratoires Fournier*, aff. C-39/04, arr. préc., pt 25 ; CJCE, 11 octobre 2007, *ELISA*, aff. C-451/05, arr. préc., pt 96 ; CJCE, 8 novembre 2007, *Stadtgemeinde Frohleiten*, aff. C-221/06, arr. préc., pt 71 ; CJCE, gd. ch., 27 janvier 2009, *Hein Persche*, aff. C-318/07, arr. préc., pt 53.

(534) CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-562/07, *Rec.* p. I-9553.

dents, il était effectivement tenu compte de la situation individuelle des contribuables résidents.

C'est en ce sens que le rééquilibrage de la preuve permet d'éviter l'effet dissuasif ainsi constaté. Il garantit à l'opérateur économique la possibilité de démontrer en toute circonstance qu'il satisfait à la condition spécifique exigée. De plus, comme le souligne également à juste titre le professeur Michel Waelbroeck, « *il n'existe pas a priori de raison de favoriser l'État, qui a perçu une imposition illégale, par rapport au redevable, qui a payé parce qu'il ne pouvait pas l'éviter. (...) Il serait d'ailleurs faux de croire que l'État ne sera jamais en mesure de prouver que la taxe a été répercutée. (...) Une telle preuve est possible, notamment lorsque les prix sont fixés par l'autorité et que la charge de l'impôt litigieux a été prise en compte dans le calcul du prix officiel* » (535).

Le rééquilibrage de la charge de la preuve comme une mesure moins restrictive apparaît également respectueux de la répartition des compétences entre les États membres et l'Union. En effet, il permet de concilier la compétence des États membres en matière de preuve et l'exercice effectif des droits découlant des traités dans la mesure où le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'un système juridique national refuse l'exonération demandée ou la restitution de taxes nationales indûment perçues (536) si les preuves demandées ne sont pas fournies (537).

L'interdiction de principe d'entraves aux libertés de circulation impose aux États membres de ne pas prévoir des modalités de preuve qui peuvent avoir pour effet de dissuader les opérateurs économiques de les exercer et de se prévaloir des droits qui en découlent. À cet égard, les traités et la jurisprudence ont permis de forger, dans certaines hypothèses, un régime de preuve spécifique des justifications de telles réglementations.

(535) M. WAELBROECK, note sous l'arrêt CJCE, 9 décembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *CDE*, 1985, p. 46.

(536) Tel est notamment le cas lorsque les juridictions nationales ont pu constater que les taxes indûment perçues ont été répercutées sur des tiers. CJCE, 27 février 1980, *Hans Just*, aff. 68/79, arr. préc., pt 27.

(537) CJCE, 18 décembre 2007, *Skatterverket*, aff. C-101/05, *Rec.* p. I-11531, pt 58. CJUE, 15 septembre 2011, *Accor SA*, aff. C-310/09, *nepr.*, pt 82 : « *Il importe de rappeler que les autorités fiscales d'un État membre sont en droit d'exiger du contribuable les preuves qu'elles jugent nécessaires pour apprécier si les conditions d'un avantage fiscal prévu par la législation en cause sont réunies et, en conséquence, s'il y a lieu ou non d'accorder ledit avantage* (...) » ; v. aussi, pts 91 à 94 de cet arrêt.

SECTION 2 – LA PREUVE DES JUSTIFICATIONS DES DÉROGATIONS
AUX LIBERTÉS FONDAMENTALES

La réalisation du marché intérieur impose aux États membres l'obligation de ne pas adopter des mesures nationales pouvant avoir un effet restrictif sur les libertés fondamentales. Néanmoins, en l'absence d'une réglementation ou d'une harmonisation des législations nationales au niveau de l'Union, leur disparité peut laisser supposer que, dans certaines hypothèses, l'existence d'un degré de distorsion soit conciliable avec les exigences liées à la réalisation du marché intérieur. Ce degré de distorsion est toléré, dès lors que la mesure nationale peut être justifiée par la protection d'un intérêt jugé légitime. Au-delà des spécificités de chaque justification aux dérogations des règles relatives au marché intérieur, leur régime probatoire est le même. L'application d'une dérogation n'est pas automatique et il incombe à l'État qui s'en prévaut d'en apporter la preuve. L'action normative des États membres est ainsi encadrée par l'exigence de preuve qui pèse sur eux, dès lors que ces derniers entendent réglementer certaines activités ou produits au titre d'une justification d'une dérogation aux règles des traités. Dans la mesure où cette exigence de preuve conditionne l'exercice de la compétence normative des États membres, il convient de l'étudier tant en ce qui concerne son fondement (§1) qu'en ce qui concerne son application (§2).

§1. – Le fondement de l'exigence d'apporter la preuve du bien-fondé de la dérogation

L'exigence d'apporter la preuve du bien-fondé de la dérogation est déduite de la possibilité reconnue aux États de déroger aux règles établies par les dispositions des traités (A). L'existence même d'une telle possibilité repose nécessairement sur une exigence de preuve (B).

A. *La possibilité reconnue aux États membres de déroger aux règles établies par les dispositions des traités*

La réalisation du marché intérieur peut avoir des incidences non négligeables sur l'économie nationale ou sur des objectifs présentant un intérêt général. C'est la raison pour laquelle les dispositions des traités prévoient, en premier lieu, la possibilité pour les États membres d'adopter des mesures pour protéger certains intérêts économiques (1). Ils prévoient, en second lieu, la possibilité pour les États de déroger

aux règles relatives aux libertés de circulation pour des motifs d'intérêt général non économiques (2).

1. La compétence des États membres de déroger aux dispositions des traités pour des motifs économiques

Dès l'origine, les traités ont expressément prévu la possibilité pour les États membres de prendre des mesures restrictives ou dérogatoires aux dispositions des traités pour protéger un intérêt économique, notamment par la possibilité d'adopter des mesures nationales de sauvegarde (538).

Ainsi, l'article 226 du traité CEE précisait qu'« *au cours de la période de transition, en cas de difficultés graves et susceptibles de persister dans un secteur de l'activité économique ainsi que de difficultés pouvant se traduire par l'altération grave d'une situation économique régionale, un État membre peut demander à être autorisé à adopter des mesures de sauvegarde permettant de rééquilibrer la situation et d'adapter le secteur intéressé à l'économie du marché commun* ». L'article 134 du même traité, relatif à la politique commerciale commune, visait la possibilité pour les États membres de prendre des mesures nécessaires en cas de « *difficultés économiques* » pouvant résulter des disparités de législations nationales ou d'un « *détournement de trafic* ».

Si ces deux articles ont été abrogés (539), respectivement par le traité d'Amsterdam et par le Traité de Lisbonne, il n'en demeure pas moins que des dispositions spécifiques (540) prévoient encore la possibilité pour les États membres d'arrêter des mesures de sauvegarde. Les

(538) M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, op. cit., pp. 250 et s.

(539) Pour une étude de ces articles, voy. M. LEJEUNE, *Un droit des temps de crises : les clauses de sauvegarde de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 1975 ; A. MATTERA, *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, op. cit. ; M. TAILLENS-LASSALLE, *Contribution à l'étude des clauses de sauvegarde et des régimes dérogatoires du droit communautaire*, thèse, Lille, ANRT, 2003, pp. 107 et s.

(540) Les dispositions organisent de manière spécifique la protection de l'Union économique et monétaire, notamment « les difficultés » pouvant survenir à l'occasion des mouvements de capitaux en provenance de pays tiers (voy. article 66 TFUE (ex article 59 TCE) relatif à la libre circulation des capitaux). Ces dispositions ne seront pas étudiées dans la mesure où elles autorisent une action normative de la part des institutions de l'Union qui se substitue à celle des États. Pour une étude de cette possibilité, voy. F. PICOD, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *J.-Cl. Europe*, 2010, fasc. 890, p. 19. Il en est de même de l'article 122 §1, TFUE relatif à la politique économique qui autorise le Conseil à prendre des mesures appropriées en cas de « *graves difficultés dans l'approvisionnement en certains produits* ». P. OLIVER, *Free Movement of Goods in the European Community*, op. cit., pp. 391 et s. ; A. MCDONNELL, P. J. G. KAPTEYN, K. MORTELMANS, C. W. A. TIMMERMANS (éd.), *The Law of the European Union and the European Communities: with reference to changes to be made by the Lisbon Treaty*, op. cit., pp. 909 et s.

articles 143 §1, (ex article 119 TCE) et 144 §1, TFUE (ex article 120 TCE) concernent les difficultés dans la balance des paiements d'un État faisant l'objet d'une dérogation parce qu'il ne remplit pas les conditions nécessaires pour l'adoption de l'euro. Ces dispositions prévoient expressément la possibilité pour les États membres d'arrêter des mesures de sauvegarde nécessaires.

De plus, dans le domaine des aides d'État, les traités font référence à l'existence d'une « *perturbation grave de l'économie* » (541) et à la possibilité pour les États membres, dans une telle hypothèse, de prendre des mesures nationales sous la forme d'aides d'État qui sont considérées comme compatibles avec les dispositions des traités.

L'action normative des États membres pour sauvegarder un intérêt économique est ainsi reconnue. Toutefois, l'exercice de cette compétence est subordonné au respect de conditions très strictes qui nécessitent l'intervention de la Commission européenne en amont de la prise de la mesure nationale. L'exercice de l'action normative nationale dérogeant aux dispositions des traités n'est donc possible que si cette dernière est considérée comme indispensable pour sauvegarder l'intérêt économique eu égard à la menace particulièrement grave à laquelle l'État concerné doit faire face. Cette mesure nationale fait l'objet d'une autorisation préalable au niveau de l'Union et n'implique pas *a priori* un exercice spontané de la compétence nationale ainsi reconnue. De plus, elle ne peut déployer ses effets que pour une durée déterminée.

C'est sur ce point que cette compétence des États membres se distingue de celle qui leur est reconnue pour déroger aux dispositions des traités pour des motifs d'intérêt général non économique.

2. La compétence des États membres de déroger aux dispositions des traités pour des motifs d'intérêt général non économiques

La possibilité reconnue aux États membres de déroger aux dispositions des traités pour des motifs d'intérêt général non économiques est sans doute la compétence la plus controversée. Tout d'abord, elle permet aux États membres de maintenir des mesures nationales qui sont en principe interdites, dès lors qu'est en cause la protection ou de la sauvegarde d'un intérêt général ou de l'ordre public. Ensuite, elle leur

(541) Voy. article 107 §3, TFUE en matière d'aides d'État. Pour une étude de cette question, voy. M. DONY, *Contrôle des aides d'État*, in *Commentaire Mégret*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2007, pp. 216 et 217.

permet de réglementer certains domaines qui peuvent faire l'objet d'une action normative au niveau de l'Union (542).

En effet, l'article 114 §4, TFUE (ex article 95 TCE) prévoit expressément la possibilité pour les États membres de « *maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail* ». L'article 36 TFUE (ex article 30 TCE) prévoit à cet effet, pour la libre circulation des marchandises, que certaines restrictions peuvent être maintenues, dès lors qu'elles sont justifiées par « *des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* » (543). À ces dérogations s'ajoutent également les mesures nationales justifiées par « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » (544) qui sont tolérées en matière de libre circulation des personnes et des services et en matière de libre établissement.

La jurisprudence complète ces dérogations par les exigences impératives d'intérêt général et les raisons impérieuses d'intérêt général dont la liste n'est pas exhaustive (545). Ainsi, dans l'arrêt *Cassis de Dijon* (546), la Cour de justice a considéré comme des exigences impératives d'intérêt général la défense des consommateurs, la protection de la santé, la loyauté des transactions commerciales et l'efficacité des contrôles fiscaux qu'elle a par la suite complétées, en fonction de la spécificité de chaque liberté de circulation (547).

(542) Voy. dans le même sens, J.-Cl. MASCLÉ, « Libre circulation des marchandises. Exceptions. Harmonisation des législations. », *J.-Cl. Europe, op. cit.*, n° 5 à 29.

(543) article 36 TFUE (ex article 30 TCE) en matière de libre circulation des marchandises.

(544) article 45 §3, TFUE (ex article 39 §3, TCE) en matière de libre circulation des travailleurs ; article 52 §1, TFUE (ex article 46 §1, TCE) en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services ; article 65, §1, TFUE (ex article 58 §1, TCE) en matière de libre circulation des capitaux.

(545) Voy. également dans ce sens en matière de libre circulation des marchandises, CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649, pt 8, en matière de libre prestation de services, CJCE, 25 juillet 1991, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-353/89, *Rec.* p. 4069, pt 17. Cette jurisprudence est moins explicite en ce qui concerne la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Voy. néanmoins dans ce sens en matière de liberté de l'établissement, CJCE, 28 avril 1977, *Jean Thieffry*, aff. 71/76, *Rec.* p. 765, pts 15 et 16 ; en matière de libre circulation des capitaux, CJCE, 14 novembre 1995, *Svensson et Gustavsson*, aff. C-484/93, *Rec.* p. I-3955, pt 15.

(546) CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, arr. préc., pt 8.

(547) Voy. par exemple, CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, aff. 145/88, *Rec.* p. I-3851 (à propos des conditions de travail) ; CJCE, 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, aff. C-2/90, *Rec.* p. I-4431 (la protection de l'environnement). En matière de libre prestation de

La lecture combinée des dispositions des traités et l'analyse séquentielle des arrêts permettent de se rendre compte que l'action normative reconnue aux États est tolérée. C'est la raison pour laquelle les dérogations aux dispositions des traités font l'objet d'un examen très minutieux de la part du juge. Leur admissibilité au titre de justification implique un raisonnement reposant sur une distinction quant à leur régime juridique selon qu'il s'agit des dérogations prévues par les traités ou selon qu'il s'agit des justifications dégagées par voie prétorienne.

Ainsi, la compétence dont disposent les États membres au titre d'une dérogation prévue par les traités ou par une exigence définie par la jurisprudence n'a pas les mêmes incidences quant à l'examen de la réglementation nationale litigieuse. Prévue par les traités, la dérogation permet de justifier la mesure nationale lorsque celle-ci entrave de manière significative les libertés de circulation. En revanche, les exigences et/ou raisons impérieuses d'intérêt général font quant à elles *a priori* obstacle à la qualification d'entrave de la mesure nationale, cette dernière n'étant pas considérée comme portant atteinte à la réalisation du marché intérieur.

De l'étude des règles relatives aux libertés fondamentales et de la jurisprudence pertinente sur ce point, la doctrine a décelé une autre distinction dans la mise en œuvre des dérogations prévues par les traités et de celles dégagées par voie prétorienne. En effet, depuis le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* dans le domaine de la libre circulation des marchandises, il est de jurisprudence constante qu'une mesure discriminatoire nationale ne peut être justifiée que par les dérogations expressément visées par l'article 36 TFUE (ex article 30 TCE), les exigences impératives d'intérêt général ne devant en aucun cas constituer une discrimination, fût-elle dégagée (548).

services et de libre établissement, la Cour de justice a jugé comme des raisons impérieuses d'intérêt général : les règles professionnelles destinées à protéger les destinataires des services (CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Krauss*, aff. C-19/92, *Rec. p.* I-1663), la protection de la propriété intellectuelle (CJCE, 18 mars 1980, *Coditel*, aff. 62/79, *Rec. p.* 881), l'efficacité des contrôles fiscaux (CJCE, 15 mai 1997, *Singer*, aff. C-250/95, *Rec. p.* I-2471), la promotion de la recherche (CJCE, 10 mai 2005, *Laboratoires Fournier*, aff. C-39/04, arr. préc.). Voy. également, V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, pp. 196 et s.

(548) Voy. F. PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, *op. cit.*, pp. 246 et s ; J.-Cl. MASLET, « Libre circulation des marchandises. Exceptions. Harmonisation des législations. », *J-Cl Europe*, fasc. 551, *op. cit.*, n° 58 à 62 ; C. CHANSENAY, *L'empire des règles communautaires de marché. Etude du principe de libre circulation des biens et des services*, thèse, Lille, ANRT, 1999, pp. 318 et s. ; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2006, pp. 27 et s.

En revanche, une telle affirmation n'est pas tout à fait transposable dans le domaine des autres libertés de circulation. Le juge a, par ailleurs, admis qu'une mesure nationale même discriminatoire pouvait être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général (549), mais la jurisprudence n'est pas constante (550).

La référence expresse à des notions telles que l'ordre public ou l'intérêt général renforce davantage l'idée que les dérogations prévues par les traités rendent possible une action normative au profit des États membres. En effet, ces notions sont de contenu variable et indéterminé parce que, d'une part, elles sont définies par renvoi aux droits nationaux et, parce que, d'autre part, elles ont une incidence non négligeable sur le régime juridique des dérogations selon que ces dernières sont prévues par les traités ou par la jurisprudence.

Pour la notion d'ordre public, il est de jurisprudence constante qu'« *il appartient en principe à chaque État membre d' [en] déterminer les exigences (...) sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs et dans la forme qu'il a choisie* » (551). Il est, par ailleurs, admis que « *les circonstances qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre* » (552). Cette approche de la définition de la notion fait de l'ordre public une notion « *insaisissable* » variant d'un État à l'autre, d'un domaine à l'autre puisqu'il s'agit, en réalité, de préserver la sécurité dans la collectivité. Les professeurs Henri Capitant et Gérard Cornu la définissent comme « *l'ensemble des principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, dans un ordre juridique, considérés comme fondamentaux, et qui, pour cette raison, imposent à écarter l'effet dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères* » (553). Il apparaît donc logique que les États membres fixent « *le niveau auquel ils entendent assurer la sauvegarde d'intérêts essentiels tels que la protection de la santé, la défense de l'ordre public ou de la moralité* » (554).

(549) Voy. sur ce point, D. MARTIN, « 'Discriminations', 'entraves' et 'raisons impérieuses' dans le Traité CE : trois concepts en quête d'identité », *op. cit.*, spéc. p. ; D. MARTIN, « Libre circulation des travailleurs », *J.-Cl. Europe*, fasc. 601, 2007, n° 68 à 70 ; É. DUBOUT, « Entrave et discrimination », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur, op. cit.*, pp. 137 à 168.

(550) CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-153/08, *Rec. p.* I-9735.

(551) CJCE, 14 décembre 1979, *Regina*, aff. 34/79, *Rec. p.* 3795, pt 15.

(552) CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec. p.* 1337, pt 18.

(553) Voy. « Ordre public », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, op. cit.*, p. 644.

(554) J.-Cl. MASCLÉ, « Libre circulation des marchandises. Exceptions. Harmonisation des législations. », *J.-Cl. Europe*, fasc. 551, *op. cit.*, n° 8.

Pour la notion d'intérêt général qui soutient les exigences impératives ou les raisons impérieuses, la jurisprudence reconnaît également son caractère fondamental pour les États membres dans la mesure où cette notion exprime, selon le professeur Didier Truchet, « *l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes ou des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts* » (555).

Si le juge de l'Union admet le caractère « *indéfinissable* » de la notion d'intérêt général en raison des différentes justifications que celle-ci peut englober (556), il n'en demeure pas moins qu'il refuse de considérer ces dernières comme faisant partie des dérogations d'ordre public expressément prévues par les traités. L'exemple de la protection des consommateurs est à cet égard éclairant dans la mesure où la Cour de justice avait estimé que cet objectif ne pouvait pas être déduit des dérogations d'ordre public prévues par l'article 30 du traité CE (devenu article 36 TFUE) (557). Elle a, en revanche, jugé que les États pouvaient l'invoquer en tant qu'exigence impérative d'intérêt général (558).

Malgré l'existence d'une différence conceptuelle entre les dérogations d'ordre public et les exigences et /ou raisons impérieuses d'intérêt général, le régime de leur mise en œuvre ne se distingue pas fondamentalement. Il en est ainsi car elles constituent des justifications à des mesures nationales portant des restrictions aux libertés de circulation, même si elles interviennent à des stades différents dans le raisonnement juridictionnel. La doctrine a vu ainsi dans les exigences impératives ou les raisons impérieuses d'intérêt général l'expression de « *l'essence de l'ordre public, dans la mesure où, en l'absence même de texte, elles légitiment des restrictions à la libre circulation* » (559).

Le fait que la justification tire son origine de l'ordre public ou de la protection d'un intérêt général apparaît donc sans incidence sur la reconnaissance d'une action normative au profit des États membres. Eu égard au caractère particulièrement attentatoire à la réalisation du marché intérieur et à la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, l'exercice de cette action ne peut être que limité.

(555) D. TRUCHET, cité par B. STIRN, voy. « Intérêt » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 840.

(556) Voy. la jurisprudence citée en note de bas de page plus haut dans ce point 2. de la thèse.

(557) CJCE, 6 novembre 1984, *Ringelhan*, aff. 177/83, *Rec.* p. 3651, pts 18 et 19.

(558) CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, arr. préc., pt 8.

(559) C. PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. – Communautarisation des réserve d'ordre public », *J.-Cl. Europe*, fasc. 650, 2007, n° 9 ; voy. également E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *A.J.D.A.*, n° spécial, 1996, p. 60.

La Cour de justice a, par ailleurs, rappelé, au sujet de l'article 30 du traité CE dans le domaine de la libre circulation des marchandises (devenu article 36 TFUE), que cet article « *n'a pas cependant pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres, mais admet seulement que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation des marchandises dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs* » (560) qu'il vise. Par conséquent, la mise en œuvre normative des dérogations fondées sur l'ordre public ne saurait échapper à tout contrôle par les institutions de l'Union (561). Il en est de même pour les justifications fondées sur une exigence impérative ou sur une raison impérieuse d'intérêt général dans la mesure où leur application n'est possible que si certaines conditions sont réunies.

Le contrôle exercé au niveau de l'Union de l'exercice de la compétence nationale dérogatoire n'a pas pour objectif d'examiner le contenu même des notions de l'ordre public ou de l'intérêt général. Il se manifeste dans l'appréciation de conditions qui sont extérieures et indépendantes de toute référence faite essentiellement à des notions nationales. Ces conditions sont expressément prévues par les traités. Il incombe donc à l'État qui entend en invoquer le bénéfice d'en démontrer l'existence.

B. Une possibilité de déroger aux dispositions des traités soumise à une exigence de preuve

L'exercice de l'action normative nationale fondée sur une justification d'une dérogation est subordonné à la réunion des conditions prévues par les traités qui demeurent nécessaires pour la mise en œuvre des dérogations. Ces conditions sont particulièrement strictes et varient en fonction de la spécificité de chaque liberté de circulation. Au-delà de la teneur spécifique de chaque condition, la mise en œuvre des dérogations repose sur une véritable exigence de preuve qui pèse sur les États. La teneur de l'exigence de preuve varie selon qu'il s'agit des mesures nationales protégeant un intérêt économique (1) et selon qu'il s'agit des mesures nationales protégeant un intérêt non économique (2).

(560) CJCE, 5 octobre 1977, *Carlo Tedeschi*, aff. 5/77, *Rec.* p. I-1555, pt 34. Voy. A. McDONNELL, P. J. G. KAPTEYN, K. MORTELMANS, C. W. A. TIMMERMANS (éd.), *The Law of the European Union and the European Communities: with reference to changes to be made by the Lisbon Treaty*, op. cit., pp. 644 et s.

(561) CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* p. 1999, pt 33.

1. L'exigence de preuve et les mesures nationales sauvegardant un intérêt économique

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la possibilité pour les États membres de prendre des mesures nationales pour protéger un intérêt économique est limitée au domaine de l'Union économique et monétaire et à celui des aides d'État.

Dans le domaine de l'Union économique et monétaire, les mesures nationales dérogatoires ne peuvent intervenir que si l'État membre démontre la survenance d'une « *crise soudaine dans la balance des paiements* », conformément à l'article 144 §1, TFUE (ex article 120 TCE). Cette même disposition fixe également les conditions particulières de la mise en œuvre de cette possibilité qui constitue une procédure d'urgence. Ainsi, seuls les États se trouvant dans une situation dérogatoire à la mise en œuvre de l'euro peuvent en invoquer le bénéfice à condition qu'ils démontrent la survenance d'événements particulièrement soudains et néfastes pour leur balance des paiements. La nature de ces événements ainsi que leur caractère ne sont pas définis pas les traités, mais, à la lecture de cette disposition, il apparaît qu'ils doivent entraîner un déséquilibre significatif, suffisamment grave sur la balance des paiements pour être susceptible de compromettre le fonctionnement du marché intérieur (562).

Les vocables utilisés encadrent ainsi de manière très stricte l'exercice de l'action normative nationale parce qu'ils imposent aux États membres de démontrer les risques encourus par des éléments concrets et précis. La doctrine a, par ailleurs, vu dans la spécificité du champ d'application de cette clause de sauvegarde la justification nécessaire des conditions précises de sa mise en œuvre (563).

Ces conditions précises donnent ainsi des indications importantes sur l'étendue de la compétence nationale dérogatoire. Celle-ci est nécessairement d'usage limité et exceptionnel, eu égard à la spécificité de l'intérêt économique à protéger.

Ces considérations sont également transposables en ce qui concerne l'exigence de preuve qui pèse sur les États membres lorsqu'ils

(562) Pour une étude d'ensemble du régime juridique des mesures de sauvegarde dans le cadre de l'Union économique et monétaire, voy. M. TAILLENS-LASSALLE, *Contribution à l'étude des clauses de sauvegarde et des régimes dérogatoires du droit communautaire*, thèse, op. cit., pp. 107 et s.

(563) Voy. sur ce point, S. DEVOS, « La clause de sauvegarde commerciale pour difficultés de balance de paiements », *DPCI*, 1975, pp. 597 à 607 ; J. MOLINIER, « La réalisation de l'Union économique et monétaire », *RFFP*, 1992, p. 161.

décident d'adopter une aide d'État. En effet, l'article 107, §§2 et 3, TFUE (ex article 87 TCE) prévoit expressément cette possibilité pour les États membres à condition qu'ils démontrent dans le cadre de procédure de contrôle *a priori* que les conditions visées à ces paragraphes sont réunies (564). Cette obligation est justifiée par l'interdiction de principe qui frappe les aides d'État.

L'exigence de preuve à l'égard des mesures nationales dérogatoires protégeant un intérêt économique intervient donc en amont de l'exercice de l'action normative nationale en raison des effets négatifs que ces mesures peuvent avoir sur le bon fonctionnement du marché intérieur et sur la concurrence. Cette exigence se présente de manière différente pour les mesures nationales fondées sur un intérêt non économique.

2. L'exigence de preuve et les mesures nationales dérogatoires fondées sur un intérêt non économique

Les mesures nationales fondées sur un intérêt non économique permettent aux États membres de déroger aux règles relatives au marché intérieur. Cette action normative peut être exercée, même en présence d'une réglementation au niveau de l'Union, à condition toutefois que l'État membre démontre l'existence de preuves scientifiques nouvelles justifiant la mesure nationale (a). Il lui incombe, ensuite, de démontrer le caractère nécessaire et proportionné de la mesure contestée par rapport à l'objectif poursuivi par celle-ci, notamment en l'absence d'une réglementation au niveau de l'Union (b).

a) *L'exigence de preuves scientifiques nouvelles en cas d'une réglementation au niveau de l'Union*

L'exigence d'apporter des preuves scientifiques nouvelles permet aux États membres de maintenir ou de prendre des mesures nationales dérogatoires afin de protéger un intérêt non économique même lorsqu'il existe une réglementation au niveau de l'Union (565). Telle est

(564) Sur la notion d'aide d'État, voy. L. GRARD, « Aides d'État.-Notion », *J.-Cl. Europe*, fasc. 1530, 2000, n° 9 et s ; M. DONY, *Contrôle des aides d'État*, in *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, pp. 216 et 217.

(565) Pour une présentation de telles mesures nationales dérogatoires, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, « Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du *in* et du *out* » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, vo. 1, Paris, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 123 et s. Voy. également, l'article 193 TFUE qui prévoit la possibilité pour les États membres de maintenir des mesures de protection renforcées en matière de protection de l'environnement, à condition, toutefois, que ces mesures soient compatibles avec les

notamment la teneur de l'article 114 §5, TFUE (ex article 95 §5, TCE) qui prévoit expressément que lorsqu'« un État membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption ». Cet article impose lui-même une exigence de preuve scientifique nouvelle qui permettra d'introduire une mesure dérogatoire. L'exigence de preuve, lorsqu'il existe une réglementation au niveau de l'Union, apparaît ainsi comme spécifique à la poursuite des objectifs particuliers imposés par la protection de l'environnement (566) ou du milieu de travail.

La notion de « preuves scientifiques nouvelles » n'est pas définie dans les traités. Par une jurisprudence constructive, la Cour de justice a interprété de manière stricte cette notion et a précisé qu'elle ne pouvait être utilisée que dans le cadre de l'article 95 §5, du traité CE (devenu article 114 §5, TFUE). Ainsi, se fondant sur la fonction particulière de cette disposition, la Cour de justice a estimé que « l'adoption d'une législation nationale nouvelle est davantage susceptible de mettre en péril l'harmonisation. Les institutions (...) n'ont, par définition, pas pu prendre en compte le texte national lors de l'élaboration de la mesure d'harmonisation. Dans ce cas, les exigences visées à l'article 30 CE ne sont pas prises en considération et seules sont admises des raisons relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail, à la condition que l'État membre apporte des preuves scientifiques nouvelles et que la nécessité d'introduire des dispositions nationales nouvelles résulte d'un problème spécifique de l'État concerné qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation » (567).

Cette exigence de preuve scientifique ne peut intervenir que lorsqu'une situation spécifique à un État membre est apparue après la mesure d'harmonisation au niveau de l'Union. Il s'agit donc d'une

dispositions des traités et soient notifiées à la Commission. Sur le principe de précaution en matière environnementale, voy. P. ICARD, « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire », *RTDE*, 2002, pp. 473 et s.

(566) Cf. BLUMANN, « Compétence communautaire et compétence nationale » in J.-Cl. MASLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, actes du colloque d'Angers des 6 et 7 octobre 1994, Paris, La documentation française, 1997, pp. 68 et s. ; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, op. cit., pp. 295 et s.

(567) CJCE, 21 janvier 2003, *Allemagne c. Commission*, aff. C-512/99, *Rec. p.* I-845, pt 41 ; CJCE, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, aff. C-3/00, *Rec. p.* I-2643, pt 58. comm. D. SIMON, *Europe*, 2003, n° 156 pp. 10 à 11.

condition à part entière pour la mise en œuvre de cette disposition que l'État membre doit satisfaire dans le cadre de la procédure de notification (568). Le caractère systématique de cette condition a été rappelé par la Cour de justice qui a estimé que, dès lors que la Commission avait informé l'État membre que les mesures nationales seraient examinées au regard de l'article 95 §5, du traité CE (devenu article 114 §5, TFUE), ce dernier se trouvait dans l'obligation de notifier « *les raisons nationales dérogatoires* » (569). Les conditions fixées par l'article 95 §5, du traité CE (devenu article 114 §5, TFUE) sont cumulatives et « *doivent être toutes remplies sous peine de rejet de la demande de dérogation par la Commission* » (570).

Étant une condition de mise en œuvre de l'article 114 §5, TFUE, la preuve scientifique apparaît particulièrement difficile à apporter. La lecture de cette disposition et de la jurisprudence permet d'ores et déjà de rendre compte qu'il s'agit d'une notion « *insaisissable* » et difficile à mettre en œuvre dans la mesure où elle renvoie à des concepts nouveaux au niveau de l'Union. En effet, exiger une preuve scientifique suppose la nécessité de démontrer un risque particulier par le recours à des méthodes scientifiques dont la valeur probante n'est pas pour autant déterminée dans le droit de l'Union européenne (571). Comme le remarque à juste titre le professeur Rostane Mehdi, « *L'État doit parvenir à démontrer que la mesure prescrite est fondée 'sur des preuves scientifiques nouvelles'. La satisfaction de cette exigence peut s'avérer, en pratique, hasardeuse tant le domaine considéré est marqué par l'incertitude scientifique et la fragilité des preuves susceptibles d'être avancées. (...) dans une matière où il règne une forte incertitude, il serait excessif d'exiger de l'État qu'il produise une preuve au sens strict du terme* » (572).

(568) CJCE, 20 mars 2003, *Danemark c. Commission*, aff. C-3/00, arr. préc., pt 62 : « *Cette condition est imposée par l'article 95, paragraphe 5, CE pour l'introduction de dispositions nationales dérogatoires nouvelles, mais n'est pas prévue à l'article 95, paragraphe 4, CE pour le maintien de dispositions nationales dérogatoires préexistantes* ». TPICE, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich c. Commission*, aff. jtes T-366/03 et T-235/04, *Rec. p. II-4005*, pt 63 ; TPICE, 27 juin 2007, *Pays-Bas c. Commission*, aff. T-182/07, *Rec. p. II-1983*, pt 59 ; CJCE, 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich c. Commission*, aff. C-439/05 P et C-454/05 P, *Rec. p. I-7141*, pts 56 et 57 ; CJCE, 6 novembre 2008, *Pays-Bas c. Commission*, aff. C-405/07 P, *Rec. p. I-8301*, pts 51 à 53.

(569) CJCE, 21 janvier 2003, *Allemagne c. Commission*, aff. C-512/99, arr. préc., pt 86.

(570) TPICE, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich c. Commission*, aff. jtes T-366/03 et T-235/04, arr. préc., pt 54. Pour une étude de cet article, voy. N. DE SADELEER, « Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du traité CE », *RTDE*, 2002, pp. 58 et s.

(571) Sur les principes qui gouvernent la détermination de la valeur probante des modes de preuves, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, de la Seconde partie de la thèse.

(572) R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 175.

Il s'agit de deux difficultés majeures : la définition d'un risque et la nature de la preuve pouvant démontrer ce risque (573). De plus, la Cour de justice a estimé que, dans le cadre de l'article 95 §5, du traité CE (devenu article 114 §5, TFUE), le principe du contradictoire ne s'appliquait pas à la procédure de notification et que, par conséquent, la Commission n'était pas tenue d'informer l'État membre du contenu de la décision qu'elle allait adopter (574).

Pour pallier ces difficultés en matière de preuve que peut rencontrer l'État membre, le juge a assoupli l'exigence de preuve qui pèse sur les États membres. Elle est plus ou moins contraignante en fonction des circonstances particulières propres à chaque affaire. De plus, en raison de la non application du principe du contradictoire, la Cour de justice a estimé que la Commission disposait d'un large pouvoir d'appréciation des données fournies par l'État membre concerné. En conséquence, le contrôle qu'exercera le juge sur la décision de la Commission aura pour objectif d'examiner l'exactitude matérielle des faits sur lesquels la décision a été fondée (575). Il incombera dès lors au juge de vérifier si la Commission avait pris en compte et examiné toutes les données pertinentes fournies par l'État pour décider de la réunion des conditions requises par l'article 95 §5, du traité CE (devenu article 114 §5, TFUE) (576). Toutefois, l'État ne saura en aucun cas se satisfaire de simples suppositions non encore vérifiées (577).

(573) Voy. le raisonnement suivi par le Tribunal de première instance : TPICE, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich c. Commission*, aff. jtes T-366/03 et T-235/04, arr. préc., pts 61 à 69. C'est à l'occasion de l'adoption des mesures restrictives à l'égard des cultures OGM que les difficultés liées à l'exigence de preuves scientifiques nouvelles ont été particulièrement mises en avant. V. sur ce point, E. BROSSET, « Différenciations nationales et harmonisation communautaire, l'exemple OGM », *RDSS*, 2006, p. 218, pp. 225 et s.; voy. également la directive 2001/18/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, *JO* n° L 106 du 17 avril 2001.

(574) TPICE, 5 octobre 2005, *Land Oberösterreich c. Commission*, aff. jtes T-366/03 et T-235/04, arr. préc., pts 40 à 47. A. BOUVERESSE, *Europe*, 2005, n° 409, p. 17 (confirmé en pourvoi, CJCE, 13 septembre 2007, *Land Oberösterreich c. Commission*, aff. C-439/05 P et C-454/05 P, arr. préc., pts 37 à 41).

(575) Sur la signification de ce contrôle en matière de preuve, voy. Titre I, Chapitre 2, Section 2, §2 de la Seconde partie de la thèse.

(576) Voy. CJCE, 6 novembre 2008, *Pays-Bas c. Commission*, aff. C-405/07 P, arr. préc., pts 51 à 72. En l'espèce, la Cour a annulé l'arrêt du Tribunal car il n'avait pas procédé à un tel examen et, par conséquent, a estimé qu'il avait commis une erreur de droit. Voy. la décision du Tribunal, TPICE, 27 juin 2007, *Pays-Bas c. Commission*, aff. T-182/07, arr. préc. Il faut néanmoins préciser que cette appréciation dépend de l'admissibilité des modes de preuve avancés pour établir le risque pour l'environnement allégué afin de justifier le maintien ou l'adoption d'une mesure nationale dérogatoire à la législation de l'Union portant harmonisation. Voy. dans ce sens, R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., pp. 175 et 176.

(577) CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/01, *Rec.* p. I-8105, pts 108 à 114.

En dehors du cadre particulier de l'article 114 §5, TFUE, l'exigence de preuve qui incombe aux États membres concerne l'adéquation de la mesure nationale dérogatoire avec l'objectif de protection poursuivi.

b) *L'exigence de la preuve du caractère nécessaire et proportionné de la mesure nationale en l'absence d'une réglementation au niveau de l'Union*

L'exigence d'apporter la preuve du caractère nécessaire et proportionné de la mesure nationale est plus classique et résulte du régime juridique des justifications d'intérêt général (578). Ce régime, dégagé essentiellement par voie prétorienne, encadre l'action normative nationale dans la mesure où celle-ci ne peut intervenir qu'en l'absence d'une réglementation ou harmonisation au niveau de l'Union et dans la mesure où l'acte national dérogatoire doit être adéquat à la protection de l'objectif poursuivi. Le contrôle des mesures nationales fondées sur les dérogations d'ordre public ou sur les exigences impératives et/ou raisons impérieuses d'intérêt général impose aux États membres de démontrer certains éléments afin que ces mesures nationales puissent être considérées comme licites au regard des libertés de circulation.

En premier lieu, ce contrôle consiste à vérifier que l'action normative nationale est effectivement commandée par l'un des objectifs visés par les dérogations d'ordre public ou par celles dégagées dans la jurisprudence. Par cette exigence, il s'agit en substance de contrôler que les États ne poursuivent pas un autre but que ceux considérés comme légitimes et, par conséquent, qu'ils ne protègent pas une production nationale, des ressortissants nationaux, des services ou des capitaux par des discriminations ou des restrictions déguisées. En deuxième lieu, l'identification d'un intérêt légitime à protéger implique que la mesure nationale doit être justifiée. Aussi, la mesure doit-elle être nécessaire. Par la nécessité de la mesure, il s'agit en substance de vérifier que la mesure est appropriée et permet d'atteindre l'objectif poursuivi et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet (579). De même, au titre du caractère nécessaire de la mesure, il s'agit d'examiner si le même

(578) M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, op. cit., pp. 146 et s.

(579) Se trouvent ainsi visées les mesures nationales imposant des contrôles systématiques ou des vérifications ou bien celles exigeant des formalités particulières écrites à titre exclusif. Voy. sur ce point, les développements et les exemples de jurisprudence cités dans Section 1, §1, B. de ce chapitre.

résultat aurait pu être atteint par une mesure moins restrictive (580). Cette dernière exigence débouche ainsi, en troisième lieu, sur l'examen du caractère proportionné de la mesure. Ce caractère s'apprécie en fonction d'une mise en balance des intérêts en présence, notamment dans les situations où la mesure nationale est susceptible de porter atteinte à d'autres intérêts fondamentaux. En matière de preuve, cet examen de la proportionnalité se présentera, comme nous le verrons, lorsqu'il s'agira de la mise en œuvre de l'exigence de preuve de la justification dès lors que celle-ci dépendra de la constatation préalable d'une violation d'une liberté de circulation (581).

Les éléments du contrôle opéré des mesures nationales fondées sur des dérogations aux règles des libertés de circulation permettent ainsi de rendre compte que l'action normative nationale dérogatoire est encadrée par la nécessité pour les États membres de justifier la mesure nationale par des preuves concrètes et précises, suffisamment pertinentes (582). Ces dernières doivent ainsi permettre, d'une part, d'examiner la pertinence de la mesure et, d'autre part, de décider de l'importance de l'intérêt invoqué. L'application de l'exigence de preuve de la dérogation joue ainsi au niveau de la charge de la preuve.

§2. – L'application de l'exigence de preuve de la dérogation

Il est de jurisprudence constante que la charge de la preuve de la justification incombe à l'État qui invoque une dérogation aux dispositions des traités. Une telle position jurisprudentielle n'est pas surprenante dans la mesure où la charge de la preuve désigne celle des parties qui doit apporter les éléments de preuve nécessaires au succès de sa prétention. Or, une telle présentation de la charge de la preuve risque néanmoins d'aboutir à une approche réductrice de l'exigence de preuve de la justification. La transposition de la charge de la preuve au stade de la justification d'une dérogation ne résulte pas d'une application classique des règles du droit de la preuve. Celle-ci va au-delà d'une

(580) Voy. sur ce point, les développements et les exemples de jurisprudence cités dans Section 1, §2, B. de ce chapitre.

(581) Voy. sur ce point, les développements dans le §2, B. 2. de cette section de ce chapitre. Comme l'observe à juste titre le professeur Vial dans sa thèse, la doctrine reste partagée sur le point de savoir si le contrôle de la nécessité de la mesure fait partie du test de la proportionnalité (C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, op. cit., pp. 37 et s). En ce qui concerne la preuve de la justification, il nous paraît opportun de maintenir cette présentation dans la mesure où l'appréciation et les évaluations des preuves sont souvent une question de conciliation de plusieurs intérêts en présence.

(582) Sur la nature et l'étendue des preuves exigées, voy. §2, A. de cette section de ce chapitre.

considération purement procédurale de la preuve de la dérogation. Dans le droit de l'Union, elle fournit une explication constructive de la signification de l'exigence d'apporter la preuve de la dérogation (A) et de sa mise en œuvre effective (B).

A. La signification de l'exigence de la preuve de la dérogation pour l'État qui l'invoque

Le principe selon lequel l'État qui se prévaut d'une dérogation doit en apporter la preuve s'explique par la place des dérogations dans le droit de l'Union européenne. Le caractère exceptionnel des dérogations fournit l'explication de l'exigence de preuve qui apparaît la moins controversée. En effet, le caractère exceptionnel des dérogations découle de la place des règles relatives aux libertés fondamentales dans le marché intérieur qui sont le fondement même de l'Union. La reconnaissance de leur caractère fondamental a conduit à préciser qu'elles sont d'interprétation large et, par conséquent, qu'elles peuvent avoir une application étendue (583). L'approche fonctionnelle qu'adopte la Cour de justice pour qualifier les réglementations nationales d'entrave à ces règles en témoigne (584) car certaines situations, présentant un intérêt purement interne, peuvent être appréhendées comme entrant dans le champ d'application des libertés de circulation (585).

(583) Voy. sur ce point, Section 1, §1, A. de ce chapitre.

(584) En matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice a estimé que la notion de mesure d'effet équivalent s'appliquait à « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » voy. CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, arr. préc., pt 5 ; voy. pour une évolution de cette jurisprudence, CJCE, 23 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-6097, pts 11 et 12. Voy. également dans ce sens, F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, pp. 172 et s. ; En ce qui concerne la notion d'entrave aux libertés d'établissement et de prestations de services, la Cour la retient à l'égard de toute mesure nationale législative, administrative ou réglementaire qui gêne ou rend moins attrayant leur exercice, V. CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Krauss*, aff. C-19/92, arr. préc., Voy. également dans ce sens, V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *op. cit.*, pp. 214 et s. ; J.-G. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *J.-Cl. Europe, op. cit.*, n° 91 et 92. Pour ce qui est du caractère entravant des réglementations nationales instaurant des modalités procédurales de preuve, V. Section 1, § 1 et 2 de ce chapitre.

(585) Voy. en matière de libre circulation des marchandises, CJCE, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. jtes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, *Rec.* p. I-2343, pts 44 et 45 ; en matière de libre prestations de services, libre circulation des personnes et libre établissement, CJCE, 5 juin 1997, *Ypourgos Ergasias*, aff. C-398/95, *Rec.* p. I-3091, pt 12 ; CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78, *Rec.* p. 399, pt 18 ; en matière de libre circulation des capitaux, CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres*, aff. jtes C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, arr. préc., pt 26.

Dans la mesure où la dérogation porte une atteinte aux principes fondamentaux de l'Union, son application ne peut être qu'exceptionnelle et, par conséquent, sa preuve doit être apportée par l'État qui l'invoque (586). Comme le remarque à juste titre l'avocat général Léger, admettre une autre solution en ce qui concerne la charge de la preuve de la justification, c'est admettre que « *les États membres pourraient recouvrir le principe de libre circulation du voile de l'exception. La Commission ou les ressortissants communautaires supporteraient la charge de justifier, en toutes circonstances, négativement que les conditions d'une exception à une liberté fondamentale ne sont pas remplies. Cette conséquence serait pour le moins contraire aux règles régissant l'interprétation d'un principe et de son exception. (...) La mise en œuvre de l'une des libertés fondamentales du traité serait singulièrement limitée, compte tenu de l'importance des effets pratiques de la détermination du fardeau de la preuve* » (587).

Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises, lorsque l'article 36 TFUE est invoqué à propos d'une mesure nationale, il incombe à l'État membre d'apporter la preuve de l'utilité de cette mesure (588). De même, la Cour rappelle qu'« *il doit toujours incomber à l'autorité nationale qui invoque [cet article] de démontrer que les mesures qu'elle impose satisfont à ces critères* » (589). La Cour a jugé que si un État membre estime qu'un produit présente des risques pour la santé et entend invoquer l'article 30 du traité CE (devenu article 36 TFUE), il lui appartient de démontrer que la mesure nationale constitue un moyen adéquat et non excessif et qu'il n'existe pas de moyen moins entravant pour le commerce interétatique (590).

La Cour de justice a récemment précisé, en ce qui concerne la libéralisation des services postaux que « *la charge de la preuve de la nécessité, pour le maintien du service postal universel, de réserver le courrier transfrontalier au prestataire de ce service, incombe à l'État*

(586) J.-Cl. MASCLET, « Libre circulation des marchandises. Exceptions. Harmonisation des législations. », *J.-Cl. Europe*, fasc. 551, 1997, n°44 à 47.

(587) Conclusions de l'Avocat général Léger, présentées le 5 mars 1996, sous CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Grèce*, aff. C-290/94, *Rec. p.* I-3285, pts 79 à 81.

(588) CJCE, 7 juin 2007, *Commission c. Belgique*, aff. C-254/05, *Rec. p.* I-4269, pt 35; CJCE, 15 novembre 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-319/05, *Rec. p.* I-9811, pt 88.

(589) CJCE, 8 novembre 1979, *Firma Denkavit*, aff. 251/78, *Rec. p.* 3369, pt 24. ; CJCE, 5 février 2004, *Greenham et Abel*, aff. C-95/01, *Rec. p.* I-1333.

(590) CJCE, 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, aff. 227/82, *Rec. p.* 3883, pt 6 ; CJCE, 25 mai 1993, *Commission c. Italie*, aff. C-228/91, *Rec. p.* I-2701, pt 27 ; CJCE, 8 mai 2003, *ATRAL*, aff. C-14/02, *Rec. p.* I-4431, pt 67.

membre qui fait usage de la faculté de procéder à une telle réserve ou, le cas échéant, à ce prestataire » (591).

Cette approche dans l'application des règles relatives au marché intérieur conduit à adopter une interprétation stricte des dérogations aux libertés fondamentales (592). Elle constitue ainsi un encadrement très efficace de l'autonomie procédurale des États membres dans la mesure où, dès lors que ces derniers prennent des mesures restrictives, il leur incombe de les justifier par la preuve de leur nécessité et de leur caractère proportionné (593). La Cour de justice a jugé que la justification du bien-fondé de la dérogation doit être toujours accompagnée « *des preuves appropriées ou d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation* » (594). Ces preuves, pour être admises, doivent présenter certaines caractéristiques.

En effet, les dérogations prévues par les traités ou par la jurisprudence concernent des situations particulières et la survivance des circonstances précises et concrètes qui présentent une menace significative à un intérêt jugé légitime pour un État. La dérogation repose donc sur des faits qui se sont produits ou vont se produire et dont les conséquences peuvent se révéler néfastes pour l'État membre. La dérogation implique une (in)action de la part des États membres qui se traduit par le maintien ou l'adoption de mesures nationales spécifiques qui sont justifiées par des éléments factuels précis. Ces éléments factuels doivent être démontrés de manière concrète et ne peuvent pas être déduits d'une simple constatation de la situation de l'État membre concerné. La dérogation est, par conséquent, appréhendée de manière positive.

Cette approche positive de la dérogation explique alors que l'État membre doit démontrer par des éléments concrets et précis que les conditions de la justification telles qu'elles sont exigées par les

(591) CJCE, 15 novembre 2007, *International Mail Spain*, aff. C-162/06, *Rec.* p. I-9911, pt 49.

(592) Voy. en matière de libre circulation de personnes CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219, pt 27 ; en matière de libre circulation de marchandises CJCE, 5 février 2004, *Greenham et Abel*, aff. C-95/01, arr. préc., pt 40.

(593) Voy. sur ce point, §1, B. 2. b) de cette section.

(594) CJCE, 13 novembre 2003, *Diana Elisabeth Lindman*, aff. C-42/02, *Rec.* p. I-13519, pt 25 (d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité) ; CJCE, 18 mars 2004, *Ludwig Leichle*, aff. C-8/02, *Rec.* p. I-2641, pt 45 (de l'aptitude et de la proportionnalité) ; CJCE, 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-147/03, *Rec.* p. I-5969, pt 63 ; CJCE, 16 février 2006, *Ulf Öberg*, aff. C-185/04, *Rec.* p. I-1453, pt 22 ; CJCE, 13 mars 2008, *Commission c. Belgique*, aff. C-227/06, *Rec.* p. I-46 (publ. somm.), pt 63.

traités ou la jurisprudence sont réunies. La preuve de la justification est donc une preuve positive parce qu'elle impose à l'État de démontrer l'adéquation de la mesure nationale dérogatoire avec l'objectif poursuivi et qu'il était dans l'impossibilité d'agir autrement au regard des faits positifs concrets (595). L'objet de cette preuve ne peut résulter que des éléments objectifs et pertinents (596).

Toute considération d'une intention ou d'une absence d'intention d'entraver les libertés fondamentales est alors exclue. Tout argument, qui tend à démontrer que l'État n'a pas agi contrairement au droit de l'Union européenne, est également rejeté.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter la position de la Cour de justice lorsqu'elle ne se contente pas d'une simple allégation (597), mais exige de l'État de démontrer la réalité d'un danger pour les intérêts jugés légitimes par une « *évaluation approfondie* » (598) du risque allégué pour la santé publique. Une telle preuve doit être fondée sur des données de la recherche scientifique (599) afin de justifier l'effet restrictif de la réglementation nationale sur les échanges entre les États membres.

L'exigence de preuves concrètes et positives pour démontrer l'existence d'une justification ne doit pas néanmoins aboutir à la conclusion hâtive selon laquelle la preuve de la justification n'est jamais aménagée au profit de l'État membre qui l'invoque. En effet, la prise en compte de la situation individuelle de l'opérateur économique a permis d'identifier, dans la jurisprudence, des situations dans lesquelles l'intervention normative des États membres créait à son égard une protection particulière au titre d'un intérêt légitime.

La mise en œuvre de cette protection entraîne l'instauration d'une présomption de justification au profit des États membres, la restriction aux libertés de circulation découlant justement de cette protection à laquelle aboutit la mesure nationale.

(595) Sur la nature des faits pertinents qui font l'objet de la preuve dans le droit de l'Union européenne et sur leur incidence sur la nature de la preuve, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B. 2. de la Seconde partie de la thèse.

(596) CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, *Rec.* p. I-2211, pt 63.

(597) CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/01, arr. préc., pt 106 : « *la protection de la santé publique contre les risques que peuvent générer ces aliments, des mesures de protection prises en vertu de la clause de sauvegarde ne sauraient être valablement motivées par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées* ».

(598) CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, aff. C-192/01, arr. préc., pt 47.

(599) CJCE, 5 février 2004, *Commission c. France*, aff. C-24/00, arr. préc. pt 53.

Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice a estimé que, compte tenu de la spécificité des médicaments et du marché en cause, le monopole des pharmaciens pour leur commercialisation constituait une présomption justifiant la mesure nationale pour des raisons de santé publique (600). Comme le remarque à juste titre l'Avocat général Tesauro, dans ses conclusions dans cette affaire, « *il est évident qu'une législation nationale qui limite la vente des produits pharmaceutiques aux établissements spécialisés (pharmacies) et en faveur de professionnels qualifiés (pharmaciens) a comme objectif de sauvegarder la santé, s'agissant de produits qui par définition sont inhérents à la santé* » (601).

La situation particulière de l'opérateur économique au regard des libertés de circulation permet ainsi d'alléger l'exigence de preuve de la dérogation qui pèse sur les États. Un tel allègement résulte du mécanisme même de présomption. Ce dernier permet de considérer comme établie l'existence d'une justification d'une dérogation aux libertés de circulation à partir de la seule identification de la situation particulière de l'opérateur économique. Pour pouvoir en bénéficier, l'État doit apporter des éléments permettant de constater la protection de l'opérateur économique dont l'activité spécifique présume la justification de la restriction. Mais il n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère nécessaire et proportionné de la mesure laquelle est ainsi présumée justifiée. C'est la situation qui s'est présentée dans les affaires *Jean-Marie Delattre* et *Jean Monteil et Daniel Samanni*. Le monopole réservé aux pharmaciens pour la vente des médicaments présumait la protection de la santé, mais encore fallait-il que ce monopole fût la seule mesure possible en raison de son caractère exclusif.

Toutefois, il convient de souligner que cet allègement de l'exigence de preuve de la justification de la dérogation en raison de la situation individuelle de l'opérateur économique n'est pas absolu. C'est une présomption réfragable et simple dont l'existence est librement appréciée par le juge. Une autre solution aurait été en contradiction, d'une part, avec le caractère fondamental de la liberté de circulation concernée qui se verrait assortie d'une dérogation exclusive et, d'autre part, avec le caractère exceptionnel de cette dernière.

(600) CJCE, 21 mars 1991, *Jean-Marie Delattre*, aff. C-369/88, *Rec. p. I-1487*, pt 21 ; CJCE, 21 mars 1991, *Jean Monteil et Daniel Samanni*, aff. C-60/89, *Rec. p. I-1547*, pt 16.

(601) Conclusions de l'Avocat général Tesauro, présentées le 16 janvier 1991, sous CJCE, 21 mars 1991, *Jean-Marie Delattre*, aff. C-369/88, *Rec. p. I-1487*, pt 15.

C'est en ce sens qu'une telle présomption cesse de profiter à l'État membre dès lors qu'il existe une contestation fondée sur des éléments sérieux de l'absence d'une situation particulière de l'opérateur économique entraînant une présomption de justification. Dans ce cas de figure, il incombe à l'État d'apporter la double preuve que la mesure nationale peut être justifiée et que cette mesure est proportionnée et nécessaire.

B. La mise en œuvre effective de l'exigence de preuve de la dérogation

La mise en œuvre effective de l'obligation d'apporter la preuve de la dérogation dépend du moment où cette preuve est exigée. En effet, l'exigence de preuve encadre l'action normative dérogatoire des États membres eu égard aux effets attentatoires que la mesure nationale peut avoir sur la réalisation du marché intérieur. Cet encadrement ne peut être effectif que si la preuve de la justification est exigée de manière systématique. Néanmoins, le caractère systématique de l'exigence de preuve de la justification doit être modulé. Ce caractère systématique dépend du moment où la justification a été invoquée, soit en amont de toute méconnaissance des règles relatives aux libertés de circulation, soit en aval lorsqu'il s'agit de justifier une restriction déjà constatée à ces mêmes règles. Dans le premier cas de figure, le caractère systématique de la preuve de la justification est pleinement reconnu parce que celle-ci intervient en amont de la mesure nationale (1). Dans le second cas, son caractère systématique est tributaire d'une constatation d'une violation aux règles relatives aux libertés de circulation (2).

1. La reconnaissance du caractère systématique de l'exigence de preuve en amont de la mesure nationale

Le caractère systématique de l'exigence de preuve de la justification joue pleinement lorsque l'exercice de l'action normative nationale dérogatoire est subordonné à une autorisation préalable au niveau de l'Union. Quelle que soit la nature de l'intérêt protégé, économique ou non, l'existence d'une procédure particulière de mise en œuvre des dérogations implique nécessairement l'obligation pour les États membres de la respecter avant d'adopter ou de maintenir une mesure nationale dérogatoire. Cette procédure particulière peut revêtir diverses formes selon le domaine concerné, mais, en substance, elle consiste à demander aux États membres de s'adresser à la Commission européenne pour que celle-ci décide si les circonstances particulières invoquées sont

susceptibles de justifier le recours par les États membres concernés à des mesures nationales dérogoires et si ces dernières sont de nature à y remédier. Il s'agit donc d'un contrôle *a priori* des mesures nationales. Ce contrôle est rigoureux, même si la décision de la Commission peut intervenir dans un laps de temps plus ou moins important en fonction de la gravité et de l'imminence de la menace à laquelle l'État membre doit faire face (602).

L'existence d'une procédure d'autorisation préalable impliquant la Commission européenne fait peser sur les États membres et ce, de manière systématique, une exigence de preuve : démontrer la survenance de circonstances particulières menaçant un intérêt jugé légitime.

Cette procédure d'autorisation préalable repose nécessairement sur l'obligation pour les États membres de notifier les mesures nationales qu'ils ont prises ou qu'ils envisagent de prendre. Cette notification obligatoire préalable des mesures nationales dans certaines matières est justifiée par l'ampleur des distorsions que ces dernières peuvent provoquer dans des domaines présentant un intérêt particulier pour l'Union, soit dans le cadre de la réalisation du marché intérieur (603), soit pour la réalisation des objectifs ou des politiques de l'Union. C'est la raison pour laquelle le caractère systématique de l'exigence de preuve est indépendant de la nature économique ou non de l'intérêt que les États membres entendent protéger. Cela explique pourquoi cette situation est envisagée dans des domaines tels que l'union économique et monétaire, les aides d'État ou dans la mise en œuvre de l'article 114 §5, TFUE (ex article 95 TCE). Ainsi, dès lors qu'on est en présence d'une procédure de notification obligatoire, l'exigence de preuve de la justification pèse de manière systématique sur les États membres.

La corrélation qui existe entre la procédure de notification et la systématisme de l'exigence de preuve est particulièrement mise en évidence dans le contrôle juridictionnel. Le juge se montre extrêmement exigeant au regard de cette obligation de preuve qui pèse sur les États membres. Il n'hésite pas à rappeler à cet égard, dans le cadre d'un recours en annulation ou en manquement, les obligations précontentieuses qui pèsent respectivement sur les États membres et sur les institutions non seulement pour la réalisation des objectifs des traités, mais aussi pour la mise en œuvre de la réglementation de l'Union (604).

(602) Voy. par exemple, l'article 114 §3, TFUE prévoit un délai de 6 mois.

(603) Voy. les développements §1, B. 2. a) de cette section de ce chapitre.

(604) Plus particulièrement, cette exigence de coopération et son incidence sur le régime de la preuve dans le droit de l'Union européenne seront étudiées dans le Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1 de cette partie de la thèse.

Comme nous le verrons (605), la méconnaissance de cette obligation, dans le cadre de la procédure de notification préalable, est sanctionnée au moment de l'administration judiciaire de la preuve au titre de l'obligation de coopération loyale qui pèse sur les États membres à l'égard des institutions de l'Union.

L'interprétation de l'exigence de preuve de la justification à l'aune de l'obligation de coopération loyale permettra de rendre compte d'une conception de la preuve tout à fait originale et spécifique au droit de l'Union européenne. Elle donne d'ores et déjà des indications très importantes sur l'attitude du juge quant à la répartition de la charge de la preuve. L'exigence de preuve sera considérée comme le prolongement processuel des rapports qui peuvent exister entre les États membres et les institutions de l'Union.

En revanche, en dehors de l'existence d'une procédure d'autorisation ou de notification préalable, la mise en œuvre de l'exigence de preuve de la justification qui pèse sur les États membres est régie par le régime classique des dérogations. Elle n'intervient que pour justifier une mesure nationale qui porte atteinte à une liberté de circulation fondamentale. Le caractère systématique de l'exigence de preuve ne joue que si une violation à une règle relative à une liberté de circulation est au préalable démontrée.

2. Le caractère systématique de l'exigence de preuve de la justification d'une dérogation, tributaire d'une méconnaissance aux règles relatives aux libertés de circulation

La systématisme de l'exigence de preuve de la dérogation est dépendante de l'existence d'une violation aux règles relatives aux libertés de circulation dès lors que la mesure nationale dérogatoire est justifiée par un intérêt non économique. En effet, le contrôle *a posteriori* d'une telle mesure suppose que sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne ne soit contestée que s'il existe une méconnaissance disproportionnée des règles relatives aux libertés de circulation. La preuve de la justification n'intervient alors que pour démontrer l'utilité de la mesure nationale contestée, la violation d'une liberté de circulation en étant la condition préalable.

La jurisprudence est, à cet égard, constante : il incombe à celui qui invoque la violation des règles relatives aux libertés fondamentales

(605) Voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, 1. a) de la Seconde partie de la thèse.

d'en démontrer l'existence et, si tel est le cas, c'est à l'État (l'autorité nationale) de démontrer que cette violation peut être justifiée (606). C'est la raison pour laquelle, dans le cadre d'un recours en manquement, l'on retrouve l'utilisation des formules juridictionnelles qui rappellent qu'il incombe à la Commission d'« établir l'existence du manquement allégué et [qui] ne peut se fonder sur une présomption quelconque » (607) ou « d'apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement » (608). La Cour de justice doit ainsi apprécier si, au vu des pièces du dossier, l'État membre a manqué ou non à ses obligations découlant du droit de l'Union européenne, conformément à l'article 226 du traité CE (devenu article 258 TFUE). La question de savoir comment le juge procède à cette appréciation soulève le problème de l'évaluation des preuves et de la technique qu'il utilise à cet égard. Comme nous le verrons, il s'agit d'une appréciation au cas par cas en fonction des faits de chaque espèce et en fonction des preuves fournies (609).

La nécessité d'une preuve de la violation à une règle relative à une liberté fondamentale pour la mise en œuvre de l'exigence de preuve de la justification peut être également considérée comme une conséquence logique de la reconnaissance de son effet direct. Conformément aux précisions jurisprudentielles apportées au régime d'application de cette règle (610), l'opérateur économique doit démontrer devant son juge national, tout d'abord, qu'il bénéficie de cette liberté et, ensuite, que la mesure nationale l'empêche d'exercer effectivement les droits qui en découlent. L'application des droits tirés du droit de l'Union européenne ne se présume pas. Encore faut-il apporter la preuve de leurs éléments constitutifs.

Dans son contrôle, le juge vérifie l'existence d'un rattachement au droit de l'Union européenne, condition première et nécessaire à l'application des droits dont le particulier invoque le bénéfice (611). Au niveau de la preuve, il en résulte pour le particulier, qui entend contester la

(606) Voy. sur ce point la jurisprudence citée, Section 1, §2. B. de ce chapitre. Voy. dans le contexte d'apurement des comptes FEAGA, CJCE, 19 février 1991, *Italie c. Commission*, aff. C-281/89, *Rec. p.* I-347, pts 19 et s.

(607) CJCE 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, aff. C-61/94, *Rec. p.* I-3989, pt 61.

(608) CJCE, 14 décembre 2000, *Commission c. France*, aff. C-55/99, *Rec. p.* I-11499, pt 30 ; CJCE, 8 mars 2001, *Commission c. Allemagne*, aff. C-68/99, *Rec. p.* I-1865, pt 38 ; CJCE, 8 novembre 2001, *Commission c. Italie*, aff. C-127/99, *Rec. p.* I-8305, pt 47.

(609) Voy. sur ce point, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 de la Seconde partie de la thèse.

(610) Voy. sur ce point, Section 1, §1, A. 1. de ce chapitre.

(611) Sur la notion de rattachement, V. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. de la Seconde partie de la thèse.

réglementation nationale, qu'il doit au préalable apporter la preuve qu'il entre dans le champ d'application de la liberté de circulation. Les effets de la réglementation nationale sur les échanges entre les États membres ne seront examinés que si, effectivement, aucun doute ne subsiste sur l'application de cette liberté aux faits de l'espèce (612) laquelle peut résulter soit d'un mouvement transfrontalier, soit à l'inverse de la méconnaissance du statut du citoyen européen qui justifiera le rattachement au droit de l'Union européenne (613). Comme nous l'avons vu, l'exigence d'un rattachement à la liberté de circulation opère un déplacement de l'objet de la preuve (614). Cet objet n'est pas conditionné par le mode de preuve exigé par la réglementation nationale, mais par la nécessité de démontrer le lien avec les libertés fondamentales pour bénéficier des droits qui en découlent. Il suffit, dès lors, de démontrer ce lien qui, en tant que condition d'application d'un principe fondamental, ne peut être établi que par tous moyens (615).

La preuve par tous moyens n'allège en rien la charge qui pèse sur le titulaire de ce droit (616). Ainsi, par exemple dans l'affaire *Antonissen*, la Cour de justice a rappelé que le travailleur en recherche d'emploi ne pouvait bénéficier du droit de séjour que s'il « *apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances véritables d'être engagé* » (617). De même, dans l'arrêt *FMC* (618), la Cour a constaté que

(612) Sur les enjeux que la preuve des faits présente pour l'application du droit de l'Union européenne de manière générale, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 1. a) de la Seconde partie de la thèse.

(613) CJCE 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, arr. préc., pt 27 ; CJCE, ass. plén., 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, arr. préc., pt 20 (absence d'un âge minimal requis pour la jouissance des droits conférés par le statut du citoyen) ; CJUE, gd. ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, arr. préc., pt 42 ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, arr. préc., pt 47 ; CJUE, gd. ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, arr. préc., pt 64 ; CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, arr. préc., pt 71 ; CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, arr. préc., pt 45 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga et autres*, aff. C-87/12, arr. préc., pts 36 et 37. Analysant cette jurisprudence, le professeur Platon déduisait que le raisonnement du juge de l'Union quant à l'existence d'un rattachement au droit de l'Union européenne suivait la logique inverse : « *dire qu'une personne est privée de la jouissance effective, en fait, de son droit n'est, tout byzantisme mis à part, qu'une autre façon de dire que son droit est violé. C'est ainsi que, par glissement successifs, c'est la violation du droit qui détermine son applicabilité, au détriment de la logique la plus élémentaire. Il en résulte un raisonnement circulaire, nécessairement insatisfaisant : le droit de l'Union européenne est applicable parce que la décision nationale porte atteinte au droit de l'Union, cependant, il ne peut y avoir atteinte au droit de l'Union que du fait de mesures entrant dans son champ d'application* ». S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE*, 2012, p. 23.

(614) Voy. sur ce point, Section 1, §1, A. 2. de ce chapitre.

(615) CJCE, 5 février 1991, *Danielle Roux*, aff. C-363/89, arr. préc., pt 16.

(616) CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, *Rec. p. I-5609*, pts 43 et 48.

(617) CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, *Rec. p. I-745*, pt 21.

(618) CJCE, 8 février 1996, *FMC*, aff. C-212/94, *Rec. p. I-389*, pts 51 et 53.

le règlement n° 1922/92 (619) se limitait à prévoir que les négociants devaient établir le montant de la prime effectivement octroyée et que, à cet égard, le règlement laissait la liberté aux autorités nationales de décider si les preuves apportées étaient satisfaisantes. Par conséquent, la Cour de justice a interprété le règlement comme imposant l'obligation pour les négociants d'apporter la preuve satisfaisante pour pouvoir bénéficier de la restitution de *claw-back* indûment versé (620).

La reconnaissance de l'effet direct des règles relatives aux libertés fondamentales explique également l'exigence de preuve de la justification. En effet, les traités et la jurisprudence créent au profit de l'État une possibilité de justifier une mesure nationale ayant un effet restrictif. Il s'agit d'une prérogative directement conférée aux États membres par le droit de l'Union européenne lui-même. Ainsi, la corrélation entre l'effet direct des dérogations et la charge de la preuve qui pèse sur les États membres est particulièrement mise en avant. Dans l'affaire *Twoh International*, le juge a récemment rappelé que « *le principe selon lequel la charge de la preuve du droit au bénéfice d'une dérogation (...) incombe à celui qui demande à bénéficier d'un tel droit s'inscrit dans les limites imposées* » par le droit de l'Union européenne (621). Il incombe alors aux titulaires de ce droit « *d'apporter la preuve que les conditions* » (622) de la justification sont réunies. En ce sens, les règles de preuve n'aboutissent pas *a priori* à une hiérarchisation des droits conférés par le droit de l'Union, dès lors que l'on s'attache à expliquer l'exigence de preuve au regard de l'effet direct des règles relatives aux libertés de circulation.

Cette conception de l'application du droit de l'Union européenne est respectueuse de la compétence dont disposent les États membres au titre des dérogations aux règles relatives aux libertés de circulation. La position jurisprudentielle traduit ainsi la spécificité des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et la nécessité de concilier les exigences liées à l'effectivité de celui-ci et à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Par ailleurs, la liberté des modes de preuve permet de garantir la possibilité reconnue aux particuliers d'apporter

(619) Règlement n° 1922/92 de la Commission, du 13 juillet 1992, modifiant le règlement n° 1633/84 portant modalités d'application de la prime variable à l'abattage des ovins et abrogeant le règlement n° 2661/80 et déterminant les conditions du remboursement du *clawback* à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans les affaires jointes C-38/90 et C-151/90, *JO* n° L 197 du 14 juillet 1992, p. 10.

(620) CJCE, 8 février 1996, *FMC*, aff. C-212/94, arr. préc., pt 53.

(621) CJCE, 27 septembre 2007, *Twoh International*, aff. C-184/05, *Rec.* p. I-7897, pt 26.

(622) *Ibid.*, pt 26.

la preuve de ce droit. En cas de difficulté de preuve, le juge national dispose de prérogatives importantes qui lui sont reconnues dans son office de juge de droit commun du droit de l'Union (623).

Le jeu probatoire en ce qui concerne l'exigence de preuve de la justification d'une dérogation permet de rendre compte du contrôle juridictionnel exercé. Par l'obligation d'apporter la preuve d'une violation des libertés, le juge apprécie les restrictions aux libertés de circulation pouvant être tolérées afin de préserver la marge de manœuvre des États membres. Ce contrôle juridictionnel ne concerne pas directement l'exigence de preuve pour démontrer le bien-fondé de la justification invoquée. Il concerne la question de la mise en balance des intérêts en présence au regard du principe de proportionnalité (624). Dans ce cadre, c'est la question de l'évaluation des preuves qui se pose. Comme nous le verrons (625), cette dernière consiste à confronter les preuves afin que le juge puisse décider du bien-fondé de chaque allégation fondée respectivement sur une méconnaissance d'une règle relative à une liberté fondamentale et sur une éventuelle justification d'une telle méconnaissance.

Dès lors que la mise en œuvre de l'exigence de preuve de la justification se pose clairement en termes de conciliation entre l'exercice effectif d'un droit reconnu comme fondamental au titre des traités et la protection d'un intérêt jugé légitime au titre de ces mêmes traités, il convient de se demander s'il faut faciliter la preuve d'une méconnaissance d'un droit directement conféré afin de faire jouer l'exigence de preuve de la justification d'une dérogation (626).

(623) Sur ce point, voy. les développements de Titre 2, Chapitre 2, Section 2, de cette partie de la thèse.

(624) La jurisprudence récente repose ainsi sur une conciliation entre l'exercice d'une liberté fondamentale au titre des dispositions des traités et un droit fondamental. Pour une étude de la position jurisprudentielle sur ce point voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 10 et s. ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, op. cit., pp. 191 et s. ; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2008, pp. 179 et s. et pp. 321 à 388 ; L. AZOULAI, « The Court of justice and the social market economy : the emergence of an ideal and the conditions for its realization », *CML Rev.*, 2008, p. 1336 ; A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint Louis, 2009, pp. 253 et s. ; voy. V. SKOURIS, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, pp. 498 et s. ; N. N. SHUIBHNE, « Margins of appreciation : national values, fundamental rights and EC free movement law », *EL Rev.*, 2009, pp. 234 et s.

(625) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2 de la Seconde partie de la thèse.

(626) Cette façon de présenter la relation entre les libertés de circulations et la protection des droits fondamentaux conduit à une conception réductrice de la place de ces derniers dans

La confrontation de ces deux éléments n'est pas encore tranchée dans la jurisprudence de la Cour de justice qui, dans les réponses formulées aux juridictions l'ayant saisie d'une question préjudicielle, élude le débat par un renvoi aux règles nationales procédurales de l'administration de la preuve (627). L'application de ces règles nationales pour la mise en œuvre de l'exigence de preuve de la justification de la dérogation est nécessairement conditionnée par les principes d'équivalence et d'effectivité (628) afin de permettre l'exercice effectif des droits accordés à l'opérateur économique au titre des libertés de circulation. Il revient ainsi au juge national d'en apprécier la portée quant au litige pendant devant lui.

Pour conclure, il convient de souligner que dès lors que le justiciable invoque un droit, celui-ci doit démontrer qu'il se trouve dans une situation se rattachant au droit de l'Union et qu'il peut ainsi prétendre au bénéfice de la liberté de circulation concernée. Il appartiendra alors au juge national d'apprécier dans quelle mesure la modalité nationale de preuve l'en empêche.

l'ordre juridique de l'Union. Sur ce point, le professeur Hennette-Vauchez écrivait que « pour autant, les paragraphes qui précèdent ne sauraient être lus comme venant à l'appui de la thèse selon laquelle l'ordre juridique communautaire aurait généré un « meilleur » standard de protection des droits fondamentaux que, notamment, l'ordre issu de la Convention européenne des droits de l'homme. Une raison simple, mais dirimante empêche en effet pour l'heure toute lecture semblable du statut des droits fondamentaux en droit communautaire : la Cour assigne à ces derniers le statut d'exceptions – certes potentiellement valides, c'est là toute la nouveauté de la jurisprudence Schmidberger et ses suites – aux libertés [économiques] fondamentales. Or comme l'écrit C. Brown : « recourir au langage de la violation ou de la restriction [d'une liberté économique fondamentale] suggère que même lorsque la restriction en cause est, in fine, validée, elle demeure quelque chose d'erroné par principe et simplement toléré. Ceci ne s'accommode que malaisément avec l'obligation impérieuse qui pèse sur les États de protéger les droits fondamentaux. Il ne devrait pas revenir à ceux qui invoquent la protection de leurs droits fondamentaux d'avoir à se justifier et supporter la charge de la preuve ». Il faut en effet convenir que dans toute cette lignée jurisprudentielle, la CJCE ne juge pas la manière dont il convient de concilier deux types de principes de rang équivalent (droits fondamentaux d'un côté, libertés fondamentales de l'autre). Bien plutôt, elle examine les premiers comme des restrictions aux secondes et cherche ensuite à établir si de telles restrictions sont justifiées ou légitimes au regard des règles du droit communautaire. De sorte qu'en l'état, même si elle prend en compte, de manière croissante, l'impératif de protection des droits fondamentaux, l'Europe communautaire reste avant tout un marché, dont la constitution même réside dans les libertés fondamentales de circulation ». S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine », *RTDE*, 2009, p. 21

(627) Voy. P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community: under articles 30 to 36 of the EC treaty*, op. cit., p. 221. Voy. également au sujet de la charge de la preuve des droits fondamentaux invoqués à titre de justification, C. Brown, « Case-note : Schmidberger », *CML Rev.*, 2003, p. 1499, p. 1508.

(628) Pour les éléments que le juge national doit prendre en compte à titre de ces principes, voy. Chapitre 1, Section 1, §2, B. 1. de ce titre de cette partie de la thèse.

CONCLUSION CHAPITRE 2

La notion d'encadrement de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres en matière de preuve a permis de rendre compte de la marge de manœuvre reconnue aux États membres. En se fondant sur l'hypothèse selon laquelle cette notion assigne une limite au contenu et à l'étendue de la compétence nationale, il a été possible d'analyser ses implications au regard des exigences découlant de la réalisation du marché intérieur. Ainsi, l'interdiction de principe d'entraver la réalisation des libertés de circulation a permis de constater que l'action normative des États membres en matière de preuve est encadrée à un double niveau. Tout d'abord, les modalités nationales de preuve ne doivent pas venir compromettre ni l'applicabilité directe des règles établissant les libertés de circulation ni la possibilité pour l'opérateur économique d'apporter la preuve qu'il peut en bénéficier. Ensuite, et, dès lors que les dispositions des traités imposent elles-mêmes une exigence de preuve pour l'exercice d'une action normative dérogatoire, cette exigence pèse exclusivement sur les États membres. Cette exigence de preuve à la charge des États membres s'explique non seulement par le caractère exceptionnel des dérogations prévues par les traités, mais aussi par l'effet direct reconnu à ces dernières.

CONCLUSION TITRE 1

Pour rendre compte des principes qui s'appliquent à la preuve dans le droit de l'Union, il a fallu envisager la question de l'élaboration des règles de preuve et les limites tenant à cette élaboration. À cet égard, l'analyse du droit de l'Union a mis en évidence la nature procédurale de la preuve, matière qui relève en principe de la compétence retenue des États membres. Dès lors, l'étude s'est fondée sur l'autonomie institutionnelle et procédurale pour rechercher les principes qui vont s'appliquer à la preuve. Aussi, ces derniers sont-ils ceux qui gouvernent la répartition des compétences entre les États membres et l'Union. Si l'action normative en matière de preuve revient aux États membres, ils sont tenus de prendre en considération la mise en œuvre effective du droit de l'Union et, le cas échéant, de prévoir des modalités probatoires spécifiques. À cet égard, un rapprochement des modalités nationales de preuve au niveau de l'Union n'est pas exclu à condition toutefois que ce rapprochement reste subsidiaire à l'action spontanée des États membres. La limite effective à la compétence nationale en matière de preuve vient des exigences découlant de la réalisation du marché intérieur. Par l'interdiction d'entrave aux libertés de circulation, le droit de l'Union européenne encadre doublement l'action normative des États membres. Tout d'abord, il leur interdit d'adopter ou de maintenir des règles nationales de preuve empêchant l'exercice effectif des droits au titre des libertés de circulation. Ensuite, il leur impose une exigence de preuve pour l'exercice d'une compétence nationale reconnue au titre d'une dérogation aux règles des traités.

Cette analyse a été rendue possible parce que la preuve a été envisagée au regard de la compétence nationale d'exécution.

Elle conduit logiquement à s'interroger sur les principes qui vont garantir son efficacité.

TITRE 2

**LES PRINCIPES GARANTISSANT
L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE DANS
LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

Dès lors qu'elle est appréhendée au regard de la compétence nationale de mise en œuvre du droit de l'Union européenne, la preuve elle-même doit être efficace. En effet, les autorités et juridictions nationales peuvent être empêchées d'assurer l'application du droit de l'Union européenne si elles ne disposent pas de moyens efficaces pour rechercher et obtenir les éléments nécessaires. À cette fin, le droit de l'Union a pour objectif d'assurer une libre circulation et une libre utilisation des preuves recueillies au sein de l'Union.

Pour y parvenir, le choix a été fait de donner un cadre juridique à la coopération entre les autorités et juridictions nationales dans l'exercice de leurs pouvoirs d'investigation. Cette coopération est, toutefois, subordonnée au respect de certaines garanties procédurales dont la méconnaissance est juridictionnellement sanctionnée.

L'existence de mécanismes de coopération efficaces et de garanties procédurales permet de constater une exigence d'effectivité en matière de preuve (629). Autrement dit, les règles qui gouvernent la preuve doivent présenter des garanties suffisantes non seulement pour ceux qui doivent assurer la sauvegarde des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, mais aussi pour ceux qui entendent se prévaloir de ces droits. Cette exigence d'effectivité s'impose en raison de la nécessité de concilier les pouvoirs d'investigation des autorités nationales et de l'Union avec les droits conférés aux opérateurs économiques.

L'exigence d'effectivité en matière de preuve reçoit ainsi une signification particulière en raison de la fonction qu'elle va exercer, à

(629) Pour l'exigence d'efficacité qui soutient la logique de coopération, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, « La coopération interinstitutionnelle. Approche comparative et tentative de systématisation », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 15 et s ; sur la distinction entre efficacité et effectivité, voy. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, pp. 316 et s. Pour cet auteur, l'efficacité d'une règle découle de l'effet « *que l'on en attend* » tandis que l'effectivité « *se traduit par un effet, par des actes réels* ».

196 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

savoir la légitimité qu'elle accorde au pouvoir de rechercher et d'obtenir des preuves reconnu aux autorités nationales et à celles de l'Union. De la sorte, elle permet de sauvegarder les garanties accordées dès la phase préalable d'enquête par le contrôle juridictionnel qu'elle implique.

Les principes qui garantissent l'effectivité de la preuve dans le droit de l'Union européenne sont à rechercher dans la coopération pour organiser la recherche des preuves (Chapitre 1) et dans les garanties instaurées afin de permettre la libre circulation et la libre utilisation des preuves (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA COOPÉRATION DANS LA RECHERCHE DES PREUVES

Le recours à la coopération dans la recherche des preuves au sein de l'Union européenne s'est imposé essentiellement pour deux raisons.

Tout d'abord, il s'agissait d'une volonté de renforcer les mécanismes d'obtention et de recherche des preuves déjà existant entre les États membres par l'application des instruments conventionnels (630). L'inconvénient majeur de l'utilisation de ces derniers pour l'application uniforme du droit de l'Union européenne résidait essentiellement dans la difficulté de faire aboutir les enquêtes administratives devant des instances judiciaires en raison de leur spécificité d'instrument de droit international classique (631). Ensuite, il importait de reconnaître une compétence à la Communauté (632) et, aujourd'hui à l'Union, pour organiser une telle coopération. Cette reconnaissance a permis de remplacer les textes conventionnels existants par des actes de droit de l'Union européenne dérivé ayant une force contraignante dans les relations entre les États membres. À cet égard, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne constitue une avancée considérable dans la mesure où il rend

(630) À titre d'exemple, on peut mentionner, en matière douanière, la Convention de Naples signée le 7 septembre 1967, à Rome. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, on peut également citer la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, ouverte à la signature le 25 janvier 1988. Pour la coopération judiciaire dans l'obtention des éléments de preuve, la convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, signée le 18 mars 1970 a instauré une coopération entre les juridictions nationales des États membres.

(631) Les instruments conventionnels bilatéraux ou multilatéraux entre les États membres ont longtemps été des normes de référence dans la recherche et l'obtention des éléments de preuve. Ces instruments ont instauré une coopération entre les autorités nationales compétentes quant à l'exercice de leurs pouvoirs d'investigation et d'enquête dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Régis par le principe de réciprocité et ayant souvent un champ d'application limité, ces instruments conventionnels se sont vite révélés inadaptés à la spécificité du droit de l'Union européenne, dans la mesure où leur application n'était possible que si les États membres les avaient signés et ratifiés.

(632) Les modifications apportées aux traités originels par les Traités de Maastricht et d'Amsterdam ont permis d'envisager une action au niveau de l'Union en matière de coopération administrative et judiciaire, même si cette action reposait sur des logiques différentes en raison de la structure en piliers des traités et en raison de la matière pénale.

198 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

désormais possible une action européenne cohérente dans le domaine de la coopération judiciaire, notamment en matière pénale.

L'organisation de la recherche des preuves au sein de l'Union au titre de la coopération (Section 1) permet ainsi d'instaurer un cadre juridique spécifique en raison des principes communs qu'elle implique (Section 2).

198 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

SECTION 1 – L'ORGANISATION DE LA RECHERCHE DES PREUVES AU TITRE
DE LA COOPÉRATION

L'organisation de la recherche des preuves au sein de l'Union n'a été possible que parce que la recherche des preuves a été envisagée dans l'objectif de « *rassembler les éléments de preuve susceptibles d'être présentés devant un tribunal en vue de convaincre que (...) la législation applicable n'a pas été respectée* » (633). La recherche des preuves est donc un moyen pour assurer l'application uniforme du droit de l'Union européenne et son plein effet. À cet égard, l'action normative du législateur de l'Union n'intervient que pour encadrer les obligations des autorités nationales dans la mise en œuvre de la réglementation de l'Union afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Dès lors, cette action normative est limitée à la coopération administrative dans la recherche des preuves (§1). De même, elle repose sur une approche différenciée de la recherche des preuves selon que cette dernière présente un caractère civil et/ou commercial et pénal (§2).

§1. – Une intervention de l'Union limitée à la coopération
administrative dans la recherche des preuves

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, un titre entier est consacré à la coopération administrative (634). Si le nouveau titre définit le cadre de l'intervention de l'Union, il lui assigne une double limite. Tout d'abord, cette intervention est limitée par la nature même de l'action dans ce domaine (A). Ensuite, elle est limitée par le champ matériel de cette action (B).

(633) P. FAUCHERAND, « La lutte contre la fraude douanière : un impératif pour l'Union européenne », *RMUE*, 1995, n°1, p. 78

(634) C'est le titre XXIV du TFUE intitulé « Coopération administrative » qui ne contient qu'un article unique, l'article 197 TFUE.

A. *La nature de la compétence de l'Union en matière de recherche administrative des preuves*

Conçue comme un moyen d'exercice des pouvoirs d'investigation et d'enquête dans le cadre de la coopération administrative, la recherche des preuves relève en principe de la compétence des États membres. L'organisation de la recherche des preuves incombe donc aux États membres, conformément à leur compétence d'exécution (635). En vertu de cette dernière, les États membres se sont vu reconnaître un pouvoir de contrôle de l'application de la réglementation de l'Union qui leur confère un pouvoir de décision dès lors qu'il s'agit de la sauvegarde du droit de l'Union européenne (636).

L'idée d'une compétence de principe reconnue aux États membres au titre de la coopération administrative pour l'organisation de la recherche des preuves est déjà perceptible dans la jurisprudence de la Cour de justice relative aux modalités nationales de preuve pouvant entraver les libertés de circulation. L'étude de cette jurisprudence a démontré, comme nous l'avons vu, que la coopération administrative constitue une mesure moins restrictive par rapport aux réglementations nationales qui imposent des exigences probatoires particulières (637).

La compétence des États membres est constamment réaffirmée par les actes de droit dérivé de sorte que « *les procédures relatives à l'application des contrôles et des mesures et sanctions sont régies par le droit des États membres* » (638). La mise en place effective de ces contrôles dépend donc de la possibilité pour les autorités nationales d'obtenir rapidement les informations pertinentes et nécessite une coopération avec les autorités nationales des autres États membres.

Le domaine de la concurrence constitue un exemple éclairant. En effet, dans ce domaine, si les traités confèrent à la Commission un pouvoir de contrôle considérable, les États membres ne sont pas pour

(635) Sur la signification de cette compétence en matière de preuve, voy. les développements du Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2 de cette partie de la thèse.

(636) Sur le fondement de ce pouvoir, voy. M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, op. cit., pp. 54 et s.

(637) Voy. sur ce point les développements du Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2. B. 1. de cette partie de la thèse.

(638) Voy. par exemple, article 8 §4, du règlement n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO n° L 312 du 23 décembre 1995. Des formules semblables sont également contenues dans la réglementation sectorielle. Voy. sur ce point, C. HAGUENEAU-MOIZARD, « Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif (contrôles, sanction) » in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 779.

200 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

autant dessaisis. Bien au contraire, le règlement n° 1/2003 a renforcé davantage les obligations qui pèsent sur les autorités et les juridictions nationales qui doivent faire respecter les règles de concurrence tant que la Commission n'est pas intervenue. En dépit d'une répartition complexe des compétences entre la Commission et les autorités et juridictions nationales, ces dernières disposent du pouvoir d'assurer l'application correcte de l'article 101 TFUE dans son intégralité. À cette fin, les communications de la Commission prises en application du règlement créent des réseaux entre les autorités nationales et les juridictions nationales dans le but de garantir une poursuite efficace et effective des pratiques anticoncurrentielles (639).

Si la reconnaissance d'un pouvoir de contrôle aux États membres découle de la compétence d'exécution de la réglementation de l'Union dont ces derniers disposent, l'intervention de l'Union n'est pas exclue. Cette intervention a pour objectif de donner un cadre juridique cohérent, notamment par la mise en place de principes communs afin de « *promouvoir des contrôles homogènes* » (640).

Cette intervention n'est toutefois possible que pour orienter l'exercice du pouvoir de contrôle des États membres. En effet, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a consacré une compétence à l'Union pour appuyer, coordonner ou compléter celle reconnue aux États membres. Si cette possibilité existait déjà dans les traités originels, son champ matériel a été élargi. L'article 6, point g), TFUE dispose que la coopération administrative est une action de finalité européenne dont les modalités de mise en œuvre sont précisées à l'article 197 TFUE. Ces articles consacrent explicitement que l'application uniforme du droit de l'Union européenne dépend de la coopération administrative entre les autorités nationales compétentes, notamment dans la recherche des preuves (641). À cet égard, ils constituent un fondement juridique spécifique à l'action de l'Union.

Suivant la même logique, l'article 74 TFUE prévoit la possibilité pour l'Union d'adopter des mesures en matière de coopération administrative dans la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

(639) Voy. par exemple, la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *JO* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 43 ; Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *JO* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 54. Voy. L. IDOT, « La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales en droit de la concurrence », *RAE*, 2009-2010, p. 62.

(640) C. HAGUENEAU-MOIZARD, « Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif (contrôles, sanction) », *op. cit.*, p. 779.

(641) Voy. article 197 TFUE.

Les dispositions du Traité de Lisbonne, lequel entérine celles déjà contenues dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, expriment, néanmoins, « *la ferme volonté de brider l'intervention de l'Union. Celle-ci ne peut en effet agir sous forme d'harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres* » (642). Mais, malgré les limites résultant de la nature même de la compétence d'appui et de coordination, l'Union peut intervenir en matière de recherche des preuves afin de clarifier les rapports entre les autorités nationales compétentes en vue de faciliter l'obtention et l'échange d'informations entre ces dernières.

B. Le champ matériel de l'action de l'Union en matière de recherche administrative des preuves

L'action normative de l'Union en matière de recherche des preuves au titre de la coopération administrative peut s'exercer dans tous les domaines, dès lors qu'il s'agit de renforcer les mécanismes administratifs de coopération d'application décentralisée de la réglementation de l'Union. En effet, l'intervention de l'Union ne connaît pas *a priori* de limites matérielles. Toutefois, cette intervention demeure encore sectorielle (1). Cette action normative domaine par domaine s'explique par la nature exclusivement administrative de la recherche des preuves (2).

1. L'approche sectorielle de la recherche des preuves

L'approche sectorielle de la recherche des preuves s'explique par la nécessité d'encadrer, dans certains domaines, les obligations faites aux autorités nationales pour la mise en œuvre de la réglementation de l'Union. Ainsi, tout d'abord, la recherche des preuves a été appréhendée comme un élément indispensable d'un dispositif anti-fraude (a). Ensuite, les solutions de souplesse et d'efficacité que présente ce dispositif ont permis d'envisager sa généralisation à la réalisation du marché intérieur (b).

(642) Cf. BLUMANN, « Traité établissant une Constitution pour l'Europe. – Genèse, contenu, postérité (Traité de Lisbonne) », *J.-Cl. Europe*, fasc. 120, 2008, n° 94 ; voy. également l'art. 197 §2 TFUE.

202 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

a) *La recherche des preuves, élément indispensable d'un dispositif anti-fraude efficace*

La protection des intérêts financiers de l'Union offre sans aucun doute l'illustration la plus aboutie de l'encadrement juridique de la recherche des preuves au titre de la coopération administrative. La lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union présente un enjeu important dans la construction européenne dans la mesure où le budget constitue « *l'expression concrète d'un véritable patrimoine commun aux citoyens de l'Union* » (643) et « *l'instrument par excellence de la politique européenne* » (644).

Depuis la décision du Conseil du 21 avril 1970 (645), qui a remplacé le système des contributions financières des États membres par un système de ressources propres, l'Union dispose d'une autonomie financière vis-à-vis des États membres (646). Les ressources propres sont des créances au profit de l'Union qui revêtent un caractère automatique et systématique (647).

La perception des ressources propres et le contrôle des dépenses reviennent aux administrations fiscales et douanières des États membres. Dès lors, il est apparu indispensable de donner des moyens efficaces aux autorités nationales pour combattre la fraude au budget de l'Union (648). L'obligation de coopération loyale découlant

(643) M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris*, op. cit., p. 13.

(644) *Ibid.*

(645) JO n° L 94 du 28 avril 1970, p. 17. La décision, du 21 avril 1970 a été abrogée et remplacée par la décision du Conseil, du 24 juin 1988 (JO n° L 185 du 15 juillet 1988, p. 24), elle-même remplacée par la décision 94/728/CE/Euratom, du Conseil, du 31 octobre 1994 (JO n° L 293 du 12 novembre 1994, p. 9), qui est actuellement en vigueur.

(646) Le budget de l'Union est composé désormais des droits de douane, des prélèvements agricoles, des cotisations sucre, d'une partie des recettes TVA et d'une partie du produit national brut, des actions structurelles du Fonds social européen, du Fonds européen de développement régional et de la coopération avec les pays tiers, enfin de la recherche et du développement technologique. Les recettes TVA et PNB ne sont pas considérées comme des recettes fiscales, mais plutôt comme des « *contributions financières* » des États membres calculées en application d'un taux fixé dans le cadre de la procédure budgétaire (V. également, l'article 2 de la décision du 21 avril 1970). Voy. sur ce point, E. NATAREL, *Construction communautaire et mutations du droit national : le code des douanes français en question*, thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p. 40. Le règlement n° 1290/2005 du Conseil, du 21 juin 2005, relatif au financement de la politique agricole commune (JO n° L 209 du 11 août 2005) a mis en place un cadre légal unique pour le financement des dépenses relevant de la politique agricole commune et a institué deux nouveaux fonds (à la place des deux sections, orientation et garantie, du FEOGA), le fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et le fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER).

(647) Voy. également la notion très étendue de la « dette douanière ». Voy. H. TREMEAU, « La dette douanière : une notion en pleine évolution », *RFFP*, n° 3, 1983, p. 227.

(648) Le système de ressources propres ouvre le budget de l'Union à des fraudes, tant en ce qui concerne les recettes qu'en ce qui concerne les dépenses. Dans le domaine des ressources

de l'article 10 du traité CE (devenu article 4 §3 TUE) ne suffisait pas à elle seule pour encadrer les pouvoirs de recherche et de poursuite des autorités nationales (649). Encore fallait-il donner un cadre juridique contraignant aux obligations des autorités nationales (650). Une coopération fondée sur des principes communs entre ces dernières s'est révélée nécessaire (651).

En l'absence d'une base juridique explicite, la coopération administrative dans la recherche des preuves a été envisagée, tout d'abord, dans le domaine douanier et, ensuite, dans le domaine fiscal. En effet, dans le domaine douanier, les autorités douanières nationales ont été confrontées à un phénomène de fraude douanière résultant des montages transnationaux complexes dont la répression et la poursuite se révélaient extrêmement délicates (652). De même, eu égard à l'ampleur de la fraude fiscale (653) et à ses incidences directes sur les ressources propres, en l'occurrence la TVA (654), il est apparu nécessaire d'instaurer une coopération administrative entre les autorités nationales compétentes et l'Union.

Dans le domaine douanier, le premier acte du droit dérivé (655) intervenu est le règlement n° 1468/81 du Conseil, du 19 mai 1981, relatif

propres traditionnelles, il s'agit essentiellement de la fraude douanière. Dans le domaine des dépenses, la fraude touche le plus souvent les fonds structurels et les fonds agricoles.

(649) Voy. dans ce sens, J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 245 et s.

(650) Selon le professeur J.A.E. Vervaele, le législateur de l'Union est intervenu afin d'« harmoniser » « les obligations primaires de sauvegarde » qui incombent aux États membres. Voy. J.A.E. VERVAELE, « Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête administrative et judiciaire. Recueil des preuves et utilisation des preuves dans le domaine des intérêts financiers de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.*, juill-sept. 1999, pp. 479 et s.

(651) P. FAUCHERAND, « La lutte contre la fraude douanière : un impératif pour l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 81 et s.

(652) À titre d'exemple, on peut citer l'affaire du maïs yougoslave voy. CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* p. 2965.

(653) Il s'agit le plus souvent de la fraude dite de « carrousel » impliquant l'utilisation des règles intracommunautaires d'acquisition et de vente de marchandises sans acquittement de la TVA sur ces opérations. Voy. à ce sujet, E. NATAREL, *Construction communautaire et mutations du droit national : le code des douanes français en question, op. cit.*, pp. 115 et s.

(654) La TVA est une des ressources les plus importantes du budget de l'Union.

(655) En effet, le premier texte qui ébauche une coopération administrative entre les autorités douanières est le règlement n° 616/78, du Conseil, du 20 mars 1978, relatif aux justifications de l'origine de certains produits textiles des chapitres 51 et 53 à 62 du tarif douanier commun, importés dans la Communauté, ainsi qu'aux conditions selon lesquelles ces justifications peuvent être acceptées (*JO* n° L 84 du 31 mars 1978, p. 1). Ce texte instaure une coopération administrative par la création de certificats d'origine. Ce règlement a été remplacé et abrogé à compter du 24 juillet 1998 par le règlement n° 1541/98, du Conseil, du 13 juillet 1998, relatif aux justifications de l'origine de certains produits textiles, relevant de la section XI de la nomenclature combinée, mis en libre pratique dans la Communauté ainsi qu'aux conditions selon lesquelles ces justifications peuvent être acceptées (*JO* n° L 202 du 18 juillet 1998).

204 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanières et agricoles (656). Toutefois, le champ d'application matériel de ce règlement reste limité au tarif douanier commun et à la politique agricole commune (657), les autres domaines étant régis par les stipulations de la Convention de Naples de 1967 (658), lorsqu'ils relèvent des compétences exclusives des États membres (659). La nécessité d'améliorer les

(656) *JO* n° L 144 du 2 juin 1981, p. 1. Pris sur le fondement de l'article 308 du traité CE (devenu article 352 TFUE), ce règlement organise une coopération administrative entre les autorités compétentes nationales dans l'obtention des éléments de preuve en vue de combattre la fraude douanière car il s'applique à « l'ensemble des dispositions (...) prises pour l'application de la réglementation [de l'Union] régissant l'importation, l'exportation, le transit et le séjour des marchandises faisant l'objet d'échanges entre les États membres ainsi qu'entre ceux-ci et les pays tiers ».

(657) En dehors du cadre de la protection des intérêts financiers de l'Union, on peut également citer à titre d'exemple, la directive 76/308/CEE, du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certains cotisations, droits, taxes et autres mesures (*JO* n° L 73 du 19 mars 1976, p. 18). Cette directive instaure une assistance mutuelle entre les autorités nationales compétentes afin de pallier l'impossibilité de recouvrer les créances dans un autre État membre pouvant avoir une incidence sur l'application des réglementations de l'Union dans le domaine de la politique agricole commune et facilitant la réalisation d'opérations frauduleuses. Dans ce cadre, la directive prévoit l'instauration de règles communes d'assistance mutuelle en matière de recouvrement. Selon le considérant 5 de la directive, cette assistance mutuelle « doit consister, pour l'autorité requise, d'une part, à fournir à l'autorité requérante les renseignements utiles à cette dernière pour le recouvrement des créances nées dans l'État membre où elle a son siège et à notifier à un redevable tous les actes relatifs à de telles créances qui émanent de cet État membre, d'autre part, à procéder, à la demande de l'autorité requérante, au recouvrement des créances nées dans l'État membre où cette dernière a son siège ». Cette directive a été abrogée et remplacée par la directive 2008/55/CE du Conseil, du 26 mai 2008, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, à certains droits, à certaines taxes et autres mesures (version codifiée), *JO* n° L 150 du 10 juin 2008. Cette dernière a fait l'objet d'une nouvelle codification à compter du 1^{er} janvier 2012 par la directive 2010/24/UE du Conseil, du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, *JO* n° L 84 du 31 mars 2010.

(658) À l'époque de la Communauté européenne, la coopération douanière entre les États membres a été, jusqu'à l'adoption du règlement n° 1468/81, organisée par un instrument du droit international qui est la Convention de Naples pour l'assistance mutuelle entre administrations douanières, signée le 7 septembre 1967, à Rome (Loi n° 69-994, du 6 novembre 1969, *JORF*, du 7 novembre 1969, Décret n° 70-308, du 2 avril 1970, *JORF*, du 11 avril 1970). Cette convention avait pour objet la prévention, la recherche et la répression des « infractions légales et réglementaires relatives à l'importation, à l'exportation et au transit, qu'elles concernent soit des droits de douanes ou toutes autres taxes, soit les mesures de prohibition, de restriction ou de contrôle ». Cette convention continuait à s'appliquer entre les États membres pour tous les domaines non couverts par le règlement et non harmonisés par des actes de droit dérivé, mais étant un acte conventionnel du droit international, elle reposait sur le principe de réciprocité. Pour une étude de l'assistance mutuelle en matière douanière et de la convention voy. E. NATAREL, *Construction communautaire et mutations du droit national : le code des douanes français en question*, op. cit., pp. 115 et s.

(659) « La mise en place de dispositions communautaires relatives à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration de celles-ci avec la Commission en vue de la bonne application des réglementations douanières

mécanismes instaurés a donné lieu à l'élaboration de deux nouveaux textes reposant sur la logique spécifique de la structure en piliers de l'Union. Le règlement n° 515/97 (660) et la convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières (661) renforcent davantage la coopération entre les autorités nationales dans la recherche des preuves en ce qui concerne la fraude douanière.

Dans le domaine de lutte contre la fraude fiscale, la coopération administrative est organisée par le règlement n° 1798/2003 du Conseil, du 7 octobre 2003, concernant la coopération administrative dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée et abrogeant le règlement n° 218/98 (662) et par la directive 2003/93/CE du Conseil, du 7 octobre 2003, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et indirects (663).

L'adoption des textes de droit dérivé relatifs à la coopération douanière et fiscale permet de rendre compte de ce que la recherche de preuves est un moyen de protection des intérêts financiers de l'Union. En ce sens, la mise en œuvre de mécanismes spécifiques propres à

et agricole ne porte pas préjudice à l'application de la Convention de 1967 dans les domaines qui continuent à relever des compétences exclusives des États membres ». Voy. considérant 5 du règlement n° 1468/81 du Conseil, du 19 mai 1981, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole, JO n° L 144 du 2 juin 1981, p. 1.

(660) Règlement n° 515/97 du Conseil, du 13 mars 1997, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celle-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanières et agricoles, JO n° L 82 du 22 mars 1997, p. 1.

(661) L'entrée en vigueur du Traité de Maastricht a introduit une nouvelle base juridique relative à la coopération douanière aux articles K.1 et K. 3 du traité sur l'Union européenne. Ces modifications ont permis d'abroger et de remplacer la Convention de Naples par une convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières connue sous le nom de Convention de Naples II. Voy. Acte du Conseil, du 18 décembre 1997, établissant, sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, JO n° C 24 du 23 janvier 1998, p. 1. Ces articles sont repris aux articles 29 TUE et 31 TUE depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam qui sont désormais remplacés respectivement par l'article 67 TFUE et les articles 82, 83 et 85 TFUE.

(662) JO n° L 264 du 15 octobre 2003, p. 1. Ce règlement est abrogé et remplacé à compter du 1^{er} janvier 2012 par le règlement n° 904/2010, du Conseil, du 7 octobre 2010, concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée (JO n° L 268 du 12 octobre 2010). Le premier texte adopté est le règlement n° 218/92 du Conseil, du 27 janvier 1992, concernant la coopération administrative en matière d'impôts indirects (TVA), JO n° L 24 du 1^{er} février 1992, p. 1. Le mécanisme d'assistance mutuelle instauré par ce règlement n'a pas eu néanmoins l'efficacité recherchée au motif que les dispositions de ce règlement étaient trop imprécises.

(663) JO n° L 264 du 15 octobre 2003, p. 23). Voy. spécialement considérants 2 et 3 de la directive.

206 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

l'Union est une préoccupation essentielle. Ces derniers conditionnent l'efficacité de la recherche des preuves dans le but d'une protection effective des intérêts financiers de l'Union.

Toutefois, l'efficacité recherchée en matière de preuve n'a pas été complètement atteinte et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, le champ d'application de ces textes est limité à la fraude douanière et à la fraude fiscale. Ensuite, ces textes reposent sur une logique différenciée de la recherche des preuves en fonction de la nature des enquêtes menées. En effet, la convention établie sur le fondement de l'article K. 3 TUE est un acte « *du troisième pilier* » impliquant l'action gouvernementale tandis que le règlement est un acte du « *pilier communautaire* » fondé sur la méthode intégrative (664). Les règlements et la directive ne concernent que les enquêtes administratives (665) pouvant éventuellement révéler des irrégularités dans l'application de la réglementation douanière et agricole ou fiscale tandis que la convention a pour objet les enquêtes pénales exercées par les autorités nationales compétentes en cas de constatations d'infractions pénales en matière douanière et agricole (666).

L'approche sectorielle de la recherche des preuves aboutit également à la mise en place d'un dispositif anti-fraude variant en fonction de la politique commune (667) et crée une « *lutte contre la fraude asymétrique* » (668). La conséquence principale en est une efficacité de la

(664) L'approche de la coopération douanière comme une action gouvernementale a suscité de vives critiques en doctrine « *dans la mesure où l'essentiel de la coopération douanière repose en fait sur des réglementations communautaires* ». Dans ce sens, voy. H. LABAYLE, « *Coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* », *Rép. communautaire*, Dalloz, 1998, n° 37.

(665) Aux termes de l'article 2 du règlement n° 515/97 l'enquête administrative est définie comme « *tous les contrôles, vérifications et actions entrepris par des agents des autorités administratives visées à l'article 1^{er} dans l'exercice de leurs fonctions visant à assurer l'application correcte des réglementations douanières et agricoles et à établir, le cas échéant, le caractère irrégulier d'opérations qui paraissent être contraires à celles-ci, à l'exception des actions entreprises à la demande ou sous le contrôle direct d'une autorité judiciaire* ». Pour une étude des dispositions du règlement relatives au recueillement et à l'utilisation des éléments de preuve, voy. J.A.E. VERVAELE, « *Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête administrative et judiciaire. Recueil des preuves et utilisation des preuves dans le domaine des intérêts financiers de l'Union européenne* », *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 493.

(666) Voy. notamment l'article 3 §1 de la Convention : « *La présente convention concerne l'assistance mutuelle et la coopération dans le cadre d'enquêtes pénales concernant des infractions aux réglementations douanières nationales et communautaires et relevant de la compétence de l'autorité requérante en vertu des dispositions nationales de l'État membre concerné* ».

(667) Le dispositif anti-fraude est particulièrement achevé en matière de politique agricole commune.

(668) Voy. dans ce sens, C. BRUNET, *La protection des intérêts financiers des Communautés européennes : pour une nouvelle dimension de la lutte contre la fraude*, thèse, Lyon III, 2003, pp. 224 et s.

recherche des preuves variable et une protection des intérêts financiers de l'Union moins effective.

La nécessité de donner un cadre juridique cohérent à la lutte contre la fraude a conduit la Commission à faire une proposition de règlement relatif à l'assistance administrative mutuelle contre la fraude et toute autre activité illégale (669). L'objet de cette proposition est de garantir « *une coopération multilatérale et rapide dans toute enquête (...) qui permettrait une action plus ciblée et cohérente des États membres* » (670). Aux termes de l'article premier de la proposition, le règlement doit établir « *le cadre légal de la coopération, l'assistance administrative mutuelle et, (...) en particulier, l'échange d'informations entre les autorités compétentes des États membres et entre ces autorités et la Commission, afin d'assurer une protection efficace et équivalente des intérêts financiers de la Communauté contre la fraude et toute autre activité illégale* » (671).

Cette proposition n'est pas encore adoptée. Toutefois, elle met en exergue l'importance de la recherche des preuves dans la lutte contre la fraude et la protection des intérêts financiers de l'Union. Moyen efficace, la recherche des preuves est également envisagée comme un élément nécessaire à la réalisation du marché intérieur.

b) *La généralisation des mécanismes de la recherche des preuves à la réalisation du marché intérieur*

L'application décentralisée de la législation de l'Union, outre dans le domaine de protection des intérêts financiers, implique que la recherche des preuves peut être appréhendée comme un moyen de réalisation du marché intérieur et un moyen de garantir son bon fonctionnement.

Conscient de cette potentialité, le Conseil a envisagé à plusieurs reprises la coopération administrative dans la recherche des preuves

(669) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à l'assistance mutuelle administrative mutuelle aux fins de la protection des intérêts financiers de la Communauté contre la fraude et toute autre activité illégale, COM (2004) 509 final, du 20 juillet 2004. Cette proposition a été modifiée afin de tenir compte des amendements apportés par le Parlement européen. Ces modifications ont pour objet d'assurer que le nouveau règlement ne porterait pas atteinte aux pouvoirs d'investigations et de contrôle des autorités nationales et n'accorderait pas de nouveaux pouvoirs d'enquête à la Commission. Voy. Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à l'assistance mutuelle administrative mutuelle aux fins de la protection des intérêts financiers de la Communauté contre la fraude et toute autre activité illégale, COM (2006) 473 final, du 14 septembre 2006.

(670) COM (2004) 509 final, du 20 juillet 2004, p. 2 (proposition initiale).

(671) Article 1^{er} de la proposition modifiée.

208 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

comme une mesure prioritaire dans le cadre de ses résolutions (672). Ces résolutions mettaient l'accent sur la possibilité d'« examiner, compte tenu de la suppression des contrôles aux frontières (...), la nécessité de renforcer la coopération afin de résoudre tout problème d'ordre pratique » (673) et d'« encourager et [de] favoriser une communication efficace » (674) et sur « la nécessité de coordonner adéquatement (...) tout le cycle de mise en place et de fonctionnement de systèmes de communication et d'échange d'informations entre administrations (...) de manière à assurer la mise en œuvre efficace de ces systèmes et leur interopérabilité » (675). Elles préconisaient la mise en place d'un système d'échange mutuel d'informations et de renseignements reposant sur « la confiance mutuelle et la transparence entre les administrations » (676) en vue de permettre une application effective, efficace et uniforme de la législation de l'Union dans les États membres.

Pour réaliser cet objectif, le Conseil de l'Union a mis en exergue la nécessité pour les États membres et la Commission de poursuivre leurs efforts dans les domaines dans lesquels des règles de la coopération administrative n'ont pas été encore établies en ce qui concerne l'application de la réglementation relative au marché intérieur (677).

Ces résolutions ne sont pas restées sans effet. Elles ont donné lieu à l'adoption de plusieurs mesures au sein de l'Union afin de faciliter les échanges d'informations au moyen de la création des réseaux (678).

(672) Résolution du Conseil, du 7 décembre 1992, sur les moyens d'assurer le bon fonctionnement du marché unique, *JO* n° C 334 du 18 décembre 1992, p. 1 ; Résolution du Conseil, du 16 juin 1994, sur le développement de la coopération administrative pour la mise en œuvre et l'application de la législation communautaire dans le cadre du marché intérieur, *JO* n° C 179 du 1^{er} juillet 1994 ; Résolution du Conseil, du 20 juin 1994, relative à la coordination en matière d'échange d'information entre administrations, *JO* n° C 181 du 2 juillet 1994, p. 1 ; Résolution du Conseil, du 8 juillet 1996, sur la coopération entre administrations pour l'application de la législation relative au marché intérieur, *JO* n° C 224 du 1^{er} août 1996, p. 3.

(673) Voy. pt 14 de la Résolution du Conseil, du 7 décembre 1992, sur les moyens d'assurer le bon fonctionnement du marché unique, *op. cit.*

(674) Voy. pt 15 de la Résolution du Conseil, du 7 décembre 1992, sur les moyens d'assurer le bon fonctionnement du marché unique, *op. cit.*

(675) Voy. pt 1^{er} de la Résolution du Conseil, du 20 juin 1994, relative à la coordination en matière d'échange d'information entre administrations, *op. cit.*

(676) Voy. considérant 2 de la Résolution Conseil du 16 juin 1994, sur le développement de la coopération administrative pour la mise en œuvre et l'application de la législation communautaire dans le cadre du marché intérieur, *op. cit.*

(677) Voy. pt d) de la Résolution du Conseil, du 8 juillet 1996, sur la coopération entre administrations pour l'application de la législation relative au marché intérieur, *op. cit.* : « à examiner, de manière prioritaire, la possibilité de renforcer la coopération administrative dans l'application de la législation dans d'autres domaines ».

(678) Voy. notamment la décision 95/468/CE du Conseil, du 6 novembre 1995, concernant la contribution communautaire à l'échange télématique de données entre administrations dans la Communauté (IDA), *JO* n° L 269 du 11 novembre 1995 ; décision 1720/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 1999 adoptant un ensemble d'actions et de mesures visant

Suivant la même logique, l'on peut également mentionner le dispositif très complet en matière de concurrence relatif à la répression des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, le règlement (CE) n° 1/2003 (679) instaure à cet effet un cadre cohérent reposant sur des échanges d'informations et d'assistance afin de donner à l'autorité compétente les moyens nécessaires à la poursuite et à la répression des pratiques anticoncurrentielles à dimension transnationale (680). De même, la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur (681) consacre un titre entier à la coopération administrative afin de réaliser les objectifs poursuivis par cette directive.

La prise en compte de la réalisation et du bon fonctionnement du marché intérieur justifie une action européenne pour l'organisation de la coopération administrative dans la recherche des preuves (682) et ce, même dans des domaines relevant des compétences réservées des États membres. Ainsi, en matière de fiscalité directe, compte tenu de l'insuffisance de la lutte menée au niveau national contre la fraude et l'évasion fiscale et des incidences que ces dernières pouvaient avoir sur les mouvements de capitaux et sur le bon fonctionnement du marché intérieur, le Conseil a adopté dès 1975 une résolution relative aux mesures à prendre par la Communauté afin de combattre la fraude fiscale (683). Parmi les mesures prioritaires figuraient la nécessité d'assurer un échange mutuel d'informations entre les États membres et la préoccupation de rendre possible l'exercice d'enquêtes dans un autre État membre (684).

à assurer l'interopérabilité de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA) et l'accès à ces réseaux, *JO* n° L 203 du 3 août 1999, p. 9 ; décision 1719/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 1999, définissant un ensemble d'orientations, ainsi que des projets d'intérêt commun, en matière de réseaux transeuropéens pour l'échange électronique de données entre administrations (IDA), *JO* n° L 203 du 3 août 1999, p. 1.

(679) Voy. article 5 et 12 règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO* n° L 1 du 4 janvier 2003.

(680) L. IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de texte d'application) », *CDE*, 2003, pp. 313 et s.

(681) du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, *JO* n° L 376 du 27 décembre 2006.

(682) Voy. également dans ce sens et à titre d'exemple la directive 76/308/CEE, du Conseil, du 15 mars 1976, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certains cotisations, droits, taxes et autres mesures, *JO* n° L 73 du 19 mars 1976, p. 18.

(683) *JO* n° C 35 du 14 février 1975, p. 1. Voy. sur ce point, M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, op. cit., p. 149.

(684) Cette résolution faisait suite à la communication de la Commission, du 22 novembre 1974, sur les problèmes de la fraude et de l'évasion fiscales internationales : « considère qu'il est souhaitable d'engager une première action concernant les points suivants : a) l'échange

210 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Cette résolution a donné lieu à l'adoption par le Conseil de la directive 77/799/CEE relative à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (685). Prise sur le fondement de l'ex-article 100 du traité CEE (remplacé par l'article 94 TCE devenu article 115 TFUE), la directive a eu pour objectif de remplacer les conventions bilatérales qui existaient entre les États membres et de fournir un cadre juridique fondé sur des principes communs à tous les États membres à l'intérieur de la Communauté (686). À cet égard, en termes d'assistance mutuelle, l'article 1^{er} de la directive dispose que « *les autorités compétentes des États membres échangent, conformément à la présente directive, toutes les informations susceptibles de leur permettre l'établissement correct des impôts sur le revenu et sur la fortune* ».

Moyen efficace pour la réalisation du marché intérieur, la recherche des preuves est appréhendée à un double niveau. Tout d'abord, la recherche des preuves permet l'exercice de la compétence d'exécution des autorités nationales. Ce faisant, elle permet, ensuite, de protéger les droits reconnus aux opérateurs économiques au titre des libertés de circulation et au titre des politiques communes.

Cette idée est déjà perceptible dans les résolutions du Conseil de l'Union qui préconisaient l'instauration d'un système d'échange mutuel d'information et de renseignements. Ce système, fondé sur une plus grande coopération administrative, a pour objectif de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur dans la mesure où les opérateurs économiques pourront « *plus facilement faire valoir leurs droits*

mutuel entre les États membres, sur demande ou non, de toute information qui paraît utile (...); b) la nécessité, pour assurer l'efficacité de cet échange de renseignements, d'étudier les possibilités d'harmoniser les moyens juridiques et administratifs des administrations fiscales pour recueillir des renseignements et pour exercer leurs droits de contrôle; c) le recours à des enquêtes, pour la détermination correcte des impôts (...), en respectant les dispositions législatives nationales, dans l'intérêt d'un autre État lorsque ce dernier le demande ».

(685) JO n° L 336 du 27 décembre 1977, p. 15. Cette directive est abrogée et remplacée à compter du 1^{er} janvier 2013 par la directive n° 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CE, JO n° L 64 du 11 mars 2011. Voy. art. 28 de cette directive. Cette abrogation est motivée par un souci de renforcer et de clarifier la coopération administrative entre les autorités nationales fiscales.

(686) D. CALLEJA, D. VIGNES, R. WÄGENBAUR, *Dispositions fiscales. Rapprochement des législations*, in *Commentaire Mégret. Le droit de la C.E.E.*, vol. 5, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 1993, pp. 169 et s.

au titre du marché intérieur » (687) et, ce faisant, assurer de manière effective le respect des règles du droit de l'Union (688).

Ainsi, l'adoption par le Parlement et le Conseil du règlement n° 2006/2004 (689) constitue un exemple concret. Il a instauré une coopération administrative entre les autorités nationales compétentes afin de protéger de manière efficace les consommateurs. À cet égard, le règlement met en place des instruments d'assistance mutuelle dans l'échange d'informations afin de rendre efficace la lutte contre les pratiques commerciales qui portent atteinte aux intérêts des consommateurs.

L'existence de textes de droit dérivé relatif à la coopération administrative permet également de rendre compte de ce que la recherche des preuves n'est appréhendée que sous son aspect administratif.

2. La nature exclusivement administrative de la recherche des preuves

L'action normative de l'Union pour organiser la recherche de preuves au titre de la coopération administrative rencontre une limite d'ordre structurel. En effet, cette action normative de l'Union n'est possible que pour permettre aux autorités nationales compétentes d'exercer leurs pouvoirs de contrôle et de sauvegarde. En ce sens, elle ne peut que venir appuyer et coordonner l'exécution des enquêtes administratives par les autorités nationales compétentes. À cet égard, il convient de déterminer ce qu'il faut considérer comme une enquête administrative.

Pour la définition d'une enquête administrative, la doctrine a proposé l'utilisation d'un critère organique. Selon ce critère, sont administratifs « *les contrôles et les sanctions décidés par une autorité administrative et non par un juge* » (690). Pour la qualification d'une enquête comme administrative, ce qui importe est la prise en considération de la qualité de l'autorité qui l'exécute. En application de ce critère, une enquête est administrative si l'autorité qui la mène est une autorité administrative (691). Toutefois, la mise en œuvre du critère organique,

(687) Directive 77/799/CEE relative à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, préc. *Ibid.* considérant 3.

(688) *Ibid.* considérant 4.

(689) Règlement n° 2006/2004 du Parlement européen et le Conseil, du 27 octobre 2004, relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *JO* n° L 364 du 9 décembre 2004, p. 1.

(690) C. HAGUENEAU-MOIZARD, « Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif (contrôles, sanction), *op. cit.*, p. 777.

(691) Voy. par exemple, l'article 2 du règlement n° 515/95, précité.

212 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

critère *a priori* le plus simple dès lors qu'il ne s'intéresse qu'à la qualité de l'autorité qui exécute l'enquête, peut aboutir à des situations tout à fait paradoxales. En effet, une autorité administrative peut être amenée à exécuter une enquête qui va permettre, le cas échéant, le prononcé des sanctions pénales par une autorité juridictionnelle. L'éventualité du prononcé de telles sanctions (692) constitue une cause de refus de la part de l'autorité d'un autre État membre pour procéder aux investigations et aux recherches de preuves demandées (693).

Cette façon d'appréhender la recherche des preuves en fonction du caractère administratif ou non des enquêtes menées par les autorités nationales est révélatrice de l'incohérence qui subsiste encore dans la mise en œuvre de contrôles et de sanctions homogènes (694). La distinction entre le caractère administratif et/ou pénal d'une enquête fait également obstacle à l'appréhension de manière globale d'une seule et unique violation du droit de l'Union qui peut constituer en même temps une simple irrégularité administrative et une infraction pénale (695).

La lutte contre la fraude constitue un exemple éclairant de ces difficultés pour organiser une recherche des preuves cohérente et homogène entre les autorités nationales compétentes. Il en est ainsi car la lutte contre la fraude ne peut pas seulement être appréhendée par la coopération administrative dans la recherche des preuves dès lors que la reconnaissance d'une fraude est pénalement sanctionnée. Or, les poursuites pénales de la fraude relèvent de la compétence des États membres, impliquant une coopération des autorités nationales selon leurs législations pénales (696).

(692) Sur la compétence de l'Union en matière de sanctions pénales, voy. CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* p. I-7879, pt 19.

(693) Sur le principe de finalité dans l'utilisation des preuves, voy. Chapitre 2, Section 1, §2, A. de ce titre de cette partie de la thèse.

(694) Voy. considérant 4 de la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (*JO* n° L 328 du 6 décembre 2008, p. 28) : « *L'existence de règles communes relatives aux infractions pénales permet la mise en œuvre de méthodes d'instruction et d'assistance efficaces au niveau national et entre États membres* ». H. LABAYLE, « Coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », *op. cit.*, n° 37.

(695) Voy. considérant 7 de la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, précitée, au sujet d'un manquement à une obligation d'agir en matière de protection de l'environnement : « *il convient donc que cette conduite soit considérée comme une infraction pénale dans toute la Communauté lorsqu'elle est délibérée ou relève d'une négligence grave* ».

(696) La lutte contre la fraude repose donc sur des mécanismes administratifs de recherche de preuves et sur des mécanismes spécifiques à la matière pénale. Ces derniers sont institués par des actes adoptés sur le fondement de l'article 31 TUE (repris respectivement par les articles 82, 83 et 85 TFUE) qui sont des actes dit du « *troisième pilier* » et qui continuent à s'appliquer durant la période transitoire de 5 ans après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne prévue

L'appréhension de la recherche des preuves en fonction de la nature des enquêtes menées par les autorités nationales compétentes permet de rendre compte des limites du critère organique. En effet, il est parfois difficile de préciser d'emblée si l'on est en présence de la fraude comme irrégularité administrative ou de la fraude comme infraction pénale (697). De plus, les enquêtes pénales et administratives poursuivent souvent la même irrégularité, les résultats des enquêtes administratives pouvant aboutir à des investigations en matière pénale (698). Cette imbrication des enquêtes pénales et administratives fait intervenir des mécanismes de coopération reposant sur des logiques différentes qui affaiblissent l'efficacité de la recherche des preuves et, par conséquent, le prononcé d'une sanction effective et adaptée.

Dans un premier temps, le législateur de l'Union est intervenu par deux instruments normatifs afin de donner un cadre normatif général, commun à tous les domaines couverts par les politiques de l'Union, à la coopération entre les autorités nationales dans l'exercice de leurs pouvoirs d'investigation afin de lutter contre la fraude. Sur le fondement de l'article 308 du traité CE (devenu article 352 TFUE), le Conseil a adopté le règlement n° 2988/95, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (699). Ce règlement constitue « *la réglementation générale relative à des contrôles homogènes et à des mesures et des sanctions administratives portant sur des irrégularités au regard* » du droit de l'Union (700). Sur le fondement de l'article K. 3 TUE (devenu article 31 TUE repris par les articles 82, 83 et 85 TFUE) a été également établie une Convention relative à la

à l'article 10§ 3, du Protocole n° 36 annexé au Traité de Lisbonne. C. KADDOUS, F. PICOD, *Union européenne : recueil de textes*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 8^{ème} éd., p. 203.

(697) À titre d'exemple, on peut citer la définition même de la fraude donnée par le règlement n° 2988/95, du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JO* n° L 312 du 23 décembre 1995, p. 1) et par la Convention établie sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JO* n° C 316 du 27 novembre 1995, p. 49). Dans le règlement, la fraude est définie comme une irrégularité, une violation d'une disposition communautaire « *résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés* ». Selon la convention, le même acte ou omission constitue une infraction pénale dès lors que celui-ci présente un élément intentionnel.

(698) Pour un exposé des procédures originales de recherche de la fraude par des enquêtes préliminaires et de flagrant délit impliquant la coopération policière voy. C. BERR, H. TREMEAU, *Le droit douanier, communautaire et national*, Paris, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Série Études et Recherches, 6^{ème} éd., 2006, p. 512 ; à ce sujet nous renvoyons également à la thèse de M. SABATIER, *La coopération policière européenne*, Paris, L'harmattan, 2001.

(699) *JO* n° L 312 du 23 décembre 1995, pp. 1.

(700) Voy. article 1^{er} du règlement.

214 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

protection des intérêts financiers des Communautés européennes (701). Aux termes de l'article 6 de la Convention, lorsque la fraude constitue une infraction pénale et concerne au moins deux États membres, les États membres « *coopèrent de manière effective à l'enquête* ». Acte du « *troisième pilier* », cette convention n'a pas été ratifiée par tous les États membres, ce qui diminue l'effectivité opérationnelle des enquêtes menées par les autorités nationales compétentes (702).

Dans un second temps, l'introduction de l'article 280 du traité CE (devenu article 325 TFUE) par le traité d'Amsterdam a permis d'envisager une action de la Communauté en ce qui concerne la protection pénale des intérêts financiers, notamment en précisant le cadre de la recherche des preuves entre les États membres. Sur le fondement de cet article, la Commission a fait une proposition de directive relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté (703). Cette proposition avait également pour objectif de remplacer en partie la Convention prise sur le fondement de l'article K. 3 afin de donner une certaine cohérence à la poursuite administrative et pénale de la fraude.

Par la suite, la Commission a proposé, la création d'un Procureur européen qui aurait pour mission de centraliser les enquêtes menées par les autorités nationales compétentes (704). Touchant à un domaine sensible lié aux souverainetés étatiques tant en ce qui concerne le rapprochement des législations pénales qu'en ce qui concerne l'administration judiciaire de la preuve pénale, la proposition de la directive et la création du Procureur européen n'ont pas abouti pour l'instant.

L'impossibilité de mettre en œuvre une politique de protection des intérêts financiers de l'Union tient essentiellement au caractère d'infraction pénale de la fraude qui fait obstacle à l'exercice d'une action normative cohérente du législateur de l'Union. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et les modifications que celui-ci apporte pourront certainement faire aboutir les différentes propositions de la Commission dans ce domaine. En effet, le Traité de Lisbonne, qui reprend les

(701) JO n° C 24 du 23 janvier 1998, p. 1.

(702) Voy. les rapports additionnels à la Convention.

(703) Proposition de directive, du Parlement européen et du Conseil, relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté, COM (2001) 272 final, du 23 mai 2001.

(704) *Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, COM (2001) 715 final, du 11 décembre 2001. Dans son livre vert, la Commission part du constat que l'efficacité opérationnelle des enquêtes menées par les autorités compétentes nationales ne peut être renforcée que si celles-ci aboutissent à des poursuites judiciaires pénales. La création du Procureur européen permettrait de compléter l'action de prévention et d'enquête administrative par une fonction de poursuite pénale. Voy. *Le Livre Vert*, op. cit., p. 14.

dispositions du traité établissant une Constitution pour l'Europe (705), rend désormais possible à l'article 86 TFUE la création d'un Parquet européen. Celui-ci sera compétent « *pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* » (706). Il exercera ainsi l'action publique devant les juridictions nationales compétentes. A cet égard, l'article 86 TFUE permet aux États membres une souplesse d'application. Le projet d'un acte portant création du Parquet européen peut déboucher sur la mise en œuvre d'une coopération renforcée au sein de laquelle l'unanimité des États membres est encore requise dans ce domaine (707).

Le maintien de deux logiques différentes dans la recherche des preuves entraîne des obligations à contenu variable à l'égard des autorités nationales compétentes. Ainsi, l'aspect purement administratif de la recherche des preuves est encadré par un dispositif juridique très complet dont la méconnaissance est sanctionnée non seulement au titre de la coopération loyale qu'il instaure, mais aussi au titre de l'obligation de mise en œuvre effective des actes de droit dérivé de l'Union (708). La méconnaissance des obligations peut faire l'objet d'un recours en manquement. En revanche, l'aspect pénal de la recherche des preuves repose sur l'obligation générale de coopération loyale qui pèse sur les autorités nationales au titre de l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE) (709). Cette dernière fait intervenir ainsi des interrogations sur son statut contentieux et les conséquences qui s'y attachent au stade de la recherche des preuves, notamment en matière pénale.

Si l'action normative de l'Union en matière de recherche de preuve n'est possible qu'au titre d'une compétence d'appui et de coordination et ne peut concerner que les enquêtes présentant un caractère purement administratif, cette action a démontré que la recherche

(705) La proposition de la création d'un Procureur européen a été maintenue dans le traité établissant une Constitution de l'Europe. L'article III-274 prévoyait la possibilité pour le Conseil, statuant à l'unanimité et après consultation du Parlement européen, d'instituer un Parquet européen en cas d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

(706) Voy. article 86 §2 TFUE.

(707) Voy. les modalités particulières de mise en œuvre de l'action normative sur le fondement de l'art. 86 §1 TFUE.

(708) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A. de cette partie de la thèse. Voy. également, article 197, §1 TFUE qui prévoit l'adoption de règlement selon la procédure législative ordinaire. En revanche, l'article 74 TFUE prévoit que, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le Conseil peut prendre des mesures sans pour autant en préciser la nature.

(709) CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, *Rec. p.* I-5285, pt 43.

216 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

des preuves est un moyen efficace pour la réalisation des objectifs de la construction européenne. En ce sens, la recherche des preuves contribue également à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

§2. – Une action normative de l'Union fondée sur une approche différenciée de la recherche des preuves au titre de la coopération judiciaire

L'action normative en matière de recherche judiciaire des preuves de l'Union repose sur une conciliation entre l'objectif d'un espace judiciaire européen fondé sur des principes communs et le respect de l'autonomie procédurale des États membres (710). Cette conciliation a permis, néanmoins, d'envisager une coopération dans l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, mais de manière restreinte (A). Elle a également abouti à un changement de méthode en matière pénale par l'intégration progressive des mécanismes d'entraide judiciaire dans la recherche des preuves (B).

A. Une action normative restreinte quant à la recherche judiciaire des preuves en matière civile et commerciale

Rendue possible avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en matière civile et commerciale, la « communautarisation » (711) de

(710) L'action normative de l'Union repose sur une nouvelle approche de l'entraide judiciaire fondée sur « *divers mécanismes et principes gouvernant le fonctionnement de la justice* », notamment en ce qui concerne la recherche des preuves. Cette nouvelle approche se manifeste à deux niveaux. Tout d'abord, il s'agit d'une nouvelle conception de l'entraide judiciaire fondée sur des mécanismes propres au droit de l'Union européenne. Ensuite, il s'agit de la volonté d'appréhender l'ensemble de la procédure judiciaire par cette nouvelle approche englobant non seulement la phase du jugement, sa reconnaissance et son exécution, mais aussi la phase de l'instruction, particulièrement délicate dans les procès transnationaux. Cette nouvelle approche est entérinée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui a mis fin à la structure en piliers de l'Union et, partant, qui permet désormais une action normative cohérente de l'Union sur la coopération judiciaire. Voy. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « *Coopération civile et pénale* », in *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2005, n° 156 ; E. STROSKRUBB, *Civil procedure and EU law. A policy Area Uncovered*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 7 et s.

(711) Nous empruntons ce terme au professeur Claude Blumann. Cf. BLUMANN, « *Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne* », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 62, pp. 67 et s. Même si l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne met fin à la structure en piliers de l'Union et, partant, de la pertinence de ce terme, c'est la logique particulière de la méthode sur laquelle il repose qui permet de rendre au mieux compte de l'évolution de la place de la coopération judiciaire au sein de l'Union. De plus, la période transitoire d'application des nouvelles dispositions laisse encore subsister, certes de manière moins explicite, la logique de la « communautarisation » de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale et la logique de l'intégration progressive de l'entraide pénale. En effet, la « communautarisation » traduit une volonté politique des États membres de remplacer la

l'entraide judiciaire dans l'obtention des preuves a permis l'élaboration d'un acte de droit dérivé spécifique (712) à l'Union sur le fondement de l'article 65 du traité CE (devenu article 81 TFUE) qui vise « *entre autres à améliorer et simplifier (...) la coopération en matière d'obtention des preuves* ». Eu égard à la spécialité et au caractère attributif de ses compétences, l'Union ne peut intervenir sur le fondement de cet article que pour faciliter la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves pour les matières qui y sont expressément visées et dans la mesure où cela est nécessaire à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et au bon fonctionnement du marché intérieur. Ainsi, son intervention normative est doublement limitée : les mécanismes d'obtention judiciaire des preuves ne concernent que la matière civile et commerciale (1) et n'ont que pour objectif de faciliter l'exécution d'un acte d'instruction (2).

1. Une intervention normative limitée à la matière civile et commerciale

L'expression « *matière civile et commerciale* » est reprise par l'ensemble des actes de droit dérivé de l'Union pris sur le fondement de l'article 65 du traité CE (devenu article 81 TFUE). Cette limitation n'est pas particulière au droit de l'Union européenne puisque des conventions internationales visaient déjà la matière civile et commerciale en ce qui concerne la coopération judiciaire internationale (713). Le champ

coopération intergouvernementale par la méthode « communautaire ». Ce passage se manifeste, d'une part, par le transfert de compétences et, d'autre part, par les conséquences qui s'attachent à un tel transfert, notamment la procédure d'adoption d'actes de droit dérivé, le caractère obligatoire de ces actes et, enfin, la compétence du juge de l'Union. Voy. sur ce point, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « Coopérations civile et pénale », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2005, n° 69.

(712) Il s'agit du règlement n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, JO n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1. Le règlement n° 1206/2001 demeure ambigu en ce qui concerne l'exclusivité des mécanismes d'obtention des preuves qu'il instaure. En effet, étant un acte de droit dérivé obligatoire, le règlement s'impose dans les rapports entre les États membres et prévaut sur les conventions que ceux-ci ont conclues entre eux en matière d'obtention des preuves. Ce caractère exclusif trouve ses limites dans la mesure où le règlement prévoit la possibilité pour les États membres de conclure des conventions pour améliorer la coopération judiciaire dans ce domaine, à condition toutefois qu'elles soient compatibles avec le règlement. Voy. sur ce point, Section 2. §1. B. 1. b) β) de ce chapitre.

(713) On peut citer, à titre d'exemple, les Conventions issues de la Conférence de la Haye, notamment la Convention de la Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, la Convention de la Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. La matière pénale est, par conséquent, exclue.

218 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

d'application de la coopération judiciaire dans la recherche des preuves dépend alors de la définition de la « *matière civile et commerciale* ».

Le règlement n° 1206/2001 ne donne aucune précision à cet égard et ne comporte pas, à la différence de la Convention de Bruxelles, du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, une liste exhaustive des matières qui en sont exclues (714). On peut dès lors déduire que le champ d'application de la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves est plus large que celui de la Convention de Bruxelles et s'étend à toutes les matières civiles et commerciales, même à celles exclues du champ de la Convention (715).

En l'absence d'une définition précise des matières dans lesquelles la coopération judiciaire pour la recherche des preuves s'applique, il convient de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice qui a déjà précisé le contenu de la matière civile et commerciale à l'occasion des affaires soulevant l'application de la Convention de Bruxelles (716). En effet, en vertu du Protocole de Luxembourg, du 3 juin 1971, la Cour de justice s'est vu attribuer compétence pour interpréter la Convention de Bruxelles. Son œuvre jurisprudentielle a permis d'assurer l'efficacité et l'effectivité de cette convention et d'introduire la méthode d'interprétation téléologique (717) « *dans un domaine extérieur au [droit de l'Union] le droit international privé* » (718).

(714) La Convention de Bruxelles a été remplacée par le règlement n° 44/2001, du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO n° L 12 du 16 janvier 2001). L'article 1 §2 de ce règlement précise que « *sont exclus de son application : a) l'état des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ; b) les faillites, les concordats et autres procédures analogues ; c) la sécurité sociale d) l'arbitrage* ».

(715) Cette précision est apportée dans le guide pratique pour l'application du règlement relatif à l'obtention des preuves. [Règlement n° 1206/2001, du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale], p. 6. Le guide est disponible sur <http://europa.eu.int/civiljustice>.

(716) S. GUINCHARD (dir.) et al, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, p. 295.

(717) Pour l'utilisation de cette méthode voy. P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 550. Dès 1976, la Cour de justice a affirmé qu'« *il convient de se référer non au droit d'un quelconque État concerné, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble de systèmes de droit nationaux* ».

(718) Pour une étude du rôle unificateur de la Cour de justice dans l'interprétation de la Convention de Bruxelles, voy. A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Paris, PULIM, 2000, p. 61 à 85. CJCE, 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, *Rec. p.* 1541, pt 3. Voy. obs. A. HUET, *JDI*, 1977, p. 707 ; v. note G. DROZ, *Rev. crit. dt. int. pr.*, 1977, p. 772.

Fondée sur une interprétation constructive des objectifs de la Convention (719), cette démarche jurisprudentielle a conduit à élaborer un système cohérent et spécifique à la libre circulation des jugements au sein de l'Union (720). Ce système spécifique est intrinsèquement lié à la délimitation de la matière civile et commerciale que la Cour de justice a considérée comme une notion autonome, s'affranchissant ainsi de toute référence aux droits nationaux des États signataires (721).

De la jurisprudence de la Cour de justice, l'on peut déduire que la détermination de la matière civile et commerciale au sens du règlement s'effectuera de manière traditionnelle par opposition du droit privé au droit public, ce dernier échappant *a priori* au champ d'application du règlement (722). Le critère de distinction a été dégagé dans deux arrêts, *Eurocontrol* et *Ruffër*, dans lesquels la Cour a recherché si la décision était « *rendue dans un litige opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique* » (723).

Le critère de distinction des matières relevant du droit privé et de celles relevant du droit public a le mérite de ne pas limiter l'application du règlement en fonction de la nature de la juridiction. Ainsi, le fait que le litige soit porté devant une juridiction pénale ou administrative est sans incidence sur l'application des mécanismes d'obtention de preuves. Ce qui importe est la nature du litige porté devant cette juridiction (724). Cette détermination se fait selon une analyse *in concreto*

(719) CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili*, aff. 12/76, *Rec.* p. 1473, pt 9.

(720) Dans ses conclusions (présentées le 2 décembre 1992 sous l'affaire CJCE, 21 avril 1993, *Volker Sonntag*, aff. C-172/91, *Rec.* p. I-1963), l'avocat général Darmon estimait que « *la libre circulation des jugements s'ajoute aux quatre libertés fondamentales contenues dans le traité et témoigne de la volonté des États membres de renforcer leurs liens au moyen de la Convention* ». De même, selon l'avocat général Tesauro « *la libre circulation des jugements revêt (...) une importance primordiale afin d'éviter les difficultés qui peuvent résulter pour le fonctionnement du marché commun de l'impossibilité de faire accepter et mettre en œuvre avec facilité, même par la voie judiciaire, les droits individuels découlant de la multiplicité des relations juridiques qui s'y forment* ». Voy. Conclusions présentées le 16 décembre 1993, sous l'affaire, CJCE, 10 février 1994, *Mund & Fester*, aff. C-398/92, *Rec.* p. I-467.

(721) Voy. CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili*, aff. 12/76, arr. préc., pts 10 et 11 : « *La question de savoir si ces expressions et notions doivent être considérées comme autonomes, et donc communes à l'ensemble des États membres, ou comme renvoyant aux règles matérielles du droit applicable, dans chaque espèce (...). Le choix approprié ne pouvant être dégagé qu'à propos de chacune des dispositions de la Convention, de façon toutefois à assurer à celle-ci sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs de l'article 220 du traité* ».

(722) Cette distinction a été critiquée dans la mesure où les États membres de traditions juridiques anglo-saxonnes ne connaissent pas la division droit public-droit privé.

(723) CJCE, 16 décembre 1980, *Reinhold Rüffer*, aff. 814/79, *Rec.* p. 3807, pt 16 ; CJCE, 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, aff. 29/76, arr. préc.

(724) Pour une approche analogue de la détermination de la matière civile pour l'application de l'article 6 §1, CEDH, voy. S. GUINCHARD (dir.) et al, *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable, op. cit.*, pp. 147 et s.

220 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

des faits de chaque espèce et sur la base d'un faisceau d'indices, tenant à la présence d'une autorité publique (725) et à la nature de l'activité en cause (726).

La qualification de la matière « *civile et commerciale* » au sens du règlement et, de manière plus générale, au sens du droit de l'Union européenne, ne lèvera pas toutes les incertitudes liées à l'application des mécanismes d'obtention judiciaire des preuves. La distinction entre le droit public et le droit privé est devenue floue. En effet, la doctrine s'est fondée sur l'analyse au cas par cas des critères jurisprudentiels pour critiquer l'approche de la Cour de justice qui ne permet pas d'adopter une distinction claire entre le droit privé et le droit public. Cette analyse peut aboutir à des solutions discutables sur le plan de la qualification et, par conséquent, sur le plan de l'application du règlement (727). À cette difficulté définitionnelle, le règlement en ajoute une autre, tenant à la notion nouvelle d'acte d'instruction.

(725) CJCE, 21 avril 1993, *Volker Sonntag*, aff. C-172/91, arr. préc. En l'espèce, la Cour de justice a considéré qu'un instituteur, poursuivi pénalement et civilement, en raison du décès accidentel d'un élève, n'était pas une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique. En l'espèce, la seule qualité de fonctionnaire ne suffisait pas à emporter la nature de droit public des actes de l'instituteur. Encore fallait-il qu'il ait agi dans l'exercice d'une activité de puissance publique.

(726) Dans les arrêts *Eurocontrol et Ruffer*, c'est l'analyse de l'activité qui a permis de retenir la qualification de décision relevant du droit public et, par conséquent, l'inapplication de la Convention de Bruxelles. Dans l'arrêt *Eurocontrol*, c'est sur la base d'un faisceau d'indices tenant au caractère obligatoire des redevances pour la personne de droit privé et au mode unilatéral de fixation, par l'organisme public, du taux de redevances, au lieu de l'exécution de l'obligation et, enfin à la nature des juridictions compétentes en cas de litige, que la Cour a écarté la qualification de matière civile et commerciale au sens de la Convention. Dans l'arrêt *Ruffer*, l'enlèvement d'une épave par les gestionnaires des voies d'eau publiques a été considéré comme une activité de puissance publique.

(727) Le critère de distinction, impliquant la présence d'une autorité publique agissant dans le cadre d'une prérogative de puissance publique, est contestable en ce qui concerne la qualification d'un contrat de droit privé ou de droit public. Sur l'incidence de ce critère quant à l'éventuelle difficulté dans l'application du règlement Voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2002, p. 23 ; T. HABU GROUD, « Obtention des preuves en matière civile et commerciale. Coopération entre les juridictions des États membres. Règlement (CE) n° 1206/2001, du 28 mai 2001 », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2800, 2004, n° 15 : « *Le critère de distinction ne lève pas toutes les incertitudes notamment pour les matières de droit économique à fort encadrement de droit public telles que le droit de la concurrence. Un temps, la Commission a envisagé l'étude de l'extension du champ d'application de la Convention aux affaires de concurrence soumises à des juridictions administratives, mais cette perspective ne paraît pas avoir eu de suite* ».

2. Une intervention normative limitée à la possibilité d'exécuter un acte d'instruction

Sur le fondement de l'article 81 TFUE, l'Union ne dispose pas d'une compétence normative générale pour régir la matière de preuve. Elle peut seulement instaurer des mécanismes pour appuyer la coopération judiciaire dans la recherche des preuves. Comme le remarquait déjà le professeur Maude Lebois au sujet de l'article 65 du traité CE (devenu article 81 TFUE), « *cette manière de légiférer est conforme au principe de l'autonomie procédurale des États membres (...). En matière de preuves, l'objet de la preuve et sur qui pèse la charge de l'apporter, quels sont les moyens de preuve, leur recevabilité et leur portée, les modalités de la production de ces éléments et la manière dont les pièces d'un procès sont portées à la connaissance du défendeur, sont analysés au regard de la législation nationale compétente en application des règles de droit international privé* » (728).

L'obtention judiciaire des preuves est donc entendue de manière stricte. Il s'agit de rendre possible l'exécution d'actes d'instruction par les juridictions nationales sur le territoire d'un autre État. Le règlement ne définit pas ce qu'il faut entendre par acte d'instruction. Son article 1^{er} donne néanmoins certains éléments de définition : il s'agit d'un acte exécuté par une juridiction étatique dans le cadre « *d'une procédure judiciaire qui est engagée ou envisagée* » (729). L'acte d'instruction se définit donc par référence à l'autorité qui le demande et par référence à la finalité de la mesure demandée (730). Les mécanismes de coopération ne concernent alors que les juridictions étatiques (731) qui seront amenées à procéder à des mesures d'instruction en vue d'instruire un procès.

Pour la notion d'acte d'instruction, le règlement donne une définition négative puisque la demande d'acte d'instruction « *ne doit pas viser à obtenir des moyens de preuve qui ne sont pas destinés*

(728) M. LÉBOIS, « L'amorce d'un droit procédural européen : les règlements 1348/2000 et 1206/2001 en matière de signification, notification et de preuves face au procès social », in G. DE LAVAL, J. HUBIN (dir.), *Espace judiciaire et social européen. Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2001*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, p. 330, note 14.

(729) Voy. article 1^{er} § 2 du règlement : « *La demande ne doit pas viser à obtenir des moyens de preuves qui ne sont pas destinés à être utilisés dans une procédure qui est engagée ou envisagée* ».

(730) En procédure civile, la mesure d'instruction est définie comme « *une mesure ordonnée par un juge, d'office ou à la demande d'une partie, tendant à établir la véracité des faits allégués par une partie au soutien de ses prétentions* ». Voy. « Mesure d'instruction », in R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2004, p. 259.

(731) À l'exclusion des juridictions danoises.

222 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

à être utilisées dans une procédure judiciaire ». Cette notion semble englober ainsi tous les actes permettant la mise en œuvre de certains modes de preuve. On peut alors estimer, comme l'a fait la doctrine, que « les expressions acte d'instruction et mesure d'instruction sont donc synonymes » (732).

Le règlement ne précise non plus les modes de preuve pouvant être obtenus par les mécanismes du règlement. Le guide pratique pour son application en donne une conception large, puisque sont visées, au sens du règlement, « les auditions de témoins, des parties ou d'experts, la production de documents, les vérifications, l'établissement des faits, la consultation de spécialistes de la famille ou du bien-être de l'enfant » (733). À cette acception large des modes de preuve pouvant être recueillis, le règlement impose une limite puisque les moyens de preuve doivent être destinés à être utilisés « dans une procédure engagée ou envisagée ». La finalité des mécanismes d'obtention des preuves est de permettre l'instruction du procès ou d'en apprécier l'opportunité.

Cette finalité poursuivie par le règlement peut être compromise lorsqu'il s'agit de l'exécution des mesures d'instruction *in futurum*. La difficulté pour ces mesures d'instruction réside dans l'articulation avec les mesures provisoires et conservatoires relevant quant à elles de l'article 31 du règlement n° 44/2001. En effet, l'article 31 du règlement n° 44/2001 prévoit la possibilité d'exécuter des mesures provisoires et conservatoires. Or, les mesures d'instruction *in futurum* comme les mesures conservatoires sont ordonnées avant le jugement au fond et présentent un caractère provisoire dans l'attente du jugement, tout en pouvant parfois être ordonnées simultanément dans la même requête.

La souplesse admise par les juridictions nationales et la Cour de justice en ce qui concerne le recours à l'article 24 de la Convention de Bruxelles (repris par l'article 31 du règlement n° 44/2001) pour les mesures d'instruction *in futurum* risque de diminuer l'efficacité des mécanismes d'obtention de preuves instaurés par le règlement n° 1206/2001 (734). Une précision quant à la définition au niveau de

(732) T. HABU GROUD, « Obtention des preuves en matière civile et commerciale. Coopération entre les juridictions des États membres. Règlement (CE) n° 1206/2001, du 28 mai 2001 », *J.-Cl. Europe, op. cit.*, spéc. n° 25.

(733) Guide préc. p. 6.

(734) En l'absence d'un instrument conventionnel spécifique à l'obtention des preuves entre les États membres, les juridictions nationales ont recouru à la possibilité ouverte à l'article 24 de la Convention de Bruxelles pour les mesures d'instruction. Ainsi, à titre d'exemple, on peut citer la position des juridictions françaises qui ont admis la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction *in futurum* sur le fondement de cet article, et plus précisément l'expertise. Il en est de même pour les mesures de conservation de preuves. Voy. sur ce point, CA de Paris,

l'Union aurait été souhaitable (735). À cet égard, la doctrine précise que les mesures d'instruction *in futurum* sont une catégorie juridique distincte des mesures conservatoires.

Selon Thomas Habu Groud (736), l'utilisation de l'article 24 de la Convention ne devrait pas avoir pour conséquence de remettre en cause la distinction entre les mesures d'instruction, fussent-elles *in futurum*, et les mesures provisoires et conservatoires. Pour étayer son raisonnement, il procède à une analyse fonctionnelle (737) de chaque mesure en s'appuyant sur leur fonction et sur leur finalité, compte tenu de leur rapport anticipatif avec le temps (738).

19 mars 1987 ; CA de Versailles, 29 juin 2000. Voy. également, D. ALEXANDRE, A. HUET, « Compétence, reconnaissance et exécution (matières civile et commerciale) », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2007, n° 263 à 268 ; Pour des mesures ayant pour l'objet de conserver des preuves voy. M. PERTEGAS SENDER, « Article 24 of the Brussels Convention : a particular reading for patent infringement disputes ? », in R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS, N. WATTÉ (dir.), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale. The European judicial area in civil and commercial matters*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 286.

(735) Dans la proposition de révision de la Convention de Bruxelles, la Commission avait proposé de donner une définition plus claire des mesures visées à l'article 24 de la Convention. À cet égard, elle estimait utile d'introduire un article 18 bis aux termes duquel « *les mesures provisoires et conservatoires sont les mesures urgentes destinées à instruire un litige, à assurer la conservation de preuves ou de biens en vue de la décision ou de l'exécution forcée, ou à maintenir ou régler une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est ou pourra être demandée au juge du fond* ». Cette proposition n'a pas été suivie et l'article 31 du règlement n° 44/2001 reprend dans des termes identiques l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les États membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale, présentée le 22 décembre 1997, COM (609) 97 final, JO n° C 33 du 31 janvier 1998, p. 20. Voy. également, article 31 du règlement n° 44/2001 : « *Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond* ».

(736) T. HABU GROUD, *La preuve en droit international privé français*, thèse, *op. cit.*, pp. 316 à 319.

(737) L'approche fonctionnelle de distinction entre les mesures provisoires et les mesures d'instruction peut néanmoins aboutir à l'introduction des mesures d'instruction *in futurum* dans la première catégorie. Voy. dans ce sens, O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse, Université de Neuchâtel, 1993, 219 p. cité et analysé par T. HABU GROUD, *La preuve en droit international privé français*, thèse, *op. cit.*, pp. 316 à 319.

(738) Les mesures d'instruction *in futurum* ont pour objet de préparer le procès. Elles peuvent être ordonnées indépendamment de toute décision au fond. Elles ont un caractère préventif afin d'éviter la disparition des preuves et remédient ainsi aux difficultés éventuelles que peut susciter l'administration judiciaire de la preuve. Les mesures de conservation des preuves ne préjugent en rien l'issue du procès. Elles ne font qu'anticiper les difficultés liées à la preuve indépendamment des intérêts en présence. En revanche, les mesures provisoires sont conditionnées par un jugement de fond dont elles assureront l'exécution. Elles anticipent le prononcé du jugement au fond et se caractérisent alors par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde. Elles sont intrinsèquement liées à la décision de fond. En ce sens, l'article 24 de la Convention vise à « *éviter aux parties les retards attachés à toute procédure internationale, et, en particulier, celui résultant d'une procédure d'execuatur, même simplifiée* ». Voy. sur la justification de l'exclusion des mesures d'instruction *in futurum* du champ d'application de l'article 24 de la Convention de Bruxelles, T. HABU GROUD, *La preuve en droit*

224 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

L'approche fonctionnelle de la distinction entre les mesures conservatoires et les actes d'instruction *in futurum* se profile déjà dans la jurisprudence de la Cour de justice.

Dans l'affaire *Paul Dairy* (739), pour la première fois, la Cour de justice a appliqué l'approche fonctionnelle pour la distinction entre acte d'instruction *in futurum* et mesure provisoire. En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'audition de témoin devant une juridiction d'un autre État membre dont l'exécution était demandée sur le fondement de l'article 24 de la Convention. La Cour de justice a estimé que, parce que cette mesure « *a pour but de permettre au demandeur d'évaluer l'opportunité d'une action éventuelle, de déterminer le fondement d'une telle action et d'apprécier la pertinence des moyens pouvant être invoqués dans ce cadre* » (740), elle ne pouvait pas être assimilée à une mesure conservatoire. En l'absence de pertinence de la mesure demandée sur le fond de la procédure, celle-ci ne peut alors être ordonnée dans le cadre de l'article 24 de la Convention car elle « *ne répond pas à la finalité poursuivie* » (741) par cet article. Cette mesure doit par conséquent être exécutée par les mécanismes de coopération judiciaire du règlement n° 1206/2001 (742). Admettre une autre solution reviendrait à « *entraîner une multiplication des chefs de compétence judiciaire à propos d'un même rapport juridique* » (743) et à remettre en cause l'effectivité de l'entraide judiciaire, compte tenu du caractère dérogaire de l'article 24 aux règles de compétences juridictionnelles (744).

Dans cet arrêt, la position jurisprudentielle révèle que l'utilisation de l'article 24 de la Convention pour les mesures d'instruction *in futurum* était tolérée afin de pallier l'absence de mécanismes d'obtention judiciaire de preuve rapides et efficaces avant l'adoption du règlement n° 1206/2001. Elle est également révélatrice de la volonté du juge

international privé français, thèse, *op. cit.*, pp. 316 à 319. CJCE, 27 mars 1979, *Jacques de Cavel*, aff. 143/78, *Rec. p.* 1055, pt 8.

(739) CJCE, 28 avril 2005, *Paul Dairy*, aff. C-104/03, *Rec. p.* I-3481. Voy. également, A. NUYTS, « Le règlement (CE) n° 1206/2001 sur l'obtention de preuves et sa première interprétation communautaire par l'arrêt *St Paul Dairy* », in G. DE LAVAL, M. CANDELA SORIANO (COF.) *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 301 et s.

(740) Pt 16 de l'arrêt.

(741) Pt 17 de l'arrêt.

(742) Pour une analyse similaire du référé probatoire en droit français comme un véritable « *éclairer procédural* », voy. P. THÉRY, « L'article 145 du Nouveau Code de procédure civile », *Rev. Jur. Centre-Ouest*, 1998, pp. 210 et s.

(743) CJCE, 28 avril 2005, *Paul Dairy*, aff. C-104/03, arr. préc., pt 20.

(744) Voy. CJCE, 19 février 2002, *Besix*, aff. C-256/00, *Rec. p.* I-1699, pt 24.

de l'Union d'affirmer l'autonomie de l'entraide judiciaire à l'égard des mécanismes instaurés par le règlement n° 44/2001.

L'occasion de trancher de manière explicite la question de la distinction entre les mesures *in futurum* et les mesures conservatoires s'est présentée devant la Cour de justice dans l'affaire *Alessandro Tedesco* (745). Saisie à titre préjudiciel par une juridiction italienne, la Cour de justice devait se prononcer sur l'interprétation du règlement n° 1206/2001 et, plus précisément, sur la question de savoir si la notion d'acte d'instruction englobait les mesures *in futurum*, lorsque celles-ci visaient la conservation des preuves.

La radiation de l'affaire devant la Cour de justice a rendu sans objet le renvoi préjudiciel. Les conclusions de l'Avocat général donnent les premières pistes de réflexion sur l'application et la portée des mécanismes d'obtention judiciaire des preuves.

Tout d'abord, dans ses conclusions, l'Avocat général invitait la Cour de justice à faire de l'acte d'instruction une notion autonome du droit de l'Union. L'acte d'instruction n'étant pas défini, un simple renvoi aux droits nationaux quant à la détermination de son contenu risquait d'aboutir à des conceptions divergentes et, par conséquent, diminuer la portée des mécanismes d'obtention judiciaire des preuves pour le bon fonctionnement du marché intérieur (746). Eu égard à l'importance de cette notion dans le système instauré par le règlement, l'acte d'instruction devait être interprété de la façon la plus large possible de telle manière qu'il puisse « *couvrir des pièces ou d'autres objets pouvant faire l'objet d'un examen visuel ou être analysé par des experts* » (747).

Ensuite, pour qualifier la mesure de conservation de preuve comme acte d'instruction, l'Avocat général a suggéré de privilégier l'approche fonctionnelle. Cette approche invite à s'interroger, en l'espèce, sur la fonction de la mesure et sur son caractère autonome par rapport à la saisie-contrefaçon. En effet, la mesure contestée était un moyen procédural de recherche de preuve et n'était nullement destinée « *à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des*

(745) Voy. les conclusions de l'Avocat général Julianne Kokott, présentées le 18 juillet 2007, dans l'affaire *Alessandro Tedesco*, aff. C-175/06, *Rec.* p. I-7929 ; voy. également E. STROSKRUBB, *Civil procedure and EU law. A policy Area Uncovered*, *op. cit.*, pp. 130 et s.

(746) Voy. considérant 2 du règlement n° 1206/2001.

(747) Voy. pt 44 des conclusions de l'Avocat général dans cette affaire, *op. cit.* ; V. également la notion de preuve au sens du règlement donnée dans *Le guide pratique pour l'application du règlement relatif à l'obtention des preuves*. [Règlement n° 1206/2001, du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale], *op. cit.*, p. 6.

226 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

droits dont la reconnaissance était par ailleurs demandée au juge de fond » (748). Parce que cette mesure avait pour objet de préparer le procès et d'éviter le dépérissement des preuves et, par conséquent, ne préjugait en rien la sauvegarde de la prétention matérielle, la mesure de conservation des preuves était un acte d'instruction et, en tant que tel, pouvait être exécuté par les mécanismes d'obtention des preuves.

Dans l'affaire *Arthur Werynski*, la Cour de justice a consolidé l'approche fonctionnelle pour la définition de l'acte d'instruction. Ainsi, elle a jugé, à propos du remboursement des frais engendrés par une demande d'acte d'instruction au sens du règlement, que ce remboursement faisait partie intégrante de l'acte d'instruction lui-même. Il en était ainsi car l'acte d'instruction s'analysait en « *un acte effectué dans le cadre d'une procédure juridictionnelle destinée à aboutir à une décision à caractère juridictionnel* » (749) et permettait *in fine* à la juridiction nationale de « rendre son jugement » au fond.

L'interprétation autonome de l'acte d'instruction et au regard des objectifs et de la finalité du règlement n° 1206/2001 conduit nécessairement à l'affirmation de l'autonomie des mécanismes judiciaires d'obtention des preuves en matière civile et commerciale. Cette autonomie apparaît non seulement à l'égard des autres instruments des actes de droit dérivé de l'Union européenne, mais aussi à l'égard des textes du droit international liant les États membres de l'Union. Comme nous le verrons, cette autonomie permettra d'affirmer la spécificité de la mise en œuvre du règlement (750).

En revanche, en matière pénale, il s'agit d'adopter une approche différente afin d'appréhender la spécificité de l'instruction du procès pénal.

B. *Une action normative fondée sur l'intégration progressive de la recherche judiciaire des preuves en matière pénale*

L'intervention de l'Union en matière de recherche des preuves au titre de la coopération judiciaire dans le domaine pénal est encore marquée par la logique de la négociation intergouvernementale et par le principe de territorialité, malgré l'entrée en vigueur du Traité de

(748) Voy. pt 91 des conclusions. La Cour de justice a déjà décidé que les mesures visées à cet article « *ont pour objet de maintenir une situation de fait ou de droit de manière à sauvegarder des droits dont la reconnaissance est, par ailleurs, demandée au juge de fond* ». Voy. CJCE, 26 mars 1992, *Mario Reichert*, aff. C-261/90, *Rec. p.* I-2149, pt 34.

(749) CJUE, 17 février 2011, *Artur Weryński*, aff. C-283/09, *Rec. p.* I-601, pt 45.

(750) Sur ce point, voy. Section 2, §1, B. 1. de ce chapitre.

Lisbonne. La recherche des preuves demeure toutefois un élément important dans la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et dans la lutte contre la criminalité transnationale, notamment par l'objectif d'assurer l'admissibilité des preuves dans des procédures pénales et leur obtention rapide et efficace au sein de l'Union européenne. Pour y parvenir, la méthode privilégiée repose sur la coordination des pouvoirs d'investigation et des enquêtes des autorités et juridictions nationales. Cette coordination a été rendue possible par l'élaboration d'actions communes visant à améliorer l'exécution des enquêtes (1). La centralisation des enquêtes ne lève pas toutes les difficultés quant à l'utilisation des preuves obtenues (2).

1. Le choix d'une coopération fondée sur une coordination des enquêtes judiciaires pénales nationales

La coopération judiciaire en matière pénale constitue aujourd'hui une préoccupation majeure au niveau de l'Union européenne. La coopération dans ce domaine repose sur la coordination des enquêtes judiciaires en matière pénale au niveau de l'Union européenne. Elle s'inscrit dans une approche intégrative reposant sur la création d'une unité spécialisée (751) et qui devient l'interlocuteur privilégié des autorités nationales compétentes pour organiser la recherche des preuves en matière pénale (752). Cette approche est également la manifestation d'une volonté d'adopter « *une vision plus intégrée* » (753) de l'entraide judiciaire en matière pénale (754).

(751) J. SPENCER, « The concept of « european evidence » », *ERA-forum*, 2003, n° 2, pp. 29 et s.

(752) Par exemple, cette approche a conduit à appréhender ainsi la coopération administrative dans la recherche des preuves par la création d'unités permanentes spécialisées, notamment en matière de protection des intérêts financiers de la Communauté, l'unité de la Commission de lutte contre la fraude (UCLAF) et l'office de lutte anti-fraude (OLAF). V. dans ce sens, D. FLORE, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2000, pp. 80 et s.

(753) S. DE BIOLLEY, « Eurojust », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2710, 2008, n° 4. Ce n'est que lors du Conseil européen de Tampere de 1999 que la nécessité d'instaurer une unité de coordination judiciaire des enquêtes nationales pénales a été identifiée comme objectif prioritaire pour la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

(754) L'idée de la création d'une unité permanente et centralisée se situe dans le prolongement de deux mécanismes de coopération judiciaire existant déjà dans ce domaine: les magistrats de liaison (Action commune 96/277/JAI, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échanges de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, JO n° L 105 du 24 avril 1996, p. 1) et le réseau judiciaire européen (Action commune 98/428/JAI, du 29 juin 1998, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, JO n° L 191 du 7 juillet 1998, p. 4). Ces deux mécanismes reposent sur l'établissement des points de contact

228 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

La principale raison d'une telle approche résulte des difficultés que suscitent la multiplication des organes transnationaux chargés de mener des enquêtes et à la coordination des enquêtes et des poursuites menées par un État membre lorsqu'il s'agit de la criminalité transnationale (755). La création d'une telle unité s'impose également pour des raisons de légitimité. Comme le remarque le professeur De Kerchove, il convient de « *placer l'action policière sous une supervision judiciaire* » (756). Une telle démarche est d'autant plus nécessaire car « *pour des raisons d'efficacité, il est souhaitable que certaines techniques spéciales d'enquête (enquêtes sous couverture, interception des communications, livraisons contrôlées, etc.) soient couvertes par un contrôle judiciaire sous peine de voir les preuves recueillies grâce à elles considérées comme nulles lors de la phase de jugement* » (757). Un tel contrôle permettra d'« *éviter toute dérive, [de] recentrer les investigations et [de] permettre un exercice effectif des droits de la défense* » (758).

La décision du Conseil du 28 février 2002 (759), qui crée l'Office européen de justice (Eurojust), marque le début d'une nouvelle approche de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union. En effet, Eurojust poursuit deux missions essentielles qui consistent à promouvoir et améliorer la coordination des autorités nationales et à les aider à renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites (760). Dans l'exercice de ses missions, Eurojust devient ainsi une enceinte de dialogue privilégiée qui aboutit à une convergence des enquêtes

dans chaque État afin de permettre des enquêtes plus rapides et efficaces. De plus, compte tenu des disparités dans les législations nationales et la particularité de la matière pénale, la structure souple de réseau a été privilégiée par rapport à un système de coopération plus contraignant. Elle constitue ainsi la première forme de coopération dans ce domaine par l'instauration des mécanismes d'échanges d'informations et des commissions rogatoires pour l'obtention des preuves sur le territoire d'un autre État membre.

(755) L'existence de l'Europol et la faiblesse des enquêtes policières quant à leurs suites judiciaires ont également fortement influencé la création d'une telle unité au niveau de l'Union. Voy. dans ce sens, D. FLORE, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, op. cit., p. 87.

(756) G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, op. cit., p. 15.

(757) *Ibid.*, p. 15.

(758) D. FLORE, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, op. cit., p. 92.

(759) Décision 2002/187/JAI, JO n° L 63 du 6 mars 2002, p. 1.

(760) Voy. article 3 de la décision 2002/187/JAI.

nationales dans une perspective européenne commune (761). Cette nouvelle approche qui repose sur la coordination des enquêtes dépasse le cadre strict d'une coopération judiciaire entre les États membres et permet ainsi d'adopter une vision plus globale des recherches et des poursuites, notamment par le biais des rapports qu'Eurojust entretient avec les autres organes créés au niveau de l'Union.

Innovation majeure, Eurojust est la première étape dans l'intégration progressive de la coopération judiciaire en matière pénale. Cette unité permanente et centralisée a pour mission non seulement d'assurer une coordination des enquêtes, mais également des poursuites en garantissant une certaine suite judiciaire des enquêtes menées par des organes de l'Union spécialisés, l'Europol et l'OLAF.

La mission de coordination des poursuites confiée à Eurojust est pour l'instant limitée à une coopération étroite avec les autres acteurs du système répressif de l'Union européenne (762). Son intervention à l'égard des autorités judiciaires chargées de l'instruction soulève encore quelques réticences de la part des États membres (763). En effet, les divergences nationales quant aux poursuites pénales sont très sensibles et empêchent encore d'appréhender leur centralisation au niveau de l'Union. Cela explique également les difficultés qui subsistent encore pour envisager la création d'un Parquet européen chargé de centraliser les enquêtes et les poursuites en matière de protection des intérêts financiers de l'Union (764).

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne doit permettre de remédier à ces difficultés, notamment parce qu'il met fin à la structure en piliers de l'Union et à la logique intergouvernementale de l'action normative en matière pénale. Désormais, un chapitre entier est consacré

(761) D. FLORE, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, op. cit., p. 89.

(762) Pour une étude du système répressif de l'Union européenne, voy. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, op. cit.,

(763) Voy. dans ce sens, D. FLORE, « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2002, p. 15 et pp. 25 et s.

(764) Voy. l'absence de suite de la proposition de la Commission de son *Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, COM (2001) 715 final, du 11 décembre 2001 ; voy. l'introduction de l'article 86 TFUE avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

230 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

à la coopération judiciaire en matière pénale (765), ce qui donne un cadre juridique cohérent à l'action normative de l'Union.

Toutefois, les modifications apportées aux traités originels par le Traité de Lisbonne ne changent pas fondamentalement la conception de l'entraide en matière pénale. Elles ne font que donner une assise textuelle claire au choix qui a été fait de centraliser et de coordonner les enquêtes nationales pénales au sein de l'Union, notamment par le renforcement de la place et du rôle de l'unité centrale Eurojust. De plus, la période transitoire prévue pour l'application des dispositions relatives à la coopération judiciaire pénale ne lève pas toutes les difficultés actuelles liées à l'utilisation des preuves obtenues selon les mécanismes existants. Elle constitue, en revanche, une période propice à la réflexion sur les moyens à adopter pour remédier aux solutions nationales et à celles prévues par la Convention adoptée par l'Union sur l'entraide judiciaire.

2. Les difficultés liées à l'utilisation des preuves obtenues par la centralisation des enquêtes en matière pénale

La centralisation des poursuites au sein de l'Union européenne et l'intervention d'une unité permanente dans les procédures nationales soulèvent le problème de la régularité de la preuve obtenue, de son utilisation dans des procédures ultérieures et des solutions à apporter. Ces difficultés sont principalement suscitées par des interrogations portant sur la nature et l'efficacité des garanties de protection lors de l'obtention des preuves par une autorité nationale autre que celle devant laquelle cette preuve sera produite. Une attention particulière est accordée aux mécanismes de l'obtention des preuves qui conditionneront l'utilisation ultérieure de ces dernières dans une instance judiciaire en raison de la spécificité du procès pénal et des mesures privatives de libertés auxquelles celui-ci peut aboutir.

La définition d'un niveau de protection jugé suffisant par l'ensemble des législations pénales des États membres lors de l'obtention des preuves se révèle nécessaire. En effet, les difficultés majeures qui font obstacle à la libre admissibilité des preuves pénales résultent principalement de l'absence de définition d'un tel niveau de protection, notamment en raison des interrogations qui portent sur la nécessité de garantir le respect des droits de la défense, sur la possibilité

(765) Chapitre 4 du TFUE au titre V du TFUE portant sur « L'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

de demander une contre-mesure et, enfin, sur la valeur probante de la preuve obtenue. Il s'agit de questions particulièrement délicates dont la portée varie d'un système pénal à l'autre en raison de la spécificité de l'action publique de chaque État membre.

C'est la raison pour laquelle toute réflexion dans ce domaine doit porter sur la possibilité et sur l'étendue d'une action normative de l'Union par des actes de droit dérivé contraignant tout en respectant la liberté dont disposent les États membres dans l'organisation de la procédure pénale (766).

Les États membres ont prévu quelques solutions pour remédier aux disparités des droits nationaux en ce qui concerne la collecte des preuves par la conclusion de la Convention adoptée par l'Union européenne, du 29 mai 2000, sur l'entraide judiciaire (767). L'article 4 §1^{er}, de cette Convention prévoit que « *l'État membre requis respecte les formalités et les procédures expressément indiquées par l'État membre requérant, sauf disposition contraire de la présente convention et pour autant que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État requis* ». De même, la Convention prévoit également l'encadrement de certaines mesures de collecte de preuve, plus précisément en matière d'audition. L'article 10 §5 précise que « *l'audition est effectuée directement par l'autorité judiciaire de l'État membre requérant, ou sous sa direction, conformément à son droit interne* ».

Cependant, les solutions envisagées par la Convention ne s'inscrivent pas dans la logique d'un organe centralisé de poursuites, mais encore dans le cadre de la coopération judiciaire interétatique. Pour le professeur Daniel Flore, les solutions apportées par la Convention sont marquées par « *l'application maximale du droit de l'État requérant, qui est par définition celui qui va ultérieurement exercer les poursuites devant les juridictions de fond, est destinée à faire en sorte que les éléments de preuve requis par le biais de l'entraide puissent être effectivement utilisés dans la procédure ultérieure dans cet État* » (768).

(766) Une telle réflexion sera d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agira de créer un Parquet européen dans le domaine de la protection des intérêts financiers de l'Union puisqu'il représentera, pour les infractions prédéfinies, l'action publique devant les juridictions nationales. Voy. sur ce point, article 86 TFUE.

(767) Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, du 29 mai 2000, JO n° C 197 du 12 juillet 2000, p. 3.

(768) D. FLORE, « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, op. cit., p. 26.

232 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

L'évolution de la place d'Eurojust aura des incidences sur la coopération judiciaire en matière pénale dans la recherche des preuves et sur la création au niveau de l'Union d'un ministère public européen, dans l'objectif d'un espace commun de recherches et de poursuites (769). Cette évolution doit s'accompagner d'une réflexion sur les solutions concernant la régularité de l'obtention des preuves et leur utilisation dans les poursuites ultérieures car « *en cas d'intervention d'un organe européen, la logique est tout autre puisque la question de savoir où les poursuites seront exercées est ouverte* » (770).

Cette question renouvelle avec acuité le problème du droit pénal applicable aux preuves recueillies selon une procédure nationale différente. Deux solutions alternatives sont envisageables : soit l'élaboration de normes communes applicables dans le cadre de telles enquêtes (771), soit la reconnaissance mutuelle des règles de preuve par les États membres. Comme nous le verrons (772), c'est la voie de la reconnaissance mutuelle qui s'est progressivement imposée en matière de preuve et, plus particulièrement, en ce qui concerne l'obtention des preuves en matière pénale. La généralisation de la reconnaissance mutuelle ne fait pas pour autant obstacle à la possibilité du législateur de l'Union d'intervenir pour fixer des règles minimales au moyen du rapprochement des législations nationales (773). Cette possibilité lui est expressément reconnue à l'article 82 §2, TFUE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

La spécificité de l'action normative de l'Union permet de rendre compte de ce que la recherche des preuves ne peut pas être appréhendée à ce stade de manière globale. Cette dernière repose sur un cadre normatif parcellaire en fonction des domaines et en fonction de la

(769) J.-F. KRIEGK, « Quel ministère public européen pour quel espace judiciaire européen ? », *LPA*, 25 avril 2001, n° 82, p. 4 ; A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 332 ; P. RANCÉ, O. DE BAYNAST, *Europe judiciaire*, Paris, Dalloz, 2001 ; D. FLORE, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, *op. cit.*, p. 91.

(770) D. FLORE, « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 26.

(771) C'est la solution retenue dans le Corpus juris qui dresse une liste des preuves admissibles et propose un procès-verbal européen d'audition et un procès-verbal d'interrogatoire. Voy. article 32 du Corpus juris, M. Delmas-Marty (dir.), *Corpus Juris*, *op. cit.*

(772) Sur ce point, voy. Section 2, §2, B. de ce chapitre.

(773) Sur l'étendue de l'intervention de l'Union quant aux règles minimales en matière pénale V. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B. 2. de cette partie de la thèse.

nature des enquêtes. Toutefois, l'action normative fournit un cadre juridique à la recherche des preuves propre au droit de l'Union européenne.

SECTION 2 – L’INSTAURATION D’UN CADRE SPÉCIFIQUE À LA RECHERCHE
DES PREUVES AU TITRE DE LA COOPÉRATION

L’intervention de l’Union au titre de la coopération, administrative et judiciaire, aboutit à l’instauration d’un cadre juridique à la recherche des preuves. Ce cadre juridique repose sur des mécanismes de recherche et d’obtention des preuves spécifiques au droit de l’Union européenne (§1) et sur des principes communs qui vont s’y appliquer (§2).

§1. – L’instauration des mécanismes de recherche des preuves
spécifiques au droit de l’Union

Les mécanismes dans la recherche des preuves instaurés par les actes de droit dérivé poursuivent un objectif d’efficacité de la preuve. Ces actes de droit dérivé ont transposé à la recherche des preuves la logique intégrative du droit de l’Union et ont écarté celle fondée sur la réciprocité des instruments normatifs internationaux dans les rapports entre les États membres. La coopération, administrative et judiciaire, dans la recherche des preuves au sein de l’Union est marquée par l’assistance mutuelle entre les États membres. Cette dernière reçoit néanmoins une signification particulière selon qu’il s’agit des mécanismes administratifs (A) et selon qu’il s’agit des mécanismes judiciaires (B) de la recherche des preuves.

*A. Les mécanismes administratifs de l’assistance mutuelle dans
la recherche des preuves*

Les mécanismes administratifs dans la recherche des preuves reposent sur une volonté de donner une assise textuelle contraignante à l’assistance mutuelle entre les autorités nationales compétentes (1). L’existence d’un cadre juridique propre à l’assistance mutuelle dans la recherche des preuves a permis également de préciser son étendue (2).

1. Le choix de l’assistance mutuelle dans la recherche
administrative des preuves

Le choix de l’assistance mutuelle dans la recherche administrative des preuves s’est imposé au législateur de l’Union essentiellement pour deux raisons. Tout d’abord, les États membres disposent

234 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

de la compétence de principe pour la mise en œuvre effective du droit de l'Union, notamment par leurs pouvoirs de contrôle et de sanction. Ensuite, dans l'exercice de ces derniers, le droit de l'Union fait peser sur les États membres des obligations contraignantes au titre de la coopération loyale que la jurisprudence a précisée pour le recueillement des preuves.

En effet, inscrite désormais à l'article 4 §3, TFUE, l'obligation de coopération loyale, comme nous l'avons vu (774), constitue le fondement de la compétence nationale d'exécution en matière de preuve. Par une jurisprudence constructive, la Cour de justice a précisé non seulement la teneur de cette obligation, mais aussi les effets que celle-ci engendrait à l'égard des autorités nationales des États membres.

L'étude de la jurisprudence révèle à cet égard que l'obligation de coopération loyale fait peser sur les autorités nationales compétentes non seulement une obligation de mise en œuvre effective du droit de l'Union européenne, mais également une obligation d'assistance dans leurs rapports mutuels (775). L'obligation d'assistance mutuelle trouve à s'appliquer dès lors qu'« une disposition du [droit de l'Union] risque d'être entravée par une mesure prise même (...) en dehors du champ d'application du traité » (776). Les États membres sont ainsi tenus « de respecter les obligations qui [leur] incombent » (777), même dans le cadre de leurs compétences réservées.

La jurisprudence a précisé non seulement le champ d'application de cette obligation d'assistance mutuelle mais aussi les mécanismes spécifiques que celle-ci pouvait revêtir. Ainsi, la Cour de justice a jugé, dans l'affaire *Commission c. France* (778) au sujet de l'importation

(774) Sur ce point, voy. les développements Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A. de cette partie de la thèse.

(775) J.-E DE COCKBORNE, L. DEFALGUE, C.-F. DURAND, H. PRAHL, G. VANDERSANDEN (dir.), *Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises, Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 3, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2^{ème} éd., 1992, pp. 40 et s.

(776) CJCE, 27 septembre 1988, *Annunziata Matteucci*, aff. 235/87, *Rec.* p. 5589, pt 19 ; voy. M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1989, pp. 422-424.

(777) CJCE, 15 janvier 2002, *Elide Gottardo*, aff. C-55/00, *Rec.* p. I-413, pt 33.

(778) CJCE, 22 mars 1983, *Commission c. France*, aff. 42/82, *Rec.* p. 1013. Il convient néanmoins de rappeler qu'en l'espèce, il s'agissait des contrôles effectués par les autorités françaises sur les documents fournis pour l'importation du vin italien. Ayant des doutes sur la régularité de ces documents, les autorités françaises avaient refusé d'accepter les documents d'accompagnement pour les transports de vin italien et exigé la soumission des vins importés à des contrôles par voie d'analyses systématiques. La Cour de justice avait précisé que si l'exigence des documents de transports accompagnant l'importation du vin était en soi légitime, elle ne devait en aucun cas se traduire par une entrave à la commercialisation des produits concernés. Sur les modalités probatoires et les contrôles nationaux entravant la libre commercialisation

du vin italien en France, qu'en cas d'une irrégularité constatée dans les documents de transport d'accompagnement, l'autorité nationale compétente se trouvait dans l'obligation de procéder à sa régularisation, conformément à la réglementation dans ce domaine (779). Cette régularisation consistait à demander à l'autorité de l'État membre d'origine de vérifier si les mentions qui figuraient sur les documents d'accompagnement étaient authentiques. Le cas échéant, les autorités nationales de l'État d'importation pouvaient demander à leurs homologues de leur transmettre tous les pièces et documents probants.

Cette position jurisprudentielle prend appui directement sur l'obligation de coopération loyale qui incombe aux États membres dans leurs rapports mutuels. En vertu de cette obligation, « *les autorités et institutions des États membres peuvent communiquer directement [avec] (...) les institutions des autres États membres chargées de veiller à l'exécution des obligations* » (780) découlant des traités. L'idée même d'une possibilité d'échange d'informations entre les autorités nationales compétentes est révélatrice d'une prise de conscience de ce que l'efficacité et l'effectivité des contrôles exercés dépendent de l'assistance mutuelle lorsqu'il s'agit de recueillir des éléments de preuve sur le territoire d'un autre État membre. Comme le soulignait déjà l'Avocat général Kokott, cette obligation doit requérir « *une interprétation (...) garantissant que les autorités de l'État requis exécutent de la manière la plus étendue possible les demandes de l'État requérant* » (781).

La Cour de justice avait déjà estimé que « *l'obligation de collaboration entre les États membres qui est inhérente au système* » (782) de l'Union leur imposait une obligation de prévenir les autorités d'un autre État membre en cas de changement de leur pratique administrative de contrôle « *afin de ne pas mettre celles-ci dans l'impossibilité de se préparer à la nouvelle pratique et d'en tenir compte dans l'établissement des documents* » (783) concernés.

des produits importés d'un autre État membre, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, B. 1. de cette partie de la thèse.

(779) Il s'agissait, en l'espèce, du règlement n° 359/79 du Conseil, du 5 février 1979, relatif à la collaboration directe des instances chargées par les États membres du contrôle du respect des dispositions communautaires et nationales dans le domaine vitivinicole, JO n° L 54 du 5 mars 1979, p. 136.

(780) CJCE, 11 juin 1991, *Nikolaos Athanasopoulos*, aff. C-251/89, arr. préc., pt 57.

(781) Conclusions sous l'affaire CJCE, 19 février 2004, *Elliniko*, aff. jtes C-361/02 et C-362/02, Rec. p. I-6405, pt 18. La position de la Cour de justice dans cet arrêt est plus réservée dans la mesure où elle ne fait pas référence à la coopération loyale, mais se contente d'une réponse stricte à la question posée par la juridiction de renvoi.

(782) CJCE, 22 mars 1983, *Commission c. France*, aff. 42/82, arr. préc., pt 36.

(783) *Ibid.*, pt 36.

236 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

L'obligation de coopération loyale soutient ainsi une obligation d'assistance mutuelle. L'interprétation large que peut recevoir cette dernière révèle l'importance d'un encadrement spécifique au niveau de l'Union, tout en préservant la marge de manœuvre reconnue aux États membres dans l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle et de sauvegarde. Au titre de sa compétence d'appui et de coordination, comme nous l'avons observé (784), le législateur de l'Union est intervenu afin de préciser de manière concrète la teneur de cette assistance mutuelle.

2. L'étendue de l'assistance mutuelle dans la recherche administrative des preuves

Les textes de droit dérivé (785) relatifs à la coopération administrative prévoient deux types d'assistance : l'assistance demandée et l'assistance spontanée (786).

L'assistance demandée consiste en l'exécution des enquêtes au nom d'une autorité d'un État membre qui, au préalable, a fait la demande à l'autorité nationale compétente, selon une procédure particulière. Cette assistance nécessite une demande adressée par l'autorité requérante à l'autorité requise pour que cette dernière procède à des mesures d'investigation sur le territoire national au profit de l'autorité requérante afin de l'assister dans l'exécution de sa mission.

Le procédé le plus original de l'assistance mutuelle dans le recueillement des preuves est sans doute le mécanisme de l'assistance spontanée (787). Si, pour l'exécution des enquêtes et les échanges d'informations et de renseignements, la procédure est la même que pour l'assistance demandée, cette procédure s'en distingue puisque les autorités d'un État membre peuvent décider d'intervenir spontanément lorsqu'elles l'estiment nécessaire au profit des autorités d'un autre État membre. Ainsi, par exemple, la directive 77/799/CEE relative à l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et indirects (788) prévoit dans son article 4 que « *les autorités compétentes des États membres peuvent (...) se communiquer sans demande préalable les informations* » qu'elles estiment utiles pour l'établissement correct des impôts sur les revenus et

(784) Voy. sur ce point, les développements de Section 1, §1, B. de ce chapitre.

(785) Voy. les textes cités dans la Section 1, §1 de ce chapitre de cette partie de la thèse.

(786) Pour une illustration de la mise en œuvre de ces mécanismes, voy. CJCE, 11 juin 2009, *Passenheim-van Schoot*, aff. jtes C-155/08 et C-157/08, *Rec.* p. I-5093.

(787) P. FAUCHERAND, « La lutte contre la fraude douanière : un impératif pour l'Union européenne », *op. cit.* p. 85.

(788) *JO* n° L 336 du 27 décembre 1977, p. 15.

sur la fortune. De même l'article 19 du règlement n° 1798/2003 (789) prévoit que « *les autorités compétentes des États membres peuvent en toutes circonstances se communiquer, par un échange spontané, les informations visées à l'article 1er dont elles ont connaissance* ».

L'assistance sur demande et l'assistance spontanée ne sont pas spécifiques au droit de l'Union européenne puisque les stipulations des conventions internationales prévoyaient déjà de tels mécanismes d'assistance mutuelle (790). Mais à la différence du droit international classique, les mécanismes administratifs d'assistance du droit dérivé ne reposent pas sur la réciprocité. Le droit de l'Union érige en véritable obligation l'échange d'information et de renseignements dont la méconnaissance peut être constitutive d'un manquement pour les États membres (791).

Si l'obligation de prêter assistance peut aisément se comprendre dans le cadre de l'assistance demandée, cette obligation s'applique également à l'assistance spontanée. Par une interprétation constructive des mécanismes administratifs instaurés dans le domaine des impôts directs, la Cour de justice a jugé que l'échange spontané des informations était obligatoire dans les cas expressément prévus par la directive 77/799/CEE. Une telle interprétation de la communication d'informations correspond à l'objectif de la directive qui est de permettre l'établissement correct des impôts. En ce sens, cet échange d'informations spontané ne doit pas être subordonné à la condition préalable de l'existence d'un acte explicite de constatation des impôts dans l'autre État membre (792). Ainsi, dès lors que l'autorité compétente d'un État membre a des raisons de présumer qu'il existe une réduction ou une exonération anormale d'impôts dans un autre État membre, elle est tenue de communiquer à l'autorité compétente de cet État membre les informations dont elle dispose (793).

(789) JO n° L 264 du 15 octobre 2003, p. 1.

(790) Voy. par exemple, la Convention de Naples de 1967.

(791) Tel est notamment le cas de la non-application de l'obligation d'assistance mutuelle prévue par la directive 77/799/CEE sur le territoire de Gibraltar. Selon la Cour de justice, même si les dispositions relatives aux droits d'accises ne sont pas applicables sur ce territoire, cela n'implique pas que « *Gibraltar échappe à l'obligation d'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres (...). Le fait que les autorités de Gibraltar soient soumises à cette obligation est en effet sans incidence sur l'éventuelle non-application à ce territoire des dispositions exigeant l'harmonisation de ces droits en tant que tels* ». Voy. CJCE, gd. ch., 21 juillet 2005, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. C-349/03, *Rec.* p. I-7321, pt 53.

(792) CJCE, 13 avril 2000, *W. N.*, aff. C-420/98, *Rec.* p. I-2847, pt 13.

(793) *Ibid.*, pt 18. Le montant de cette diminution n'entraîne pas de conséquence sur l'obligation d'échange d'informations. Toutefois, cette obligation ne ressort pas expressément du dispositif de l'arrêt.

238 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Cette précision quant au régime de l'assistance spontanée dans la transmission des informations permet de mieux comprendre la position de la Cour de justice dans l'affaire *Halliburton Services BV* (794). En l'espèce, la législation néerlandaise accordait une exonération fiscale pour la restructuration des seules sociétés constituées selon le droit néerlandais. Pour justifier cette différence de traitement, le gouvernement faisait valoir que l'administration fiscale nationale se trouvait dans « l'incapacité de contrôler l'équivalence entre les formes juridiques des entités des autres États membres et celles des sociétés anonymes et des sociétés « fermées » à responsabilité limitée au sens de la législation nationale » (795). Pour la Cour de justice, une telle incapacité ne peut pas réellement exister. En effet, il ne s'agit pas pour les autorités néerlandaises de déterminer l'équivalence entre les sociétés constituées selon le droit néerlandais et celles constituées selon le droit des autres États membres (796). Dans la mesure où il s'agit d'une taxe fiscale, la Cour de justice a estimé qu'il s'agissait d'une question de détermination de l'impôt. A cet égard, le recours aux mécanismes d'assistance mutuelle dans le domaine des impôts directs permettait aux autorités néerlandaises, de manière tout à fait efficace, d'obtenir les informations nécessaires pour l'établissement correct des impôts des sociétés concernées (797).

La position de la Cour de justice est intéressante. En effet, la Cour de justice a mentionné d'office la directive 77/799/CEE relative à l'assistance mutuelle. Ni le gouvernement néerlandais, ni l'avocat général, dans ses conclusions, n'avaient soulevé une éventuelle application des mécanismes prévus par la directive. Cette position met

(794) CJCE, 12 avril 1994, *Halliburton Services BV*, aff. C-1/93, *Rec. p. I-1137*.

(795) Pt 21 de l'arrêt.

(796) La solution d'un examen de comparabilité, en dépit de l'absence d'une réglementation de l'Union en la matière, a été préconisée par l'Avocat général Lenz dans ses conclusions, présentées le 10 février 1994, sous l'affaire CJCE, 12 avril 1994, *Halliburton Services BV*, aff. C-1/93, *Rec. p. I-1137*, pts 40 à 48.

(797) Cette position est confirmée par la suite. Voy. CJCE, 15 mai 1997, *Futura Participations SA et Singer*, aff. C-250/95, *Rec. p. I-2471*, pt 41. En l'espèce, le recours aux mécanismes de l'assistance mutuelle a été expressément mentionné par la Commission dans ses observations en qualité de partie intervenante. V. pt 30 de l'arrêt : « La Commission estime en revanche que, si les objectifs que la seconde condition poursuit sont légitimes par rapport au traité, cette condition n'est toutefois pas indispensable à leur réalisation. En effet, les autorités luxembourgeoises pourraient vérifier le montant des pertes en se reportant à la comptabilité tenue par le contribuable non résident au lieu de son siège. En outre, ces autorités pourraient toujours s'adresser, en vertu de la directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO L 336, p. 15), aux autorités d'un autre État membre pour obtenir tout renseignement qui s'avère nécessaire à l'établissement de l'impôt d'un contribuable ».

ainsi en exergue l'importance de l'assistance mutuelle dans le domaine des impôts directs. Cette dernière conduit à écarter la justification du gouvernement néerlandais tirée de l'absence d'une réglementation de l'Union pour déterminer l'équivalence des sociétés constituées selon le droit national d'autres États membres (798).

La solution adoptée permet de mieux saisir l'objectif poursuivi par la mise en place d'un système administratif d'échange d'informations et de recherche des preuves. Ce système est un moyen efficace pour les autorités nationales de mettre en œuvre la législation de l'Union et, partant, de protéger les intérêts de l'Union. Il ne peut donc pas constituer une dispense pour l'opérateur économique lorsque ce dernier n'est pas en mesure d'apporter la preuve du caractère intra-étatique des livraisons effectuées dans le marché intérieur. Cela signifie que les autorités nationales, par leurs pouvoirs de contrôle et d'investigation, ne doivent pas se substituer à l'opérateur économique (799).

Toutefois, les mécanismes prévoient la possibilité pour l'autorité requise de refuser de prêter assistance. Ce refus peut intervenir lorsque l'exécution de la demande risque de porter atteinte à l'ordre public (800) ou à d'autres intérêts jugés essentiels. Tel peut être, par exemple, le cas lorsque l'autorité requise a des doutes sur la protection des informations communiquées ainsi que sur leur utilisation comme éléments de preuve à des fins autres que celles visées par la demande d'assistance (801). Comme nous le verrons, ce refus sera motivé par le non-respect des garanties procédurales qui accompagnent la recherche administrative des preuves dont la méconnaissance fait échec à l'obligation de prêter assistance mutuelle (802).

L'obligation d'assistance mutuelle dans la recherche administrative des preuves entraîne également l'application du principe

(798) On peut également rapprocher cette solution de celle retenue par la Cour de justice en matière des réglementations nationales imposant une condition spécifique. V. sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, B. 1. de cette partie de la thèse.

(799) CJCE, 27 septembre 2007, *Twoh International*, aff. C-184/05, arr. préc., pts 30, 31, 33 et 34.

(800) Pour une illustration récente de cette possibilité, V. CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, aff. C-233/08, *Rec.* p. I-177, pts 41 et 42.

(801) Voy. par exemple article 48 du règlement n° 515/97 du Conseil, du 13 mars 1997, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celle-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanières et agricoles, préc.; article 40 du règlement n° 1798/2003, précit. Voy. également les actes de droit dérivé précités dans la Section I §1, B. de ce chapitre. En cas de refus, la Commission est informée.

(802) Voy. par exemple, l'article 8 de la directive 77/799/CEE, précité Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 1 de cette partie de la thèse. Voy. article 12 du règlement n° 1/2003, préc.

240 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

d'assimilation. Selon ce principe, les autorités nationales requises doivent faire traiter les demandes d'exécution d'enquêtes ou de fourniture de renseignements par les autorités d'un autre État membre sur le territoire national comme s'il s'agissait de demandes adressées par des autorités nationales.

Les règles communes d'assistance mutuelle permettent ainsi de dépasser les disparités procédurales nationales qui peuvent exister dans le recueillement des preuves. Conférant une meilleure efficacité aux instruments opérationnels, elles offrent certaines garanties communes dans le but de permettre non seulement l'application uniforme et effective de la réglementation de l'Union, mais aussi une libre circulation des preuves dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

B. *Les mécanismes judiciaires de l'assistance mutuelle dans la recherche des preuves*

L'intervention du législateur de l'Union en matière de coopération judiciaire repose sur la ferme volonté de transposer la logique de la recherche administrative des preuves à cette coopération (803). S'inspirant du système administratif d'échange d'informations et de recueillement des preuves particulièrement abouti, cette intervention s'est donné comme objectif de renforcer la coopération entre les juridictions nationales. Toutefois, la spécificité de cette coopération a nécessité la mise en place de mesures adaptées selon qu'il s'agit du domaine civil et commercial et selon qu'il s'agit du domaine pénal. Ainsi, en ce qui concerne le domaine civil et commercial, le mécanisme de communication et d'exécution directe peut s'apparenter à un système d'assistance mutuelle (1). En revanche, en ce qui concerne le domaine pénal, l'on peut observer le remplacement progressif de la logique intergouvernementale par le recours à la technique de mandat (2).

1. Les mécanismes de communication et d'exécution directe instaurés en matière civile et commerciale

Si le règlement n° 1206/2001 s'inspire des solutions de la Convention de la Haye, il « *comporte des innovations notables en vue*

(803) Cette volonté se trouve expressément consolidée dans les modifications apportées par le Traité de Lisbonne. Voy. H. LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice. – Cadre général », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2620, 2009, n° 62 ; voy. également, dans un autre contexte, la volonté de transposer la coopération entre les États membres et les institutions de l'Union aux rapports interinstitutionnels, L. BURGORGUE-LARSEN, « La coopération interinstitutionnelle. Approche comparative et tentative de systématisation », *op. cit.*, pp. 26 et s.

d'accélérer et de simplifier les mesures d'instructions portant sur des preuves situées sur le territoire d'un autre État membre » (804). L'innovation majeure du règlement réside incontestablement dans la coopération directe de juridiction à juridiction (a). La finalité d'obtenir une exécution rapide et efficace d'une mesure d'instruction a permis à la Cour de justice de préciser la portée de cette coopération (b).

a) *La coopération directe de juridiction à juridiction au sens du règlement n° 1206/2001*

L'article 1^{er} du règlement donne la possibilité pour une juridiction de choisir entre les mécanismes d'obtention des preuves instaurés : soit la demande directe d'instruction, soit la demande de procéder elle-même à l'exécution de la mesure sur le territoire d'un autre État membre (805).

Le règlement permet ainsi une communication directe entre les juridictions nationales sans l'intervention d'une autorité centrale (806). En effet, aux termes de l'article 2 du règlement, les demandes d'instruction « *sont transmises directement par la juridiction devant laquelle la procédure est engagée ou devant laquelle il est envisagé de l'engager (...) à la juridiction compétente d'un autre État membre (...) en vue de faire procéder à l'acte d'instruction demandé* ». Il ne s'agit plus de transmission de demande d'instruction d'État à État, mais de juridiction à juridiction. Comme le remarquent à juste titre les professeurs Daniel Lebeau et Marie-Laure Niboyet, « *c'est en quelque sorte la procédure applicable aux commissions rogatoires [nationales] qui est transposée dans l'espace communautaire* » (807).

(804) D. LEBEAU, M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2003, doct., p. 221. Pour une étude du règlement n° 1206/2001, voy. également A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « Coopérations civile et pénale », in *Rép. communautaire* Dalloz, *op. cit.*, n° 126 à 129 ; M. OLIVIER, « De l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par le juge français ; le principe de la territorialité et la nouvelle réglementation communautaire. Règlement (CE) n° 1206/2001 (JOCE n° L 174, du 27 juin 2001) », *Gaz. Pal.*, 2002, doct., p. 1302 à 1309.

(805) Article 1^{er}: « *Le présent règlement est applicable en matière civile ou commerciale, lorsqu'une juridiction d'un État membre, conformément aux dispositions de sa législation, demande : a) à la juridiction compétente d'un autre État membre de procéder à un acte d'instruction ou b) à procéder directement à un acte d'instruction dans un autre État membre* ».

(806) L'intervention de l'organisme central ou de l'autorité compétente n'est prévue qu'à titre exceptionnel lorsqu'il s'agit de l'exécution directe d'une mesure d'instruction par la juridiction requérante sur le territoire d'un autre État membre. Voy. la procédure de l'article 17 du règlement ; voy. également E. STROSKRUBB, *Civil procedure and EU law. A policy Area Uncovered*, *op. cit.*, p. 129.

(807) D. LEBEAU, M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *op. cit.*, p. 227.

242 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

On peut en conclure que le mécanisme de communication directe pour l'obtention des preuves repose sur le principe d'assimilation entre les juridictions nationales, lorsqu'il s'agit d'une demande d'exécution d'un acte d'instruction en application du règlement n° 1206/2001. Ce principe n'est pas néanmoins affirmé de manière directe dans les dispositions du règlement. Mais les similitudes avec les procédures internes de communication directe des demandes d'instruction entre les juridictions nationales impliquent que l'acte d'instruction soit exécuté au nom et pour le compte de la juridiction requérante (808). De plus, si la loi de cette dernière le permet, le règlement prévoit la possibilité pour les représentants de la juridiction requérante d'être présents lors de l'exécution de la mesure d'instruction (809). Cette possibilité permet ainsi à la juridiction requérante de participer « *de manière à avoir un rôle plus actif dans le processus d'obtention des preuves* » (810) afin de mieux évaluer les preuves recueillies. La juridiction requise, qui ne peut pas refuser la participation des représentants de celle-ci, a néanmoins le droit de déterminer les conditions de cette participation.

Le mécanisme de communication directe pour l'obtention des preuves permet également à la juridiction requérante de demander à la juridiction requise l'exécution d'une mesure d'instruction spéciale prévue par son droit (811). De même, lorsque la juridiction requérante demande l'exécution d'un acte d'instruction, la juridiction requise peut recourir à des mesures coercitives afin de satisfaire la demande d'instruction, lorsque son droit national « *le prévoit pour l'exécution d'une demande aux mêmes fins émanant d'une autorité nationale* » (812).

Le mécanisme de communication directe instauré par le règlement n° 1206/2001 renforce ainsi la coopération entre les juridictions des États membres dans la mesure où il permet une exécution rapide et efficace, sans formalités excessives, des demandes d'instruction. Le règlement prévoit à cet égard des garanties quant à leur exécution en

(808) Voy. pour le mécanisme des commissions rogatoires pour les actes d'instruction en droit français les articles 730 et s. [N]CPC, plus particulièrement, article 731 : « *La décision est transmise avec tous les documents utiles par le secrétariat de la juridiction commettante à la juridiction commise* ». Ces dispositions sont applicables également devant la juridiction administrative, voy. article R. 626-3 du CJA : « *Les dispositions des articles 730 à 732 du Nouveau code de procédure civile relatifs aux commissions rogatoires internes sont applicables* ».

(809) V. article 12 du règlement n° 1206/2001.

(810) V. considérant 14 du règlement n° 1206/2001.

(811) article 10 § 3 : « *La juridiction requérante peut demander que la demande soit exécutée selon une forme spéciale prévue par le droit de l'État membre dont elle relève, au moyen du formulaire type A figurant en annexe* ».

(812) Article 13 du règlement.

vue de faciliter la récolte des preuves pertinentes pour la poursuite ou l'engagement d'une procédure judiciaire.

Dans ce cadre, l'article 17 du règlement permet également à la juridiction requérante, si elle le juge nécessaire, d'exécuter directement et par elle-même, des mesures d'instruction sur le territoire d'un autre État membre. À cet effet, la juridiction requérante doit présenter sa demande à l'organisme central de l'État requis. L'organisme central de l'État requis ne peut cependant pas en principe refuser l'exécution de la mesure d'instruction (813). Il peut toutefois conditionner son exécution en imposant le respect de certains principes, par exemple les droits de la défense, ou bien interdire le recours à certains actes d'instruction, notamment en ce qui concerne l'audition de certaines personnes. Acceptée, la mesure d'instruction est réalisée par la juridiction requérante conformément au droit interne de l'État dont elle dépend (814).

Avancée considérable dans l'édifice d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, ce mécanisme d'obtention des preuves est à juste titre appréhendé par les professeurs Daniel Lebeau et Marie-Laure Niboyet comme la prémisse « *d'un effacement beaucoup plus considérable des frontières dans les relations intra-communautaires qui conduirait, à plus ou moins long terme, les États membres à abdiquer leur traditionnelle autonomie procédurale fondée sur leur souveraineté nationale, en vue d'accroître la rapidité et l'efficacité de la coopération au sein de l'Union* » (815).

Toutefois, la portée du mécanisme d'exécution directe d'une mesure d'instruction par une juridiction sur le territoire d'un autre État membre reste pour le moment limitée. Ce mécanisme repose sur une « *base volontaire sans qu'il soit nécessaire de recourir à des mesures coercitives* » (816). Cela signifie qu'en cas d'obstacle à la mesure d'ins-

(813) Les motifs de refus sont limitativement énumérés à l'article 17 du règlement n° 1206/2001 : demande incomplète, non respect des principes fondamentaux du droit de l'État membre sur le territoire duquel est sollicitée l'exécution de la mesure d'instruction.

(814) La doctrine a vu dans ce mécanisme « *un abandon du principe de la territorialité des mesures d'instruction, principe lui-même relié au principe de souveraineté* ». Voy. dans ce sens, D. LEBEAU, M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *op. cit.*, 222 ; M. OLIVIER, « De l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par le juge français. Le principe de la territorialité et la nouvelle réglementation communautaire. Règlement (CE) n° 1206/2001 (JOCE n° L 174, du 27 juin 2001) », *op. cit.*, pp. 1302 et 1303.

(815) D. LEBEAU, M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *op. cit.*, p. 222.

(816) Voy. article 17, § 1. Voy. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « Coopérations civile et pénale », *op. cit.*, n° 129.

244 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

truction, la juridiction requérante ne peut pas procéder à des mesures coercitives afin d'en faciliter l'exécution. Le législateur de l'Union a exclu ainsi la sanction par la juridiction requérante d'un refus d'exécution d'une mesure d'instruction, non seulement de manière directe, mais aussi de manière indirecte (817).

L'impossibilité, dans ce cas de figure, de recourir à des mesures coercitives tend encore une fois à démontrer les réticences des États membres à l'exécution des mesures d'instruction sur leur propre territoire, même dans le cadre de l'Union européenne. Cette solution est toutefois compatible avec la nature des mesures coercitives accompagnant le refus d'exécuter une mesure d'instruction et est respectueuse de l'autonomie procédurale des États membres. En effet, de telles mesures sont intrinsèquement liées à l'exercice du pouvoir de contrainte dont disposent les États membres sur leur territoire propre (818), celui-ci n'étant que d'application territoriale. Ainsi, reconnaître la possibilité de procéder directement à une mesure d'instruction sur le territoire national n'entraîne pas en conséquence la reconnaissance de la possibilité de sanctionner un refus de collaborer à l'exécution de cette mesure.

De plus, en droit international, exécuter une mesure d'instruction sur un territoire étranger, en dehors d'un accord international, est encore considéré comme un acte illicite pouvant entraîner la responsabilité internationale de l'État (819). L'exécution d'une mesure d'instruction sur le territoire étatique ne peut alors devenir possible que si l'État l'a consenti selon des conditions qui ont été préalablement définies (820). Il paraît donc logique que même dans le cadre de l'Union européenne, les mesures d'instruction et leur exécution restent encore marquées par le principe de territorialité. Il en résulte que les mécanismes d'obtention des preuves s'en trouvent encadrés (821). Cette

(817) D. LEBEAU, M.-L. NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *op. cit.*, p. 228.

(818) Voy. chapitre 1^{er} de cette partie en ce qui concerne la justification d'une absence de compétence explicite des Communautés et de l'Union en matière de preuve. La notion de « territoire communautaire » ne confère pas une compétence d'exécution, mais délimite le champ d'application spatial du droit de l'Union européenne.

(819) T. HABU GROUD, *La preuve en droit international privé français*, *op. cit.*, pp. 258 et s.

(820) L. FOCSANEANU, « L'instruction extraterritoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des États », *AFDI*, 1981, p. 628 et pp. 638 et s.

(821) Dans ce sens, on peut également citer la position de la Cour de cassation française qui estime que le juge français ne peut exécuter des mesures d'instruction dans le cadre de la coopération judiciaire internationale que si la mesure présente un lien étroit avec le territoire français. La coopération judiciaire internationale ne doit pas avoir pour conséquence de porter atteinte à la souveraineté des États et à la territorialité des mesures d'instruction. Voy. Cass.

appréhension des mesures d'instruction met en exergue les limites de l'entraide judiciaire civile pour l'obtention des preuves dans le cadre de l'Union.

Si le règlement pose des limites à l'exécution des demandes directes d'acte d'instruction par le biais de mesures coercitives, les quelques affaires dans lesquelles son application a été soulevée devant la Cour de justice ont permis de préciser la portée de la coopération judiciaire au regard des mécanismes d'obtention de preuves instaurés.

b) *La portée de la coopération directe d'obtention judiciaire des preuves*

La signification de la coopération directe d'obtention judiciaire des preuves et son importance dans la libre circulation des preuves ont été mise en exergue dans la jurisprudence à l'occasion de deux types de difficultés soulevées par l'application du règlement n° 1206/2001. Il s'agit, tout d'abord, de la teneur des causes de refus d'exécution d'une mesure d'instruction demandée en application du règlement. Il s'agit, ensuite, du caractère exclusif des mécanismes d'obtention des preuves. Si dans le premier cas, la jurisprudence interprète de manière stricte les causes de refus (i), elle demeure plus nuancée quant au recours systématique des mécanismes prévus. Ce qui importe alors est le recours à la mesure d'instruction de la plus appropriée (ii).

i) *L'interprétation stricte des causes de refus à l'exécution d'une mesure d'instruction*

Trois dispositions du règlement fixent les hypothèses dans lesquelles un tel refus peut intervenir.

En effet, l'article 14 du règlement prévoit deux catégories de refus, la première étant spécifique à l'audition, la seconde à la demande d'exécution elle-même. En ce qui concerne la première catégorie relative à l'audition, l'article 14 §1 du règlement précise que constitue une cause de refus la possibilité pour la personne auditionnée d'invoquer un droit de refuser ou une interdiction de déposer. En ce qui concerne la seconde catégorie, l'article 14 §2 ne vise que les demandes d'exécution qui ne relèvent pas du champ d'application du règlement ou celles qui sont incomplètes.

Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2001. note M.-L. NIBOYET, *Gaz. pal.* 2002, n° 202 et 204, p. 30 ; H. MUIR-WATT, *Rev. crit. dt. int. pr.* 2002, p. 272.

246 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Le refus de procéder à l'exécution d'une demande d'acte d'instruction peut également être justifié par la nécessité pour la juridiction requérante de verser une consignation ou une avance à la juridiction requise. En effet, l'article 18 §2 et l'article 10 §§3 et 4 prévoient la possibilité de rembourser les honoraires versés aux experts et aux interprètes ainsi que les frais générés par une demande spéciale d'un acte d'instruction ou par le recours à des nouvelles technologies. Ces articles ne mentionnent pas la possibilité de rembourser les frais occasionnés par une audition.

À l'occasion de l'affaire *Arthur Werynski* (822), la Cour de justice a interprété de manière stricte ces motifs de refus et, par là même, a précisé la portée de la coopération entre les juridictions nationales dans l'obtention des preuves. Le litige dans cette affaire, porté devant le Tribunal régional de Warszawy Srodmiescia, concernait l'obtention des dommages et intérêts au titre d'une clause de non-concurrence. Dans le cadre de cette procédure, la juridiction polonaise (la juridiction requérante) requit, le 6 janvier 2009, l'audition d'un témoin par une juridiction irlandaise (la juridiction requise), Dublin Metropolitan District Court, conformément aux mécanismes prévus par le règlement n° 1206/2001. Cette dernière juridiction exigea, pour pouvoir procéder à l'audition du témoin, le paiement d'une indemnité de 40 euros par la juridiction polonaise, une telle indemnité étant prévue par la législation irlandaise. En effet, selon la juridiction polonaise, l'article 18 du règlement n° 1206/2001 posait comme règle générale l'interdiction de remboursement des frais occasionnés par l'audition d'un témoin à l'exception des trois situations prévues expressément à l'article 10 de ce même règlement. Or, la juridiction irlandaise, quant à elle, contestait une telle interprétation de l'article 18 et estimait que l'interdiction de l'article 18 ne s'appliquait pas à l'audition de témoins dans la mesure où les articles 10 et 14 du règlement ne s'opposaient pas à l'application du droit irlandais lequel accordait justement aux témoins un droit au remboursement de frais occasionnés par l'audition.

Face à une telle difficulté d'interprétation du règlement, la juridiction polonaise sursit à statuer et posa une question préjudicielle à la Cour de justice. Par cette question préjudicielle, la juridiction polonaise cherchait à savoir si la juridiction irlandaise avait le droit de demander une avance à valoir sur l'indemnité ou le remboursement d'indemnité due au témoin interrogé ou bien si cette indemnité devait être couverte

(822) CJUE, 17 février 2011, *Artur Weryński*, aff. C-283/09, *préc.*, pt 45.

par des ressources propres. La Cour de justice répondit par la négative à cette question et jugea que le règlement n° 1206/2001 n'obligeait pas la juridiction requérante à verser à la juridiction requise une avance à valoir sur l'indemnité ou sur le remboursement de l'indemnité d'un témoin auditionné.

Le raisonnement de la Cour de justice dans cette affaire retient particulièrement l'attention. Pour arriver à une telle solution, la Cour de justice adopte la méthode d'interprétation autonome de la notion de « taxes et frais » tels qu'ils sont visés par l'article 18. En effet, le paragraphe 1 de cet article ne fait que préciser que « *l'exécution d'une demande conformément à l'article 10 ne peut donner lieu au remboursement de taxes ou de frais* » sans pour autant donner une définition de cette notion.

Face au risque d'une pluralité de définitions nationales étant susceptible de constituer un obstacle à l'obtention rapide et efficace et ainsi de compromettre son efficacité, la Cour de justice juge, en l'espèce, que la notion de « taxes et frais » visée par cet article « *doit être définie de manière autonome selon le droit de l'Union et ne saurait dépendre de la qualification donnée en droit national* » (823). La Cour de justice précise qu'au sens du règlement, la notion de « taxes » devait être entendue comme visant « *les sommes perçues par la juridiction pour son activité* » et qu'en revanche, « les frais » concernaient « *les sommes versées par la juridiction à des tiers au cours de la procédure* » (824). Dès lors, cette dernière notion s'applique aux frais générés par l'audition d'un témoin lesquels ne peuvent donner lieu ni à une avance ni à un remboursement par la juridiction requérante, en dépit d'une législation irlandaise qui accorde au témoin le versement d'une somme d'argent.

Il résulte de cet arrêt que les motifs de refus prévus par le règlement ne peuvent être que d'une application stricte. En effet, « *outre les motifs prévus au paragraphe 1 [de l'article 18], l'exécution d'une demande visant à l'audition d'une personne* » ne peut être refusée que « *dans certains cas. (...) La possibilité de refuser l'exécution d'une demande visant à faire procéder à un acte d'instruction doit être limitée à des situations exceptionnelles étroitement définies. Il en résulte que les raisons pour lesquelles l'exécution d'une telle demande*

(823) Pt 58 de l'arrêt.

(824) Pt 60 de l'arrêt.

248 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

peut être refusée sont celles énumérées de manière exhaustive à l'article 14 dudit règlement » (825).

Pour aboutir à une telle interprétation, la Cour de justice se réfère au règlement comme un système autonome dont la finalité est justement l'instauration de mécanismes judiciaires propres au droit de l'Union permettant une obtention rapide et efficace de preuves au sein de l'Union. Pour la Cour de justice, ces mécanismes s'imposent à tous les États membres, à l'exception de Danemark, et ce, dès lors que les juridictions nationales décident de s'en prévaloir. Ainsi, tous les obstacles liés au frais et aux taxes générés par l'exécution d'un acte d'instruction doivent disparaître. Tel doit être le cas des obligations pour la juridiction requérante de verser une indemnité préalable ou une obligation de rembourser les frais occasionnés lorsque de telles obligations sont prévues par le droit national de la juridiction requise. La Cour de justice affirme clairement, en l'espèce, que le principe qui gouverne l'obtention judiciaire des preuves est celui de l'absence de telles obligations. De surcroît, une telle solution est en cohérence avec le système tel qu'il a été instauré par la convention de la Haye qui reposait sur l'absence de principe de remboursement de taxes et de frais pour l'exécution d'un acte d'instruction. Ces derniers sont souvent supportés par l'État de la juridiction requise selon un système de ressources propres.

L'affaire *Arthur Werynski* a permis ainsi à la Cour de justice pour la première fois de se prononcer de manière constructive sur la coopération entre les juridictions nationales dans l'obtention des preuves. Cependant, elle ne lève pas toutes les interrogations que soulève l'absence de sanction particulière du refus opposé par la juridiction requise en l'absence du versement d'une consignation ou d'une avance. Cette dernière en informe la juridiction requérante dans un délai approprié en recourant aux formulaires prévus et annexés au règlement. Cette hypothèse pourra à l'avenir porter devant la Cour de justice un contentieux de type nouveau dans le cadre d'un recours en manquement. Fondé sur une méconnaissance manifeste du règlement, tel qu'il est interprété par la Cour de justice, par les juridictions nationales, ce contentieux pourra amener la Cour de justice à franchir le pas et à retenir le manquement judiciaire du fait de la méconnaissance de la coopération loyale dans la mise en œuvre du règlement (826).

(825) Pt 53 de l'arrêt.

(826) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, B. a. de cette partie de la thèse.

La portée de cette jurisprudence doit pour l'instant aussi être nuancée. L'interprétation du règlement comme système autonome, comme le rappelle la Cour, ne joue que lorsque les mécanismes d'obtention de preuves permettent l'exécution de la mesure d'instruction la plus appropriée.

ii) *Le recours à la mesure d'instruction la plus appropriée*

Les garanties d'une obtention rapide des preuves que représente la coopération judiciaire directe n'ont d'intérêt que si l'acte d'instruction demandé est le plus approprié au regard du litige pendant devant la juridiction nationale. Ce constat fait ainsi ressortir une interrogation, à la fois d'ordre conceptuel et pratique, liée à l'efficacité des mécanismes judiciaires d'obtention de preuves prévues par le règlement. À cette interrogation, le règlement n° 1206/2001 n'apporte pas une réponse claire.

En effet, l'article 21 du règlement précise clairement que « *pour la matière couverte par son champ d'application, le règlement prévaut, dans les rapports entre les États membres qui y sont parties, sur les dispositions contenues dans des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux conclus par les États membres* ». La doctrine a à juste titre souligné l'imprécision de l'expression « pour la matière couverte par son champ d'application » dans la mesure où elle soulevait deux interrogations : d'une part, les mécanismes judiciaires d'obtention de preuve sont-ils exclusifs de tout autre procédé judiciaire de recueillement de preuves (827) et, d'autre part, les instruments internationaux subsistent-ils pour les méthodes non judiciaires d'obtention de preuves (828).

Pour clarifier la teneur de l'article 21 du règlement, il faut prendre en considération les objectifs et les finalités poursuivis par le règlement. En effet, l'adoption du règlement a été justifiée par la nécessité d'organiser une obtention rapide et efficace de preuves par l'exécution d'un acte d'instruction sur le territoire d'un État membre au nom et pour le compte d'une juridiction d'un autre État membre. Il se substitue ainsi à la convention de la Haye, instrument du droit international,

(827) La question posée le 7 avril 2011 par Hoge Raad der Nederlanden dans l'affaire C-170/11, *Lippens e.a* quant au droit procédural national relatif à la citation d'un témoin.

(828) Voy. M.-L. NIBOYET, D. LEBEAU, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger (Règlement (CE) numéro 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale) », *op. cit.*, p. 8.

250 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

dans les rapports entre les États membres. Dès lors qu'il s'agit de la matière civile et commerciale, toute juridiction nationale a la possibilité de recourir aux mécanismes d'obtention judiciaire des preuves institués et ce, en fonction de l'ampleur et de la teneur du litige (829).

L'article 21 ne fait qu'affirmer la spécificité des effets que produisent les actes de droit dérivé du droit de l'Union dans l'ordre juridique des États en leur qualité de membre. En ce sens, il constitue une mesure procédurale de compatibilité des dispositions contenues dans les instruments internationaux et est une expression particulière de l'obligation de coopération loyale des États membres au regard de leur appartenance à l'Union. Par conséquent, il trouvera application en cas de conflit entre les dispositions du règlement et les stipulations contenues dans ces instruments internationaux. Il ne fait pas ainsi obstacle au maintien d'accords facilitant davantage l'obtention des preuves à la condition toutefois que ces accords ne portent pas atteinte aux objectifs et aux finalités poursuivis par le règlement.

L'article 21 doit donc être considéré comme une disposition permettant *in fine* l'exécution de la mesure d'instruction la plus appropriée.

La Cour de justice a récemment corroboré une telle interprétation quant à l'application exclusive du règlement au regard du droit national. Dans l'affaire *Lippens* (830), saisie à titre préjudiciel, elle devait répondre si la juridiction compétente d'un État membre qui souhaitait entendre un témoin résidant dans un autre État membre devait toujours appliquer les moyens d'obtention de preuves prévus par le règlement ou bien elle disposait de la faculté de l'entendre conformément à son droit national.

Dans cette affaire, la Cour répondit en faveur de la faculté de l'application des mécanismes d'obtention des preuves prévus par le règlement. Pour ce faire, la Cour a adopté un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, elle a rappelé que le champ d'application du règlement lequel ne concerne que deux types d'exécution d'un acte d'instruction : la demande directe ou l'exécution directe et que le règlement ne s'applique que lorsque la juridiction nationale décide de recourir à l'un de ces deux moyens de recueillement de preuve. Ensuite, la Cour de justice a jugé que, compte tenu de l'objectif du règlement qui est d'éviter

(829) Voy. dans ce sens, CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, aff. C-491/10 PPU, *nepr.*, pt 67.

(830) CJUE, 6 septembre 2012, *Lippens*, aff. C-170/11, *nepr.*, pt 33. Voy. également la question posée dans l'affaire C-332/11 pendant actuellement devant la Cour.

« *un allongement des procédures nationales* », la juridiction nationale devait disposer de la faculté de décider au regard du litige dont elle est saisie s'il fallait recourir aux mécanismes prévus par le règlement ou au contraire à ceux prévus par son droit national. Cette faculté permettait, selon la Cour, à la juridiction nationale d'ordonner la mesure d'instruction la plus appropriée (831) dans le respect de la finalité du règlement à condition que la mesure nationale d'instruction soit exercée dans le respect du droit de l'Union (832). La Cour de justice confirme cette position dans son arrêt *ProRail BV* (833). Elle juge que l'exécution directe d'une expertise transfrontalière par le juge national ne relève pas nécessairement des mécanismes d'obtention de preuve prévus par le règlement n° 1206/2001.

Si une telle solution est de bon sens et peut aisément se comprendre, elle présente néanmoins l'inconvénient de renvoyer à la juridiction nationale d'apprécier l'opportunité de l'application du règlement.

La référence à la mesure d'instruction la plus appropriée révèle que ce qui compte n'est pas la libre circulation des preuves mais l'utilité de la preuve recueillie pour la solution du litige et l'utilisation que peut en faire la juridiction nationale lorsqu'elle l'effectue selon son droit national. Cela diminue, dans une certaine mesure, la portée des mécanismes instaurés par le règlement, mais qui ne reflète *in fine* que la spécificité de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale.

Mais en dépit du risque de détournement de procédure au détriment du règlement, fût-il minime, cette solution s'inscrit dans une réflexion à la fois sur l'efficacité pratique du règlement (834) et sur la

(831) Pt 32 de l'arrêt : « À cet égard, il convient de souligner qu'une audition, effectuée par la juridiction compétente en vertu de son droit national, donne à cette dernière la possibilité non seulement d'interroger la partie directement, mais également de la confronter aux déclarations d'autres parties ou témoins éventuellement présents à l'audition, ainsi que de vérifier elle-même, par d'éventuelles questions supplémentaires, la crédibilité de son témoignage, en tenant compte de tous les aspects factuels et juridiques de l'affaire. Une telle audition se distingue ainsi de l'exécution d'un acte d'instruction par la juridiction requise selon les articles 10 à 16 dudit règlement, bien que l'article 12 de celui-ci permette, sous certaines conditions, la présence et la participation de représentants de la juridiction requérante lors d'une telle exécution. L'exécution directe d'un acte d'instruction selon l'article 17 du même règlement, même si elle permet à la juridiction requérante d'effectuer elle-même une audition conformément au droit de l'État membre dont elle relève, demeure néanmoins soumise à l'autorisation et aux conditions imposées par l'organisme central ou l'autorité compétente de l'État membre requis, ainsi qu'à d'autres modalités prévues à cet article ».

(832) Pt 38 de l'arrêt.

(833) CJUE, 21 février 2013, *ProRail BV*, aff. C-332/11, *nepr*.

(834) Voy. déjà sur les difficultés et les points d'ombre dans l'application du règlement, *Le rapport de la Commission sur l'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil*

252 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

réalisation de l'objectif d'une obtention rapide et efficace des preuves et, partant, d'une libre circulation des preuves. Dans ce sens, l'arrêt *ProRail BV* (835) apporte une réponse intéressante dans la mesure où la Cour de justice précise de manière explicite qu'en dépit des limites inhérentes à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, eu égard à l'objet et à la finalité du règlement, celui-ci reste l'instrument adapté à l'exécution directe d'une expertise transfrontalière affectant l'autorité publique de l'État membre sur le territoire duquel une juridiction nationale d'un autre État membre entend procéder à une mesure d'instruction, sur le fondement de l'article 17 (836). Cette solution se justifie par les garanties et les procédures instaurées par le règlement. Dans ce cas, celui-ci offre aux juridictions nationales un moyen complémentaire et rapide dans l'instruction d'une affaire transfrontalière qu'elle concerne ou non l'application du droit de l'Union européenne.

De même, en matière pénale, cette spécificité de l'obtention des preuves résulte de la technique de mandat utilisée.

2. La technique de mandat et l'obtention judiciaire pénale des preuves

Sur le fondement de l'ancien article 31 TUE (837) (repris respectivement par les articles 83 et 85 TFUE) a été adoptée la décision-cadre 2008/978/JAI (838) relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre des procédures pénales. Son adoption tardive, presque cinq ans après la proposition de la Commission, démontre les difficultés qu'un tel acte au sein de l'Union a soulevées en raison de la spécificité des mesures d'instruction en matière pénale.

du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, COM(2007) 769 final.

(835) Précité.

(836) Pt 48 de l'arrêt.

(837) L'ex article 31 TUE donne l'assise textuelle à une action normative de l'Union en matière pénale. Aux termes de cet article, l'action en commun dans ce domaine vise à « *faciliter et accélérer la coopération entre les ministères et les autorités judiciaires ou équivalentes compétentes des États membres (...) pour ce qui est de la procédure et de l'exécution des décisions ; assurer, dans la mesure nécessaire à l'amélioration de cette coopération, la compatibilité des règles applicables dans les États membres* », notamment par un rapprochement minimal des règles procédurales pénales.

(838) Com (2003) 688 final, du 14 novembre 2003. Cette proposition a été politiquement approuvée par le Conseil en 2006. Voy. La décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre 2008, relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre des procédures pénales, JO n° L du 30 décembre 2008, p. 72.

La décision-cadre doit néanmoins être présentée comme une avancée, fût-elle timide, dans la mesure où elle s'inscrit dans le processus de remplacement progressif des mesures classiques de l'entraide judiciaire. Elle est élaborée sur le même modèle que le mandat d'arrêt européen. En ce sens, cette décision-cadre donne aux États membres un instrument spécifique à l'Union européenne pour l'obtention pénale judiciaire des preuves.

Le mandat d'obtention de preuves doit permettre une collecte plus rapide et plus efficace de preuves. Il est « *une décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre afin d'obtenir des objets, des documents et des données d'un autre État membre en vue de leur utilisation dans le cadre des procédures visées à l'article 5* » (839). La doctrine considère cet instrument, à juste titre, comme l'étape, certes intermédiaire, mais nécessaire à l'intégration progressive de la recherche des preuves au sein de l'Union (840).

En raison de son champ d'application limité (841) et des gardes fous qui l'accompagnent (842), cet instrument est décrit par la doctrine, à la différence des autres instruments pris sur le fondement de l'ancien article 31 TUE, comme « vidé de son contenu » (843). En effet, le mandat d'obtention de preuves ne peut être émis que pour se « *procurer les objets, documents ou données (...) s'ils sont déjà en possession de l'autorité d'exécution avant l'émission du mandat* » (844). Cet instrument ne concerne que des preuves concrètes et existantes. Sont également exclues de son champ d'application de nombreuses mesures

(839) Voy. article 1^{er} de la décision-cadre.

(840) Pour une étude d'ensemble sur la question voy. l'ouvrage collectif, J. VERVAELE (éd.), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Oxford, Intersentia, 2005.

(841) Son article 16 précise que « *la reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves n'est pas subordonné au contrôle de la double incrimination (...) s'il n'est pas nécessaire d'opérer une perquisition domiciliaire pour exécuter le mandat, ou si l'infraction figure dans la liste détaillées au paragraphe 2* ». La liste du paragraphe 2, de ce même article est exhaustive, mais couvre des infractions courantes dans le cadre de la criminalité organisée. De plus, son paragraphe 3 précise que la double incrimination ne s'applique, même lorsque les conditions du paragraphe 1^{er} ne sont pas remplies que pour les hypothèses prévues par les dispositions transitoires de l'article 24.

(842) La décision-cadre supprime partiellement l'exigence de la double incrimination. La Commission européenne estimait que la reconnaissance mutuelle et la double incrimination s'excluaient réciproquement. Voy. le rapport explicatif de la proposition de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves, COM (2003) 688 final, du 14 novembre 2003.

(843) Sur ce point, voy. le commentaire de la décision-cadre 2008/978/JAI, par M. POELEMANS, *ADE*, pp. 498. à 503.

(844) Voy. §4, de l'article 4 de la décision-cadre.

254 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

d'instruction (845) de sorte que la doctrine considère que le mandat d'obtention de preuves est d'effectivité limitée (846).

Pour remédier à cela, la proposition d'une directive du Parlement européen et le Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (847) prévoit de remplacer le mandat européen d'obtention des preuves et d'étendre le champ d'application des mesures d'instruction pouvant être ordonnées par la décision d'enquête européenne. Cette dernière devra en principe s'appliquer à toute mesure d'enquête, exception faite des mesures qui demandent la création d'une équipe commune d'enquête et concernent l'interception des télécommunications en application de la Convention du 29 mai 2000.

Si le mandat d'obtention de preuves apparaît comme une mesure moins ambitieuse quant au fond du droit, il n'en demeure pas moins qu'il instaure des mécanismes de coopération efficaces. Partant du constat que le remplacement du « *système d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres aux fins d'obtention d'objets, de documents ou de données ne peut être réalisé de manière suffisante par l'action unilatérale des États membres* » (848), la décision-

(845) Prévues au §2 de l'article 4 de la décision-cadre. Il s'agit des demandes visant à conduire des interrogatoires, à prendre des déclarations ou à initier d'autres types d'audition impliquant des suspects, des témoins, des experts ou d'autres parties. Ainsi, par exemple, sont également écartées les requêtes visant à réaliser des examens corporels ou des données biométriques, en ce compris des échantillons ADN ou des empreintes, à obtenir des informations à temps réel par le biais d'interception de télécommunications.

(846) M. POELEMANS, *op. cit.* Une telle remarque s'impose également en raison de la nécessité de recourir aux autres mécanismes de recherche et d'obtention de preuves, notamment ceux prévues par la décision-cadre 2003/577/JAI, du Conseil, du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve (JO n° L 196 du 2 août 2003, p. 45). Toutefois, bien qu'elle présente des avancées considérables en ce qui concerne la coopération judiciaire pénale, sa portée paraît limitée en ce qui concerne la question de la recherche des preuves. En effet, aux termes de l'article 1^{er}, elle s'applique aux décisions de gel qui sont « *émises en vue de : a) l'obtention d'éléments de preuve, ou b) de la confiscation ultérieure du bien* ». Aux termes de l'article 2 de la décision-cadre, la « *décision de gel* » est « *une mesure prise par une autorité judiciaire compétente de l'État d'émission, afin d'empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation relative à un bien susceptible de faire l'objet d'une confiscation ou à un élément de preuve* ». Comme l'observe le professeur Anne Weyembergh, « *le recours à la notion générique de « gel » s'explique par la nécessité de surpasser les différences entre les législations nationales respectives des États membres en matière de mesures conservatoires* ». Elle en conclut que la décision de « gel » aux termes de la décision-cadre est une mesure provisoire puisque l'étude comparée des droits nationaux révèle que la décision de gel correspond à la saisie conservatoire des biens. Voy. A. WEYEMBERGH, « *Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne* », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2720, 2008, n° 45. Voy. également, G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., Fondation Varenne, coll. Thèses, 2011, p. 415.

(847) JO n° C 165, du 24 juin 2010, p. 22.

(848) Voy. Considérant 23 de la décision-cadre.

cadre se donne un objectif d'efficacité des mécanismes de recherche et d'obtention de preuves par l'instauration de la technique de mandat. Comme le remarque le professeur Anne Weyembergh, cette technique est « *un vrai changement de philosophie* » (849). De plus, l'article 8 de la décision-cadre prévoit les modalités d'exécution d'un mandat d'obtention de preuve. Ce mandat peut être « *transmis sans attendre par l'autorité d'émission à l'autorité d'exécution, par tout moyen permettant de laisser une trace écrite et dans des conditions permettant à l'État d'exécution d'en établir l'authenticité. Toute autre communication officielle est effectuée directement entre l'autorité d'émission et l'autorité d'exécution* ». Les paragraphes 3 et 4 du même article précisent que « *si l'autorité judiciaire d'émission le souhaite, la transmission peut être effectuée par le biais du système de télécommunication sécurité du réseau judiciaire européen. (...) Si l'autorité d'exécution lui est inconnue, l'autorité d'émission sollicite par tout moyen, y compris les points de contact du réseau judiciaire européen, le renseignement de la part de l'État d'exécution* ».

L'objectif poursuivi par l'article 8 de la décision-cadre est clair. Il s'agit de faciliter la transmission et l'exécution d'un mandat d'obtention de preuves. À cet effet, seules des procédures simples et rapides de communication et d'échange entre les juridictions nationales peuvent contribuer à l'efficacité recherchée. À cet égard, l'article 11 de la décision-cadre prévoit que « *l'autorité d'exécution reconnaît tout mandat européen d'obtention de preuves transmis conformément à l'article 8, sans qu'aucune autre formalité ne soit requise, et prend sans délai les mesures nécessaires pour qu'il soit exécuté de la même manière que si les objets, les documents ou les données devaient être obtenus par une autorité de l'État* ». Les motifs de non-reconnaissance et de non-exécution sont également déterminés.

À y regarder de près, les mécanismes simplifiés dans la transmission et dans l'exécution du mandat ne se distinguent pas fondamentalement de ceux observés pour la coopération administrative et la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. La logique est la même. Il s'agit de l'instauration d'un système de coopération fondé sur une assistance mutuelle dans la recherche et dans l'obtention des preuves, certes spécifique à la procédure pénale, entre les juridictions nationales.

(849) A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière dans l'Union européenne », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2720, 2007, n° 4 à 7. Voy. L'article 2 de la décision-cadre 2008/978/JAI vise ainsi « État d'émission », « État d'exécution », « autorité d'émission », « autorité d'exécution » et définit les procédures de « perquisition » ou de « saisie ».

256 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Comme nous l'avons vu (850), le recours à la coopération s'impose en raison du caractère attributif des compétences de l'Union et en raison de l'application décentralisée du droit de l'Union dans les droits nationaux. L'existence de mécanismes spécifiques permet de dégager des principes communs qui vont gouverner la recherche des preuves dans le droit de l'Union. En cela, ces principes permettront d'appréhender de manière différente la question probatoire.

§2. – Les principes appliqués à la recherche des preuves dans le droit de l'Union européenne

Les principes appliqués à la recherche des preuves découlent essentiellement de la logique de coopération que les actes de droit dérivé instaurent. Ainsi, les autorités et les juridictions nationales sont tenues par une obligation de collaboration entre elles-mêmes et avec les organes et les institutions de l'Union (A). Cette obligation de collaboration conduit à l'application du principe de reconnaissance mutuelle à la recherche des preuves (B).

A. *Une obligation de collaboration dans la recherche des preuves*

Pour le professeur Marc Blanquet, l'obligation de collaboration est « *un véritable ciment de l'intégration* » (851). Appliquée à la recherche des preuves, cette obligation impose une obligation d'informations quant aux preuves recueillies (1). Cette obligation implique également une obligation d'exécuter des enquêtes à la demande d'une autorité ou d'une juridiction nationale ou d'une institution de l'Union (2).

1. Une obligation d'information quant aux preuves recueillies

L'obligation d'information quant aux preuves recueillies implique une obligation de transmission des éléments dont une autorité ou une juridiction nationale a connaissance. Cette obligation d'information joue à un double niveau. Tout d'abord, elle se manifeste dans les rapports entre les autorités et les juridictions des États membres elles-mêmes. Ensuite, elle est prévue à l'égard des institutions et des organes de l'Union.

(850) Pour les questions liées à la compétence de l'Union pour intervenir en matière de recherche des preuves, voy. les développements de la Section 1 de ce chapitre.

(851) M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », *op. cit.*, p. 117.

S'agissant des rapports entre les autorités nationales elles-mêmes, l'obligation d'information découle des mécanismes spécifiques de l'assistance mutuelle. Comme nous l'avons vu (852), celle-ci peut consister en un échange d'informations spontané dès lors que les informations sont susceptibles de présenter un intérêt pour les autorités et les juridictions d'un autre État membre (853). De même, les actes de droit dérivé relatifs à la coopération judiciaire dans la recherche des preuves imposent une telle obligation d'information (854).

S'agissant des rapports entre les autorités nationales et les institutions de l'Union, les actes de droit dérivé imposent une obligation de communiquer les résultats de la recherche des preuves aux institutions de l'Union. Ainsi, par exemple, en matière de concurrence, les juridictions nationales sont tenues par une obligation de transmission des informations à la Commission. Cette obligation de prêter assistance est directement fondée sur l'obligation de coopération loyale de l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE) (855).

Si la teneur de cette obligation de communication diffère selon qu'il s'agit de la coopération administrative ou de la coopération judiciaire, il est néanmoins possible de lui trouver une fonction commune. En effet, cette obligation d'information accorde aux institutions un droit de regard sur les enquêtes nationales (856). Dès lors, l'obligation d'information doit être entendue comme permettant la coordination des enquêtes nationales (857). Elle poursuit ainsi un objectif d'amélioration

(852) Sur ce point, voy. §1. A. de cette Section.

(853) Voy. par exemple, la décision-cadre 2006/960, du 18 décembre 2006, relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union, *JO* n° L 386 du 29 décembre 2006, p. 89. Pour un commentaire de la décision, voy. H. LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice. – Cadre général », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2620, 2009, n° 280.

(854) Voy. par exemple, l'article 17 de la décision-cadre 2008/978/JAI.

(855) Voy. pt B. de la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *JO* n° C 101 du 27 avril 2004, pp. 54 à 64.

(856) La doctrine interprète l'obligation d'information comme inhérente à la transparence qui doit gouverner les rapports entre l'Union et ses États membres. Voy. sur ce point, M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Les obligations communautaires des États membres en matière de transparence », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 183 et s.

(857) L'obligation de transmission permet également une gestion des informations obtenues au niveau de l'Union. Les textes du droit dérivé confèrent aux institutions de l'Union une mission pour la mise en place des réseaux informatiques, création des bases de données. La Commission conçoit et gère les infrastructures communes créées par les instruments. V. É. MENNENS, « La fraude aux intérêts financiers de la Communauté », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Économica, pp. 133 et s. Voy. pour le Réseau judiciaire européen, voy. Section I, §2. B de ce chapitre. Voy. également, l'article 1 §2 du Règlement n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office

258 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

des mécanismes dans la recherches des preuves ou bien d'en faciliter l'exécution tant en ce qui concerne la coopération administrative (858) qu'en ce qui concerne la coopération judiciaire (859).

L'obligation d'information permet également à l'Union d'exercer un regard de contrôle sur la manière dont les États ont exécuté les obligations qui leur incombent en vertu des dispositions des traités, tant en ce qui concerne l'exercice de leurs pouvoirs d'investigation qu'en ce qui concerne les sanctions appliquées en cas de méconnaissance de la réglementation de l'Union.

La portée de l'obligation d'information est dès lors fondamentalement différente selon qu'il s'agit de la coopération administrative ou de la coopération judiciaire.

Ainsi, dans le cadre de la coopération administrative, l'existence d'un système d'échange d'informations particulièrement abouti entraîne l'application de mécanismes de contrôles spécifiques. À cet égard, la Commission européenne s'est vu reconnaître un pouvoir de vérification des enquêtes menées par les autorités nationales en ce qui concerne les politiques communes (860). Par conséquent, un recours en manquement n'est pas exclu du fait de la pratique des autorités nationales. Celui-ci

européen de lutte antifraude, *JO* n° L 136 du 31 mai 1999, p. 1; voy. également, l'article 3 de la décision-cadre 2002/187/JAI Conseil, du 28 février 2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JO* n° L 63 du 6 mars 2002.

(858) La coordination des enquêtes nationales consiste pour la Commission à élaborer des stratégies en vertu de son droit d'initiative pour prévenir les violations à la réglementation de l'Union ou remédier aux difficultés liées à son application. La mission de coordination des enquêtes nationales dépend donc dans une large mesure des informations que les autorités compétentes communiquent à la Commission. Voy. par exemple Communication de la Commission au Conseil, au Parlement et au Conseil économique et social, « *Une stratégie pour l'avenir de l'union douanière* », COM (2008) 169, final, du 1^{er} avril 2008. Voy. dans le même sens, le règlement n° 766/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 9 juillet 2008, modifiant le règlement n° 515/97 relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celle-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole (*JO* n° L 218 du 13 août 2008). Ce règlement a amélioré le système d'assistance mutuelle existant, en reprenant certaines notions de la Convention de Naples II en ce qui concerne la définition de la réglementation douanière. Il a également renforcé l'assistance mutuelle par l'instauration d'un fichier d'identification des dossiers des enquêtes. L'objectif de ce nouveau fichier est « d'aider à prévenir, à faciliter et à accélérer, la recherche, la poursuite des opérations qui sont contraires à la réglementation douanière et agricole ». Ce nouveau fichier faciliterait également la mission de coordination de la Commission dans le cadre de l'article 18 du règlement. L'exploitation des renseignements par la Commission a permis ainsi d'appuyer l'action des États membres dans la lutte contre la fraude et d'améliorer le système d'information en ce qui concerne la fraude transfrontalière.

(859) Voy. par exemple l'article 85 TFUE et l'article 19 du règlement n° 1206/2001 ; en matière pénale pour les échanges d'information dans le cadre du réseau judiciaire européen et le rôle de l'Eurojust voy. Section 1 §2. B. 1. de ce chapitre.

(860) Voy. par exemple le règlement n° 2847/93 du Conseil, du 12 octobre 1993, instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, *JO* n° L 261 du 20 octobre 1993, p. 1.

peut être fondé sur une méconnaissance de l'obligation de coopération loyale (861) telle qu'elle se dégage de l'article 4 §3, TUE ou bien des actes de droit dérivé (862).

En revanche, dans le domaine de la coopération judiciaire ou lorsqu'il s'agit de la transmission des informations par les juridictions nationales aux institutions de l'Union (863), la question de la sanction de la méconnaissance de l'obligation d'information reste ouverte. Eu égard à l'importance de la coopération des juridictions, le refus de communiquer des informations peut avoir des effets particulièrement négatifs. Or, comme nous le verrons (864), le recours en manquement n'est pas une voie adaptée pour constater une méconnaissance de cette obligation de la part des juridictions nationales.

Ce constat n'est pas étonnant. Il reflète, tout d'abord, la place particulière des juridictions nationales et, de manière plus spécifique, de la coopération judiciaire dans la recherche des preuves. Il reflète, ensuite, la structure particulière de l'Union telle qu'elle résulte du système de répartition des compétences entre les États membres et l'Union. En ce sens, l'obligation de collaboration dans la recherche des preuves débouche sur une obligation d'exécuter des enquêtes à la demande des institutions de l'Union.

2. Une obligation d'exécuter des enquêtes

La reconnaissance d'un pouvoir de contrôle direct de l'Union ne peut être qu'exceptionnelle dans la mesure où aucune disposition des traités ne donne une base juridique explicite à l'exercice d'un tel pouvoir au moyen d'investigations et d'enquêtes (865). De manière sectorielle,

(861) La Cour de justice a déjà jugé que l'ancien article 10 (devenu article 4 §3, TFUE), dans le cadre d'un recours en manquement, « impose aux États membres de coopérer de bonne foi à toute enquête entreprise par la Commission (...) et de fournir à celle-ci toutes les informations demandées à cette fin ». CJCE, 11 décembre 1985, *Commission c. Grèce*, aff. C-192/84, *Rec.* p. 3967, pt 19.

(862) Par ailleurs, comme nous le verrons, l'obligation d'information incombant aux États membres dans le cadre de la phase précontentieuse du recours en manquement, peut être sanctionnée au titre d'une obligation de collaborer à la preuve. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2. A. 1. de la Seconde partie de la thèse.

(863) Tel peut être notamment le cas en matière de concurrence. Voy. le règlement n° 1/2003 préc.

(864) Sur ce point, voy. Chapitre 2, Section 2, §2. B. 1. b) de ce titre de la thèse.

(865) Pour la controverse sur la légitimité d'accorder un tel pouvoir d'investigation à la Communauté en l'absence d'une base juridique explicite dans le traité, voy. J.A.E VERVAELE, « Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête administrative et judiciaire. Recueil des preuves et utilisation des preuves dans le domaine des intérêts financiers de l'Union européenne », *Rev. Sc. crim., op. cit.*, p. 475.

260 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

l'Union s'est vu accorder un tel pouvoir dans des domaines présentant un intérêt particulier (866).

L'exercice de ce pouvoir reste néanmoins limité. En effet, selon le principe de territorialité, seules les autorités nationales compétentes peuvent exécuter des enquêtes et des mesures d'investigation sur leur territoire national. La compétence d'investigation reconnue à l'Union consiste donc « à faire engager une enquête par l'État membre » (867) permettant aux agents des institutions de l'Union d'être présents sur place (868).

La compétence de vérification et de contrôle de l'Union suppose alors la participation et la collaboration des autorités nationales compétentes. Celles-ci se trouvent dans l'obligation d'engager des enquêtes au nom et pour le compte des institutions et des organes de l'Union chargés d'effectuer ce contrôle. À cet égard, les autorités nationales doivent recourir à toutes les mesures que leur droit national prévoit afin que l'autorité de l'Union compétente puisse accomplir la mission qui lui est dévolue par les traités et le droit dérivé. Ces mesures peuvent revêtir différentes formes et peuvent consister en des contrôles, des vérifications effectuées sur place, ou seconder les agents de l'autorité de l'Union

(866) Par exemple, en matière de concurrence, la Commission dispose des pouvoirs d'enquête et de vérification sur place. Elle peut à cet égard demander l'assistance des autorités nationales compétentes (Pour une étude de ces pouvoirs voy. L. IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de texte d'application) », *CDE*, 2003, p. 340 et s.). Ainsi, par exemple, pour la protection des intérêts financiers de la Communauté, il existe un instrument spécifique, le règlement n° 2185/96 du Conseil, du 11 novembre 1996, relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités (*JO* n° L 292 du 15 novembre 1996, p. 2) qui s'applique à toutes les politiques communes. De même, la Commission s'est vu reconnaître un pouvoir de vérification et d'investigation en matière de budget en ce qui concerne les ressources propres (Voy. article 18 §2 du règlement n° 1150/2000 du Conseil, du 22 mai 2000, portant application de la décision 94/728/CE, Euratom relative au système des ressources propres des Communautés, *JO* n° L 130 du 31 mai 2000, p. 1). En matière des dépenses agricoles voy. règlement n° 1848/2006 de la Commission, du 14 décembre 2006, concernant les irrégularités et la récupération des sommes indûment versées dans le cadre du financement de la politique agricole commune, ainsi que l'organisation d'un système d'information dans ce domaine, et abrogeant le règlement n° 595/91 du Conseil, *op. cit.* et article 36 du règlement n° 1290/2005 du Conseil, du 21 juin 2005, relatif au financement de la politique agricole commune, *JO* n° L 29 du 11 août 2005) et en matière de dépenses des fonds structurels de l'Union, voy. Règlement n° 1083/2006 du Conseil, du 11 juillet 2006, portant dispositions générales sur le Fonds européen de développement régional, le Fonds social européen et le Fonds de cohésion, et abrogeant le règlement n° 1260/1999, *JO* n° L 210 du 31 juillet 2006).

(867) M. POELMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 401.

(868) Le principe d'assimilation s'applique pleinement. Les euro-contrôleurs peuvent assister les autorités nationales lors des enquêtes, accéder à certains documents avec la présence des autorités nationales. En revanche, ils ne peuvent pas exercer certaines mesures d'investigation à coloration pénale, notamment la visite domiciliaire. Voy. *ibid.* p. 401.

par toute assistance afin de constater une irrégularité ou une infraction à la réglementation de l'Union. Les enquêtes engagées sont des enquêtes administratives puisque les textes excluent toute action entreprise sur demande ou sur l'autorité directe d'une autorité judiciaire. Le pouvoir de contrôle et de vérification de l'Union ne se substitue pas à la compétence de sauvegarde des autorités nationales. Les vérifications menées par ses institutions et par les autorités nationales sont complémentaires.

L'obligation pour les États membres d'engager des enquêtes au profit d'une autorité de l'Union revêt également un caractère réciproque liant l'autorité de l'Union avec le même devoir de prêter assistance (869). Ainsi, celle-ci doit communiquer toutes les informations et mettre en mesure l'autorité nationale d'obtenir tous les éléments de preuve qu'elle estimera nécessaire à la prise d'une décision (870).

La reconnaissance d'un pouvoir de contrôle à l'autorité de l'Union compétente n'est pas sans poser difficulté puisqu'elle aboutit à un exercice parallèle des pouvoirs de sanction. L'exercice de compétences parallèles pour la poursuite des infractions au droit de l'Union européenne aboutit à un enchevêtrement des pouvoirs d'investigation et d'enquête qui peut avoir une incidence sur l'efficacité de la recherche des preuves. En effet, le caractère transnational de certaines infractions implique souvent l'intervention d'une ou plusieurs autorités nationales et concomitamment l'intervention de l'autorité de l'Union compétente. Les textes du droit dérivé ont prévu, dans ces cas de figure, des mécanismes de répartition de compétences fondés sur le principe de proximité et le principe d'efficacité (871). Ces principes permettent de déterminer le niveau de poursuite le plus approprié et de désigner l'autorité compétente pour procéder à la poursuite de l'infraction. Leur application est cumulative pour la détermination de l'autorité la mieux placée pour mettre fin à l'infraction. Les autorités membres lui prêteront assistance dans la recherche des preuves (872).

(869) Voy. en matière de concurrence, la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, *JO* n° C 101 du 27 avril 2004, préc. ; Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *JO* n° C 101 du 27 avril 2004, préc.

(870) Voy. article 12 du règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO* n° L 1 du 4 janvier 2003.

(871) P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, pp. 9 et s.

(872) Voy. sur ce point, S. BRAMMER, « Concurrent jurisdiction under regulation 1/2003 and the issue of case allocation », *CML Rev.*, 2005, pp. 1385 et s.

262 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

L'obligation de collaboration dans la recherche des preuves instaure un cadre d'échange et d'assistance entre les autorités et les juridictions nationales entre elles-mêmes et entre les autorités et juridictions nationales et les institutions de l'Union quant à la recherche des preuves. Cette obligation poursuit un objectif d'efficacité en matière de preuve. En effet, si ces mécanismes facilitent l'application correcte de la réglementation de l'Union, ils permettent également la libre circulation des preuves. Cette libre circulation repose sur un objectif simple : empêcher des refus opposés par les États membres à prêter assistance. À cet égard, l'obligation de collaboration conduit à l'application du principe de reconnaissance mutuelle à la recherche des preuves.

B. *L'application du principe de reconnaissance mutuelle à la recherche des preuves*

L'application du principe de reconnaissance mutuelle à la recherche des preuves s'explique par la nature même de la compétence de l'Union reconnue au titre de la coopération (873). En effet, l'attribution d'une compétence à l'Union au titre de la coopération conduit à un rapprochement *a minima* qui repose sur une logique d'objectifs communs plutôt que sur une logique de remplacement des mécanismes nationaux au moyen d'une réglementation européenne. La détermination d'objectifs communs permet « *d'encadrer l'action unilatérale des États membres dans des domaines qui relèvent (...) de leurs compétences réservées* » (874). Ces derniers, tout en restant titulaires de la compétence en matière de preuve, « *s'engagent à [l']exercer en commun, sous la forme de la coopération, le cas échéant en acceptant que des mesures de coordination soient prises par les institutions* » (875) de l'Union.

Le Traité de Lisbonne entérine ce choix puisqu'il introduit des bases juridiques spécifiques à la coopération administrative et

(873) Comme l'observe également le professeur Marc Blanquet, les relations entre les États membres et les institutions de l'Union déduites de la « *coopération loyale ne font que traduire la logique 'institutionnelle' du système de [l'Union], c'est-à-dire la mise en place d'une organisation, de pouvoirs, au service de la réalisation d'objectifs communs, avec des manifestations d'adhésion et de solidarité des membres du groupe concerné. C'est une logique (...) parfois davantage liée à la réalisation des objectifs des traités, et à l'intérêt commun* ». M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », *op. cit.*, p. 157. Voy. dans ce sens, E. NEFRAMI, « L'exercice en commun des compétences illustrés par le devoir de loyauté » in P.-Y. MONJAL, E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, p. 191.

(874) Voy. V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 60.

(875) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 135.

judiciaire (876). Ce traité associe l'efficacité des mécanismes de recherche des preuves non seulement à l'idée d'une coopération loyale qui soutient les rapports entre les États membres, mais aussi à l'idée d'une reconnaissance mutuelle qui doit présider la recherche et l'obtention des preuves (877).

Le principe de reconnaissance mutuelle « *apparaît [ainsi] comme un complément* » (878) de l'action normative de l'Union au titre de la coopération. Ce principe implique lui-même une exigence de confiance mutuelle afin de permettre une libre circulation et utilisation des preuves (879). À cet égard, le législateur de l'Union est intervenu pour préciser les exigences minimales (880) que les autorités et les juridictions nationales doivent respecter lorsqu'elles recourent aux mécanismes administratifs et judiciaires instaurés par les actes de droit dérivé. Ces exigences conditionneront, comme nous le verrons (881), la régularité des preuves et leur utilisation postérieure. L'application de ce principe au stade du recueillement des preuves, comme nous le verrons (882), aura des conséquences importantes sur la détermination de la valeur probante des preuves et sur la reconnaissance d'une valeur probante équivalente aux modes de preuve nationaux.

Fondé sur la confiance mutuelle entre les systèmes nationaux, ce principe permet d'appréhender les divergences nationales par une approche fonctionnelle des législations nationales (883). En ce sens, le principe de reconnaissance mutuelle est un moyen de « *l'intégration négative* » (884) parce qu'il accompagne la compétence d'appui et de coordination de l'Union pour organiser la recherche des preuves.

(876) Sur ce point, voy. Section I, § 1. A de ce chapitre.

(877) Le Conseil européen de Tampere a été suivi de différentes mesures qui avaient pour objectif d'assurer la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale. Parmi ces mesures, on peut citer le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (JO n° C 12 du 15 janvier 2001, p. 10) et le programme de la Haye adopté les 4 et 5 novembre 2004.

(878) Voy. V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services*, op. cit., p. 61.

(879) Voy. sur ce point et pour une étude d'ensemble, G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, op. cit.

(880) L'action de l'Union en matière de preuve est nécessairement subsidiaire. Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2. B. 2. de cette partie de la thèse.

(881) Sur ce point, voy. les développements du Chapitre 2, Section 2 de ce titre.

(882) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2. B. 2. de la Seconde partie de la thèse.

(883) Voy. la communication de la Commission du 26 juillet 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales dans le domaine pénal, Com (2000) 495 final, *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale* (non publié).

(884) Nous empruntons cette expression à V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services*, op. cit., p. 59.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Le recours à la coopération dans la recherche des preuves s'explique par la nécessité de garantir une libre circulation et une libre utilisation des preuves au sein de l'Union. L'étude de l'organisation de cette coopération met en évidence l'existence d'un cadre normatif qui demeure parcellaire et disparate en fonction des domaines. Cette insuffisance normative est néanmoins inhérente à la structure même de l'Union et au système de répartition des compétences dont la recherche des preuves ne constitue qu'une illustration particulière. Toutefois, la formation progressive de ce cadre normatif reflète une préoccupation fondamentale du système juridique de l'Union, la mise en œuvre effective du droit de l'Union, laquelle implique la mise en place de contrôles et de sanctions cohérents et homogènes. Par ailleurs, ce cadre normatif se fonde sur l'obligation de coopération loyale, norme structurelle du système de l'Union. Si cette obligation se manifeste différemment dans le cadre de la coopération administrative et dans le cadre de la coopération judiciaire, elle fonctionne selon une logique identique. Elle repose sur l'obligation de collaboration et sur le principe de reconnaissance mutuelle, principes structurels du système juridique de l'Union.

CHAPITRE 2

LES GARANTIES INSTAURÉES EN MATIÈRE DE PREUVE

La coopération dans la recherche des preuves est un instrument qui doit permettre une libre circulation des preuves récoltées par des mécanismes simplifiés d'obtention des preuves. Fondée sur une confiance mutuelle entre les États membres, cette coopération permet également une libre utilisation des preuves recueillies. En effet, elle encadre les causes des refus que les États membres peuvent opposer aux éléments de preuve obtenus et empêche ainsi que la réalisation du droit de l'Union et les droits qu'il confère soient compromis. À cet égard, le droit de l'Union européenne pose l'exigence d'une preuve loyale (Section 1) et d'un contrôle juridictionnel (Section 2) qui ont conduit à la consécration de garanties procédurales en matière de preuve.

SECTION 1 – L'EXIGENCE D'UNE PREUVE LOYALE

D'origine essentiellement processuelle (885), la loyauté de la preuve désigne une certaine « *manière d'être de la recherche des preuves* » (886), qui repose sur un socle commun de principes ou de valeurs. Comme le remarque le professeur Loïc Azoulai, « *il est requis de se procurer des preuves par des moyens non seulement légaux, mais loyaux* » (887). Dans le droit de l'Union, l'exigence d'une preuve

(885) Pour une étude de ce principe en droit processuel, voy. M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003 ; H. HOUBRON, *Loyauté et vérité. Étude de droit processuel*, thèse dactylographiée, Reims, 2004, spéc. p. 2. ; J.-Cl. MAGENDIE, « Loyauté, Dialogue, Célérité. Trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice » in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 334.

(886) P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommages à Louis Huguéney*, Paris, Sirey, 1964, p. 172. C'est en ce sens aussi que l'on peut affirmer que la loyauté de la preuve trouve une consécration particulière dans le droit de l'Union européenne au titre de la coopération loyale contenue désormais à l'article 4 §3, TUE. Voy. également sur le lien entre loyauté et confiance, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 30^{ème} éd., 2010, p. 1134.

(887) L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., p. 256. Voy. également, S. GUINCHARD (dir.) et al., *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 1144.

268 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

loyale impose le respect de garanties procédurales tant au moment de la recherche et de la transmission (§1) qu'au moment de l'utilisation des preuves recueillies (§2).

§1. – Les garanties appliquées à la recherche des preuves au titre de la loyauté de la preuve

La nature des garanties accordées au titre de la loyauté de la preuve varie selon qu'il s'agit des procédés employés pour obtenir les preuves et selon qu'il s'agit du traitement des preuves recueillies. En ce sens, l'exigence d'une preuve loyale dépend, en premier lieu, des garanties découlant des droits de la défense (A). Elle dépend, en second lieu, de la protection des données recueillies dès lors que les informations qu'elles contiennent revêtent un caractère personnel (B).

A. *Le respect des garanties découlant des droits de la défense*

L'obligation de respecter les droits de la défense constitue la contrepartie du renforcement des pouvoirs d'investigation et d'enquête dont disposent les autorités nationales et celles de l'Union compétentes. Toutefois, l'application des droits de la défense aux procédures préalables, telles que les enquêtes, les vérifications préalables ou les demandes de renseignements, ne s'est imposée dans la jurisprudence que de manière progressive. Leur généralisation au stade de la recherche des preuves est le résultat d'une évolution jurisprudentielle considérable tant en ce qui concerne leur affirmation de principe fondamental (1) que leur contenu (2).

1. L'application des droits de la défense à la recherche des preuves

L'affirmation des droits de la défense comme principe fondamental est l'œuvre d'une évolution jurisprudentielle qui, à partir d'une approche restrictive des droits de la défense, a abouti à une appréhension extensive des garanties dont doivent disposer les intéressés face aux pouvoirs d'investigation importants des autorités nationales et de l'Union. Cette approche extensive a conduit à l'application des garanties découlant des droits de la défense aux phases préalables d'enquête et à leur reconnaître un rôle d'encadrement efficace des pouvoirs d'investigation et de recherche des autorités chargées de mener les investigations. C'est à juste titre que la doctrine a estimé qu'une telle affirmation était

motivée par un souci de légitimation des recours à des mécanismes de coopération administrative et judiciaire de recherche des preuves (888).

C'est à l'occasion du contentieux de la concurrence que les droits de la défense ont été affirmés comme un principe général du droit de l'Union dont le respect s'impose à toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à l'adoption d'un acte qui lui fait grief et ce, quelque soit la nature de la procédure. L'arrêt *Hoffmann-Laroche* énonce que « *le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif* » (889).

Cet arrêt marque un tournant non seulement parce qu'il consacre les droits de la défense comme principe fondamental du droit de l'Union, mais aussi parce qu'il affirme leur application au-delà du cadre strict de l'instance et de la procédure contentieuse.

À cet égard, l'application des droits de la défense a été affirmée dans des procédures non judiciaires, mais présentant un caractère contradictoire (890). Or, en ce qui concerne la phase de l'enquête préalable, la Cour de justice avait longtemps exclu l'application des droits de la défense. À cet égard, elle se fondait en substance sur le fait que, durant cette phase, la Commission « *ne vis[ait] pas à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale, mais uniquement pour objet de permettre à la Commission de recueillir la documentation nécessaire pour vérifier la réalité et la portée d'une situation de fait et de droit déterminée* » (891).

Il résulte de cette approche que l'enquête préalable était appréhendée distinctement de la procédure de poursuite. En effet, la jurisprudence opérait une distinction entre les décisions prises à l'issue d'une telle procédure et les décisions ordonnant une vérification (892).

(888) Voy. dans ce sens, E. MIGNON, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2001, n° spécial, p. 100.

(889) CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461, pt 9.

(890) Ainsi, par exemple, en matière de concurrence, l'arrêt *National Panasonic*, prononcé en 1980 par la Cour de justice, a justifié une telle application en précisant à cet effet que le « *droit de défense s'inscrit principalement dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives visant à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale* ». CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, aff. 136/79, *Rec.* p. 2033, pt 21.

(891) CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, aff. 136/79, *arr. préc.*, pt 21.

(892) *Ibid.*, pt 21.

270 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

La « *différence substantielle* » (893) entre ces deux catégories tient au caractère subjectif ou objectif de la procédure concernée. En effet, si les premières peuvent aboutir à une sanction de l'entreprise concernée, les secondes ne préjugent en rien le prononcé d'une telle sanction et son contenu. Comme le remarque le professeur Loïc Azoulai, la procédure de poursuite est subjective et implique donc une protection des droits individuels tandis que la procédure de vérification au moyen des enquêtes est objective et, par conséquent, doit en être dispensée (894).

La position de la jurisprudence est néanmoins critiquable dans la mesure où elle « *relève d'une conception restrictive* » (895) des droits de la défense et ne tient pas compte de la place de la collecte d'informations par la Commission dans l'établissement des comportements illégaux au regard des règles de la concurrence. La procédure lors de l'enquête préalable est de type inquisitorial. La Commission procède le plus souvent à des investigations, soit d'office, soit à la suite d'une plainte, l'entreprise concernée n'étant informée que, lorsqu'à la suite de l'enquête préalable, l'existence de comportements anticoncurrentiels est établie et que la Commission procède à la notification des griefs retenus à son encontre. Eu égard à la particularité de la procédure de poursuite des pratiques anticoncurrentielles, il est parfois difficile de distinguer la phase de l'enquête préalable de celle qui va aboutir à la prise de décision. Comme le soulignait déjà l'Avocat général Slynn, parfois, l'on est tenté de considérer qu'il s'agit d'une seule et unique procédure qui « *débutant par une enquête, laquelle débouche sur une opinion provisoire qui s'est formée sur la base des renseignements reçus cristallise sous la forme de la communication des griefs, conduisant elle-même à une décision finale sur le point de savoir s'il y a eu ou non infraction* » (896).

C'est donc au stade de l'enquête préalable que la question de conciliation entre les pouvoirs d'investigation et les droits individuels se pose avec acuité et demeure des plus délicates. Il s'agit alors de rechercher un juste équilibre entre la répression efficace et rapide des pratiques anticoncurrentielles et la garantie des droits des opérateurs

(893) *Ibid.*, pt 21.

(894) L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., p. 243.

(895) A. PLIAKOS, « La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission », *RTDE*, 1995, p. 451.

(896) Conclusions de l'Avocat général Slynn, présentées le 30 septembre 1981, sous l'affaire, CJCE, 11 novembre 1981, *International Business Machines Corporation c. Commission*, aff. 60/81, *Rec.* p. 2639, p. 2663, citées par L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., p. 244.

économiques concernés. Pour Asterix Pliakos, une telle conciliation est nécessaire afin d'éviter que « *le pouvoir discrétionnaire de la Commission se transform[e] en arbitraire, au nom soit d'une réalité apparente, soit d'une efficacité contestable* » (897). La protection des droits individuels ne doit pas en être exclue.

C'est à l'occasion de l'affaire *Hoechst AG* (898) que la Cour de justice a modifié sa position et a adopté une interprétation extensive des droits de la défense afin de justifier leur application à l'enquête préalable. En l'espèce, la Cour de justice a estimé que les larges pouvoirs de vérification que l'article 14 du règlement (CEE) n° 17 conférait à la Commission devaient être conciliés avec les « *droits fondamentaux qui font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect* » (899). Cette conciliation repose sur les « *exigences découlant du respect des droits de la défense* » (900). En tant que principe fondamental, il convient non seulement d'assurer leur respect dans des procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais aussi « *d'éviter que ces droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre des procédures d'enquête préalable (...) qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement des preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité* » (901).

L'approche extensive des droits de la défense dans les procédures de l'enquête préalable est transposable aux mécanismes de la coopération administrative et judiciaire pour l'obtention des preuves. D'ailleurs, les textes du droit de l'Union européenne prévoient la possibilité de refuser la communication des preuves lorsque des doutes subsistent sur les garanties accordées au nom des droits de la défense (902).

Toutefois, au titre de l'efficacité des enquêtes administratives, les garanties accordées au titre des droits de la défense présentent une spécificité résultant de la loyauté de la preuve. Comme l'a précisé également la Cour de justice, dans l'affaire *Hoechst AG*, « *si certains droits de la défense ne concernent que les procédures contradictoires qui font*

(897) Voy. A. PLIAKOS, « La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission », *op. cit.*, p. 452.

(898) CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG. c. Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859.

(899) Pt 13 de l'arrêt.

(900) Pt 14 de l'arrêt.

(901) Pt 15 de l'arrêt.

(902) Par exemple l'article 14 du règlement n° 1206/2001 prévoit un refus d'exécution des mécanismes d'obtention judiciaires des preuves lorsque la personne refuse de procéder à une audition. Voy. également considérant 16 et article 12 du règlement n° 1/2003.

272 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

suite à une communication de griefs, d'autres droits (...) doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable » (903).

2. Les garanties découlant des droits de la défense au titre
de la loyauté de la preuve

La reconnaissance de l'application des droits de la défense au stade la recherche des preuves poursuit un double objectif : protéger les droits individuels des particuliers concernés par l'enquête et assurer l'obtention d'une preuve loyale. Pour y parvenir, deux types de garanties ont été consacrées : des garanties substantielles relatives à la protection de certains droits fondamentaux et des garanties procédurales qui s'imposent à l'autorité nationale ou à celle de l'Union lorsqu'elles mènent une enquête (904).

La jurisprudence a consacré l'exigence d'une protection des droits individuels au titre du respect de la vie privée. Il s'agit d'une conception jurisprudentielle fondée sur la protection de la correspondance et de l'inviolabilité du domicile (905) qui doivent être protégés au stade de l'investigation et de l'enquête. Ces droits garantis au titre des droits de la défense soulèvent le problème de la collaboration des entreprises avec la Commission pour le recueillement des preuves afin d'établir les comportements anticoncurrentiels. Ce problème touche à des questions relatives à la protection qui doit être accordée, au contrôle juridictionnel exercé et, enfin, aux conséquences de la méconnaissance de cette protection quant à l'administration de la preuve et à l'admissibilité des informations utilisées à titre de preuve. Ces questions, même si elles se posent au stade de la recherche des preuves, s'inscrivent dans une approche de protection des droits fondamentaux (906).

Au titre de la loyauté de la preuve, les garanties découlant des droits de la défense sont également de nature procédurale en raison des

(903) Pt 15 de l'arrêt.

(904) Pour Astérix Pliakos, les droits de la défense sont « *une notion plutôt fonctionnelle que conceptuelle* ». Voy. A. PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 4. Voy. également, J.-L. FOURGOUX, C. VILMART, « Les limites apportées par la jurisprudence au pouvoir discrétionnaire des autorités de concurrence en matière d'enquêtes de concurrence » in A. MOURRE (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 167 et s. ; M. DARMON, A. RACLET, « À propos du règlement 1/2003 : quelques réflexions sur la situation des entreprises face au renforcement des pouvoirs de la Commission » in A. MOURRE (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, op. cit., pp. 187 et s.

(905) CJCE, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission*, aff. 155/79, *Rec.* p. 1575.

(906) A. PLIAKOS, « La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission », op. cit., p. 453.

exigences qu'elles imposent (907). La teneur de ces garanties varie en fonction de la procédure utilisée. S'il s'agit d'une simple demande d'information ou de renseignement, les droits de la défense imposent aux autorités nationales et de l'Union compétentes « *d'indiquer l'objet et le but* » (908) de la demande d'information adressée à l'entreprise (909). Cette obligation les oblige à « *indiquer clairement les présomptions* » (910) qu'elles entendent vérifier (911).

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une vérification sur place, le droit à une assistance juridique est consacré au titre des droits de la défense (912). Il s'agit pour le particulier concerné d'être assisté par l'avocat de son choix lors de l'exécution de la mesure. La jurisprudence n'a pas encore précisé de manière explicite quelle est l'ampleur de ce droit, notamment quel doit être le délai accordé à l'entreprise avertie de la mesure de vérification pour choisir son assistance juridique. Toutefois, la Commission a déjà estimé qu'un délai raisonnable devait être accordé « *à l'entreprise faisant l'objet de la vérification pour qu'elle puisse se faire assister d'un conseiller juridique interne ou d'un avocat de son choix pendant la durée de la vérification* » (913).

Au titre de la loyauté de la preuve, les autorités nationales et de l'Union compétentes ne peuvent pas exiger la communication des éléments de preuve qui peuvent directement incriminer la personne à l'encontre de qui une enquête est diligentée. Seront ainsi considérés comme déloyaux les procédés qui poussent le particulier à divulguer des

(907) Pour une telle présentation des garanties découlant des droits de la défense au stade de la recherche des preuves, voy. L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement, op. cit.*, pp. 256 et s.

(908) À titre d'exemple pour les différents pouvoirs d'investigation : pour une demande de renseignements, voy. TPICE, 8 mars 1995, *Société Générale c. Commission*, aff. T-34/93, *Rec. p. II-545*, pt 73 ; pour une décision de vérification voy. TPICE, 11 décembre 2003, *Minoan Lines c. Commission*, aff. T-66/99, *Rec. p. II-5515*, pts 47 à 56 ; pour une demande d'inspection voy. TPICE, 8 mars 2007, *France Télécom c. Commission*, aff. T-340/04, *Rec. p. II-573*, pt 50 ; TPICE, 8 juillet 2008, *AC-Treuhand c. Commission*, aff. T-99/04, *Rec. p. II-1501*, pt 54.

(909) À cet égard, la Cour de justice a même estimé que la Commission était tenue de fournir tous les éléments à la juridiction nationale saisie de la demande de vérification pour s'assurer de l'absence du caractère arbitraire des mesures sollicitées. Voy. CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, *Rec. p. I-9011*, pt 61.

(910) CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical c. Commission*, aff. jtes 97/87, 98/87 et 99/87, *Rec. p. I-179*, pt 45.

(911) À travers cette garantie se trouve également protégé le droit fondamental de l'inviolabilité du domicile. Voy. dans ce sens, CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG. c. Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, arr. préc., pt 17.

(912) CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG. c. Commission*, aff. jtes 46/87 et 227/88, arr. préc., pt 16 ; CJCE, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission*, aff. 155/79, arr. préc.

(913) Réponse à une question écrite donnée par la Commission citée par L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement, op. cit.*, p. 257, note 1358.

274 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

informations le désignant directement comme participant à l'infraction recherchée. Se trouve ainsi consacré le droit de ne pas témoigner contre soi-même (914). Comme nous le verrons, la méconnaissance de ce droit est sanctionnée au titre d'une obligation de collaborer à la preuve (915). Par ailleurs, il est de jurisprudence constante, en matière de concurrence, qu'une entreprise n'est pas « *obligée de fournir des réponses par lesquelles elle est amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* » (916).

Comme nous le verrons (917), la protection assurée par les garanties procédurales au titre de la loyauté de la preuve comporte, néanmoins, deux insuffisances tenant, d'une part, à la sanction de leur méconnaissance et, d'autre part, à leur degré variable de protection. Ces insuffisances s'expliquent par l'application décentralisée du droit de l'Union dans les droits internes et par la structure spécifique des voies de droit.

Appliquée au stade de l'enquête préalable, la loyauté de la preuve implique non seulement des procédés loyaux de recherche des preuves, mais aussi un traitement loyal et licite des informations recueillies lequel se révèle encore plus nécessaire lorsque ces informations présentent un caractère personnel.

B. *La protection des données à caractère personnel au titre de la loyauté de la preuve*

Le droit de l'Union érige la protection des données à caractère personnel comme une condition *sine qua non* de la disponibilité des informations au sein de l'Union et de leur libre utilisation à titre de preuve. La mise en place d'un régime spécifique à l'Union se fait de manière progressive (1) dont l'application impose à l'ensemble des acteurs de la coopération administrative et judiciaire une obligation d'assurer une telle protection (2).

(914) CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. 374/87, *Rec.* p. 3283, pts 27 à 35.

(915) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B. 2. de la Seconde partie de la thèse.

(916) Parmi une jurisprudence abondante, voy. TPICE, 20 février 2001, *Mannesmann-röhren-Werke c. Commission*, aff. T-112/98, *Rec.* p. II-729, pt 67 ; TPICE, 29 avril 2004, *Tokai Carbon Co c. Commission*, aff. T-236/01, *Rec.* p. II-1181, pt 402.

(917) Voy. sur ce point, Section 2 de ce chapitre.

1. L'instauration d'un régime de protection des données à caractère personnel spécifique à l'Union européenne

L'instauration d'un régime de protection des données à caractère personnel dans le droit de l'Union s'est imposée essentiellement pour deux raisons.

Tout d'abord, il s'agit de la poursuite d'un objectif clair d'efficacité des mécanismes d'obtention des preuves. En effet, le plus souvent des enquêtes sont menées à titre préventif en cas de soupçon d'infraction. Si leurs résultats se sont révélés insuffisants pour constater l'existence d'une méconnaissance à la réglementation de l'Union, les textes du droit de l'Union prévoient la possibilité, d'une part, de stocker ces informations sous forme de fichiers ou de base de données à des fins probatoires ultérieures et, d'autre part, de les communiquer par le biais des systèmes d'information automatisés.

Ensuite, cet objectif d'efficacité exige la légitimation de l'utilisation des informations ainsi recueillies. Plus particulièrement, il s'agit de la protection des droits individuels que ces informations peuvent méconnaître. La protection des données à caractère personnel est ainsi reconnue comme une priorité au sein de l'Union.

La nécessité d'assurer une protection des données personnelles s'est ressentie avec l'adoption des accords Schengen du 14 juin 1995 visant à supprimer les contrôles aux frontières communes des États parties. Ces accords reposent sur un renforcement de la coopération entre les autorités douanières et de police et sur l'amélioration de l'échange d'informations, notamment par la création du système d'information Schengen (918). Une protection des données à caractère personnel applicable à ce système est assurée par renvoi au droit national et, par conséquent, par l'application de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. Dans ce cadre, chaque État signataire doit désigner une autorité de contrôle chargée, dans le respect de son droit national de vérifier que le traitement et l'utilisation des données intégrées dans le Système d'information Schengen ne sont pas attentatoires aux droits de la personne concernée.

L'adoption de la directive 95/46/CEE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère

(918) Voy. Titre IV de la Convention d'application du 19 juin 1990 créant le système d'information Schengen (SIS). Voy. M. GAUTIER, « Accords de Schengen », *J-Cl. Europe*, fasc. 2630, 2007.

276 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

personnel et à la libre circulation de ces données (919) a permis d'assurer un haut niveau de protection dans l'ancien premier pilier de l'Union fondé sur des principes communs. Cette directive a ainsi permis une libre utilisation des données personnelles recueillies à des fins probatoires entre les États membres. En ce sens, son champ d'application reste limité et sa portée doit être relativisée puisque la directive ne vise pas les institutions de l'Union. Or, une telle situation peut surprendre dans la mesure où, comme nous l'avons observé, les institutions de l'Union jouent un rôle important dans la gestion des preuves obtenues et disposent souvent d'un pouvoir de stockage de ces données (920). De plus, la directive ne s'applique pas aux mécanismes de coopération judiciaire et policière relevant de l'ancien troisième pilier (921).

L'adoption du règlement n° 45/2001 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (922). Le règlement prévoit également la création le « *contrôleur européen de la protection des données* » (923)

(919) du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, JO n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

(920) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, A. 1. de cette partie de la thèse. Voy. sur ce point, la déclaration des institutions de l'Union en ce qui concerne l'application des principes dégagés par la directive. Ceci explique qu'on retrouve dans le cadre de la coopération administrative des régimes spécifiques de protection précisant les obligations qui pèsent sur les institutions de l'Union, plus particulièrement les services de la Commission en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel. Il en est ainsi car dans le cadre de la coopération administrative, la Commission se voit reconnaître un rôle de gestion des informations recueillies par les enquêtes administratives. Voy. pour un exemple, le règlement n° 515/97 du Conseil, du 13 mars 1997, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celle-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanières et agricole (JO n° L 82 du 22 mars 1997, p. 1). Ce règlement consacre un chapitre entier à la protection des données à caractère personnel dans le cadre du système d'information douanier (SID).

(921) L'introduction par le Traité d'Amsterdam de l'article 286 du Traité CE (remplacé par article 16 TUE), l'intégration de l'acquis Schengen dans le cadre de l'Union ainsi que l'objectif d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ont abouti à une réflexion d'ensemble sur les insuffisances de la protection des données personnelles au sein de l'Union européenne.

(922) du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2000, JO n° L 8 du 12 janvier 2001, p. 1.

(923) Pour le statut du contrôleur européen de protection des données voy. la décision 1247/2002/CE, du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, du 1er juillet 2002, relative au statut et aux conditions générales d'exercice des fonctions de contrôleur européen de la protection des données, JO n° L 183 du 12 juillet 2001, p. 1 ; voy. également la décision 2004/55/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 22 décembre 2003, portant nomination de l'autorité de contrôle indépendante prévue à l'article 286 du traité CE (contrôleur européen de la protection des données), JO n° L 12 du 17 janvier 2004, p. 47. En vertu de l'article 27 du règlement n° 45/2001, le contrôleur européen de protection des données contrôle le traitement des données présentant un risque particulier pour les droits et libertés individuelles (données dites sensibles). Il intervient également lorsque les données sont traitées et utilisées pour des finalités différentes.

avec lequel les institutions et les organes de l'Union sont obligés de collaborer.

Le régime de protection instauré par ces deux instruments constitue le régime commun au sein de l'Union (924), non seulement entre les États membres, entre eux et les institutions de l'Union, mais aussi à l'égard des États tiers.

L'extension de ce régime de protection des données personnelles (925) aux États tiers trouve néanmoins des limites, notamment lorsqu'il s'agit des domaines non régis par le règlement et la directive et relevant de l'ancien troisième pilier. L'annulation de la conclusion de l'accord conclu entre la Communauté et les États-Unis organisant le transfert des données détenues par les compagnies aériennes européennes (données « PNR ») au profit du Bureau des douanes et la protection des frontières des États-Unis (« CBP ») constitue un exemple éclairant des failles de la protection des données personnelles dans l'Union (926). Plus précisément, cette annulation a démontré les limites des compétences accordées à la Commission et au Conseil pour conclure de tels accords de transferts sur le fondement de la directive 95/46/CE, en l'occurrence pour la lutte contre le terrorisme et la sécurité publique des États-Unis, conformément à la législation américaine adoptée après les attentats du 11 septembre (927).

La solution de la Cour de justice met en évidence le manque d'un régime de protection cohérent au niveau de l'Union dans les domaines

(924) Désormais, les actes de droit de l'Union européenne concernant la coopération judiciaire et administrative ne prévoient pas une protection spécifique de telles données. Ils renvoient, pour la plupart d'entre eux, au régime commun de protection des données à caractère personnel instauré par la directive 95/46/CE et par le règlement n° 45/2001. À titre d'exemple, on peut citer le règlement n° 766/2008, du Parlement européen et du Conseil, du 9 juillet 2008, modifiant le règlement n° 515/97, du Conseil, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole. Dans les considérants 19 à 21 il renvoie expressément au régime de protection commun et apporte les modifications en conséquence (art. 1^{er}, pt 12 du règlement). Pour un exemple d'application de ce régime à la coopération judiciaire, v. considérant 18 du règlement n° 1206/2001, du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale (*JO* n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1). Il en est de même du mandat européen d'obtention des preuves en matière pénale.

(925) Pour une étude de l'extension du régime de protection des données à caractère personnel dans les rapports avec les États tiers, voy. L. COUDRAY, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2005, pp. 230 et s.

(926) A. ADAM, « L'échange de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les États-Unis. Entre souci de protection et volonté de protection », *RTDE*, 2006, pp. 426 et s.

(927) CJCE, gd. ch., 30 mai 2006, *Parlement c. le Conseil et Commission*, aff. jtes C-317/04 et C-318/04, *Rec.* p. I-4721 ; voy. note sous cet arrêt, V. MICHEL, *RTDE*, 2006, pp. 535 à 559 ; voy. F. MARIATTE, « La sécurité des États-Unis...ne relève pas des compétences externes des Communautés », *Europe*, juillet 2006, pp. 6 et s.

exclus par la directive et le règlement (928). L'adoption de la décision-cadre 2008/977/JAI 2008 a étendu ainsi de manière efficace le régime de la protection à des domaines impliquant les enquêtes de nature pénale (929).

L'établissement des règles communes de protection des données à caractère personnel a pour conséquence de renforcer la confiance mutuelle entre les États membres dans le but de prévenir toute entrave à l'échange d'information résultant des différences de niveau de protection de telles données dans les droits nationaux.

L'application des régimes de protection des données à caractère personnel à la recherche des preuves vise ainsi à renforcer l'efficacité des instruments juridiques instaurant des mécanismes rapides et efficaces de récolte de preuves et à prévenir toute utilisation des données collectées à des fins non légitimes. De plus, la protection des données à caractère personnel est reconnue comme un droit fondamental par la Charte des droits fondamentaux de l'Union (930).

(928) D'ailleurs sur ce point, la solution de la Cour de justice « *laisse une impression de frustration dans la mesure où, en annulant la décision d'adéquation pour défaut de base juridique appropriée, elle ne s'est pas prononcée sur le problème au fond, concernant la protection des données à caractère personnel* ». Voy. dans ce sens, le commentaire de V. MICHEL, *RTDE*, 2006, *op. cit.*, pp. 556 et s. Voy. sur ce point, C. CREWE, H. BRODIER, « Libertés et fichiers », *J-Cl (Liberté)*, fasc. 680, 2008, n° 83 et s.

(929) Élaborée sur le fondement des articles 30, 31 TUE (remplacés respectivement par les articles 87 et 88 TFUE, 82, 83 et 85 TFUE) et 34 TUE (cet article est abrogé depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne), cette proposition de décision-cadre reprenait à la nécessité de la mise en œuvre du principe de disponibilité des informations par l'instauration d'un régime approprié de traitement et de protection des données à caractère personnel, « *y compris des normes communes pour la transmission de ces données à des pays tiers et des instances internationales* ». Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, *JO* n° L 350 du 30 décembre 2008. Malgré l'avancée dans la protection des données à caractère personnel en matière pénale, la Commission a fait une proposition de directive qui remplacerait cette décision-cadre. La directive aurait ainsi un champ d'application plus élargi. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, COM(2012) 10 final, du 25 janvier 2011.

(930) Désormais, ce droit est inscrit à l'article 16 §1, TFUE qui dispose que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ». Le paragraphe 2 du même article autorise expressément le législateur de l'Union à intervenir par des actes de droit dérivé pour assurer une telle protection. La directive, le règlement et la décision-cadre contiennent néanmoins à s'appliquer durant la période transitoire prévue au Traité de Lisbonne. Sur le fondement de cet article est entrepris le renforcement des garanties procédurales instaurées par la directive 95/46/CE. Malgré les avancées et la protection renforcée que cette dernière instaure, compte tenu de l'importance de la protection des données à caractère personnel érigé désormais comme un droit fondamental par la Charte des droits fondamentaux, la Commission a, après une analyse approfondie, fait une proposition de remplacement de la directive par un règlement lequel aurait le mérite de remédier aux divergences dans le niveau de protection. Ce

Ainsi, parce que le recueillement des preuves nécessite un traitement des informations obtenues, il demeure important d'assurer une protection des données à caractère personnel.

2. L'obligation d'assurer une protection des données à caractère personnel

L'obligation d'assurer la protection des données à caractère personnel pèse sur l'ensemble des acteurs de la coopération administrative et judiciaire, dès lors que l'on est en présence, d'une part, d'une « *opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel* » (931) et, d'autre part, d'informations « *concernant une personne physique identifiée ou identifiable* » (932). Cette protection s'applique à « *la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction* » des informations lorsque ces informations peuvent être rattachées à un individu (933).

Dans ce cas, les autorités compétentes se trouvent dans l'obligation d'assurer un traitement loyal et licite de ces données et de permettre aux personnes concernées d'exercer les droits que ces régimes de protection leur reconnaissent. À défaut, la régularité des preuves utilisées peut être contestée.

Les garanties offertes par la directive et le règlement sont à la fois substantielles et procédurales. En ce qui concerne les garanties substantielles, le régime de protection s'inspire largement de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, notamment en faisant peser sur le responsable du traitement des données des obligations d'un traitement loyal et licite, de les collecter à des fins déterminées et de les utiliser ultérieurement de manière compatible avec les fins recherchées. Les

nouveau règlement devrait ainsi permettre une protection plus cohérente dans la mesure où il aurait un champ d'application élargi. Voy. Proposition du règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) COM(2012)11 final, du 25 janvier 2011.

(931) article 2, b) de la directive 95/46/CE.

(932) article 2, a) de la directive 95/46/CE.

(933) Les principes et les termes de la directive 95/46/CE sont repris par le règlement n° 45/2001 et les actes du troisième pilier. Pour une étude de ces notions, voy. L. COUDRAY, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 114 et s.

280 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

données récoltées doivent en outre être pertinentes et adéquates et non excessives. En ce qui concerne les garanties procédurales, le règlement et la directive reconnaissent à la personne concernée un droit à l'information, d'accès et de rectification. De plus, celle-ci dispose également d'un droit d'opposition au traitement des données à caractère personnel qui la concernent.

Tout en reprenant l'ensemble de ces garanties, la proposition de règlement instaure une nouvelle garantie qui consiste à exiger que le traitement des données personnelles soit fondé sur le consentement de la personne concernée. L'apport essentiel de cette proposition est qu'elle instaure une règle de preuve selon laquelle il incombe au responsable de traitement d'apporter la preuve que le consentement a été recueilli de manière libre et éclairée (934).

Pour ce qui concerne la protection des données à caractère personnel dans l'échange des informations avec les autorités des États tiers, l'article 25 de la directive 95/46/CE et l'article 9 du règlement n° 45/2001 subordonnent le transfert de données vers un États tiers à la condition que l'État tiers assure une protection adéquate. Ce caractère adéquat doit être évalué « *au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts des données* » (935). Le transfert des données vers les États tiers ne peut donc intervenir que si une décision d'adéquation a été prise au préalable. Cette décision est prise par la Commission qui doit constater le niveau de protection adéquat sur la base d'un faisceau d'indices visant à apprécier l'efficacité et l'effectivité du régime de protection assuré par l'État tiers.

Cette analyse doit porter « *sur le contenu des règles applicables et le moyen d'assurer leur application efficace* » (936). La décision d'adéquation poursuit ainsi trois objectifs : « *s'assurer le respect des règles ; offrir tous les moyens aux personnes concernées de faire valoir leurs droits ; organiser des voies de recours* » (937).

Les régimes de protection des données à caractère personnel imposent ainsi des limites à l'échange de ces données, en amont, lorsqu'il

(934) Voy. considérants 31 à 33 et article 7 de la proposition du règlement précitée.

(935) Voy. article 25 §1 de la directive et article 9 §2, du règlement.

(936) Ces éléments ont été définis par le Groupe de protection des données (en application de l'article 29 de la directive 95/46/CE). Voy. le document de ce Groupe, *Transfert de données personnelles vers des pays tiers : application des articles 25 et 26 de la directive européenne relative à la protection des données*, du 24 juillet 1998, W.P.12.

(937) *Ibid.*, p. 5. Il s'agit des mêmes principes gouvernant les transferts des données personnelles entre les États membres.

s'agit de leur collecte et, en aval, lorsqu'il s'agit de leur communication aux autorités compétentes.

Les garanties procédurales au stade de la recherche imposent aux autorités nationales et aux institutions de l'Union un certain formalisme à respecter. À défaut, la régularité de la preuve peut être contestée et compromettre son utilisation postérieure. Cette dernière est également encadrée par d'autres garanties imposées par l'exigence d'une preuve loyale.

§2. – Les garanties appliquées à l'utilisation des preuves obtenues au titre de la loyauté

La transmission des preuves obtenues par les mécanismes de la coopération administrative et judiciaire n'est possible que si leur utilisation est compatible avec les objectifs fixés par cette coopération. Les preuves obtenues doivent être utilisées de manière loyale (A) et ce, dans le respect du principe *non bis in idem* (B).

A. Une utilisation loyale des preuves recueillies

L'organisation de la recherche des preuves par la coopération administrative et judiciaire a pour conséquence principale de permettre le recueillement des preuves et leur utilisation en vue de la poursuite des objectifs fixés par la réglementation de l'Union. Le principe de finalité est ainsi expressément consacré (1). Au titre de la loyauté de la preuve, la confidentialité des échanges des informations doit être également garantie (2).

1. Une utilisation des preuves en vue d'une finalité précise

Le recueillement des preuves n'est possible que pour atteindre les objectifs visés par les textes organisant la coopération administrative et judiciaire. Ces textes n'ont pas pour objectif d'assurer l'obtention des preuves au sein de l'Union européenne en toute matière. L'obtention des preuves n'est pas une fin en soi, mais un moyen pour réaliser les objectifs fixés dans la réglementation de l'Union. Elle n'a été prévue que dans des domaines particuliers en raison de la spécificité de l'application de la réglementation de l'Union et de la nécessité d'assurer des mécanismes de coopération efficaces.

L'information communiquée ne peut être utilisée qu'aux fins de l'application de la réglementation de l'Union et aux fins expressément

282 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

visées par la demande d'informations ou de renseignement. Toute autre utilisation est subordonnée à l'accord écrit et préalable de l'autorité qui a fourni l'information.

La recherche et l'obtention des preuves peuvent être refusées dès lors que l'autorité nationale ou institution de l'Union entendent utiliser ces mécanismes en dehors de leur champ d'application. Ainsi, dans le domaine de la concurrence, la jurisprudence de la Cour de justice a clairement précisé la portée des mécanismes de coopération instaurés par le règlement n° 17/62 entre la Commission et les États membres. Se fondant sur le principe de finalité, elle a estimé que *« le but d'une demande de renseignements adressée à une entreprise sur le fondement de l'article 11 du règlement n° 17 est de fournir à la Commission des éléments de fait ou de droit nécessaires à l'exercice de ses propres compétences. La valeur probante des renseignements ainsi communiqués et les conditions dans lesquelles ces renseignements peuvent être invoqués à l'encontre des entreprises sont, en conséquence, définies par le droit communautaire et limitées aux seules procédures régies par le règlement n° 17. Le but de la demande de renseignements n'est pas de fournir des éléments de preuve destinés à être utilisés par les États membres dans des procédures régies par le droit national »* (938).

L'interprétation limitative du règlement n° 17/62 est justifiée en raison de la particularité de la transmission d'informations. Celle-ci poursuit une double préoccupation : *« [i]l s'agit, d'une part, d'informer les États membres des procédures communautaires concernant des entreprises situées sur leur territoire et, d'autre part, d'assurer une meilleure information de la Commission en lui permettant de confronter les renseignements donnés par les entreprises avec les indications et observations que peut lui fournir l'État membre concerné. La seule communication de ces informations aux États membres n'implique pas, en elle-même, que ces derniers puissent les utiliser dans des conditions qui mettraient en cause l'application du règlement n° 17 et les droits fondamentaux des entreprises »* (939).

Pour protéger les droits des entreprises accordés dès le stade de l'enquête préalable, l'interdiction est donc faite d'utiliser les informations recueillies en application des règles de la concurrence des traités dans un but autre que celui dans lequel elles ont été demandées. Dès lors qu'il s'agit d'une procédure nationale parallèle en application du

(938) CJCE, 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada et autres*, aff. C-67/91, *Rec. p.* I-4785, pt 33.

(939) Pt 34 de l'arrêt.

droit national de la concurrence, les États membres ne peuvent utiliser les informations communiquées par la Commission que pour décider de l'opportunité d'engager ou non des poursuites nationales. Ils ne peuvent nullement se fonder exclusivement sur les informations transmises pour sanctionner les entreprises conformément aux dispositions pertinentes du droit national. Comme l'observait l'Avocat général Jacobs, dans cette hypothèse, « *les autorités nationales doivent cependant effectuer leur propre enquête et recueillir leurs propres preuves. Elles n'ont pas le droit de se contenter de s'appuyer sur les informations qui leur sont communiquées par la Commission et de les utiliser à titre de preuves dans une procédure nationale susceptible d'aboutir à infliger une sanction aux entreprises concernées* » (940). Comme le confirme de manière constante le juge de l'Union, « *une telle exigence est propre à préserver les droits de la défense des entreprises concernées, dans la mesure où de tels droits seraient gravement compromis si la Commission [ou les États membres] pouvai[en]t invoquer à l'égard des entreprises des preuves qui, obtenues au cours d'une vérification, seraient étrangères à l'objet et au but de celle-ci* » (941).

Toutefois, cette jurisprudence n'est pas transposable aux informations communiquées par les États membres à la Commission lorsqu'elles sont obtenues en dehors du cadre d'une réglementation de l'Union. C'est à l'occasion de l'affaire *Dalmine c. Commission* que la jurisprudence a admis l'utilisation des preuves obtenus par une juridiction nationale dans une procédure pénale transmises à la Commission. En l'espèce, il s'agissait des procès-verbaux d'audition des anciens dirigeants de la société Dalmine sur lesquels la Commission s'est fondée pour constater le comportement anticoncurrentiel de la société. Le Tribunal de l'Union n'a pas censuré l'utilisation de ces documents par la Commission. En effet, il a estimé qu'il n'était pas compétent de se prononcer sur la question parce que « *la légalité de la transmission à la Commission, par un procureur national ou par les autorités compétentes en matière de concurrence, d'informations recueillies en application du droit pénal national et de leur utilisation ultérieure par la Commission sont des questions qui relèvent, en principe, du droit*

(940) Conclusions de l'Avocat général Jacobs, présentées le 10 juin 1992, sous l'affaire CJCE, 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada et autres*, aff. C-67/91, arr. préc., pt 26 des conclusions.

(941) TPICE, 11 décembre 2003, *Ventouris Group Enterprises SA c. Commission*, aff. T-59/99, Rec. p. II-5257, pt 125 ; TPICE, 11 décembre 2003, *Strintzis Lines Shipping SA c. Commission*, aff. T-65/99, Rec. p. II-5433, pt 45 ; TPICE, 11 décembre 2003, *Minoan Lines c. Commission*, aff. T-66/99, arr. préc., pt 55.

284 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

national régissant la conduite des enquêtes menées par lesdites autorités nationales, ainsi que, en cas de contentieux judiciaire, de la compétence des juridictions nationales » (942).

Cette solution n'est pas étonnante pour deux raisons. Tout d'abord, le juge distingue clairement la régularité des preuves, qui conditionne leur recevabilité, de leur crédibilité, qui conditionne leur valeur probante (943). Ensuite, il réaffirme l'autonomie procédurale des États membres et précise que le principe de finalité n'a de sens que lorsque la réglementation de l'Union est concernée. Cette solution n'apparaît pas satisfaisante dans la mesure où elle autorise la Commission à utiliser des preuves prises éventuellement en méconnaissance des garanties procédurales. Elle est révélatrice des failles dans la protection des droits individuels au stade de la recherche des preuves au sein de l'Union (944).

Il résulte de cette position jurisprudentielle que le principe de finalité, dans l'utilisation des preuves, apparaît comme le corollaire de la spécialité et du caractère attributif des compétences de l'Union. Ceux-ci seraient méconnus si les mécanismes de recherche de preuve instaurés étaient utilisés à des fins autres que celles pour lesquelles ils sont prévus.

Au titre du respect du principe de finalité, l'on peut comprendre alors l'exigence qui pèse sur la Commission d'indiquer l'objet et le but d'une demande d'inspection lorsqu'elle adresse cette dernière aux États membres sur le fondement d'un acte de droit dérivé. Cette exigence *« constitue en effet une garantie fondamentale des droits de la défense des entreprises concernées et, par conséquent, la portée de l'obligation de motivation des décisions d'inspection ne peut pas être restreinte en fonction de considérations tenant à l'efficacité de l'enquête. À cet égard, s'il est vrai que la Commission n'est tenue ni de communiquer au destinataire d'une telle décision toutes les informations dont elle dispose à propos d'infractions présumées, ni de délimiter précisément le marché en cause, ni de procéder à une qualification juridique exacte*

(942) TPICE, 8 juillet 2004, *Dalmine c. Commission*, aff. T-50/00, *Rec.* p. II-2395, pt 86. Le raisonnement du Tribunal est confirmé par la Cour de justice dans le cadre du pourvoi formé dans cette affaire : voy. CJCE, 25 janvier 2007, *Dalmine c. Commission*, aff. C-407/04 P, *Rec.* p. I-829, pt 62 et s.

(943) Voy. CJCE, 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland Co. c. Commission*, aff. C-511/06 P, *Rec.* p. I-5843, pts 112 et 113 et les conclusions de l'Avocat général Mengozzi sous cette affaire. Sur ce point, voy. les développements Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, de la Seconde partie de la thèse.

(944) Ce point est également très significatif des limites qui existent encore à la reconnaissance d'un droit à un examen juridictionnel effectif. Voy. les développements Section 2, §2. A. de ce chapitre.

de ces infractions, ni d'indiquer la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises, elle doit, en revanche, indiquer, avec autant de précision que possible, les présomptions qu'elle entend vérifier, à savoir ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection » (945).

La Commission est également tenue « *de faire apparaître (...) une description des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée, en indiquant le marché présumé en cause et la nature des restrictions de concurrence suspectées, des explications quant à la manière dont l'entreprise visée par l'inspection est présumée être impliquée dans l'infraction, ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter la vérification, ainsi que les pouvoirs conférés [à ses] enquêteurs » (946).*

Toutefois, dans certaines hypothèses et sous certaines conditions, les preuves recueillies peuvent être utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été demandées. Il s'agit d'une exception à la règle générale selon laquelle « *seuls peuvent être utilisés des éléments de preuve régulièrement obtenus, dans le cadre de la procédure engagée, susceptibles d'être ensuite versés au débat et soumis à la contradiction des parties » (947).* Cette exception est motivée par un souci de permettre l'efficacité des pouvoirs de contrôle et de sauvegarde des autorités nationales et institutions de l'Union dans la mesure où les preuves précédemment recueillies doivent pouvoir être utilisées pour d'autres faits que ceux pour lesquels elles ont été demandées. Comme le remarque le professeur Loïc Azoulai, « *les droits procéduraux doivent (...) être adaptés » (948) afin de permettre la réalisation efficace des objectifs des traités.*

La nécessaire conciliation entre ces derniers et les droits individuels a conduit la jurisprudence à préciser l'étendue de la demande d'informations qui pouvait être sollicitée par les mécanismes administratifs d'obtention des preuves.

Dans un premier temps, le juge de l'Union a estimé que la Commission pouvait « *ouvrir une procédure d'enquête afin de vérifier l'exactitude ou compléter des informations dont elle aurait eu*

(945) TPICE, 8 mars 2007, *France Télécom c. Commission*, aff. T-340/04, arr. préc., pt 58. Cette obligation a été principalement dégagée dans l'arrêt CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, arr. préc.

(946) TPICE, 8 mars 2007, *France Télécom c. Commission*, aff. T-340/04, arr. préc., pt 59.

(947) L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., p. 252.

(948) *Ibid.*, p. 253.

286 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles » (949) des traités.

Dans un second temps, le juge de l'Union a précisé que la Commission pouvait utiliser des documents obtenus dans une autre procédure à condition qu'elle ne se soit pas contentée de les inclure d'office, mais les ait demandés dans des nouveaux mandats et les ait utilisés conformément à l'objet et au but poursuivis par ces mandats (950).

Au titre de la finalité de l'utilisation des preuves, les informations obtenues doivent être également protégées par la confidentialité lors de leur transmission.

2. La protection du caractère confidentiel des preuves obtenues

Les textes du droit de l'Union précisent que les informations contenues dans les preuves obtenues sont couvertes par le caractère confidentiel des échanges et ne peuvent être communiquées qu'aux autorités nationales compétentes et aux services des institutions et organes de l'Union expressément visés (951). La divulgation des informations recueillies est donc soumise à l'obligation du secret professionnel. Ce dernier trouve une consécration textuelle expresse à l'article 339 TFUE (ex article 287 TCE). Aux termes de cet article, « *les membres des institutions de l'Union, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de l'Union sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient* ».

(949) Voy. pour le domaine de la concurrence, CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux NV c. Commission*, aff. C-85/87, *Rec.* p. 3137, pt 19. (comm. V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *JDI*, 1990 p. 459-461 ; B. JANSEN, « Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence (observations au sujet des arrêts de la Cour des 21 septembre, 17 et 18 octobre 1989) », *RMC*, 1990 pp.696 à 701 ; L. CARTOU, « Les pouvoirs de vérification de la Commission à l'égard des ententes », *LPA*, 1990 n° 20 pp. 15 à 16.

(950) TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl et autres c. Commission*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *Rec.* p. II-931, pts 472, 473 et 474. Voy. comm. n° 219, L. IDOT, *Europe*, 1999.

(951) C'est la raison pour laquelle l'accès à ces données est encadré. À cet effet, l'obligation est faite aux États membres d'envoyer une liste complète des autorités compétentes chargées de l'exécution de la réglementation de l'Union ainsi que la catégorie de données auxquelles ces autorités peuvent avoir accès et dans le cadre de quelle mission et à quelles fins, selon le droit national. Cette liste fait l'objet d'une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. Une telle obligation s'impose également pour les services de la Commission.

Cette consécration est révélatrice de la nécessité d'assurer aux entreprises la garantie que les informations qu'elles ont communiquées ne seront pas divulguées. Cette garantie est gage d'efficacité dans la mesure où elle permet d'associer les entreprises et de solliciter leur collaboration dans la recherche des preuves. Le rapport de confiance que cette garantie instaure est susceptible d'être juridiquement sanctionné par l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union, conformément aux exigences de l'article 240 TFUE (ex article 288 TCE).

Telle est la solution qui résulte de l'arrêt *Adams c. Commission* (952). Dans cet arrêt, la Cour de justice a rappelé que le « traité prévoit une obligation, notamment pour les membres et les agents des institutions (...) de ne pas divulguer des informations qui par leur nature même, sont couvertes par le secret confidentiel et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient. Si [le traité] vise surtout les renseignements recueillis auprès d'entreprises, l'expression 'notamment' montre qu'il s'agit d'un principe général aussi bien à des informations fournies par des personnes physiques, si ces informations sont par 'leur nature' confidentielles. Tel est surtout le cas des informations fournies à titre purement volontaire, mais assorties d'une demande de confidentialité en vue de protéger l'anonymat de l'informateur. L'institution qui accepte de recevoir ces informations, est tenue de respecter une telle condition » (953).

Cette obligation de confidentialité des informations a été étendue à la procédure de transmission des informations aux autorités et juridictions nationales (954). C'est à l'occasion des résultats des enquêtes menées par l'OLAF que son régime a été précisé. Comme nous le verrons (955), le juge de l'Union affirme clairement que l'obligation de confidentialité est une garantie reconnue aux intéressés lors de la transmission des résultats des enquêtes en raison du caractère spécifique de ces dernières. Ces enquêtes peuvent aboutir devant les autorités et juridictions nationales à des poursuites pénales. Toute fuite d'information peut potentiellement porter atteinte à la présomption d'innocence

(952) CJCE, 7 novembre 1985, *Stanley George Adams c. Commission*, aff. 145/83, *Rec.* p. 3589. Voy. J. MAURO, « Une ténébreuse affaire », *Gaz. pal.*, 1986, II somm. pp. 19 à 20.

(953) Pt 34 de l'arrêt.

(954) Pour une illustration de l'obligation de confidentialité des informations de service, lors de la collaboration de la Commission avec les autorités de police nationales, qui sont *a priori* étrangères à l'enquête nationale. Voy. CJCE, 5 octobre 1988, *Richard Hamill c. Commission*, aff. 180/87, *Rec.* p. 6141.

(955) Voy. sur ce point, Section 2, §1. A. 1. b). de ce chapitre.

288 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

ou aux droits de la défense. Dans l'arrêt *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission* (956), le juge de l'Union a clairement affirmé que la responsabilité extracontractuelle pouvait être engagée en raison de la méconnaissance de cette garantie procédurale (957). L'importance que le juge a accordée à la protection de la confidentialité l'a conduit, en l'espèce, à alléger la charge de la preuve du fait générateur.

L'utilisation des preuves est ainsi encadrée par la nécessité de protéger les informations que celles-ci contiennent. Le droit de l'Union européenne accorde à ce sujet une importance particulière à la décision finale à laquelle l'utilisation des preuves transmises peut aboutir.

B. *Une utilisation des preuves obtenues dans le respect du principe non bis in idem*

L'application du principe *non bis in idem* à la recherche des preuves est conçue comme une garantie de l'utilisation loyale des preuves obtenues. Selon ce principe, nul ne peut être puni deux fois pour le même délit. Sa relation intrinsèque avec la procédure pénale explique que sa reconnaissance au niveau de l'Union ne s'est faite que de manière progressive, mais certaine.

La consécration progressive du principe *non bis in idem* à la recherche des preuves est le résultat de l'affirmation de ce principe au sein de l'Union. En effet, en raison de ses liens avec la procédure pénale, ce principe a été longtemps mis de côté dans la mesure où les sanctions que prononçaient les institutions de l'Union n'étaient que de nature administrative. Ce principe ne trouvait donc qu'à s'appliquer au niveau des États membres devant les juridictions nationales.

La reconnaissance d'un pouvoir de principe de contrôle et de sauvegarde aux autorités nationales et aux juridictions nationales pour sanctionner la méconnaissance de la réglementation de l'Union a posé avec acuité la question de l'application de ce principe dans le droit de l'Union.

Le droit de la concurrence en fournit des exemples très précis parce que, dans ce domaine, la Cour de justice s'est prononcée sur les cumuls possibles des sanctions et l'existence possible de procédures parallèles (958). Ce cumul de sanctions trouve, par ailleurs, une consé-

(956) TPICE, 8 juillet 2008, *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission*, aff. T-48/05, *Rec. p. II-1585*.

(957) Pour une étude de cet arrêt, voy. Section 2, §1, A. 1. b) de ce chapitre.

(958) Pour une étude de cumul de sanctions, voy. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 597 à 600.

cratation textuelle dans la mesure où les textes de droit dérivé prévoient expressément la possibilité d'une sanction nationale et d'une sanction au niveau de l'Union à la violation du droit de l'Union (959).

L'intérêt de cette jurisprudence est de reconnaître l'application du principe *non bis in idem* à des procédures pouvant aboutir à des sanctions administratives (960). Ainsi, les autorités et juridictions nationales doivent en tenir compte dans la mise en œuvre des mécanismes d'obtention des preuves dès lors qu'elles transmettent des informations aux institutions de l'Union. Mais ce principe trouve une application entre les États membres et contribue, certes, de manière partielle, à la libre circulation et utilisation des preuves au sein de l'Union (961).

Le principe *non bis in idem* s'applique ainsi de manière indirecte à la recherche des preuves. En effet, sa méconnaissance constitue un motif de refus pour procéder à la transmission des éléments de preuves (962). Il ne conditionne pas l'obtention des preuves elle-même, mais encadre l'utilisation des preuves obtenues. En ce sens, il est une garantie fondamentale pour les particuliers face aux pouvoirs des autorités nationales. C'est cette fonction de garantie qui importe en matière de preuve. Dans l'affaire *Gözütok et Brügge*, la Cour de justice l'a affirmé comme un principe inhérent au droit de l'Union européenne parce qu'il « implique nécessairement (...) une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice (...) quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente » (963).

L'idée même de la confiance mutuelle implique l'exigence que la preuve transmise soit utilisée de manière loyale, c'est-à-dire dans le respect du principe *non bis in idem*. Depuis l'entrée en vigueur du

(959) Pour des exemples de droit dérivé, voy. Le règlement n° 2988/95, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO n° L 312 du 23 décembre 1995, p. 1.

(960) Voy. dans ce sens, J. RIDEAU, « Sources non écrites du droit de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe*, fasc. 191, 2009, n° 420.

(961) À l'initiative de la République hellénique un projet de décision-cadre a été élaboré en vue de l'application généralisée du principe *ne bis in idem* qui n'est pas pour l'instant adoptée. Initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-cadre du Conseil relative à l'application du principe *non bis in idem*, JO n° C 100 du 24 avril 2003, p. 24.

(962) L'article 13 de la décision cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves précise que « la reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves peut être refusée dans l'État d'exécution (...) si son exécution est contraire au principe *non bis in idem* ». Par exemple, décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JO n° L 350 du 30 décembre 2008.

(963) CJCE, 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, aff. jtes C-187/01 et C-385/01, *Rec. p.* II-1345, pt 33.

290 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Traité de Lisbonne, les garanties que ce principe accorde sont textuellement reconnues à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux. Il acquiert ainsi une valeur juridique équivalente à celles des traités dont le respect s'impose aux États membres et aux institutions de l'Union. L'utilisation des voies de droit prévues par les traités reste possible. De plus, la création future d'un Parquet européen (964) nécessitera de préciser davantage les garanties qui vont s'appliquer à la preuve au titre du principe *non bis in idem* en raison de la possibilité qui lui sera reconnue de participer aux instances judiciaires nationales.

L'exigence d'une preuve loyale poursuit un objectif de protection des droits et de légitimation des pouvoirs d'investigation des autorités nationales et de l'Union. En ce sens, elle implique une conciliation nécessaire entre la sauvegarde des droits individuels et l'exercice effectif des pouvoirs de contrôle des autorités nationales et de l'Union. L'effectivité des garanties accordées dépend de la façon dont s'opère cette conciliation et de la sanction juridictionnelle à laquelle la méconnaissance de ces garanties aboutit.

(964) Voy. sur ce point, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 § 2, B. 2. de cette partie de la thèse.

290 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

SECTION 2 – L'EXIGENCE D'UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL EN MATIÈRE DE PREUVE

L'exigence d'un contrôle juridictionnel en matière de preuve s'inscrit dans la problématique plus générale de la protection juridique des droits conférés par le droit de l'Union européenne. Le principe d'une protection juridictionnelle effective, érigé comme principe général du droit de l'Union et intimement lié au droit au juge, implique le droit de soumettre à un juge toute violation en matière de preuve (§1) et le droit d'en exiger un examen effectif (§2).

§1. – Le droit de soumettre à un juge toute violation en matière de preuve

Le droit de soumettre à un juge toute violation en matière de preuve implique l'existence de voies de droit permettant un accès effectif à un juge. Le système de protection juridique dans le droit de l'Union européenne présente à cet égard une certaine particularité. Il repose sur les voies de droit spécifiques prévues par les traités et sur les voies de droit national. Les justiciables peuvent ainsi s'adresser soit

(964) Voy. sur ce point, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 § 2, B. 2. de cette partie de la thèse.

aux juridictions de l'Union, soit aux juridictions nationales, juge de droit commun du droit de l'Union en fonction du problème soulevé et de la demande formulée. L'exercice de ce droit est subordonné à des conditions spécifiques selon qu'il s'agit des juridictions de l'Union (A) et selon qu'il s'agit des juridictions nationales (B).

A. Le droit de soumettre toute violation en matière de preuve devant le juge de l'Union

Les voies de droit prévues par les traités instaurent un système de protection juridique spécifique devant les juridictions de l'Union. Bien que l'accès à ces juridictions en matière de preuve soit organisé par les traités et les règlements de procédure, conformément à leur compétence d'attribution et à leur qualité de juridictions supranationales, les particuliers peuvent contester devant elles, certes de manière restreinte, toute méconnaissance des garanties procédurales en matière de preuve. Cette possibilité leur est offerte tant de manière directe (1) que de manière indirecte (2).

1. L'accès direct aux juridictions de l'Union en matière de preuve

En matière de preuve, les particuliers peuvent contester la légalité d'une décision dans le cadre d'un recours en annulation, même si la recevabilité de ce recours est soumise à des conditions strictes (a). La voie du recours en indemnité leur est également ouverte (b).

a) La recevabilité restreinte du recours en annulation en matière de preuve

Prévu à l'article 263 TFUE, le recours en annulation permet de contrôler la légalité d'un acte de droit dérivé de l'Union, conformément aux conditions que cet article prévoit. Pour la recevabilité du recours, ces dernières introduisent une distinction entre les requérants privilégiés et les requérants non privilégiés. Cette distinction repose sur l'exigence d'un intérêt à agir. Les États membres et certaines institutions de l'Union sont dispensés à démontrer un tel intérêt et constituent les requérants privilégiés. En revanche, pour accéder à leur prétoire, les particuliers doivent démontrer un intérêt à agir en leur qualité de requérants non privilégiés.

Par une jurisprudence constructive, les juridictions de l'Union ont adopté une interprétation extensive de l'intérêt à agir à l'encontre

292 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

des actes à caractère général pour les requérants non privilégiés. Ces derniers peuvent contester la légalité d'un tel acte à condition de démontrer qu'ils sont directement et individuellement concernés (965). Même si la jurisprudence a évolué, la protection juridictionnelle des particuliers est tronquée dans la mesure où l'intérêt à agir reste une condition de la recevabilité dont l'interprétation est souvent discutée en raison d'une tension existante entre le Tribunal de première instance (966) et la Cour de justice (967) quant à l'appréciation du caractère direct et individuel de l'intérêt à agir.

Pour la protection juridictionnelle en matière de preuve, cette question n'est pas tranchée. C'est par le truchement de la notion d'acte faisant grief que la jurisprudence pallie les difficultés résultant de l'interprétation de l'intérêt à agir (968). De manière générale, l'acte faisant grief est défini par le juge de l'Union comme un acte « *produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci* » (969). Pour la qualification d'un acte comme faisant grief, ce qui importe n'est pas sa dénomination formelle, mais sa nature propre en raison des effets qu'il peut produire à l'égard du requérant.

De manière logique, cette qualification est retenue pour les décisions qui aboutissent à une sanction à l'issue d'une enquête préalable. La jurisprudence admet cette qualification à l'encontre des actes qui sont

(965) CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères c. Conseil*, aff. 138/79, *Rec.* p. I-3333, pt 16 ; CJCE, 18 mai 1994, *Codorniu SA c. Conseil*, aff. C-309/89, *Rec.* p. I-1853, pts 17 à 22.

(966) TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, aff. T-177/01, *Rec.* p. II-2365, pts 46 à 53. Le Tribunal a fait preuve d'une position novatrice dans l'appréciation de l'intérêt à agir pour le recours en annulation des actes à portée générale introduits par un particulier. Tout en reprenant la jurisprudence constante de la Cour de justice, selon laquelle le recours en annulation intenté par un particulier contre les actes à portée générale ne peut être recevable que si l'acte en cause le concerne directement et individuellement, le Tribunal a estimé qu'en l'espèce, afin de garantir une protection juridictionnelle effective des particuliers, il convenait de reconsidérer l'interprétation stricte de la notion de personne individuellement concernée. En l'espèce, le Tribunal a retenu l'existence d'un intérêt à agir de la société *Jégo Quéré* puisque l'acte en cause affectait directement la situation juridique de celle-ci, de manière certaine et actuelle. Le Tribunal a donc déclaré le recours recevable. Voy. dans ce sens, G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *CDE*, n° 5-6/1995, p. 551 ; voy. également P. DUFFY, « Quelles réformes pour le recours en annulation ? », *CDE*, n° 5-6/1995, pp. 556 et s.

(967) CJCE, 1^{er} avril 2004, *Commission c. Jégo-Quéré*, aff. C-263/02 P, *Rec.* p. I-3425, pts 36 à 39. En l'espèce, la Cour de justice a censuré la position d'ouverture du Tribunal, en retenant une interprétation stricte des conditions énoncées à l'article 230 du traité CE, à savoir le caractère cumulatif des deux conditions : directement et individuellement. Voy. comm. C. BROWN, J. MORLIN, *CML Rev.*, 2004 pp.1639 à 1659.

(968) Voy. pour une étude d'ensemble, P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 569 et s.

(969) Voy. comm. de l'article 230 du traité CE (devenu article 263 TFUE) F. PICOD, J. RIDEAU, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2002, p. 210.

liés aux mécanismes de la recherche administrative des preuves. Toutefois, cette évolution jurisprudentielle est limitée à ce qui est nécessaire à la protection des garanties accordées dès la phase de l'enquête préalable. De l'étude de la jurisprudence, il résulte que cette qualification a été expressément reconnue aux décisions de rejet d'une plainte (i). Elle a été, ensuite, étendue pour les décisions de gel de fonds prises dans le domaine de lutte contre le terrorisme (ii). Malgré l'évolution considérable des mécanismes de coopération administrative, les juridictions de l'Union ont toujours refusé de considérer les actes de transmission des informations par les institutions de l'Union aux autorités et juridictions nationales comme des actes faisant grief (iii).

i) *La recevabilité du recours en annulation à l'encontre d'une décision de rejet d'une plainte*

La recevabilité du recours en annulation à l'encontre d'une décision de rejet d'une plainte apparaît dans la jurisprudence comme la consécration d'un droit à une enquête. En effet, il s'agit d'une demande formulée par un opérateur économique auprès de l'institution de l'Union compétente afin que cette dernière procède à une investigation pour constater l'existence d'une méconnaissance du droit de l'Union par un autre opérateur économique. Autrement dit, le droit à une enquête est expressément reconnu aux plaignants qui se trouvent associés à la phase administrative de l'enquête préalable. Ce droit leur confère des garanties que le juge de l'Union peut sauvegarder dans le cadre du recours en annulation. La jurisprudence reconnaît ainsi aux intéressés la possibilité de contester ces actes indépendamment de la décision finale à laquelle les investigations auraient abouti. Il s'agit donc d'une recevabilité spécifique du recours en annulation dont l'objectif est de faire respecter, d'une part, les exigences procédurales qui s'imposent à l'institution qui mène l'enquête et, d'autre part, les droits reconnus au plaignant dans la phase préalable d'enquête.

Sur ce point, le contentieux de la concurrence est riche d'exemples éclairants. Dans ce domaine, les plaignants se sont vu reconnaître une place importante. En effet, conformément à la réglementation relative à la concurrence, la Commission peut exercer ses pouvoirs d'investigation soit d'office, soit à la suite d'une plainte (970). Cette

(970) Voy. par exemple, article 7 du règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO* n° L 1 du 4 janvier 2003.

294 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

dernière remplit incontestablement une double fonction : elle contribue à la répression effective des pratiques anticoncurrentielles et permet à l'opérateur économique de sauvegarder ses droits que de telles pratiques peuvent méconnaître.

C'est la raison pour laquelle, la Cour de justice a admis la recevabilité du recours intenté par les plaignants à l'encontre des actes qui leur signifiaient le refus de la Commission de donner suite à leur plainte et, par conséquent, mettaient fin à la procédure de vérification et d'enquête éventuellement engagée (971). Pour la juridiction de l'Union, le rejet de la plainte peut affecter les intérêts légitimes des plaignants (972). Elle a ainsi estimé que le recours en annulation à l'encontre de ces actes devait être considéré comme recevable parce que ces derniers « *avaient le contenu d'une décision et en produisent les effets, en ce qu'elles mettent fin à l'enquête engagée, comportent une appréciation des accords en cause et empêchent les requérantes d'exiger l'ouverture d'une enquête, à moins que celles-ci ne fournissent des éléments nouveaux* » (973).

La forme du rejet importe peu. Celui-ci peut prendre la forme de lettres (974), d'une attestation négative (975), voire d'une décision par laquelle la Commission renvoie à l'appréciation de la législation nationale qui a conditionné les pratiques anticoncurrentielles (976).

(971) Dans ce cas de figure et de manière exceptionnelle en matière d'aides d'État, le juge de l'Union a également admis la recevabilité d'un recours en carence à l'encontre d'une décision de refus. Voy. TPICE, 3 juin 1999, *Télévision française 1 c. Commission*, aff. T-17/96, *Rec. p. II-1757*, voy. F. PICOD, « L'étendue du contrôle du juge sur l'activité communautaire d'exécution » in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, p. 93.

(972) CJCE, 11 octobre 1983, *Demo-Studio Schmidt c. Commission*, aff. 210/81, *Rec. p. 3045*.

(973) CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company c. Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, *Rec. p. 4487*, pt 12. En l'espèce, la Cour de justice a néanmoins estimé que les recours devaient être irrecevables. En effet, les requérants demandaient à la Cour de remplacer la décision de la Commission, la Cour n'étant pas compétente pour adresser à la Commission une telle injonction au sens de l'article 230 TCE (devenu article 263 TFUE). (Voy. M.-A. HERMITTE, *JDI*, 1988 pp. 526 à 530 ; J. LOVERGNE, *RCC*, 1988, pp.34-37 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, *JCP éd. G*, 1988, II 21144). TPICE, 17 février 2000, *Stork Amsterdam BV c. Commission*, aff. T-241/97, *Rec. p. II-309*, pt 53.

(974) CJCE, 17 novembre 1987, *British-American Tobacco Company c. Commission*, aff. jtes 142 et 156/84, arr. préc. ; TPICE, 10 juillet 1990, *Automec Srl c. Commission*, aff. T-64/89, *Rec. p. II-367*, pts 43 et s. ; TPICE, 18 mai 1994, *Bureau européen des unions des consommateurs et National Consumer Council c. Commission*, aff. T-37/92, *Rec. p. II-285*, pt 27.

(975) TPICE, 13 décembre 1990, *Vereniging Prodifarma e.a. c. Commission*, aff. T-116/89, *Rec. p. II-843*, pt 70.

(976) TPICE, 18 novembre 1992, *Rendo NV et al. c. Commission*, aff. T-16/91, *Rec. p. II-2417*, pts 48 et 49.

Pour la qualification de l'acte de rejet de la plainte comme un acte faisant grief, ce qui compte est la position définitive ou non de l'institution de ne pas donner suite à la plainte (977). L'analyse sur ce point est sans conteste *in concreto*, allant au-delà de la dénomination formelle que lui avait donnée la Commission.

Le juge tient ainsi compte du cadre de la procédure d'instruction menée par la Commission à la suite de la plainte. À cet égard, « *il convient de distinguer, dans le déroulement de la procédure [d'instruction] trois phases successives. Pendant la première de ces phases, qui suit le dépôt de la plainte, la Commission recueille (...) les éléments qui lui permettront d'apprécier quelle suite elle réservera à la plainte. Cette phase peut comprendre, notamment, un échange informel de vues et d'informations entre la Commission et la partie plaignante, visant à préciser les éléments de fait et de droit qui font l'objet de la plainte et à donner à la partie plaignante l'occasion de développer ses allégations, le cas échéant à la lumière d'une première réaction des services de la Commission. Les observations préliminaires émises par les services de la Commission dans le cadre de ces contacts informels ne sauraient être qualifiées d'actes attaquables* » (978). De même, parce que dans la deuxième phase, la Commission « *indique à la partie plaignante les motifs pour lesquels il ne lui paraît pas justifié de donner une suite favorable à sa demande et lui donne l'occasion de présenter, dans un délai qu'elle fixe à cet effet, ses observations éventuelles* » (979), la communication qu'elle adresse au plaignant est un acte provisoire et préparatoire et ne peut, par conséquent, être considérée comme un acte faisant grief.

En revanche, dans la troisième phase de la procédure, la Commission prend connaissance des observations présentées par la partie plaignante et peut prendre une décision finale et définitive de rejeter la plainte et clore le dossier. Cette décision de rejet constitue le stade ultime de la procédure. Parce qu'« *il ne sera suivi d'aucun autre acte susceptible de donner lieu à un recours en annulation (...), il ne saurait être qualifié de préliminaire ou de préparatoire* » (980).

Cette jurisprudence favorable à la recevabilité d'un recours en annulation intenté par les plaignants a été étendue au domaine

(977) Pour un exemple récent, voy. Trib. UE, 12 mai 2010, *EMC Development AB c. Commission*, aff. T-432/05, *Rec.* p. II-629.

(978) TPICE, 10 juillet 1990, *Automec Srl c. Commission*, aff. T-64/89, arr. préc. pt 45.

(979) *Ibid.*, pt 46.

(980) CJCE, 16 juin 1994, *Syndicat français de l'Express international c. Commission*, aff. C-39/93 P, *Rec.* p. I-2681, pt 28.

296 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

anti-dumping. Dans l'arrêt *Feddiol* (981), la Cour de justice avait estimé que les plaignants disposaient d'un droit de recours à l'encontre de la décision de la Commission de ne pas engager une enquête et que ce droit de recours était fondé sur l'existence d'un intérêt légitime des plaignants à l'action de la Communauté, conformément à la réglementation applicable.

La position jurisprudentielle est donc directement fondée sur la protection des droits des plaignants que la procédure d'instruction au moyen d'une enquête peut utilement garantir : d'une part, parce qu'elle offre au plaignant le droit de demander une enquête et, d'autre part, parce qu'elle lui permet de contester le refus de la Commission d'y procéder (982). De plus, comme nous le verrons, le contrôle juridictionnel impose un examen effectif des motifs formulés dans la plainte et débouche sur l'obligation de motivation (983).

La recevabilité du recours en annulation à l'encontre d'une décision de rejet d'une plainte est donc fondée sur l'exigence d'un recours effectif dans la mesure où, le cas échéant, le plaignant se trouve dans l'impossibilité de contester par la suite cet acte. C'est d'ailleurs la considération d'un recours et d'une protection juridictionnelle effectifs qui a conduit le juge de l'Union à retenir la qualification d'acte faisant grief pour les décisions de gel de fonds.

ii) *La recevabilité du recours en annulation en matière de preuve à l'encontre d'une décision de gel de fonds*

L'accès des particuliers aux juridictions de l'Union en matière de preuve est également rendu possible pour les actes de droit dérivé dans le domaine de lutte contre le terrorisme. Bien que le contrôle de la légalité de ces actes soit spécifique (984), la jurisprudence des juridictions de l'Union a été favorable à la recevabilité d'un recours en annulation à l'encontre des décisions de gel de fonds qui sont prises en application de la position commune 2001/931/PESC du Conseil, du 27 décembre 2001,

(981) CJCE, 4 octobre 1983, *FEDIOL c. Commission*, aff. 191/82, *Rec.* p. 2913, pts 28 et 31.

(982) Voy. sur ce point, C. BRUNET, « Le statut du plaignant après la réforme du droit communautaire de la concurrence. Étude à partir des exemples français et communautaire », in C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau règlement d'application du droit communautaire de la concurrence : un défi pour les juridictions françaises*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 117 à 145 ; L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, Série concurrences, 2004, pp. 103 et s.

(983) Voy. sur ce point, §2, A. I. de cette section de ce chapitre.

(984) L'article 275 TFUE dispose que « *La Cour de justice de l'Union n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base* ».

relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (985).

Cette position commune a donné lieu à l'adoption du règlement n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (986). Ce dernier autorise, sous réserve des dérogations qu'il prévoit, à prendre des décisions de gel de fonds détenus par une personne physique ou morale visée à son article 2, § 3, en application de la Position commune 2001/931/PESC.

Depuis l'arrêt du Tribunal *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil de l'Union européenne* (987), ces décisions sont considérées comme faisant grief parce qu'elles comportent des mesures restrictives à l'égard des personnes physiques et morales concernées dont la légalité peut être contestée devant le juge de l'Union dans le cadre d'un recours en annulation. Le Traité de Lisbonne consolide cette possibilité à l'article 275 TFUE dont le paragraphe 2 dispose que « la Cour est compétente pour (...) se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant les décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne ».

La conséquence de la possibilité reconnue de contester la légalité d'une telle décision réside principalement dans le contrôle juridictionnel que le juge de l'Union va exercer. Il s'agit pour le juge de vérifier non seulement l'incompétence, la violation des formes substantielles ou le détournement du pouvoir, mais aussi toute violation des traités ou d'une règle de droit relative à leur application. En l'occurrence, il s'agira de contrôler la régularité de la procédure d'inscription sur une liste de personnes physiques ou morales comme faisant partie d'un mouvement terroriste, en application de la Position Commune et du règlement n° 2580/2001, qui servent de fondement à la décision de gel de fonds.

(985) JO n° L 344 du 28 décembre 2001, p. 93.

(986) JO n° L 344 du 28 décembre 2001, p. 70.

(987) TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, aff. T-228/02, Rec. p. II-4665, pt 92 : « La décision attaquée, par laquelle la requérante se voit infliger une mesure individuelle de sanction économique et financière (gel des fonds), lui fait incontestablement grief ». F. MARIATTE, « Lutte contre le terrorisme, sanctions économiques et droits fondamentaux », *Europe*, 2007, comm n° 45, pp. 11 à 13 ; H. LABAYLE, R. MEHDI, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTDE*, 2009, pp. 241 et s.

298 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

La recevabilité du recours en annulation est donc particulièrement intéressante parce qu'elle peut potentiellement permettre de contrôler non seulement la décision de gel de fonds, mais aussi les preuves qui ont justifié l'établissement de la liste et, par conséquent, le respect de garanties conditionnant leur utilisation, plus particulièrement celles découlant des droits de la défense.

Si cette situation paraît *a priori* favorable à la protection juridictionnelle des garanties découlant des droits de la défense, parce qu'elle permet en soi de contrôler la procédure d'inscription sur une liste des personnes intéressées, elle a rapidement révélé des lacunes qui subsistent encore en raison de l'articulation entre les voies de droit prévues par les traités et celles relevant du droit national. À cet égard, deux éléments doivent être pris en compte : la procédure d'adoption d'une mesure de gel de fonds et le raisonnement du juge au moment de l'exercice de son contrôle au regard des droits de la défense.

La procédure susceptible d'aboutir à une mesure de gel de fonds se déroule en principe à deux niveaux, l'un national, l'autre au niveau de l'Union. Tout d'abord, une autorité nationale compétente doit prendre une décision à l'égard des personnes, groupes et entités visés qui, conformément à l'article 1^{er} §4, de la Position commune 2001/931/PESC, peut consister, soit en l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste basée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles, soit en la condamnation pour de tels faits. Ensuite, le Conseil, statuant à l'unanimité, doit décider d'inclure l'intéressé dans la liste sur la base d'informations précises ou d'éléments du dossier démontrant qu'une décision nationale a été déjà prise. Comme le remarque le Tribunal de première instance, « *la vérification de l'existence d'une décision d'une autorité nationale répondant à ladite définition apparaît comme une condition préalable essentielle à l'adoption, par le Conseil, d'une décision initiale de gel de fonds, tandis que la vérification des suites réservées à cette décision au niveau national apparaît indispensable dans le contexte de l'adoption d'une décision subséquente de gel de fonds* » (988).

Or, si l'application des droits de la défense a été reconnue à l'ensemble de la procédure (989), le contrôle juridictionnel exercé par le juge de l'Union reste néanmoins restreint. En effet, le Tribunal a estimé qu'il ne pouvait pas se prononcer sur l'opportunité et le bien-fondé de

(988) TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, aff. T-228/02, arr. préc., pt 117.

(989) Voy. sur ce point, Section 1, §1, A. de ce chapitre.

la décision nationale, la juridiction de l'État membre concerné étant la plus à même à connaître de ces questions. Se fondant essentiellement sur le principe de coopération loyale énoncé à l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE), le Tribunal a également considéré qu'il serait inapproprié d'examiner si cette décision était prise sur la base de preuves ou d'indices sérieux et crédibles, conformément aux exigences posées par la Position commune, cet examen revenant à la juridiction nationale compétente (990).

En revanche, le juge a décidé que le Conseil devait avoir la possibilité d'apprécier les éléments de preuve, avant de prendre une décision de gel de fonds, lorsque ces derniers lui sont communiqués par les représentants des États membres et n'ont pas fait l'objet d'un examen par l'autorité nationale compétente visée par la réglementation applicable. Dans ce cas de figure, « *ces éléments sont à considérer comme de nouveaux éléments à charge qui doivent, en principe, faire l'objet d'une communication et d'une audition au niveau [de l'Union], à défaut d'en avoir déjà fait l'objet au niveau national* » (991).

Si cette solution paraît justifiée par la compétence d'attribution des juridictions de l'Union, elle peut ne pas pallier d'éventuelles insuffisances dans la protection des droits de la défense par les autorités nationales (992). En effet, la décision nationale justifie l'intervention normative du Conseil par des mesures restrictives laquelle modifie la situation juridique des personnes visées par ces mesures. Or, si cette décision est prise en méconnaissance des droits de la défense, elle est susceptible d'entacher la légalité de l'acte du Conseil. Dès lors, il convient de se demander si cette illégalité peut être contestée devant le juge de l'Union. À cette interrogation, la jurisprudence donne une solution qui est pour le moins critiquable. En effet, les juridictions de l'Union s'estiment incompétentes pour contrôler la régularité des preuves transmises par les autorités nationales aux institutions de l'Union. La Cour de justice a jugé que, dans le cadre d'un recours en annulation, elle « *n'est pas*

(990) Cette situation doit être rapprochée de celle en droit de la concurrence lorsque le juge de l'Union refuse de contrôler la légalité des preuves transmises à la Commission par les autorités et juridictions nationales. Voy. sur ce point Section 1, §2, A. 1. de ce chapitre.

(991) TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, aff. T-228/02, arr. préc., pt 125.

(992) À cet égard, l'on peut relever que les juridictions de l'Union procèdent à un contrôle juridictionnel minitieux des décisions du Conseil prises sur le fondement des résolutions de l'ONU afin de garantir une protection des droits fondamentaux. Voy. TPICE, 11 juillet 2007, *Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, aff. T-327/03, *Rec. p. II-79* (publ. sommaire) ; TPICE, 3 avril 2008, *Kongra-Gel et autres c. Conseil*, *Rec. p. II-46* (publ. sommaire) ; CJCE, 3 avril 2008, *Osman Ocalan c. Conseil*, aff. T-229/02, *Rec. p. II-45* (publ. sommaire).

300 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

compétente pour statuer sur la légalité d'un acte pris par une autorité nationale » et que « cette constatation ne saurait être infirmée par la circonstance que l'acte en cause s'intègre dans le cadre d'un processus de décision communautaire, dès lors qu'il résulte clairement de la répartition des compétences opérée dans le domaine considéré, entre les autorités nationales et les institutions communautaires, que l'acte pris par l'autorité nationale lie l'instance communautaire de décision et détermine, par conséquent, les termes de la décision communautaire à intervenir » (993). Cet examen revient à la juridiction nationale selon les procédures nationales.

iii) *La recevabilité du recours en annulation à l'encontre des actes de transmission des preuves dans le cadre des mécanismes administratifs de recherche des preuves*

La question de la qualification des actes de transmission des informations au titre de la coopération administrative dans la recherche des preuves n'est pas explicitée par la jurisprudence. Sans doute, la nature spécifique de la coopération administrative entre les autorités nationales et les institutions de l'Union justifiait-elle un tel manque d'explicitation. Les affaires portées à la connaissance du juge de l'Union avaient déjà permis de considérer que les actes de transmission des informations ne constituaient pas des actes faisant grief et, par conséquent, étaient insusceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

C'est à l'occasion des faits particuliers à l'origine des affaires *Antonello Violetti et autres* (994) et *Luc Verheyden c. Commission* (995), rendus le même jour, que le Tribunal de la fonction publique a tranché cette question, tout en prenant une position d'ouverture intéressante et novatrice. En l'espèce, il s'agissait des enquêtes internes menées par l'OLAF en raison des irrégularités constatées à la suite des déclarations d'accidents de travail du personnel du « Centre commun de recherche » affecté à Ispra en Italie. Cette enquête avait été ouverte en raison des suspicions sur la sincérité de ces déclarations, 20 % du

(993) CJCE, 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli SpA c. Commission*, aff. C-97/91, *Rec.* p. I-6313, pts 9 et 10.

(994) TFPUE, 28 avril 2009, *Antonello Violetti et autres et Nadine Schmit c. Commission*, aff. jtes F-5/05 et 7/05, *nepr.*, pts 69 à 97. J. LASSALE, « Contrôle des activités de l'OLAF », *Europe*, 2009, comm. n° 215 p. 11.

(995) TFPUE, 28 avril 2009, *Luc Verheyden c. Commission*, aff. F-72/06, *nepr.* En l'espèce, le Tribunal a estimé que le recours devait être rejeté parce que le requérant avait pris connaissance de la décision de transmission et s'était abstenu de faire une réclamation auprès du directeur de l'OLAF. J. LASSALE, « Contrôle des activités de l'OLAF », *Europe*, 2009, comm. n° 215 p. 11.

personnel étant déclarés souffrant d'une invalidité permanente partielle. À la suite de son enquête interne, le directeur de l'OLAF a décidé de faire transmettre les informations aux autorités judiciaires italiennes, les investigations menées ayant relevé également des indices de fraude fiscale. Les requérants ont saisi le Tribunal de la fonction publique d'un recours en annulation à l'encontre de la décision de l'OLAF de transmettre les informations de l'enquête interne aux autorités judiciaires nationales car ils n'avaient pas été informés de l'enquête et n'avaient pas été mis en mesure de formuler des observations, conformément aux droits de la défense. Subsidiairement, les requérants demandaient la réparation du préjudice causé.

C'est dans ce cadre spécifique que le Tribunal de la fonction publique a, de manière intéressante, jugé que la décision de transmission des informations recueillies par l'OLAF aux autorités judiciaires nationales était un acte faisant grief et a admis la recevabilité du recours en annulation. Il a, par ailleurs, retenu la méconnaissance des droits de la défense, annulé la décision de transmission et a condamné la Communauté à payer des dommages et intérêts.

Pour aboutir à une telle solution, le Tribunal a rappelé, tout d'abord, la portée du principe de protection juridictionnelle effective et sa reconnaissance de principe fondamental du droit de l'Union tel qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice. Ensuite, il a précisé qu'admettre qu'une telle décision échappait au contrôle juridictionnel du Tribunal comportait des risques sur la sanction effective de la méconnaissance des droits de la défense par l'OLAF dans le cadre de ses enquêtes.

En effet, le Tribunal a estimé que s'il « *n'exerçait pas ce contrôle de légalité de la décision prise (...) alors qu'il est seul à même de le faire en temps utile s'agissant d'une décision concernant une personne visée par le statut, l'éventuelle violation (...) [d]es droits de la défense ne serait pas censurée. Le juge national resterait en effet saisi des informations que lui a transmises l'OLAF alors que la censure d'une telle illégalité par le juge [de l'Union] pour méconnaissance des droits de la défense implique que le juge national ne puisse se fonder sur de telles informations* ».

Le Tribunal de la fonction publique interprète de la manière la plus étendue possible le principe de protection juridictionnelle effective. Pour le Tribunal, c'est parce que l'acte de transmission des preuves est susceptible de méconnaître les droits de la défense que cet acte est un acte faisant grief. Si cette solution peut se comprendre, car elle est

302 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

révélatrice de la volonté de protéger de manière maximale les droits de la défense parce qu'ils garantissent les droits fondamentaux (996), elle pose à nouveau le problème du niveau le plus adéquat pour assurer la protection des garanties découlant des droits de la défense au stade de la recherche administrative des preuves.

Pour être effective, cette protection, doit-elle intervenir en amont devant le juge de l'Union de sorte à élargir la recevabilité du recours en annulation ou bien en aval devant le juge national selon les possibilités ouvertes par le droit national ?

Il s'agit ici d'une question de droit intéressante quant à la portée des mécanismes de coopération dans la recherche des preuves entre les institutions de l'Union et les autorités administratives et judiciaires nationales. Cette question touche à la nécessité d'éviter que des preuves irrégulièrement obtenues soient utilisées dans des procédures nationales. En effet, les juridictions nationales se refusent à contrôler les actes récoltés par la Commission qui leur sont transmis à titre de preuve. Or, une telle solution est particulièrement dérangeante dans la mesure où les preuves fournies peuvent être utilisées par les autorités nationales. L'affaire *Nutral SpA c. Commission* (997) portée devant le Tribunal de l'Union fournit un exemple éclairant. En l'espèce, l'entreprise italienne Nutral s'est vu retirer l'aide dont elle bénéficiait pour l'importation du lait écrémé transformé en aliments considérée par les services de l'UCLAF comme non conforme. Pour procéder à la récupération de l'aide en cause, l'organisme italien de poursuite s'est fondé sur le rapport d'inspection de l'UCLAF annexé à une lettre de la Commission adressé aux autorités italiennes. S'agissant d'un acte du droit de l'Union, l'entreprise Nutral a introduit devant le Tribunal un recours en annulation à l'encontre de cette lettre. Le recours en annulation a été déclaré irrecevable. Le juge a estimé que la lettre de la Commission ne pouvait pas être qualifiée d'acte attaquant qui touche directement et individuellement l'entreprise au sens de l'article 263 TFUE. L'entreprise Nutral n'a pu contester la récupération de l'aide ni devant les juridictions natio-

(996) Ce raisonnement peut être rapproché de celui suivi par le juge administratif français en matière de qualification d'acte faisant grief pour certaines mesures d'ordre intérieur. Si le juge administratif accepte de qualifier de telles mesures d'actes faisant grief, il le fait à la condition d'une méconnaissance d'un droit ou d'une liberté fondamentale. L'appréciation est donc au cas par cas. Voy. CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, *Rec.* p. 82. Pour une précision jurisprudentielle du régime des mesures d'ordre intérieur, voy. CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, concl. Matthias Guyomar.

(997) TPICE, ord., 21 octobre 1993, *Nutral SpA c. Commission*, aff. T-492/93 et T-492/93 R, *Rec.* p. II-1023, pts 24 et s. et le pourvoi dans cette affaire CJCE, 23 novembre 1995, *Nutral SpA c. Commission*, aff. C-476/93 P, *Rec.* p. I-4125, pts 20 et 30 ; voy. *Europe*, 1996, comm. n° 13.

nales ni devant les juridictions de l'Union en raison de la spécificité de l'acte transmis par la Commission et en raison de la compétence d'exécution liée des autorités nationales.

La position du Tribunal de la fonction publique dans l'affaires *Antonello Violetti et autres* et *Luc Verheyden* est donc intéressante compte tenu des incohérences qui subsistent quant à la protection des droits des opérateurs économiques dans le cadre des mécanismes de coopération administrative lors de la transmission et de l'utilisation des preuves obtenues.

Mais, saisi d'un pourvoi formé par la Commission à l'encontre de la décision du Tribunal de la fonction publique, le Tribunal de l'Union a censuré cette position d'ouverture (998). Pour ce faire, il a interprété de manière stricte la notion d'acte faisant grief et en a conclu qu'une telle qualification ne saurait être retenue pour les décisions d'OLAF de transmissions des informations des enquêtes internes aux autorités judiciaires italiennes.

Cette solution n'est pas étonnante parce que la Cour de justice avait déjà estimé que la décision par laquelle une institution saisit une juridiction nationale n'était pas un acte faisant grief. Il en est ainsi car « *si la saisine d'une juridiction est un acte indispensable pour obtenir une décision juridictionnelle contraignante, en tant que telle, elle ne détermine pas de manière définitive les obligations des parties au litige, de sorte que, a fortiori, la décision d'introduire un recours juridictionnel ne modifie pas par elle-même la situation juridique litigieuse* » (999).

Dans la mesure où les décisions de transmissions ne modifient pas « *de façon caractérisée la situation juridique de l'intéressé* » (1000), elles ne peuvent pas être considérées comme faisant grief parce qu'elles ne produisent pas d'effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts des requérants. Il en est ainsi car les autorités nationales restent libres d'apprécier la portée des informations contenues et des suites qu'il convient d'y donner.

De plus, « *bien que la condition relative aux effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant*

(998) Trib. UE, 20 mai 2010, *Commission c. Antonello Violetti et Nadine Schmit*, aff. T-261/09 P, *nepr.*

(999) CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c. Commission*, aff. C-131/03 P, *Rec.* p. I-7795, pt 57.

(1000) Trib. UE, 20 mai 2010, *Commission c. Antonello Violetti et Nadine Schmit*, aff. T-261/09 P, arr. préc., pt 47.

304 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

de façon caractérisée sa situation doit être interprétée à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective, une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter cette condition sans excéder les compétences attribuées » (1001) par les traités aux juridictions.

Or, le principe de protection juridictionnelle n'impose pas de déclarer recevable le recours en annulation dès lors que les requérants disposent d'autres voies de droit pour contester la légalité de la décision de l'OLAF. Ce principe n'impose non plus de déclarer le recours en annulation recevable à l'encontre de tout acte des institutions dès lors qu'une violation des droits fondamentaux est invoquée. Ces considérations ont conduit le Tribunal de l'Union à conclure que « *le fait que des informations soient transmises en violation des dispositions visant à protéger les droits de la défense des fonctionnaires visés par lesdites informations ne peut que demeurer, contrairement à ce qu'a considéré le Tribunal de la fonction publique, sans incidence sur la qualification de la décision de transmission d'informations d'acte faisant grief* » (1002). Si le principe de protection juridictionnelle effective doit être pris en compte pour la qualification des actes faisant grief, il ne doit en aucun cas constituer pour le juge de l'Union un moyen d'aller au-delà de ses compétences d'attribution et, plus particulièrement, au-delà du cadre spécifique du recours en annulation.

En revanche, le Tribunal a admis qu'une éventuelle méconnaissance des droits de la défense par la décision de l'OLAF pouvait fonder un recours en indemnité.

Cette solution est conforme à la spécificité du recours en annulation dont l'objet est de contrôler la légalité des actes des institutions. Elle fait également ressortir la particularité des voies de droit instituées par les traités et leur articulation avec celles du droit national. La protection des droits des particuliers en matière de preuve est donc nécessairement duale. Devant les juridictions nationales, ce sont les garanties d'une procédure juridictionnelle nationale qui leur seront ouvertes à l'encontre des seuls actes nationaux. Devant le juge de l'Union, il ne leur reste que le recours en responsabilité extracontractuelle de l'Union du fait de ses institutions.

(1001) Pt 57 de l'arrêt.

(1002) Pt 58 de l'arrêt.

b) *La possibilité ouverte par le recours en indemnité en matière de preuve*

L'interprétation restrictive de la recevabilité du recours en annulation en matière de preuve ne fait pas néanmoins obstacle à l'accès devant le juge de l'Union. Comme l'a déjà précisé ce dernier, « *même si les justiciables ne peuvent pas introduire un recours en annulation contre lesdites mesures, ils ne sont toutefois pas privés d'un accès au juge, puisque le recours en responsabilité non contractuelle prévu aux articles 235 CE [devenu article 238 TFUE] et 288, deuxième alinéa, CE [devenu article 340, al. 2, TFUE] reste ouvert si le comportement en cause est de nature à engager la responsabilité* » (1003) de l'Union. Ce recours « *ne relève pas du système de contrôle de la validité des actes [de l'Union] ayant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, mais il est disponible lorsqu'une partie a subi un préjudice du fait d'un comportement illégal d'une institution* » (1004).

Le recours en indemnité est ainsi une voie de droit dont disposent les intéressés pour contester devant le juge de l'Union la méconnaissance des garanties qui leur sont accordées en matière de preuve.

Admis en matière de preuve, le recours en indemnité soulève néanmoins deux questions. La première est relative à la nature du comportement pouvant être retenu à l'égard de l'institution de l'Union. La seconde est relative aux conditions de la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de l'Union, notamment en ce qui concerne le régime de la preuve.

En premier lieu, s'agissant de la méconnaissance des garanties accordées par les institutions, il convient de déterminer si le comportement de l'institution de l'Union doit ou non être constitutif d'une faute. Cette détermination s'inscrit dans la problématique plus large de la nature même de la responsabilité extracontractuelle de l'Union, plus particulièrement si cette dernière est une responsabilité exclusivement pour faute (1005).

(1003) CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c. Commission*, aff. C-131/03 P, arr. préc., pt 82.

(1004) Pt 83 de l'arrêt.

(1005) À la différence de l'article 40 CECA qui prévoyait expressément une responsabilité de la Communauté pour faute, les traités n'ont pas inscrit cette notion dans les dispositions relatives au recours en indemnité. Il revenait donc au juge de l'Union de préciser la nature du comportement des institutions susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union. La jurisprudence sur ce point n'est pas clairement définie. Si le juge estime qu'en principe, il peut s'agir d'une illégalité, certains arrêts font néanmoins référence à la notion de faute.

306 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

En matière de preuve, la question est celle de savoir si la méconnaissance d'une des garanties accordées en matière de preuve peut être constitutive d'un comportement illégal de la part de l'institution susceptible d'engager la responsabilité de l'Union. La jurisprudence avait déjà admis que, en dehors des actes normatifs, « toute violation du droit constitue une illégalité susceptible d'engager la responsabilité » (1006) de l'Union. En matière de preuve, cette illégalité peut donc résulter de la méconnaissance des garanties accordées dès le stade de la recherche des preuves.

Toutefois, le Tribunal a estimé que la responsabilité de l'Union ne pouvait être engagée pour comportement illicite de ses organes et institutions que « si une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers » (1007). En l'espèce, il s'agissait d'une enquête interne menée par l'OLAF dont les informations avaient été transmises aux autorités judiciaires nationales (1008). Lors de la transmission de ces informations, des fuites dans la presse avaient eu lieu qui désignaient directement les requérants comme responsables des irrégularités constatées par l'enquête avant qu'une décision finale par les autorités nationales ne fût prise. Il s'agissait donc de la méconnaissance du caractère confidentiel des informations ainsi que des droits de la défense et de la présomption de l'innocence par les agents de l'OLAF et de la Commission. Comme le rappelle le Tribunal, « la méconnaissance de ces dispositions, qui déterminent les conditions dans lesquelles le respect des droits de la défense du fonctionnaire concerné peut être concilié avec les impératifs de confidentialité propres à toute enquête de cette nature, serait constitutive d'une violation de formalités substantielles applicables à

Pour une présentation de la jurisprudence sur ce point voy. comm. de l'article 235 du Traité CE (devenu article 238 TFUE) in F. PICOD, J. RIDEAU, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., pp. 358 et s.

(1006) TPICE, 8 juin 2000, *Camar srl et Tico srl c. Commission*, aff. jtes T-79/96, T-260/97 et T-117/98, *Rec. p.* II-2193, pt 205.

(1007) TPICE, 8 juillet 2008, *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission*, aff. T-48/05, arr. préc., pt 95.

(1008) Toutefois, les règles applicables aux enquêtes internes et aux enquêtes externes menées par l'OLAF diffèrent. Les premières sont soumises à des obligations plus contraignantes dans la mesure où il s'agit des enquêtes menées au sein d'une institution. Dans l'arrêt, *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission*, les requérants estimaient que l'OLAF avait qualifié l'enquête d'externe afin de pouvoir masquer les irrégularités procédurales, notamment celles liées au respect des garanties procédurales exigées pour les enquêtes internes. Pour une étude des enquêtes de l'OLAF, voy. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, op. cit., pp. 412 et s.

la procédure d'enquête » (1009). Ces garanties exigent en substance que, lorsque les conclusions de l'enquête transmises visent nominativement la personne concernée, cette dernière doit en être informée, soit en amont de la transmission aux autorités nationales, soit au moment de cette transmission. En l'espèce, le Tribunal a constaté la violation par l'OLAF des garanties accordées aux intéressés durant l'enquête et a estimé que celle-ci est suffisamment caractérisée pour engager la responsabilité de l'Union et qu'elle causait un préjudice grave aux requérants.

En second lieu, s'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle, il convient de préciser que la charge de la preuve incombe au requérant. Celui-ci doit apporter au juge tous les éléments de preuve relatifs au comportement illégal de l'institution, au préjudice subi et au lien de causalité entre les deux premiers. Or, les requérants peuvent se trouver en difficulté pour démontrer ces trois conditions. Mais le juge de l'Union a estimé que « *la circonstance que [ces derniers] ne soient éventuellement pas en mesure d'établir l'existence d'un comportement illégal de la part des institutions communautaires, d'un préjudice allégué ou d'un lien de causalité entre un tel comportement et un tel préjudice ne signifie pas qu'[ils] seraient privé(s) d'une protection juridictionnelle effective* » (1010). En effet, comme nous le verrons, le juge dispose d'une liberté d'appréciation sur les éléments fournis par les requérants et peut éventuellement remédier à la difficulté d'administrer la preuve qu'ils peuvent rencontrer (1011).

Par ailleurs, il admet que « *lorsqu'un fait dommageable a pu être provoqué par plusieurs causes différentes et que l'institution communautaire n'a apporté aucun élément de preuve permettant d'établir à laquelle de ces causes ce fait était imputable, alors qu'elle était la mieux placée pour rapporter des preuves à cet égard, de sorte que l'incertitude qui demeure doit être mise à sa charge* » (1012).

La possibilité ouverte par le recours en indemnité peut être également transposée en matière de décision de gel de fonds dans le domaine de lutte contre le terrorisme. En effet, en l'absence de l'introduction d'un recours en annulation (1013), les requérants disposent de

(1009) TPICE, 8 juillet 2008, *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission*, aff. T-48/05, arr. préc., pt 129.

(1010) CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c. Commission*, aff. C-131/03 P, arr. préc., pt 84.

(1011) Ce point sera étudié dans Titre 2, Chapitre 1, Section 2 de la Seconde partie de la thèse.

(1012) CJCE, 8 octobre 1986, *Leussink-Brummelhuis c. Commission*, aff. jtes 169/83 et 136/84, *Rec. p.* 2801, pts 16 et 17.

(1013) Dans un délai de deux mois à compter de la notification ou de la publication de l'acte.

308 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

la possibilité d'engager la responsabilité extracontractuelle sur le fondement de l'illégalité de la décision.

L'accès direct au juge de l'Union par le recours en annulation et en indemnité est subordonné à des conditions spécifiques et particulièrement contraignantes. De manière indirecte, les traités ont prévu la possibilité pour les requérants de s'adresser au juge de l'Union par la voie du renvoi préjudiciel.

2. L'accès indirect en matière de preuve : le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice

Voie de droit originale, le renvoi préjudiciel instaure un dialogue privilégié entre les juridictions nationales et la Cour de justice qui dispose de la compétence d'interpréter les dispositions du droit de l'Union afin d'en assurer l'uniformité dans l'application par les juridictions nationales (1014). La Cour de justice dispose également du monopole d'apprécier la validité des actes de droit dérivé, les juridictions nationales ne pouvant que constater la légalité de ces derniers (1015). Cette voie de droit est de nature à jouer un rôle fondamental de par son objet et de par les conséquences qui s'attachent aux arrêts de la Cour.

Toutefois, le rôle du renvoi préjudiciel en matière de preuve présente une double limite, tenant, d'une part, à la spécificité même de cette voie de droit, et, d'autre part, à la preuve elle-même.

S'agissant de la spécificité du renvoi préjudiciel, il convient de souligner que la Cour de justice ne peut exercer son office qu'à la condition d'avoir été saisie par un juge national. Cette saisine, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, s'effectuait selon les modalités prévues aux anciens articles 234 du traité CE, 68 et 35 du traité UE. Or, l'ancien Titre IV du traité CE, en son article 68 §1 à la différence de l'ancien article 234 du traité CE, limitait la saisine préjudicielle de la Cour de justice aux seules juridictions statuant en dernier ressort dans le cadre de l'espace judiciaire européen.

(1014) F. PICOD, J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », in *Répertoire communautaire*, Dalloz, 2006, n° 24 et 25 ; J. BOULOUIS, M. DARMON, J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 2001, p. 23.

(1015) En matière de preuve, le renvoi en appréciation de validité n'est pas une solution qui s'impose en raison du caractère incontestable des décisions individuelles et en raison de l'implication des actes nationaux dans l'élaboration des actes pris par des institutions. Voy. sur ce point, L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 47 et s.

De même, l'ancien article 35 du traité UE prévoyait la possibilité d'un renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité de manière restreinte dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Sur le fondement de cet article, la compétence de la Cour n'était que facultative. Elle ne devenait obligatoire que si les États membres l'avaient expressément acceptée dans une déclaration annexée au traité (1016). De plus, l'ancien article 35 §5, TUE précisait que « *la Cour de justice n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

Par ailleurs, le rôle du renvoi préjudiciel en matière de preuve était limité en raison du droit de l'Union lui-même. En effet, les normes de référence susceptibles de donner lieu à une interprétation ou à une appréciation de validité sont peu nombreuses. Comme nous l'avons vu (1017), le droit primaire ne contient aucune disposition en matière de preuve (1018) à destination des États membres et de leurs ressortissants. En outre, le droit dérivé se caractérise en matière de preuve par une approche sectorielle, matière par matière, et n'a pas ainsi défini un socle commun de règles de preuve applicables. S'il existait des dispositions spécifiques en matière de preuve dans le domaine de la coopération judiciaire tant civile et commerciale que pénale, la particularité de la saisine de la Cour de justice faisait qu'il y avait peu d'affaires portées à sa connaissance. La question de l'administration de la preuve au moyen d'une mesure d'instruction concerne davantage les juridictions de premier degré, sauf dans certains cas exceptionnels, où la juridiction nationale statue en dernier ressort. S'agissant d'une question de fait, la difficulté que pouvait présenter l'exécution d'une mesure d'instruction en application du règlement n° 1206/2001 échappait en principe au contrôle de la juridiction nationale dans le cadre d'un pourvoi en cassation.

(1016) Pour une étude de la compétence préjudicielle de la Cour de justice sur le fondement de l'ex article 35 TUE, voy. C. MAYER-CARPENTIER, *Le contrôle juridictionnel des actes de l'Union européenne dans le cadre du 2^{ème} et 3^{ème} pilier*, thèse dactylographiée, Paris V, 2007, pp. 54 et s.

(1017) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 de cette partie de la thèse.

(1018) Les traités prévoient toutefois la question de l'obtention judiciaire des preuves. Les dispositions qui y sont relatives n'instaurent cependant pas un régime de preuve.

310 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Toutefois, malgré ces limites, par le renvoi préjudiciel, la Cour de justice a joué un rôle fondamental (1019) dans l'élaboration des règles de preuve. C'est à l'occasion des questions préjudicielles que la Cour de justice a saisi l'opportunité de dégager une règle de preuve autonome et spécifique, en interprétant favorablement à l'opérateur économique le droit de l'Union applicable. La position de la Cour de justice en matière de discrimination indirecte constitue l'exemple qui illustre particulièrement le rôle fondamental du renvoi préjudiciel en ce qui concerne l'élaboration des règles de preuve. À l'occasion des questions posées quant à l'existence d'une discrimination indirecte, la Cour de justice a précisé le régime de preuve afin de préciser les contours de la notion de discrimination indirecte. Cette jurisprudence, comme nous l'avons vu (1020), a donné lieu à l'adoption d'actes de droit dérivé relatifs à la charge de la preuve. Pour ce faire, comme nous le verrons, la Cour de justice utilise la méthode d'interprétation autonome des dispositions du droit de l'Union afin d'en dégager une règle de preuve spécifique adaptée aux objectifs poursuivis par ces dispositions (1021). Par ailleurs, par le renvoi préjudiciel, la Cour de justice a également précisé les garanties qui doivent s'appliquer à la preuve, notamment celles découlant de l'exigence d'une protection juridictionnelle effective et du droit d'un procès juste et équitable (1022).

L'importance du rôle de la Cour de justice dans l'élaboration des règles de preuve dans l'exercice de sa compétence préjudicielle a été renforcée par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Celui-ci a étendu le droit de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel par les juridictions nationales et a élargi ainsi les normes sur lesquelles la Cour pouvait se prononcer en matière de preuve, notamment dans le domaine de l'obtention judiciaire des preuves en matière civile et commerciale. En effet, les anciens articles 68 TCE et 35 TUE ont été abrogés, même si ce dernier reste applicable durant la période transitoire (1023). À la fin de cette période, le renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE s'appliquera de manière uniforme pour l'ensemble des dispositions des traités.

Pour ce qui est de l'application de l'article 267 TFUE à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, la Cour de justice

(1019) A. BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire », *Justices*, 1997, p. 11.

(1020) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. 2. de cette partie de la thèse.

(1021) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, B. 1. de la Seconde partie de la thèse.

(1022) CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, arr. préc.

(1023) Cet article a été abrogé par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Toutefois, il reste applicable durant la période transitoire de 5 ans prévue aux protocoles annexés au traité.

avait jugé qu'il était d'application immédiate et ce, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Dès l'affaire *Artur Weryński* (1024), la Cour de justice a jugé que les questions préjudicielles adressées par les juridictions nationales statuant en premier ressort étaient recevables, même si elles concernaient l'interprétation du règlement n° 1206/2001. Elle a également saisi l'occasion de préciser la nature des questions susceptibles d'être considérées comme pertinentes et, partant, recevables dans le cadre de l'article 267 TFUE. En l'espèce, la Cour a précisé que toute question relative, fût-elle la plus technique, en l'occurrence le remboursement de frais d'audition, serait recevable dès lors qu'elle s'intègre dans le processus d'élaboration de la décision juridictionnelle à laquelle participe l'exécution d'une mesure d'instruction en application du règlement.

Si la généralisation de la compétence préjudicielle de la Cour de justice à l'ensemble des dispositions des traités et, par conséquent, à la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves (civile et commerciale, voire pénale) permettra de façonner à l'avenir les règles procédurales et substantielles qui vont s'appliquer à la preuve, elle ne lève pas la difficulté inhérente à cette voie de droit quant à l'exercice de la compétence de la Cour. Cet exercice dépend de la saisine de la Cour par le juge national. Pour être le « *facteur de cohésion irremplaçable* » (1025), encore faut-il que les juridictions nationales utilisent la faculté et/ou l'obligation de renvoi à chaque fois qu'une question sur l'application du droit de l'Union se pose au regard des règles nationales de preuve (1026), voire au regard de la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves.

Comme l'observe le professeur Julio Baquero Cruz « *le système présente une lacune fondamentale dans la mesure où il manque de sanction* » (1027). La méconnaissance de l'obligation par la juridiction nationale statuant en dernier ressort n'est pas sanctionnée (1028). Or, l'application uniforme du droit de l'Union et la protection juridictionnelle des droits qu'il confère peuvent être remises en cause par l'inter-

(1024) Voy. sur ce point, CJUE, 17 février 2011, *Artur Weryński*, aff. C-283/09, *préc.*

(1025) M.-C. BERGERÈS, *Contentieux communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd. 1998, p. 257.

(1026) Voy. dans ce sens, J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 25 et s.

(1027) J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in L. AZOULAI, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, op. cit., p. 253.

(1028) Sur ce point, voy. §2, B. 1. b) de cette section de ce chapitre.

312 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

prétation des règles de preuve que retiennent les juridictions nationales (1029). Alors une juridiction nationale statuant en dernier ressort peut y porter atteinte par la simple méconnaissance de l'obligation de renvoi qui s'imposait à elle (1030).

Pour remédier à cela, la Cour de justice a récemment mis l'accent sur la faculté la plus étendue de saisine reconnue aux juridictions statuant en premier ressort. Ainsi, la Cour de justice a jugé que le droit national ne devait pas priver la juridiction nationale de sa faculté de poser toute question préjudicielle nécessaire « à tout moment de la procédure dont elle(s) juge(nt) approprié et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité (...) et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elle(s) la juge(nt) contraire au droit de l'Union » (1031). L'importance accordée à la faculté de saisine a conduit également la Cour de justice à préciser, dans l'affaire *Elchinov*, que cette faculté ne serait se transformer en une obligation alors même que les instructions données par la juridiction supérieures seraient contraires au droit de l'Union (1032).

La faculté de saisine met incontestablement l'accent sur le rôle fondamental du renvoi préjudiciel en matière de preuve (1033). C'est parce que le juge national éprouve des doutes quant à l'interprétation à donner au droit de l'Union applicable, il doit pouvoir s'adresser à la Cour de justice sans en être empêché par une règle procédurale nationale.

L'importance accordée à la faculté de saisine procède incontestablement de l'esprit de collaboration qui soutient la question préjudicielle. Procédure de « juge à juge », le renvoi préjudiciel implique une coopération étroite entre la Cour de justice et les juridictions nationales,

(1029) CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc.

(1030) Voy. dans ce sens, R. LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 228 : « un tel mécanisme comportait assez de souplesse pour n'être attentatoire à la libre application du droit par le juge national et ne devenir contraignant qu'à partir du moment où, statuant au niveau national suprême, la décision peut être de nature à figer une interprétation unilatérale d'une disposition commune ».

(1031) CJUE, gd. ch., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188 et C-189/10, pt 53 ; v. obs. F. PICOD, *JCP éd. G*, 2010, p. 949.

(1032) Arrêt précité, pt 28. Voy. également, CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, pts 54 et 55.

(1033) Voy. dans un autre contexte la volonté de la Cour de justice de donner au juge une interprétation utile du droit de l'Union, notamment dans des situations « purement internes ». CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres*, aff. jtes C-515 et C-519 à C-524/99 et C-526 à C-540/99, *Rec. p.* I-2157, pts 24 et 25. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une volonté « de pédagogie » de la part de la Cour de justice : F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *RAE*, 2003-2004, p. 54.

plus particulièrement celles d'instance dont la place peut se révéler primordiale en matière de preuve.

Les voies de droit prévues par les traités offrent une protection juridictionnelle spécifique en matière de preuve. La structure juridictionnelle de l'Union en est la cause principale, le soin de sauvegarder les droits tirés du droit de l'Union revenant au juge national.

B. *Le droit de soumettre toute violation en matière de preuve devant le juge national*

Le caractère attributif des compétences des juridictions de l'Union et les limites assignées à l'accès des particuliers ont conduit à la reconnaissance du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union en matière de preuve. En raison de l'applicabilité directe du droit de l'Union européenne et la possibilité reconnue aux particuliers de s'en prévaloir devant leur juge national, celui-ci s'est vu confier la mission d'assurer la sauvegarde des droits tirés du droit de l'Union européenne. L'accès au juge national en matière de preuve s'inscrit donc dans la problématique d'une protection juridictionnelle effective de ces droits (1). La conséquence en est le renforcement des pouvoirs du juge national en matière de preuve (2).

1. L'accès au juge national en matière de preuve

L'accès au juge national en matière de preuve est le résultat de l'affirmation dans le système juridique de l'Union du droit au juge. L'affirmation de ce droit dans le système juridique de l'Union européenne est liée à la reconnaissance des juridictions nationales comme juge de droit commun du droit de l'Union et de leur mission de sauvegarde des droits que les particuliers tirent directement du droit de l'Union européenne. À cet égard, les règles de preuve nationales peuvent être particulièrement contraignantes.

Ainsi, c'est à l'occasion de l'arrêt *Johnston*, qui consacre le droit au juge au sein de l'Union, que les conséquences particulièrement négatives d'un régime national de preuve sur la protection juridictionnelle ont pu être mesurées. En l'espèce, une présomption irréfragable de validité des actes réglementaires faisait échec à toute tentative de la requérante non seulement de faire valoir ses droits, mais aussi d'intenter un recours en vue de contester la légalité de ces actes. En l'espèce, Madame Johnston s'est vu refuser le renouvellement de son contrat par le *Chief*

314 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Constable of the Royal Ulster Constabulary dans la police en raison de la nouvelle politique adoptée sur le port d'arme à feu. Madame Johnston a formé un recours à l'encontre de cette décision de refus en se fondant sur les dispositions de la directive 76/207/CEE relatives à la mise en œuvre du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail. Elle a argué que les dispositions nationales sur lesquelles se fondait la décision de refus l'empêchaient de se prévaloir d'une protection juridictionnelle telle qu'elle était prévue par la directive en cas de discrimination fondée sur le sexe. Face à une telle situation, l'*Industrial Tribunal* a sursis à statuer et a adressé à la Cour de justice une question préjudicielle en interprétation des stipulations de la directive.

La question posée par la juridiction nationale visait ainsi en substance le point de savoir si la réglementation nationale, qui conférait une présomption de validité à des actes pris sur son fondement et, par conséquent, empêchait le juge d'exercer son contrôle juridictionnel, était compatible avec le droit de l'Union et, plus particulièrement, avec la directive.

Pour y répondre, la Cour de justice a estimé que la directive imposait aux États membres « l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle » (1034). Pour la Cour de justice, cette obligation consistait pour les États membres à prendre des mesures suffisamment efficaces afin que « les droits ainsi conférés puissent être effectivement invoqués devant les tribunaux nationaux par les personnes concernées ». Ainsi, elle a affirmé que « le contrôle juridictionnel (...) est l'expression d'un principe général du droit communautaire qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membre » qui « a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (1035).

En l'espèce, par l'effet de la présomption irréfragable de validité que la réglementation nationale instaurait, elle était contraire non seulement aux objectifs prévus par la directive, mais aussi au principe général selon lequel « toute personne a droit à un recours effectif

(1034) Pt 17 de l'arrêt.

(1035) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651, pt 18.

devant une juridiction compétente » (1036). Ce principe général trouve une signification particulière en matière de preuve parce qu'il fait échec à toute réglementation nationale qui empêche le justiciable d'apporter la preuve à l'appui de son allégation en raison des effets que cette dernière attacherait aux actes nationaux (1037).

Par la suite, l'arrêt *Heylens* a précisé que « *l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer aux particuliers la protection effective de son droit* » (1038). Est reconnu ainsi aux justiciables un droit au juge (1039). Ce droit implique non seulement l'accès à un juge, mais aussi un contrôle juridictionnel effectif (1040).

Le droit au juge en matière de preuve s'analyse ainsi comme la possibilité pour le justiciable de présenter des preuves devant un juge. En ce sens, le justiciable ne doit pas en être empêché par un délai de forclusion. Il s'agit des questions qui, même si elles concernent directement la protection juridictionnelle des garanties procédurales, soulèvent un problème de recevabilité des preuves. Le droit au juge est ici présenté dans son aspect de garantie de droit et non pas au regard de ses implications concrètes (1041). En ce sens, il doit être analysé comme s'inscrivant dans une tendance jurisprudentielle allant dans le sens d'un renforcement de l'office du juge national en matière de preuve.

2. Le renforcement de l'office du juge national en matière de preuve

Le renforcement de l'office du juge national en matière de preuve est la conséquence de l'évolution jurisprudentielle relative aux effets qui s'attachent à l'applicabilité directe et à la primauté des normes du droit de l'Union. Comme l'observe le professeur Denys Simon, l'évolution de la jurisprudence « *procède de deux idées directrices. D'une part,*

(1036) *Ibid.*, pt 19.

(1037) Cette position peut être rapprochée de celle retenue par la Cour de justice à l'égard des réglementations nationales et de leurs effets sur l'exercice effectif des droits découlant des libertés de circulation. Voy. Sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 2 de cette partie de la thèse.

(1038) CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt 14.

(1039) L'expression revient à l'Avocat général Darmon dans ses conclusions sous l'arrêt CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, arr. préc.

(1040) F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 146 ; A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 68 et s.

(1041) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1. A. 2. de la Seconde partie de la thèse.

316 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

l'efficacité du [droit de l'Union] ne peut pas être assurée par la seule possibilité d'écartier les normes nationales contraires en cas de conflit : l'application uniforme et effective du [droit de l'Union] suppose également que soit garanti un contrôle juridictionnel réel de la part des tribunaux nationaux sur toutes les violations éventuelles du [droit de l'Union], et que soient éliminées les conséquences dommageables de ces violations. (...) D'autre part, la protection juridictionnelle des droits attribués aux sujets de l'ordre juridique de [l'Union] doit être assurée par une garantie judiciaire efficace et par une réparation adéquate » (1042).

Pour le professeur Olivier Dubos, la position jurisprudentielle, qui d'une recherche d'effectivité minimale, a évolué vers la recherche de l'effet maximal des droits tirés du droit de l'Union européenne (1043).

Ainsi, dans un premier temps, le renforcement de l'office du juge national en matière de preuve consiste en la possibilité pour celui-ci d'écartier la règle nationale de preuve incompatible. Depuis l'arrêt *Simmenthal* (1044), le juge national dispose de la possibilité d'écartier toute disposition nationale qui l'empêche d'exercer sa mission de sauvegarder les droits tirés de dispositions du droit de l'Union dotées d'effet direct. Cette possibilité pour le juge national d'écartier toute disposition nationale incompatible permet de garantir une « *justiciabilité minimale* » (1045) de la norme du droit de l'Union. Cette « *justiciabilité minimale* » consiste en la possibilité reconnue pour le justiciable d'invoquer devant le juge national le droit qu'il tire de l'ordre juridique de l'Union.

Ce pouvoir s'accompagne également de la reconnaissance pour le juge national de la liberté d'apprécier la compatibilité d'une règle de preuve nationale avec l'exercice des droits tirés du droit de l'Union. À cet égard, conformément à l'« *obligation de résultat* » (1046) que l'exigence d'application immédiate, directe et uniforme du droit de l'Union impose au juge national, celui-ci doit pouvoir écartier une règle procédurale (1047)

(1042) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., pp. 417 et 418.

(1043) Pour une présentation de l'évolution de la jurisprudence, voy. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, thèse, op. cit., pp. 285 et s.

(1044) CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, arr. préc.

(1045) D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 281.

(1046) Conclusions de l'Avocat général Roemer (sous l'affaire CJCE, 7 mars 1972, *SpA Marimex*, aff. 84/72, Rec. p. 89) : « *C'est (...) dans les principes de son ordre national que le juge doit trouver les éléments lui permettant de donner son plein effet à la règle communautaire, il se trouve en face d'une obligation de résultat et non de moyens* », Rec. p. 102.

(1047) CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, arr. préc., pts 21 et 22.

afin de sauvegarder les intérêts des justiciables (1048). Il doit alors pouvoir apprécier et ce, même d'office (1049), la compatibilité de son droit interne avec le droit de l'Union.

La liberté reconnue au juge national dans l'appréciation de la compatibilité des modalités nationales de la preuve avec le droit de l'Union est la conséquence de la répartition des compétences entre le juge national et le juge de l'Union dans la mesure où ce dernier ne dispose que d'une compétence d'attribution relative à l'application et à l'interprétation des traités. La Cour de justice a considéré ainsi qu'« *il appartient en principe aux juridictions nationales de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* » (1050) sont conformes au droit de l'Union. Sans doute, la juridiction nationale se trouve-t-elle la mieux placée pour « *le contrôle concret de cette conformité* » (1051), compte tenu des éléments de droit procédural interne qui sont à sa disposition (1052).

Sans pour autant s'immiscer dans l'appréciation de la compatibilité des règles nationales de la preuve, la Cour de justice a donné des indications au juge national par les principes d'équivalence et d'effectivité, comme nous l'avons vu (1053). Leur application au régime de preuve en matière de répétition de l'indu a permis de rendre compte des pouvoirs dont dispose le juge national à l'égard des modalités de preuve litigieuses. En effet, au nom du principe d'effectivité, il a été jugé qu'il appartenait au juge national d'apprécier librement si la répercussion avait été ou non effectuée (1054). Dans ce sens, en sa qualité de juge

(1048) CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* p. 661, p. 675.

(1049) CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, arr. préc., pt 20 ; pour un exemple récent de la faculté dont dispose le juge de soulever d'office l'application du droit communautaire voy. CJCE, 7 juin 2007, *Van der Weerd e.a.*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, *Rec.* p. I-4233, pt 41.

(1050) CJCE, 1^{er} décembre 1998, *B.S. Levez*, aff. C-326/96, *Rec.* p. I-7835, pt 39 ; CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec.* p. I-4025, pt 33.

(1051) Voy. pt 20 des conclusions de l'Avocat général Cosmas sous l'affaire CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, aff. C-261/95, arr. préc., présentées le 27 janvier 1997, *Rec.* p. 4025.

(1052) Selon l'Avocat général Cosmas, dans le cadre du renvoi préjudiciel, la Cour de justice exerce un « *contrôle abstrait* » dans la mesure où « *la Cour (...) est chargée d'assurer l'application uniforme du droit communautaire* ». Pt 21 des conclusions de l'Avocat général Cosmas sous l'affaire CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, aff. C-261/95, arr. préc., présentées le 27 janvier 1997, *op. cit.*

(1053) Voy. sur ce point les développements dans le Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B. de cette partie de la thèse.

(1054) A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, *op. cit.*, p. 19 ; CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, *Rec.* p. I-165, pt 25 ; CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Sagpol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, arr. préc., pt 30.

318 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

de droit commun du droit de l'Union, le juge national ne doit pas être tenu par une quelconque présomption (1055) ou limité par des modes de preuves déterminés (1056). Il doit être libre pour rendre son jugement sans qu'une règle procédurale de preuve l'en empêche.

Ce qui importe est l'exercice de plénitude de la compétence du juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union. Ainsi, s'il constate que la modalité procédurale nationale applicable « *est susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile l'administration de la preuve* », le juge national « *est tenu d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national, au nombre desquels figure celui d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires, y compris la production par l'une des parties ou par un tiers d'un acte ou d'une pièce* » (1057).

Le pouvoir pour le juge national de recourir à des modes de preuves équivalents a été expressément reconnu. Ce pouvoir résulte de l'absence de précisions dans le texte du droit dérivé que le juge national est tenu d'appliquer quant aux modalités de preuve. Dans la mesure où ce texte ne prévoit pas d'exigences particulières concernant les modes de preuve, le juge national n'est pas lié par la forme des modes de preuve présentés (1058). Ainsi, le juge national dispose du pouvoir d'estimer que les preuves fournies par l'intéressé ne sont pas satisfaisantes et d'exiger de lui la communication non seulement des documents, mais également de toutes les informations qu'il jugerait nécessaires pour décider de l'application de la disposition du droit de l'Union invoquée (1059).

Dans la mesure où la liberté dans l'appréciation des éléments de preuve reconnue au juge national permet d'assurer l'application du droit de l'Union, le juge national doit également l'utiliser afin de permettre au particulier d'apporter la preuve du droit qu'il tire du droit de l'Union. En cas de difficulté pour celui-ci de fournir la preuve de sa demande, il appartient au juge national de prendre en considération tous les éléments présentés par l'intéressé et si, besoin est, d'accepter d'autres moyens de preuve jugés équivalents par son droit national (1060). Dans ce sens, il peut « *prendre en compte d'autres moyens de preuve qui soient tout*

(1055) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, arr. préc., pt 20.

(1056) CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, arr. préc., pt 70 ; CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, arr. préc.

(1057) CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, arr. préc., pt 57.

(1058) CJCE, 9 novembre 2006, *Heinrich Schulze GmbH*, aff. C-120/05, *Rec. p. I-10745*, pt 26.

(1059) *Ibid.*, pt 25.

(1060) CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, pts 43 et 48.

aussi satisfaisants au regard du contrôle, selon les modalités définies par le droit national, pour autant que celles-ci respectent la portée et l'efficacité » (1061) du droit de l'Union européenne.

L'exigence d'une protection juridictionnelle donne une signification particulière au droit de soumettre toute violation en matière de preuve devant un juge. Cette exigence aboutit à un assouplissement de certaines conditions des recours prévues par les traités et au renforcement de l'office du juge national afin de garantir une sanction effective des garanties accordées en matière de preuve. En ce sens, elle implique également un examen juridictionnel effectif en matière de preuve.

§2. – Le droit à un examen juridictionnel effectif en matière de preuve

Le droit à un examen juridictionnel effectif est une expression particulière de la possibilité reconnue au justiciable d'obtenir une protection efficace des droits tirés du droit de l'Union. Ce droit implique une obligation pour le juge de procéder à examen effectif en matière de preuve. Cette obligation se présente différemment selon qu'il s'agit des juridictions de l'Union (A) et selon qu'il s'agit des juridictions nationales (B).

A. *L'obligation d'un examen effectif en matière de preuve devant les juridictions de l'Union*

Devant les juridictions de l'Union, l'obligation d'un examen effectif en matière de preuve s'est affirmée de manière progressive et a pris une ampleur particulière dans le droit de l'Union. En effet, cette obligation apparaît dans la jurisprudence comme moyen efficace de contrôle de la régularité des preuves obtenues (1). Elle implique également un examen effectif des éléments de preuve (2).

1. *L'obligation d'un contrôle juridictionnel de la régularité des preuves*

Le contrôle juridictionnel des preuves obtenues permet aux justiciables concernés de contester la régularité des preuves et, partant, d'obtenir la sanction de la méconnaissance des garanties appliquées à la recherche et l'utilisation des preuves. La jurisprudence sur ce point est

(1061) CJCE, 9 novembre 2006, *Heinrich Schulze GmbH*, aff. C-120/05, arr. préc., pt 30 ; voy. dans ce sens, CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, pts 43 et 48.

320 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

claire. Il s'agit d'une question de droit susceptible de fonder un pourvoi devant la Cour de justice et devant le Tribunal de l'Union à l'encontre des décisions de la juridiction de premier degré (1062). Il est de jurisprudence constante que la recevabilité d'un pourvoi a pour objectif de contrôler l'obtention régulière des preuves, le respect des principes généraux du droit et des règles de procédure, notamment celles qui touchent à la répartition de la charge et à l'administration de la preuve (1063).

La possibilité de contester la régularité des preuves obtenues devant les juridictions de l'Union permet de rendre compte de l'importance que ces dernières accordent aux garanties appliquées à la recherche et l'utilisation des preuves. La méconnaissance de ces garanties est sanctionnée au titre de l'irrecevabilité manifeste des preuves, en ce sens que les éléments de preuve ne peuvent ni figurer dans le dossier ni fonder une décision faisant grief. Cette irrecevabilité manifeste se rapporte en principe à l'impossibilité de régularisation de la garantie procédurale méconnue au cours de l'instance. L'importance de cette règle de procédure est telle que son inobservation en amont du procès fait échec à toute discussion au fond de la preuve irrégulièrement obtenue (1064). Il s'agit d'une solution commandée par le respect des garanties procédurales reconnues dès l'enquête préalable.

Ces dernières sont alors des formes substantielles au sens de l'article 263 TFUE (ex article 230 TCE). Une forme substantielle est définie comme « toute formalité devant être respectée soit préalablement à l'acte, soit au moment de son adoption, et dont l'importance est jugée telle que sa méconnaissance entraîne l'annulabilité de l'acte » (1065).

Toutefois, l'article 263 TFUE ne précise pas pour autant si ces formes substantielles concernent tant les vices de procédure que les vices de forme. Pour le professeur Dominique Ritleng, à la lumière de la jurisprudence, l'article 263 TFUE (ex article 230 TCE) prévoit une sanction de l'illégalité dès lors qu'il y a une violation d'une formalité substantielle indépendamment du fait que cette formalité est de nature procédurale ou purement formelle. Il en conclut que l'« *on ne saurait*

(1062) J. RIDEAU, F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *RMC*, 1995, pp. 588 et s. ; F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) » in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2009, n° 225.

(1063) CJCE, 22 novembre 2007, *Sniace SA*, aff. C-260/05 P, *Rec. p.* I-10005, pt 35.

(1064) J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK, M. WAELEBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, Commentaire Mégret vol. 10, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1993, p. 435.

(1065) G. VANDERSANDEN in J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK, M. WAELEBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions, Commentaire Mégret* vol. 10, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1993, p. 145.

imposer la condition de substantialité qu'aux seules règles de procédure à l'exclusion des règles de forme » (1066).

La question demeure pour autant de savoir comment déterminer les vices de forme et de procédure qui sont considérés comme substantiels. A cet égard, le professeur Loïc Azoulai estime qu'il convient de prendre en considération la finalité de chaque garantie et d'apprécier au cas par cas si sa méconnaissance a des incidences non négligeables sur les personnes intéressées. Il transpose ainsi dans le droit de l'Union européenne un nouveau critère qui trouve son origine dans la distinction existante en droit judiciaire et administratif français. Cette distinction « *oppose les 'formalités substantielles (ou essentielles) aux 'formalités secondaires' : les premières donnent à l'acte « sa nature ou son caractère », l'omission des secondes ne fait perdre à l'acte « ni son caractère, ni sa nature propre* » » (1067). *Le caractère substantiel ou essentiel d'une formalité s'apprécie donc « dans chaque cas d'espèce, en fonction de [sa] finalité (...) il faut rechercher la signification propre de chaque formalité dans chaque cas d'espèce* » (1068).

L'examen *in concreto* et au cas par cas du caractère substantiel ou non d'une garantie procédurale explique alors que toute irrégularité dans l'obtention des preuves ne constitue pas une violation des formes substantielles. Ainsi, l'irrecevabilité manifeste ne sera pas prononcée systématiquement. L'étude de la jurisprudence révèle à cet égard que l'irrecevabilité manifeste n'est pas prononcée en cas d'une méconnaissance directe des droits fondamentaux (1069). Si le respect des droits fondamentaux s'impose en matière de preuve, l'examen *in concreto* auquel se livre le juge pour décider de la régularité des preuves est révélateur d'une certaine réticence jurisprudentielle à reconnaître systématiquement l'exclusion de telles preuves. Il en est ainsi parce que, comme le relève également la Cour européenne des droits de l'homme, les droits fondamentaux ne régissent pas en tant que tel le régime de preuve (1070).

(1066) D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, thèse, Strasbourg, 1998, p. 79.

(1067) L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., p. 326.

(1068) *Ibid.*, p. 327.

(1069) R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union, 2008, pp. 349 et s.

(1070) Cour EDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, Rec. 1997-II, §33 et §34 ; voy. sur ce point les développements du Titre I, Chapitre 1, Section 1, §1, B. de cette partie de la thèse et les arrêts CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, Rec. p. I-3735, pt 80 ; CJCE,

322 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

De même, le Tribunal de l'Union a récemment rappelé qu'« *il n'existe pas de disposition prévoyant expressément l'interdiction de tenir compte de preuves illégalement obtenues, par exemple en violation des droits fondamentaux* » (1071) pour écarter la demande d'exclusion des documents internes à la Commission obtenus en méconnaissance de leur caractère confidentiel.

Le raisonnement du Tribunal, dans cet arrêt, rejoint la position de la Cour de justice qui résulte de l'arrêt *Joachim Steffensen* (1072). En l'espèce, la question était celle de savoir si les preuves obtenues en méconnaissance du droit à une contre-expertise à l'issue d'une procédure administrative étaient recevables. Dans cet arrêt, la Cour de justice a estimé qu'il appartenait au juge national de vérifier si « *les dispositions (...) en matière d'administration de la preuve permettent effectivement de tenir compte d'une violation du droit à une contre-expertise, de façon à ce que leur application dans le litige au principal ne puisse pas être considérée comme rendant le bénéfice des garanties assurées par le droit à une contre-expertise impossible ou excessivement difficile* » (1073).

L'appréciation de la méconnaissance des droits fondamentaux au moment de l'obtention des preuves doit être faite en tenant compte du contexte factuel et particulier de chaque espèce. La formule retenue par la Cour de justice renvoie à l'application des principes d'équivalence et d'effectivité qui sous-tendent nécessairement l'efficacité des procédures nationales, y compris en ce qui concerne les modalités de preuve, afin de permettre le respect des droits fondamentaux (1074). En ce sens, la position des juridictions de l'Union est claire. Il s'agit d'opérer une conciliation au cas par cas d'une méconnaissance des droits fondamentaux lors de la recherche et de l'obtention des preuves avec les objectifs d'efficacité des pouvoirs de contrôle et de poursuite (1075).

7 janvier 2004, *Aalborg Portland c. Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, arr. préc., pt 200.

(1071) TPICE, 8 juillet 2008, *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission*, aff. T-48/05, arr. préc., pt 75.

(1072) CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, arr. préc.

(1073) Pt 68 de l'arrêt.

(1074) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B. 1. de cette partie de la thèse.

(1075) Voy. M.-A. FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », *Justices*, 1995, pp. 101 et 102 ; voy. pour la position de la Cour EDH en matière de visites domiciliaires et de perquisitions et l'exigence de garanties adéquates et effectives contre les abus ; Cour EDH, 25 février 1993, *Crémeux c. France*, § 39 ; Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c. France* ; Cour EDH, 28 juillet 2005, *Buck c. Allemagne*, voy. également sur ce point, M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 54 et s. Voy. dans le contexte des visites domiciliaires en matière de concurrence, CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, arr.

La régularité des preuves obtenues en méconnaissance des droits fondamentaux s'apprécie donc à l'aune des garanties procédurales qui permettent une protection effective de ces derniers (1076). Dès lors qu'une violation de ces garanties procédurales est constatée, celle-ci doit en principe entacher la régularité des preuves obtenues.

Or, si le juge de l'Union estime et ce, de manière constante, que « *la violation des droits de la défense intervenue au stade de la procédure administrative ne saurait non plus être régularisée lors de la procédure devant le Tribunal, qui se limite à un contrôle juridictionnel dans le cadre des moyens soulevés et qui ne peut donc pas remplacer une instruction incomplète dans l'affaire dans le cadre de la procédure administrative* » (1077), il n'en demeure pas moins que la jurisprudence demeure ambiguë quant à la portée de la protection qui doit être accordée.

En effet, lorsque le juge écarte une preuve comme manifestement irrecevable en raison de son obtention irrégulière, il se prononce sur son utilisation par la partie qui l'avance. Une telle preuve est regardée comme n'ayant jamais existé et, par conséquent, elle ne peut pas étayer les allégations de la partie qui l'invoque (1078). Les résultats des enquêtes sont ainsi retirés, avec une obligation pour l'autorité concernée de procéder à nouveau à des investigations (1079). Par conséquent, si de telles preuves ont fondé une décision, cette dernière doit être annulée.

Néanmoins, la doctrine semble divisée sur le point de savoir si la méconnaissance des garanties procédurales doit entraîner l'annulation de la décision en toute circonstance. Cette division doctrinale repose

préc., pts 23 à 29. E. CHEVRIER, « Pouvoir du juge national sur des visites domiciliaires demandées par Bruxelles », *D.*, 2002, p. 3205 à 3206 ; M. LIENEMEYER, D. WAELEBROECK, *CML Rev.*, 2003, pp. 1481 à 1497.

(1076) L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, *op.cit.*, p. 328 et s.

(1077) Cette formule est constamment utilisée dans la jurisprudence des juridictions de l'Union. TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA c. Commission*, aff. T-30/91, *Rec.* p. II-1775, pt 98. Voy. TPICE, 29 juin 1995, *Imperial Chemical Industries plc c. Commission*, aff. T-36/91, *Rec.* p. II-1847, pt 108 ; TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl et autres c. Commission*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *arr. préc.*, pt 28.

(1078) Ainsi, la Cour de justice avait estimé qu'elle ne pouvait pas se fonder sur des documents présentés à l'audience, mais non communiqués lors de la communication des griefs. Elle a écarté ces documents du débat. Voy. CJCE, 25 octobre 1983, *AEG c. Commission*, aff. 107/82, *Rec.* p. 3151, pts 24 et 25.

(1079) L. IDOT, « Les droits de la défense », in F. SUDRE, H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 246 ; Pour une position similaire en droit interne, voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 441 et s.

324 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

sur deux conceptions, l'une finaliste, l'autre fonctionnelle (1080), des garanties procédurales qui peuvent aboutir à deux interprétations possibles (1081). Il s'agit, tout d'abord, de considérer que les garanties procédurales, parce qu'elles assurent une protection particulière de la personne intéressée, doivent être respectées en tout état de cause et, par conséquent, entraînent l'annulation de la décision. En revanche, on peut également estimer que l'examen au cas par cas de cette méconnaissance sur le contenu de la décision permet de concilier les exigences liées à l'activité des autorités nationales et celles de l'Union compétentes avec la protection juridique des intéressés. Comme l'observait déjà l'avocat général Warner, « *celui qui conteste la validité d'une décision administrative s'il ne peut se fonder sur une irrégularité de la procédure ayant abouti à cette décision s'il ne peut démontrer qu'il était à tout le moins possible que la décision eût été différente en l'absence de cette régularité* » (1082).

C'est également cette position qu'ont adoptée les juridictions de l'Union qui estiment qu'« *une violation des droits de la défense doit dès lors être examinée en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce, en ce qu'elle dépend essentiellement des griefs retenus par la Commission pour établir l'infraction reprochée à l'entreprise concernée* » (1083). De plus, ces juridictions considèrent que « *l'absence de communication d'un document ne constitue une violation des droits de la défense que si l'entreprise concernée démontre, d'une part, que la Commission s'est fondée sur ce document pour étayer son grief relatif à l'existence d'une infraction (...) et, d'autre part, que ce grief ne pourrait être prouvé que par référence audit document. (...) Il incombe ainsi à l'entreprise concernée de démontrer que le résultat auquel la Commission est parvenue dans sa décision aurait été différent si devait être écarté comme moyen de preuve à charge un document non communiqué sur lequel la Commission s'est fondée pour incriminer cette entreprise* » (1084).

(1080) Pour un exposé de la doctrine et une analyse critique d'une telle conception voy. L. AZOULAL, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., pp. 330 à 333.

(1081) Voy. également, L. IDOT, « Les droits de la défense », op. cit., p. 246.

(1082) Conclusions présentées, le 12 mars 1980, sous l'affaire CJCE, 10 juillet 1980, *Distillers Company Limited c. Commission*, aff. 30/78, Rec. p. 2229.

(1083) TPICE, 29 juin 1995, *Solvay SA c. Commission*, aff. T-30/91, arr. préc., pt 60.

(1084) CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland c. Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, pts 71 à 73. Récemment confirmée par la Cour, voy. CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips KG c. Commission*, aff. C-407/08 P, Rec. p. I-6375, pt 13.

L'approche fonctionnelle des garanties procédurales est ainsi privilégiée. Cette position jurisprudentielle est néanmoins critiquable au regard de la protection des garanties au stade de la recherche des preuves (1085). Elle fait également ressortir la liberté d'appréciation dont dispose le juge, notamment en recourant à la technique des moyens inopérants (1086). Comme nous le verrons (1087), cette technique consiste à écarter les moyens du justiciable et les preuves que celui-ci avance (1088).

La portée de l'obligation d'un examen juridictionnel quant à la régularité des preuves est donc à relativiser. Au titre de l'obligation d'un contrôle juridictionnel effectif, le droit de l'Union européenne consacre également une obligation d'un examen effectif des éléments de preuve.

2. L'obligation d'un examen effectif des éléments de preuve

Devant les juridictions de l'Union, l'obligation d'un examen effectif des preuves s'adresse tant à l'égard des institutions de l'Union qu'à l'égard des juridictions de l'Union dans l'exercice de leurs compétences respectives. Cette obligation s'est édifiée autour de deux moyens de contrôle classiques : le délai raisonnable dans l'utilisation et l'appréciation des preuves et l'obligation de motivation (1089) (a). La jurisprudence en consacre un troisième : la dénaturation des éléments de preuve (b).

(1085) Pour une présentation critique de cette jurisprudence au regard du caractère substantiel ou « subsidiaire » de la garantie procédurale appliquée à la preuve, L. IDOT, « Les droits de la défense », *op. cit.*, pp. 248 et s.

(1086) Voy. pour la qualification expresse de moyen inopérant tiré de la violation de droits de la défense alors même que cette violation n'aurait pas eu d'incidence sur l'annulation de la décision, Trib. UE, 8 septembre 2010, *Deltafina SpA c. Commission*, aff. T-29/05, *nepr.*, pt 105.

(1087) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1. B. 1. de la Seconde partie de la thèse.

(1088) Ainsi, nous ferons nôtre la remarque du professeur Laurence Idot selon laquelle « d'un côté de grands principes sont constamment affirmés, de l'autre, sur le terrain, il est souvent difficile de les mettre en œuvre et de les faire respecter ». L. IDOT, « Les droits de la défense », *op. cit.*, p. 219.

(1089) Pour une reconnaissance de ce principe dans le droit de l'Union, CJCE, 1^{er} octobre 1991, *Vidranyi c. Commission*, aff. C-283/90 P, *Rec.* p. I-4339, pt 29 ; voy. TPICE, 22 octobre 1997, *SCK et FNK c. Commission*, aff. T-213/95, *Rec.* p. II-1739, pt 56 ; TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl et autres c. Commission*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, arr. préc., pt 120 et s. ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc c. Commission*, aff. T-228/97, *Rec.* p. II-2969, pts 276 et s. Voy. également K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *CDE*, n° 3-4, 2000, pp. 362 et s.

326 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

a) *Le délai raisonnable dans l'utilisation et l'appréciation des preuves et l'obligation de motivation*

Au titre de ces deux moyens de contrôle, le juge de l'Union n'hésite pas à prononcer l'annulation des décisions administratives qui sont rendues au terme d'une procédure administrative excessivement longue. Ainsi, il est de jurisprudence constante que les institutions sont tenues « *de statuer dans un délai raisonnable dans les procédures administratives diligentées (...) et susceptibles d'aboutir aux sanctions* » (1090) prévues par la réglementation de l'Union. Par ailleurs, le juge a précisé qu'il appartenait à l'institution de l'Union « *de procéder aux enquêtes avec diligence* » et dans un délai raisonnable. Ce délai raisonnable impose à l'institution de l'Union concernée de donner des informations ou de justifications complémentaires quant aux actes des enquêtes envisagées. Le cas échéant, cette absence d'information ou de justification dans un délai raisonnable peut conduire à estimer qu'il s'agit d'une durée excessive de la procédure administrative préalable résultant de l'inaction de l'institution.

Le respect du délai raisonnable de la procédure administrative s'apprécie en fonction des circonstances de chaque espèce, de son contexte, de la complexité des faits, du comportement des entreprises concernés et des enjeux en cause (1091). C'est la raison pour laquelle ce moyen n'est retenu dans le cadre d'un recours en annulation que si, effectivement, il a conduit à la méconnaissance des droits de la défense. La prise en compte de ces derniers a amené le juge de l'Union à préciser que la durée excessive de la phase préalable d'enquête ne pouvait pas être considérée en principe comme portant atteinte aux droits de la défense. Pour établir une telle méconnaissance, le juge de l'Union rappelle qu'il faut une incrimination, ce que la phase préalable de la recherche des preuves ne détermine pas encore. C'est la raison pour laquelle la durée excessive de l'enquête n'est pas en soi susceptible d'annuler la décision de l'institution concernée pour méconnaissance des garanties accordées en matière de preuve (1092).

Le même raisonnement est également transposable devant le juge de l'Union lorsque celui-ci instruit une affaire (1093). Comme le

(1090) TPICE, 16 décembre 2003, *Technische Unie BV c. Commission*, aff. jtes T-5/00 et T-6/00, *Rec.* p. II-5761, pt 73.

(1091) TPICE, 22 octobre 1997, *SCK et FNK c. Commission*, aff. T-213/95, arr. préc., pt 57.

(1092) *Ibid.*, pts 78 et s.

(1093) K. LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit

remarque à juste titre l'Avocat général Mischo, si « *la structure du système juridictionnel (...) justifie, à certains égards, que le Tribunal, chargé d'établir les faits et de procéder à un examen matériel du litige, puisse disposer de relativement plus de temps pour instruire les recours nécessitant un examen approfondi de faits complexes (...), cette mission ne [le] dispense pas de respecter le délai raisonnable dans le traitement des affaires dont [il] est saisi* » (1094).

Dans le cadre du pourvoi, ce moyen n'est néanmoins retenu que s'il a eu une incidence directe sur la solution finale du litige. Ainsi, la Cour de justice a estimé que « *dans la mesure où il n'existe aucun indice laissant apparaître que le non-respect d'un délai de jugement raisonnable a pu avoir une incidence sur la solution du litige, l'annulation de l'arrêt attaqué ne remédierait pas à la violation du principe de protection juridictionnelle effective commise par le Tribunal* » (1095). En revanche, la Cour de justice a considéré, comme l'avait suggéré l'Avocat général Bot, qu'une telle méconnaissance pouvait donner lieu à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union.

Si cette solution paraît cohérente avec l'évolution jurisprudentielle en matière de preuve, elle n'est pas pour autant satisfaisante au regard du principe d'une protection juridictionnelle effective. En effet, comme nous l'avons vu, le recours en indemnité obéit à une logique spécifique au regard du régime de preuve qui peut se révéler particulièrement contraignant pour les requérants (1096). De plus, comme l'a relevé à juste titre Antoine Bailleux, cette solution conduit le Tribunal de l'Union à condamner l'Union du fait de sa propre activité juridictionnelle (1097).

Ainsi, l'exigence d'un examen effectif des preuves dans le droit de l'Union européenne trouve une consécration particulière dans l'obligation de motivation qui pèse sur les institutions et sur les juridictions de

communautaire », *op. cit.*, p. 364. Voy. également CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc., pt 41.

(1094) Pt 42 des conclusions de l'Avocat général Mischo, présentées le 25 octobre 2001, sous l'affaire, *Degussa AG c. Commission*, aff. C-250/99 P, *Rec. p.* I-8375. Voy. également dans ce sens pour les mesures d'instruction, CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec. p.* I-8417, pts 55 et s ; CJCE, 3 septembre 2009, *Papierfabrik August Koehler AG et a. c. Commission*, aff. jtes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, *Rec. p.* I-7191, pts 143 et s.

(1095) CJCE, 16 juillet 2009, *Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, aff. C-385/07 P, *Rec. p.* I-6155, pt 193.

(1096) Voy. sur ce point, §1 A. 1. b) de cette section de ce chapitre.

(1097) La même remarque sera également faite en matière de la responsabilité de l'État pour les violations au droit de l'Union imputables aux juridictions nationales pour méconnaissance des règles de preuves. Sur ce point, voy. B. 2. b) de ce paragraphe. A. BAILLEUX, « Le statut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 46.

328 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

premier degré et ce, aussi bien conformément à l'article 36 du Statut de la Cour qu'en qualité de principe général du droit (1098). Il est de jurisprudence constante que les institutions de l'Union sont tenues d'examiner tous les éléments de preuves portés à leur connaissance (1099) et ce, de manière diligente et impartiale.

Cette obligation de motivation permet également de contrôler si l'appréciation des preuves ne résulte pas d'une dénaturation de ces dernières.

b) *La dénaturation des éléments de preuve*

Non prévue par les traités ni par les règlements de procédure, la dénaturation des éléments de preuve a été consacrée dans la jurisprudence comme un moyen nouveau de contrôle juridictionnel. La dénaturation des preuves apparaît dans la jurisprudence dans deux hypothèses : soit comme un élément de contrôle de légalité des actes des institutions, soit comme un moyen pouvant fonder le pourvoi.

Dans ces deux hypothèses, par ce moyen est visée l'exactitude des conclusions tirées des preuves avancées (1100). Il s'agit de s'assurer que les preuves pertinentes n'ont pas abouti à des conclusions autres que celles auxquelles elles auraient normalement dû amener et, par conséquent, éviter une application erronée de la disposition du droit de l'Union européenne, soit par les institutions de l'Union dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel, soit par les juges statuant en premier ressort (1101). En ce sens, ce nouveau moyen de contrôle permet de garantir l'obligation d'un examen effectif des preuves.

Comme élément du contrôle de la légalité des actes des institutions de l'Union, la dénaturation des preuves est considérée comme un moyen recevable dans le recours de l'annulation. Elle apparaît dans la jurisprudence comme englobant la dénaturation des faits qui résulte le

(1098) CJCE, 1^{er} octobre 1991, *Vidranzi c. Commission*, aff. C-283/90 P, arr. préc., pt 29. Pour un commentaire de l'article 36 du statut de la Cour de justice, J. RIDEAU, F. PICOD, *Code de procédures juridictionnelles de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 530 et s.

(1099) Voy. sur ce point, TPICE, 30 janvier 2002, *Max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission*, aff. T-54/99, *Rec.* p. II-313, pt 49. Pour l'étendue de cette obligation devant le juge de premier ressort, voy. CJCE, 16 juillet 2009, *Duales System Deutschland GmbH c. Commission*, aff. C-385/07 P, arr. préc.

(1100) F. COLIN, « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif », *RDP*, 2000, pp. 783 et s.

(1101) On entend ici par juge de premier ressort dans le droit de l'Union européenne le Tribunal de l'Union instance et du Tribunal de la fonction publique dont les décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi devant respectivement la Cour de justice et le Tribunal de l'Union.

plus souvent d'une mauvaise interprétation des pièces fournies (1102) ou des preuves obtenues dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'enquêtes et d'investigations (1103).

Comme un moyen recevable dans le cadre du pourvoi (1104), la dénaturation des preuves a été admise dès têt par le juge de l'Union (1105), même si elle est intrinsèque aux faits (1106). Le contrôle juridictionnel de la dénaturation des preuves est un contrôle qui intervient lorsqu'il y a un doute sur la correcte interprétation des preuves considérées comme pertinentes. Il y a dénaturation des éléments de preuve « lorsque (...) l'appréciation des éléments de preuve existants apparaît manifestement erronée » (1107). C'est une solution de bon sens. Le contrôle de

(1102) Sur la dénaturation des faits comme un moyen autonome de contrôle de légalité et de la difficulté de l'examiner en tant que tel voy. TPICE, 15 décembre 1999, *Volkswagen AG c. Commission*, aff. jtes. T-132/96 et T-143/96, *Rec.* p. II-3663, pts 96 et 97 et s. Dans cet arrêt, le Tribunal a estimé que « le moyen tiré de la dénaturation des faits par la Commission, tel qu'exposé par les requérants, n'a pas de contenu autonome par rapport aux autres moyens du recours (...) [et] ne saurait être qualifié[e] de « violation des formes substantielles », obs. L. IDOT, *Europe*, févr. 2000, comm. 53. On peut également citer à titre d'exemple l'ordonnance du Tribunal, même rendue dans le cadre d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt du Tribunal de la fonction publique, dans laquelle le requérant invoquait une dénaturation des faits. Or, l'examen de ce moyen par le Tribunal de l'Union portait sur les moyens de preuves invoqués, notamment ceux relatifs à l'établissement de la citoyenneté européenne du requérant lui donnant droit à se présenter aux concours organisés par les institutions de l'Union. voy. TPICE, (ord.), 10 juin 2008, *Francesco Bligny c. Commission*, aff. T-127/07 P, *nepr.*, pts 28 à 33. Voy. également dans le même sens, TPICE, 19 septembre 2008, *Olivier Chassagne c. Commission*, aff. T-253/06 P, *nepr.*, pts 64 et s.

(1103) Dans le cadre du contrôle juridictionnel de la légalité des actes des institutions, les vocables « dénaturation des preuves », « constatation des faits », « exactitude matérielle des faits », « dénaturation des faits » semblent synonymes. Dans tous les cas, est visé l'établissement des faits pertinents par des preuves pertinentes et les conclusions tirées de ces preuves. (Voy. dans ce sens, K.P.E. LASOK, « Judicial review of issues of fact in competition cases », *ECLR*, 1983, pp. 85 à 96). Dans les nombreux arrêts faisant référence à la dénaturation des faits, il s'agit des preuves attestant la survenance d'un fait justifiant l'application de la disposition du droit de l'Union européenne appropriée. Voy. par exemple le raisonnement du Tribunal à propos de l'interprétation des procès verbaux de réunion, TPICE, 15 juin 1999, *Ismeri Europa Srl c. Cour des comptes*, aff. T-277/97, *Rec.* p. II-1825, pts 126 à 143, obs. D. RITLÉNG, *Europe*, août-sept. 1999, comm. 290, p. 16.

(1104) article 256 TFUE : « Les décisions rendues par le Tribunal de première instance en vertu du présent paragraphe peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice, limité aux questions de droit, dans les conditions et limites prévues par le statut ». article 58 du Statut de la Cour de justice : « Le pourvoi devant la Cour de justice est limité aux questions de droit. Il peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du Tribunal, d'irrégularité de procédure devant le Tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante, ainsi que de la violation du droit communautaire par le Tribunal ».

(1105) CJCE, 2 mars 1994, *Hilti AG c. Commission*, aff. C-53/92 P, *Rec.* p. I-667, pts 18 à 20. Voy. également pour des exemples plus récents, CJCE, 11 septembre 2003, *Belgique c. Commission*, aff. C-197/99 P, *Rec.* p. I-8461, pt 121.

(1106) CJCE, 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés SA c. Commission*, aff. C-326/05 P, *Rec.* p. I-6557, pt 68.

(1107) CJCE, 6 avril 2006, *General Motors BV c. Commission*, aff. C-551/03 P, *Rec.* p. I-3173, pt 54 ; CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.* p. I-439, pt 37 ; CJCE,

330 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

la dénaturation des preuves ne doit pas avoir pour conséquence de se substituer à l'appréciation du juge de premier degré. Le pourvoi ne doit pas être fondé sur la prise en considération d'autres éléments de preuve non retenus par le juge de première instance, et partant, méconnaître sa compétence exclusive à cet égard (1108). Dans le cadre du pourvoi, c'est un contrôle limité à l'appréciation manifestement erronée des preuves examinées en premier degré. Cette dernière « *doit apparaître de façon manifeste des pièces du dossier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves* » (1109) ou bien résulter « *d'identification d'une inexactitude matérielle « évidente et facilement vérifiable » (...) découlant des documents figurant dans le dossier, ou de constatation d'une modification qui a changé (« dénaturation ») le sens clair et précis des éléments de preuve qui (...) ont été soumis* » (1110) devant le juge de première instance (1111).

L'utilisation relativement récente de ce moyen par les juridictions de l'Union révèle une exigence d'un contrôle minutieux des éléments de preuve, notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme et de la procédure d'inscription sur des listes par le Conseil.

18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés SA c. Commission*, aff. C-326/05 P, arr. préc., pt 60.

(1108) CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c. Augusto Brazzelli Lualdi*, aff. C-136/92 P, *Rec. p.* I-1981, pt 49.

(1109) Pt 42 des conclusions de l'Avocat Général Juliane Kokott, présentées le 27 septembre 2006, sous l'affaire CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, arr. préc.

(1110) Pt 69 des conclusions de l'Avocat Général Damaso Ruiz-Jarabo Colmer, présentées le 30 novembre 2006, sous l'affaire CJCE, 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés SA c. Commission*, aff. C-326/05 P, arr. préc. En l'espèce, la Cour de justice a considéré que la décision du Tribunal au regard de la lettre sur laquelle le Tribunal s'était fondé ne pouvait être que manifestement erronée dans la mesure où elle ne laissait aucun doute que « *la Commission n'avait nullement changé de position sur la nécessité pour la requérante de produire un « dossier complet » à l'appui de sa demande d'enregistrement du métalaxyl* » et, que, par conséquent, les constatations de faits opérées par le Tribunal « *sont inexactes et constituent une dénaturation des éléments de preuve soumis au Tribunal* » (pt 68 de l'arrêt).

(1111) Ainsi, par exemple, le Tribunal, dans l'arrêt *PKK et KNK*, a considéré que les documents concernant l'existence de l'organisation PKK ne pouvaient pas être interprétés comme justifiant l'intérêt à agir du requérant pour demander l'annulation des actes du Conseil qui l'inscrivaient sur la liste des organisations terroristes. La Cour de justice, saisie de la question dans le cadre d'un pourvoi, a estimé qu'au vu des pièces fournies « *les constatations de fait figurant aux pts 35 et 37 de l'ordonnance attaquée sont donc inexactes et constituent une dénaturation des éléments de preuve qui étaient à la disposition du Tribunal* » et a annulé l'ordonnance du Tribunal ayant déclaré irrecevable le recours en annulation du requérant. CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, arr. préc., pt 53, obs. E. MEISSE, *Europe*, mars, 2007, comm. 82. Pour les conséquences du raisonnement de la Cour de justice sur l'accès au prétoire des particuliers dans le cadre de l'ancien troisième pilier, voy. S. MARCIALLI, « Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales. Quelques réactions à l'arrêt CJCE du 8 janvier 2007 *PKK et KNK/Conseil* de l'Union européenne, aff. C-229/05 », *RM CUE*, 2007, pp. 385 et s ; D. SIMON, A. RIGAUD, « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat : smart sanctions pour le Tribunal de première instance ? », *Europe*, nov. 2008, étude 9.

Cette procédure peut aboutir à une décision de gel de fonds. Comme nous l'avons vu (1112), les juridictions de l'Union considèrent qu'une telle décision est un acte faisant grief et donc susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation.

Limité à une appréciation manifestement erronée, le contrôle de la dénaturation des éléments de preuve affermit les exigences qui s'imposent aux institutions et aux juridictions de l'Union au titre de l'examen effectif des preuves. Par ailleurs, ce moyen est un élément important du contrôle juridictionnel qui se révèle particulièrement adapté pour sanctionner une méconnaissance en matière de preuve, tant en ce qui concerne les décisions des institutions que celles des juridictions. Comme nous le verrons (1113), la dénaturation des éléments de preuve est un contrôle de la pertinence des preuves retenues.

L'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif en matière de preuve devant les juridictions de l'Union permet de rendre compte de l'importance de la question probatoire. Il reste néanmoins des « zones d'ombre » dans la protection des garanties procédurales que le contrôle juridictionnel ne dissipe pas totalement. Devant les juridictions nationales, l'obligation d'un examen effectif en matière de preuve se pose à travers les exigences qui leur incombent lorsqu'elles appliquent le droit de l'Union.

B. L'obligation d'un examen effectif en matière de preuve devant les juridictions nationales

Devant les juridictions nationales, l'obligation d'un examen effectif en matière de preuve est consacrée au titre de l'obligation d'interprétation conforme (1). L'importance des règles de preuve a conduit également à reconnaître la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de la méconnaissance du droit de l'Union par les juridictions nationales (2).

1. L'obligation d'interprétation conforme en matière de preuve

L'obligation d'interprétation conforme signifie que le juge national doit, afin de permettre l'application effective des normes du

(1112) Sur ce point, voy. Section 2, §1. A. de ce chapitre.

(1113) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. A. de la Seconde partie de la thèse.

332 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

droit de l'Union, interpréter son droit national « *dans toute la mesure de possible à la lumière du texte (...) et de la finalité* » (1114) des dispositions pertinentes invoquées devant lui. Cette obligation trouve son fondement dans l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE) qui impose aux juridictions nationales d'assurer l'effet utile de la norme de l'Union et de tirer les conséquences de l'effet contraignant des actes de droit dérivé. Cette obligation s'impose au juge interne, en dehors de toutes références à l'éventuel effet direct de la disposition de l'Union (1115) en cause et ce, quelle que soit la marge d'appréciation accordée au juge par son droit national (1116).

Toutefois, l'obligation d'interprétation conforme ne doit pas aboutir à une interprétation *contra legem* du droit national applicable (1117). Dans ce cas, le juge national doit prendre en considération « *l'ensemble du droit national pour apprécier dans quelle mesure celui-ci peut recevoir une application telle qu'il n'aboutit pas à un résultat contraire à celui visé* » (1118) par le droit de l'Union. Ainsi, la Cour de justice a estimé que « *si le droit national, par l'application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, permet, dans certaines circonstances, d'interpréter une disposition de l'ordre juridique interne de telle manière qu'un conflit avec une autre norme de droit interne soit évité ou de réduire à cette fin la portée de cette disposition en ne l'appliquant que pour autant qu'elle est compatible avec ladite norme, la juridiction a l'obligation d'utiliser les mêmes méthodes en vue d'atteindre le résultat poursuivi* » (1119). À cet égard, la Cour de justice a précisé que « *le principe d'interprétation conforme requiert néanmoins que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité (...) et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci* » (1120).

(1114) CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec. p.* I-4135, pt 8.

(1115) CJCE, 20 mai 1976, *Quirino Mazzalai*, aff. 111/75, *Rec. p.* 657, pt 10.

(1116) Voy. notamment l'évolution de la jurisprudence dans ce sens CJCE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson*, aff. 14/83, arr. préc., pt 28 ; CJCE, 4 février 1988, *Mary Murphy*, aff. 157/86, *Rec. p.* 673, pt 11. ; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, arr. préc., pt 8 ; CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, arr. préc., pt 32 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi*, aff. C-357/06, *Rec. p.* I-12311, pt 28.

(1117) CJCE, gd. ch., 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler*, aff. C-212/04, arr. préc., pt 110.

(1118) CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, arr. préc., pt 47.

(1119) CJCE, gd. ch., 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer*, aff. jtes C-397/01 à C-403/01, *Rec. p.* I-8835.

(1120) CJCE, gd. ch., 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler*, aff. C-212/04, arr. préc., pt 111.

En matière de preuve, la Cour de justice a eu à préciser l'étendue de l'obligation d'interprétation conforme dans l'affaire *Commission c. Italie* (1121). Dans cette affaire, la Cour de justice devait se prononcer sur le manquement de l'Italie du fait de l'interprétation donnée par les juridictions nationales de la loi italienne concernant le régime de preuve pour la récupération des taxes indûment versées. Aux termes de l'article 29 §2, de cette loi « *les droits de douane à l'importation, les impôts de consommation, la surtaxe sur le sucre et les droits d'État perçus en application de dispositions nationales incompatibles avec la législation communautaire sont remboursés, à moins que la charge correspondante ait été répercutée sur d'autres sujets* ».

Dans l'arrêt *Dilexport* (1122), la Cour de justice avait déjà estimé que cet article pouvait donner lieu à deux interprétations différentes de la part des juridictions nationales quant à la compatibilité du régime de la preuve : l'une retenant l'existence d'une présomption de répercussion des taxes par l'opérateur économique, donc incompatible avec le droit de l'Union ; l'autre permettant à l'Administration nationale fiscale de prouver par tous les moyens de preuve généralement admis par le droit national la répercussion des sommes indûment perçues, donc compatible avec le droit de l'Union.

La Commission avait constaté que l'interprétation retenue par la *Corte suprema di cassazione* aboutissait à instaurer une présomption de répercussion, présomption qui avait été jugée antérieurement par la Cour de justice incompatible avec le droit de l'Union dans la mesure où elle rendait impossible ou excessivement difficile la récupération des sommes indûment versées. Elle privait ainsi l'opérateur économique de l'exercice effectif du droit au remboursement qu'il tire du droit de l'Union (1123).

La Cour de justice a constaté le manquement de la République italienne en précisant qu'il appartenait au législateur de modifier la législation nationale afin d'éviter les interprétations divergentes jurisprudentielles.

(1121) CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc.; CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, arr. préc. pt 44.

(1122) CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, arr. préc., pts 32 et 33.

(1123) En l'espèce une telle constatation résultait d'une lecture combinée de l'article 116 du code de procédure civile italien 1996 et de l'article 29 §2 de la loi en cause, qui établit la preuve de la répercussion des taxes versées du fait de la non-représentation de documents comptables et du fait que les taxes sont normalement répercutées. Voy. CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc.

334 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

La solution retenue tire les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice quant aux principes relatifs à la charge de la preuve dégagés en matière de répétition de l'indu et de l'incompatibilité de la législation nationale antérieurement constatée (1124). En effet, la Cour de justice a procédé à un examen d'ensemble du raisonnement retenu par les juridictions et autorités nationales pour constater qu'il conduisait à une présomption de répercussion incompatible avec le droit de l'Union. La solution, en ce sens, ne paraît pas novatrice.

L'intérêt de l'arrêt réside dans l'accent qu'il met, même implicitement, sur le rôle des juridictions suprêmes dans l'application effective du droit de l'Union. Dans ses observations, le gouvernement italien observait que l'appréciation de la répercussion de telles taxes relevait de la compétence du juge de fond dans la mesure où il s'agissait d'une question de fait et qu'il demeurait libre dans l'appréciation des preuves (1125). Par conséquent, la preuve matérielle de la répercussion échappait à la compétence de la *Corte suprema di cassazione*. Son contrôle se bornait à poser certains principes généraux relatifs à l'administration de la preuve, en fonction de circonstances procédurales qui peuvent varier selon les litiges (1126).

Or, une telle présentation, à notre sens, ne permet pas de rendre compte de la nature du contrôle exercé par la juridiction de cassation. En effet, si l'appréciation matérielle des éléments de preuve quant à l'établissement de la répercussion de la taxe relève de la libre appréciation des juges de fond et échappe au contrôle de la juridiction de cassation, il n'en demeure pas moins que celle-ci vérifie l'exactitude de la qualification juridique des faits. La juridiction de cassation examine ainsi si les faits de la cause, tels qu'ils sont énoncés dans l'arrêt attaqué, rentrent bien dans la catégorie juridique à laquelle les juges du fond les ont rattachés, ce qui justifie l'application d'un régime juridique déterminé. Par conséquent, la juridiction de cassation contrôle la façon dont le juge de fond a appliqué les règles de preuve correspondant à l'action en répétition de l'indu et vérifie s'il avait imposé ou non à l'opérateur économique d'apporter la preuve de la non-répercussion de la taxe. Il

(1124) CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Italie*, arr. préc., pt 13 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, arr. préc., pts 32 et 33.

(1125) CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc., pt 22.

(1126) La Cour de justice a déjà jugé que l'établissement matériel de la répercussion de la taxe relève de la libre appréciation des juges de fond en tenant compte de « plusieurs facteurs qui entourent chaque transaction commerciale et la différencient d'autres cas situés dans d'autres contextes » : voy. CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, arr. préc., pt 25 ; F. BERROD, N. NOTARO, note sous l'arrêt CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, *RTDE*, 1998, pp. 143 à 146.

ne s'agit plus d'une question de fait, mais d'un problème de droit dont la cohérence est préservée par l'interprétation que lui donne le juge de cassation. En ce sens, une juridiction de cassation peut méconnaître le droit de l'Union en raison de l'interprétation qu'elle donne aux règles de preuve. Comme nous le verrons, cette possibilité peut être un cas d'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'activité juridictionnelle (1127).

L'obligation d'interprétation conforme a été également étendue pour les dispositions relevant de l'ancien pilier « Coopération policière et judiciaire en matière pénale ». L'arrêt *Maria Pupino* a précisé à cet effet que « le principe d'interprétation conforme s'impose au regard des décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. En appliquant le droit national, la juridiction de renvoi appelée à interpréter celui-ci est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la décision-cadre afin d'atteindre le résultat visé par celle-ci » (1128). En matière pénale, toutefois, cette obligation s'applique de manière différente. Elle se trouve limitée par les principes généraux du droit de l'Union, notamment le principe de la sécurité juridique et de non-rétroactivité, et elle ne peut pas « par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un État membre (...) de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale » (1129).

En l'espèce, la Cour de justice a estimé que les modalités d'administration de la preuve ne concernaient pas la responsabilité pénale du requérant. Par conséquent, le juge national devait interpréter, dans la mesure du possible les modalités de preuve nationales au regard des objectifs de la décision-cadre invoquée (1130). À cet effet, il devait aménager l'audition des enfants victimes afin de leur assurer un niveau de protection approprié, tel qu'exigé par la décision-cadre. En cas de doute, la Cour de justice invite le juge national à utiliser la possibilité qui lui est offerte à l'article 267 TFUE de la saisir d'une question préjudicielle en interprétation.

(1127) Sur ce point, voy. les développements du 2. de ce B.

(1128) CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, arr. préc., pt 43. Voy. comm. L. RINUY, *RAE*, 2005, p. 482.

(1129) CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò c. X*, aff. 14/86, *Rec.* p. 2545, pt 19 ; CJCE, 8 octobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. 80/86, *Rec.* p. 3969, pt 13 ; CJCE, 7 janvier 2004, *Procédure pénale c. X*, aff. C-60/02, *Rec.* p. I-651, pts 60 et 61.

(1130) En l'espèce il s'agissait de la décision-cadre 2001/220/JAI, du 15 mai 2001, relative au statut des victimes dans le cadre des procédures pénales, *JO* n° L 82 du 22 mars 2001, p. 1.

336 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

La portée de l'obligation d'interprétation conforme doit néanmoins être relativisée dans la mesure où elle dépend de la libre appréciation du juge national. En effet, récemment, le Conseil d'État français n'a pas saisi l'occasion qui se présentait à lui d'interpréter conformément au droit de l'Union le régime probatoire de la discrimination (1131). Dans l'affaire *Mme Perreux* (1132), la Haute juridiction administrative française a jugé que l'acte de droit dérivé invoqué par la requérante n'était pas applicable en l'espèce. Par conséquent, pour décider des règles de preuve qui doivent s'appliquer à la discrimination, la juridiction s'est référée expressément aux dispositions constitutionnelles nationales pour aboutir finalement au même constat que la Cour de justice quelques années plus tôt quant à la preuve de la discrimination.

Les précisions apportées par la jurisprudence quant à l'obligation de l'interprétation conforme rendent, toutefois, compte de ce que l'application des règles de preuve par les juridictions nationales peut avoir des répercussions sur la protection effective des droits conférés par le droit de l'Union. À cet égard, la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de l'activité juridictionnelle n'est plus exclue.

2. La responsabilité de l'État et les violations du droit de l'Union imputables aux juridictions nationales en matière de preuve

La responsabilité de l'État du fait d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne imputable à la juridiction nationale est un principe inhérent aux traités. Sa consécration est le résultat d'une évolution jurisprudentielle qui affirme la possibilité pour les justiciables de disposer d'un droit à réparation en raison d'une méconnaissance du droit de l'Union imputable à l'État. L'application des règles de preuve et leur interprétation peuvent aboutir à une méconnaissance manifeste du droit de l'Union. Cette méconnaissance est susceptible de constituer un manquement aux obligations découlant des traités (a). Dans un tel cas, la jurisprudence a reconnu aux particuliers le droit d'obtenir réparation des dommages causés imputables aux juridictions nationales (b).

(1131) D. RITLÉNG, « L'arrêt *Perreux* ou la fin de l'exception française », *RTDE* 2009, p. 227.

(1132) Sur cet arrêt et ses conséquences en matière de preuve, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2. B. 2. de la Seconde partie de la thèse.

a) *Le manquement judiciaire*

En vertu du principe de l'unité de l'État dans l'ordre juridique de l'Union, un manquement peut être reproché à l'État du fait de ses juridictions. Si la doctrine s'accorde sur le principe même du manquement judiciaire (1133), la notion de manquement judiciaire n'est pas explicitement tranchée dans la jurisprudence. Compte tenu de la spécificité de l'activité juridictionnelle, il est difficile de déterminer avec précision la méconnaissance de quelles obligations pesant sur les juridictions nationales est susceptible d'être reprochée à l'État membre (1134). Comme le remarque le professeur Ami Barav, dans sa thèse, on pouvait légitimement penser que la méconnaissance de l'obligation de renvoyer à la Cour de justice une question préjudicielle pesant sur les juridictions nationales était susceptible de constituer un « *manquement judiciaire* ». Il a d'ailleurs souligné que cette possibilité se trouve remise en cause par la théorie de l'acte clair consacrée dans l'arrêt *CILFIT* (1135) qui rend plus difficile la qualification d'un tel manquement (1136).

La jurisprudence de la Cour reste également ambiguë sur la question de savoir si un tel manquement peut être constaté lorsque la décision des juridictions nationales est incompatible avec le droit de l'Union (1137).

(1133) J. MERTENS DE WILMARS, I.M. VEROUĞSTRAETE, « Proceedings against Membre States for failure to fulfill their obligations », *CML Rev.*, 1970, p. 385 ; P. CAHIER, « Les articles 169 et 171 du traité instituant la Communauté économique et européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *CDE*, 1974, p. 8 ; A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse, *op. cit.*, pp. 124 à 163 ; D. SIMON, « Recours en constatation en manquement », *J.-Cl. Europe*, *op. cit.*, n° 26 ; D. SIMON, « La condamnation indirecte du « manquement judiciaire » : le juge national doit être asservi par le législateur au respect du droit communautaire », *Europe*, mars 2004, chr. 4, p. 8 ; J.-V. LOUIS, « Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation en manquement » in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 236.

(1134) A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse, *op. cit.*, pp. 124 à 163.

(1135) CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.* p. 3415, pt 10 ; voy. également H. RASMUSSEN, « The European court's acte clair strategy in C.I.L.F.I.T. Or : Acte clair, of course ! But what does it mean ? », *EL Rev.*, 1984, pp. 242 à 259.

(1136) A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse, *op. cit.*, pp. 124 à 163 ; voy. également, D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle », *RTDE*, 2001, pp. 397 et s.

(1137) Une telle question s'est déjà posée à la Cour dans l'affaire *Deutsche Renault* au sujet de la jurisprudence allemande concernant le risque de confusion en matière de marque. La Cour a estimé que « la protection, octroyée par un droit national, contre ce dernier risque de confusion ne saurait être censurée sur le fondement du droit communautaire dès lors qu'elle correspond à l'objet spécifique du droit des marques qui, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, est de protéger le titulaire contre le risque de confusion ». (CJCE, 30 novembre 1993, *Deutsche Renault AG*, aff. C-317/91, *Rec.* p. I-6227, pt 37). La Commission avait déjà saisi la Cour de justice d'un manquement judiciaire, mais ce dernier a été déclaré irrecevable. Voy. par exemple, CJCE, 31 mars 1992, *Commission c. Danemark*, aff. C-52/90, *Rec.* p. I-2187, pt 7.

338 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Pour la première fois dans l'arrêt *Commission c. Italie* (1138), la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur un manquement de l'État imputable à ses juridictions. En l'espèce, l'interprétation donnée par les juridictions nationales italiennes du régime de preuve était incontestablement à l'origine du manquement dès lors qu'elle méconnaissait la position de la Cour de justice relative à la répartition de la charge de la preuve entre l'opérateur économique et l'Administration nationale fiscale. En effet, l'interprétation retenue par la *Corte suprema di cassazione* faisait peser sur le particulier une présomption de répercussion que la Cour avait déjà jugée contraire au droit de l'Union (1139).

La Cour de justice s'est fondée sur l'interprétation donnée par la *Corte suprema di cassazione* pour constater le manquement de la République italienne. Comme nous l'avons vu, elle a imputé ce manquement au législateur national (1140).

Cet arrêt confirme la jurisprudence de la Cour de justice qui pour, l'heure, reste encore réticente à constater le manquement de l'État imputable à ses juridictions (1141). Si celle-ci ne tranche pas de manière explicite la question du manquement judiciaire, dans ce cas de figure, elle privilégie la voie de la réparation des dommages causés aux particuliers pour les violations du droit de l'Union du fait de l'application des règles de preuve par les juridictions nationales.

b) *Le droit à réparation pour les dommages causés aux particuliers du fait de l'application des règles de preuve par les juridictions nationales*

Le droit à réparation pour les dommages causés aux particuliers du fait de la violation du droit de l'Union trouve son fondement dans les traités (1142). Dans l'arrêt *Francoovich et Bonifaci*, la Cour de

(1138) Aff. C-129/00, arr. préc.

(1139) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 14, voy. CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, arr. préc., pt 17 ; CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, arr. préc., pt 25. Voy. R. МЕНДИ, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 235.

(1140) Pour une présentation des faits de l'arrêt, voy. 1. de ce B.

(1141) L. COUTRON, « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux semblant ? », *RAE*, n°4, 2005, pp. 660 et s.

(1142) G. VANDERSANDEN, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire », in G. VANDERSANDEN, M. DONY (dir.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 5 à 58.

justice a estimé que « *la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre* » (1143). Ce droit à réparation découle également de l'obligation qui a été faite aux États membres, en vertu de l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE), d'assurer « *le plein effet des normes communautaires [qui] est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus* » (1144) par le droit de l'Union.

L'arrêt *Brasserie de pêcheur et Factortame III* a consolidé le principe de responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers du fait de la violation du droit de l'Union. Ce « *droit à réparation constitue le corolaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions (...) dont la violation est à l'origine du dommage causé* » et est « *valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement* » (1145).

(1143) CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357, pt 33 ; voy. également M. WATHELET, S.VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire, vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? » *CDE*, 1997, p. 13 ; D. SIMON, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire. La jurisprudence *Brasserie du Pêcheur*, *Factortame*, *British Telecom*, *Hedley Lomas*... », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 489 à 499 ; L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, aff. jtes. C-46/93 et C-48/93 », *RFDA*, 1996, pp. 583 à 595.

(1144) CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, arr. préc., pt 36.

(1145) CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. I-1029, pts 22 et 32 ; voy. également la jurisprudence abondante : CJCE, 26 mars 1996, *British Telecommunications*, aff. C-392/93, *Rec.* p. I-1631, pt 38 ; CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, *Rec.* p. I-2553, pt 24 ; CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*, aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94 à C-190/94, *Rec.* p. I-4845, pt 20 ; CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit International BV*, aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, *Rec.* p. I-5063, pt 47 ; CJCE, 2 avril 1998, *Norbrook Laboratories Ltd*, aff. C-127/95, *Rec.* p. I-1531, pt 106 ; CJCE, 24 septembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH*, aff. C-319/96, p. I-5255, pt 24 ; CJCE, 4 juillet 2000, *Salomone Haim*, aff. C-424/97, *Rec.* p. I-5123, pt 26 ; CJCE, 18 janvier 2001, *Stockholm Lindöpark*, aff. C-150/99, *Rec.* p. I-493, pt 36 ; CJCE, 28 juin 2001, *Larsy*, aff. C-118/00, *Rec.* p. I-5063, pt 34 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, arr. préc., pts 32 à 40 ; CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, arr. préc., pts 31 et 32.

340 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

L'arrêt *Köbler* (1146) précise que, dans l'exercice de sa fonction de juge de droit commun du droit de l'Union, le juge national peut lui-même commettre une méconnaissance du droit de l'Union du fait de sa décision et, partant, ne pas garantir la protection juridictionnelle effective des particuliers. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le principe de responsabilité de l'État du fait de ses juridictions est fondé sur « *le rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires* » et que « *la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort* » (1147).

Toutefois, la responsabilité de l'État ne peut être engagée que pour les juridictions statuant en dernier ressort et « *dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable* » (1148). À cet égard, la méconnaissance du droit de l'Union peut résulter de l'application des règles de preuve par la juridiction statuant en dernier ressort. Une telle violation peut résulter de l'appréciation des éléments de faits et de preuve et, de manière plus générale, de l'interprétation du régime de preuve instauré par la loi, comme nous l'avons vu (1149).

Ce cas d'ouverture de la responsabilité de l'État du fait des juridictions nationales a été expressément consacré dans l'arrêt *Traghetti del Mediterraneo Spa c. la République italienne* (1150). Dans cet arrêt, la Cour de justice devait se prononcer sur le principe et les conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle des États membres pour les dommages causés aux particuliers par une violation du droit de l'Union imputable à ses juridictions nationales. En l'espèce, la société *Traghetti* avait engagé une procédure en responsabilité contre l'État italien devant le *Tribunale di Genova* afin d'obtenir réparation pour le

(1146) CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, arr. préc., voy. D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême. A propos de l'arrêt *Köbler* », CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Europe*, novembre 2003, chr. 12, p. 3.

(1147) CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, arr. préc., pt 34.

(1148) *Ibid.*, pt 53.

(1149) CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc. Voy. sur ce point, les développements du I. de ce B.

(1150) CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, arr. préc. ; comm. F. HERVOUËT, *RAE*, 2006, p. 370.

préjudice qu'elle aurait subi du fait la décision de la *Corte suprema di cassazione* l'ayant déboutée de sa demande. La société Traghetti reprochait à la juridiction italienne d'avoir retenu une interprétation erronée des règles relatives à la concurrence et aux aides d'État et, surtout, d'avoir refusé de soumettre à la Cour de justice des questions préjudicielles conformément à l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 234 §3, du traité CE (devenu article 267 §3, TFUE).

L'État italien estimait que cette action en responsabilité n'était pas recevable dans la mesure où la loi italienne organisant la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions limitait l'action en responsabilité aux cas de faute grave ou de dol et excluait toute responsabilité en ce qui concerne l'interprétation des règles de droit et l'appréciation des faits et des preuves. Le *Tribunale di Genova* a sursis à statuer et adressé à la Cour de justice une question préjudicielle relative au principe de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit de l'Union imputable à ses juridictions. Plus particulièrement, le *Tribunale di Genova* cherchait à savoir quelle était la conséquence des exclusions prévues par la loi italienne pour le droit à réparation dont disposaient les particuliers en vertu du droit de l'Union.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a estimé que le droit de l'Union s'opposait aux limitations quant à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des juridictions nationales. Elle a jugé que l'exclusion de la responsabilité de l'État « *du fait que la violation du droit [de l'Union] découle d'une interprétation des règles de droit (...)* », ou d'appréciation des preuves, « *reviendrait à vider de sa substance même* » (1151) le droit à réparation reconnu aux particuliers.

Cette position est intéressante parce qu'elle met en exergue, même de manière implicite, la question de la preuve au regard de la réalisation effective des droits conférés par le droit de l'Union. En effet, l'interprétation de la règle de droit et l'appréciation des éléments de fait et de preuve constituent « *l'essence même de l'activité juridictionnelle* » (1152). Le juge national peut retenir une interprétation « *manifestement erronée* » du droit de l'Union qui peut résulter de l'application des règles de preuve. Cette application peut aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de preuve (1153).

(1151) CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, arr. préc., pt 36.

(1152) CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, arr. préc., pts 34 et 38. Voy. également sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2 de la Seconde partie de la thèse.

(1153) CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc.

342 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

Cette méconnaissance peut émaner d'une juridiction statuant en cassation (1154) en raison du contrôle qu'elle exerce sur les règles de preuve (1155) à l'encontre d'une décision du juge de premier degré, comme nous l'avons vu (1156).

Dès lors, la responsabilité de l'État du fait des juridictions nationales en cas de méconnaissance du droit de l'Union du fait de l'application des règles nationales de preuve correspond parfaitement à la conciliation entre les exigences d'uniformité d'application du droit de l'Union et le rôle central des juridictions nationales en matière de preuve dans la sauvegarde des droits des particuliers (1157). Cette responsabilité est également en cohérence avec la position des juridictions de l'Union qui, comme nous l'avons vu (1158), privilégient la voie indemnitaires lorsqu'il s'agit de sanctionner une méconnaissance des garanties procédurales en matière de preuve.

Admise dans son principe, cette responsabilité connaît néanmoins certaines limites (1159). La règle de droit de l'Union violée doit avoir pour effet de conférer des droits aux particuliers. De plus, la violation doit être manifestement caractérisée (1160). Cette violation caractérisée s'apprécie en fonction de « *la clarté et de la précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit (...) ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de* » (1161) l'article 267 §3, TFUE. Il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas en tenant compte du contexte particulier de chaque affaire et de la disposition du droit de l'Union applicable.

(1154) Voy. également D. SIMON, *Europe*, 2006, comm. 232, p. 10.

(1155) R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations*, op. cit., pp. 134 à 143 ; J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2003, 723 p. ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 28^{ème} éd., 2006, pp. 1275 et s. ; D. JACQUEMART, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1957, pp. 235 et s. ; S. BOUSSARD, *L'étendu du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'exercice de pouvoir*, thèse, Dalloz, 2002, pp. 202 et s. Voy. également la recevabilité d'un pourvoi devant les juridictions de l'Union pour la méconnaissance des règles de preuve, sur ce point, voy. A. de ce paragraphe.

(1156) Sur ce point, voy. les développements du B. 1. de ce paragraphe.

(1157) F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? », *RTDE*, 1997, p. 74. Selon cet auteur, le droit à réparation permet au particulier de faire valoir ses droits lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité d'engager une procédure juridictionnelle.

(1158) Voy. sur ce point, Section 2, §1. A. 1. b) de ce chapitre.

(1159) J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in L. AZOULAI, L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, op. cit. p. 255. Selon cet auteur, l'arrêt Köbler est un « *panopticon des problèmes de la justice que leur solution* ».

(1160) CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, arr. préc., pts 104 et s.

(1161) *Ibid.*, pt 55.

Si la méconnaissance du système de preuve dégagé par la Cour de justice et de l'obligation de renvoi est désormais le cas de figure de la responsabilité de l'État du fait de ses juridictions, cet arrêt laisse en suspens la question de la mise en œuvre de cette responsabilité. En effet, la mise en œuvre de cette responsabilité est déterminée par le droit national selon les conditions procédurales internes, notamment en ce qui concerne les délais de recours et les juridictions nationales compétentes (1162). Il s'agit d'un des points non éludés par la jurisprudence (1163). Le renvoi au droit national fait ainsi intervenir la logique des principes d'équivalence et d'effectivité (1164) afin de garantir la réalisation effective du droit à réparation reconnu.

(1162) P. ARDANT, *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1956, pp. 200 et s.

(1163) Voy. pour la même observation devant les juridictions de l'Union, les développements du A. 1. de ce paragraphe.

(1164) Pour les éléments à prendre en considération au titre de ces principes, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B. de cette partie de la thèse.

CONCLUSION CHAPITRE 2

Les garanties procédurales en matière de preuve poursuivent un objectif d'efficacité et de légitimité des mécanismes de la coopération administrative et judiciaire des preuves. Ces garanties reposent sur une conciliation entre, d'une part, le pouvoir le plus étendu reconnu aux autorités nationales et à celles de l'Union pour rechercher et obtenir des preuves et, d'autre part, la nécessaire protection des droits des intéressés. L'étude de cette conciliation a permis de rendre compte de l'évolution du droit de l'Union et de la jurisprudence au regard des droits individuels dès le stade de l'enquête préalable. À cet égard, l'exigence de loyauté de la preuve met en évidence l'importance accordée au respect des droits de la défense et à la protection des informations personnelles et confidentielles afin de garantir la régularité de la preuve obtenue et son utilisation postérieure. Pour garantir l'effectivité de la loyauté de la preuve, le droit de l'Union européenne pose également l'obligation d'un contrôle juridictionnel effectif. Préoccupation fondamentale du système juridique de l'Union, la protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union se caractérise par la dualité des voies de droit prévues par les traités et par le droit national. L'analyse de cette dualité des voies de droit démontre que le contrôle juridictionnel est d'une intensité variable selon qu'il s'agit des juridictions de l'Union ou selon qu'il s'agit des juridictions nationales.

CONCLUSION TITRE 2

Pour rendre compte des principes qui garantissent l'effectivité de la preuve dans le droit de l'Union européenne, il a fallu envisager la preuve au regard de la compétence d'exécution reconnue aux États membres en raison de l'application décentralisée du droit de l'Union européenne. L'analyse de cette compétence a montré que son exercice effectif dépend de mécanismes simplifiés et rapides en matière de recherche des preuves. À cet égard, l'étude a permis de montrer que les principes qui garantissent l'effectivité de la preuve dans le droit de l'Union poursuivent un double objectif : assurer une libre circulation et une libre utilisation des preuves au sein de l'Union. La poursuite de ce double objectif a conduit à la mise en place de la technique de la coopération administrative et judiciaire pour l'organisation de la recherche des preuves. Instrument privilégié de la mise en œuvre du droit de l'Union, cette coopération implique l'instauration de garanties procédurales qui conditionnent la régularité des preuves et leur utilisation postérieure. Ces garanties procédurales, fondées sur une confiance mutuelle entre les systèmes juridiques nationaux, reposent sur une conciliation entre l'efficacité des pouvoirs de contrôle et de sanction des autorités et des institutions de l'Union et la protection des droits que les particuliers tirent des droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union. À cet égard, l'étude a démontré que l'effectivité de la preuve dans le droit de l'Union se manifeste dans l'exigence d'une preuve loyale et d'un contrôle juridictionnel effectif.

Toutefois, l'étude de cette double exigence a révélé l'incohérence qui peut subsister dans la protection et la sanction de la méconnaissance des garanties accordées. Elle invite à réfléchir sur la nécessité d'envisager la recherche des preuves dans une logique plus intégrative allant au-delà de la simple coopération administrative et judiciaire.

CONCLUSION PARTIE 1

Au terme de cette première partie, notre étude a mis en évidence le fait que le droit de l'Union s'est intéressé à la preuve de manière progressive à l'occasion de questions bien précises liées à la structure et à la finalité de la construction européenne. Cet intérêt progressif montre que la preuve n'est pas depuis l'origine une préoccupation essentielle dans le droit de l'Union. À la différence des politiques et des actions communes expressément prévues par les traités, la question probatoire se développe en marge de l'évolution de la construction européenne en raison de la spécificité des règles qui la gouvernent et de leur concrétisation dans le droit de l'Union européenne.

Envisagée *a priori* comme relevant de l'action normative des États membres, la preuve ne peut s'appréhender qu'au travers de l'articulation des compétences entre les États membres et l'Union. L'élaboration des règles de preuve revient aux États membres qui disposent de l'autonomie pour déterminer les modalités de preuve dans le droit de l'Union européenne. L'analyse, fondée sur une approche fonctionnelle de la preuve, a permis néanmoins de rendre compte de ce que l'exercice de l'action normative nationale en matière de preuve doit permettre la réalisation effective du droit de l'Union et des droits que celui-confère à ses destinataires.

La reconnaissance d'un principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale et de son encadrement par les exigences découlant des traités a permis d'envisager la preuve comme instrument effectif de la mise en œuvre du droit de l'Union. À cet égard, l'application décentralisée du droit de l'Union implique que les autorités et juridictions nationales disposent de mécanismes rapides et efficaces de recherche et d'obtention des preuves. Afin de garantir une libre circulation et une libre utilisation des preuves recueillies, le droit de l'Union européenne pose l'exigence d'une preuve loyale et d'un examen juridictionnel effectif qui conduisent à l'affermissement des garanties procédurales. La prise en compte par le juge de ces garanties et des règles de preuve donne la mesure de l'importance de la preuve dans le droit de l'Union européenne. À cet égard, l'étude a montré que les règles de preuve participent à la concrétisation d'une protection juridictionnelle effective, préoccupation fondamentale inhérente au système juridique de l'Union.

350 LES PRINCIPES GARANTISSANT L'EFFECTIVITÉ DE LA PREUVE

La relation réciproque entre la preuve et les principes du droit de l'Union européenne façonne les règles de preuve et constitue leur socle commun. Par essence évolutive, cette relation n'est pas figée et se construit selon le rythme de la construction européenne. Elle permet d'expliquer la raison d'être de telle ou telle règle de preuve et donne, par là même, l'impulsion nécessaire à l'émergence d'un droit de la preuve dans le droit de l'Union européenne.

L'émergence d'un droit de la preuve dans le droit de l'Union européenne doit être recherchée dans la logique qui soutient les règles de preuve, que ces dernières relèvent de la procédure ou du fond, qu'elles touchent à la recevabilité des preuves ou à la charge de la preuve, dès lors que l'on se trouve dans une situation qui commande l'application du droit de l'Union européenne.

Cette logique résulte, comme nous l'avons vu, de l'appréhension de la preuve comme un instrument de mise en œuvre du droit de l'Union européenne au regard de la compétence nationale d'exécution. Elle permet d'expliquer le caractère adaptable et flexible des règles de preuve imposé par les rapports juridiques à multiples facettes dont les acteurs sont non seulement les particuliers, les États et les institutions de l'Union, mais aussi le juge de l'Union et le juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union. Ce caractère adaptable et flexible des règles de preuve est consacré par le droit dérivé et la jurisprudence au titre de la liberté de la preuve laquelle permet de réguler au cas par cas la charge de la preuve, tout en mobilisant les principes inhérents à la structure de l'ordre juridique de l'Union.

L'émergence d'un droit de la preuve dans le droit de l'Union doit alors être recherchée dans l'affirmation de la liberté de la preuve (Titre 1) et dans la régulation pragmatique de la charge de la preuve (Titre 2).

Titre 1. L'affirmation de la liberté de la preuve dans le droit de l'Union européenne

Titre 2. La régulation pragmatique de la charge de la preuve dans le droit de l'Union européenne

TITRE 1

L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE DANS LE DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE

L’affirmation de la liberté de la preuve dans le droit de l’Union européenne étonne peu à première vue. La liberté de la preuve est un principe commun à l’ensemble du contentieux international et trouve naturellement application devant les juridictions de l’Union de par leur nature de juridictions internationales (1165).

Toutefois, la référence à la nature internationale des juridictions de l’Union n’est pas une justification satisfaisante de la liberté de la preuve dans le droit de l’Union européenne. À la différence des explications doctrinales qui cherchent à justifier la flexibilité des règles de preuve dans le contentieux international par référence à l’établissement d’une vérité matérielle (1166), l’affirmation de la liberté de la preuve dans le droit de l’Union européenne résulte des exigences posées par le système juridique lui-même (1167). Comme nous l’avons vu, les principes appliqués à la preuve et qui garantissent son effectivité découlent du système d’articulation des compétences nationales et de l’Union et leur étude a révélé l’impossibilité de choisir un système de preuve légale (1168). L’affirmation de la liberté de la preuve s’impose en raison des solutions de souplesse que ce système de preuve offre au regard des enjeux révélés de la preuve comme instrument de mise en œuvre du droit de l’Union européenne.

(1165) Pour une présentation du système probatoire devant les juridictions internationales voy. J.-Ch. WITTENBERG, « Théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 23 ; G. NIYUNGERO, *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.* ; F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l’homme*, *op. cit.*

(1166) Pour un exposé et une critique des positions doctrinales en contentieux international, voy. S. EL BOUDOUIH, *L’élément factuel dans le contentieux international*, thèse, Paris I, 2009, dact., pp. 25 et s.

(1167) Par ailleurs, la présente recherche se fonde sur une conception fonctionnelle de la preuve allant au-delà du résultat de l’opération probatoire devant le juge qui est de le convaincre du bien-fondé d’une thèse.

(1168) Voy. notamment les développements à ce sujet dans le Titre 1 de la Première partie de la thèse.

Comme l’avait déjà observé le professeur Jean-Philippe Colson « *la portée [du système de preuve libre] n’est pas la même* » (1169) selon que l’on se place du côté du justiciable ou du juge. Dans le droit de l’Union européenne, ce système de preuve est synonyme d’une liberté dans le choix des modes de preuve (Chapitre 1) qui est tempérée par la liberté dans l’appréciation des preuves avancées (Chapitre 2).

(1169) J.-Ph. COLSON, *L’office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 166.

CHAPITRE 1

LA LIBERTÉ DANS LE CHOIX DES MODES DE PREUVE

La liberté dans le choix des modes de preuve dans le droit de l'Union européenne signifie que tous les modes de preuve sont en principe admissibles (1170). Lorsqu'on parle en termes d'admissibilité des modes de preuve, il s'agit de désigner par quel moyen de preuve les allégations peuvent être prouvées et quelle sera la valeur accordée à ce moyen de preuve (1171). Il s'agit ainsi de déterminer non seulement quels sont les procédés de preuve admis, mais aussi quelle est leur force probante (1172).

Dans le droit de l'Union européenne, la liberté dans le choix des modes de preuve permet de recourir à une diversité des modes de preuve (Section 1). Cette liberté s'accompagne également de la reconnaissance de la même valeur probante à tous les modes de preuve. Elle aboutit ainsi à considérer qu'il n'y a pas *a priori* une hiérarchie entre les modes de preuve lorsqu'il s'agit de leur valeur probante (Section 2).

(1170) Dans le contexte du contentieux administratif, le professeur Pierre Pactet écrivait que « *la question de savoir comment la preuve doit être produite devant le juge présente une grande importance pratique car la réponse qui lui est donnée commande toutes les démarches des parties, ainsi que leurs rapports avec le juge* ». En effet, la production des preuves est intrinsèque à l'utilisation des différents modes de preuve dans l'instance judiciaire et renvoie à la question de leur admissibilité. P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, p. 134.

(1171) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1 de cette partie de la thèse.

(1172) F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, p. 514.

SECTION 1 – LA DIVERSITÉ DES MODES DE PREUVE ADMISSIBLES

La diversité des modes de preuve admissibles signifie que tous les moyens de preuve peuvent potentiellement être utilisés par les parties dès lors qu'il s'agit de prouver un fait déterminé appréhendé par le droit de l'Union européenne (1173). La typologie classique entre les preuves écrites et les preuves non écrites trouve naturellement appli-

(1173) Voy. CJCE, 16 juillet 2009, *Tomasz Rubach*, aff. C-344/08, arr. préc., pt 34. En l'espèce, la Cour de justice a interprété la liberté des modes de preuve comme corollaire de la présomption d'innocence.

cation. À cette distinction s’ajoute une nouvelle catégorie de preuve qui résulte de la dématérialisation des échanges commerciaux et de la communication électronique. Il s’agit en l’occurrence de la preuve issue des nouvelles technologies qui se présente sous un support électronique. Il convient donc d’examiner, tout d’abord, les preuves écrites (§1) et, ensuite, les preuves non écrites et celles issues des nouvelles technologies (§2) telles que prévues par le droit de l’Union.

§1. – Les preuves écrites

Traditionnellement, par le terme « *preuve écrite* » l’on désigne « *une preuve qui ne peut être valablement constituée que par la production d’un écrit* » (1174). Cet écrit, pour être admis à titre de preuve, doit lui-même être constitué selon des conditions fixées par une disposition juridique qui en détermine ainsi la validité. Dans le droit de l’Union européenne, la notion de « *preuve écrite* » renvoie à une double présentation de ce mode de preuve. Il s’agit à la fois d’un document écrit qui, pour être produit comme preuve, doit être établi selon les exigences fixées par la réglementation européenne ou par le droit national (1175). Cette double présentation de la preuve écrite permet de déterminer quel est le régime de la preuve documentaire. La notion de preuve documentaire dans le droit de l’Union européenne requiert une définition très large. En effet, le vocable « *preuve documentaire* » renvoie non seulement à un document écrit qui est préconstitué en vue de l’établissement des droits découlant du droit de l’Union européenne (A), mais aussi à tout document non préconstitué à des fins probatoires dont l’utilisation permet de corroborer les allégations des parties (B).

A. *L’admissibilité des documents préconstitués à des fins probatoires*

Les documents préconstitués expressément à des fins probatoires sont les certificats instaurés par la réglementation de l’Union. L’intérêt de prévoir de tels certificats et de leur pré-constitution réside dans leur utilisation postérieure comme preuve qui permet de justifier la situation de l’opérateur économique ou de l’État membre au regard du droit de l’Union européenne. À cet effet, ils seront exigés comme

(1174) Voy. « Preuve par écrit » in R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, op. cit., p. 303.

(1175) Pour une étude du document comme un mode de preuve en droit privé, voy. O. ODIC, *Les fonctions du document en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 148 et s.

preuve à titre exclusif. Leur régime juridique trouve justification dans le système même des certificats mis en place (1). L'exigence des certificats comme preuve exclusive peut présenter certains inconvénients pour la situation juridique de l'opérateur économique de bonne foi. En ce sens, l'évolution du droit de l'Union a permis un assouplissement des conséquences de cette exigence (2).

1. Le système douanier et de libre échange de l'Union, justification de l'exigence des certificats comme preuve exclusive

L'utilisation des certificats comme preuve à titre exclusif est prévue dans des domaines dans lesquels l'Union dispose d'une compétence exclusive (1176). Leur constitution est confiée à une autorité nationale compétente considérée comme telle par la réglementation de l'Union, selon des formalités bien précises et selon un modèle-type unique qui est souvent annexé à l'acte de droit dérivé concerné (1177). Les formalités strictes de son élaboration laissent une marge de manœuvre très limitée à l'autorité qui l'édicte, celle-ci disposant, toutefois, d'une liberté d'appréciation quant à l'exactitude des informations fournies par l'opérateur économique.

Leurs dénominations et leurs formes sont diverses. Il s'agit le plus souvent des certificats d'origine (1178), de circulation ou de contrôle sanitaire. La production de ce type de certificat est nécessaire afin d'obtenir une exonération des droits de douane ou de la taxe sur la valeur ajoutée (1179), un classement tarifaire préférentiel, des prélèvements agricoles, ou bien d'éviter tout contrôle national supplémentaire pouvant entraver inutilement la circulation au sein de l'Union des marchandises, des services ou des personnes.

Eu égard aux enjeux que ces certificats présentent pour le marché intérieur, ils constituent une modalité essentielle de l'application

(1176) Sur la question de la compétence de l'Union sur les certificats comme mode de preuve, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, A, de la Première partie de la thèse.

(1177) Voy. à titre d'exemple l'article 27 du règlement n° 2454/93 de la Commission, du 2 juillet 1993, fixant certaines dispositions d'application du règlement n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaire, *JO* n° L 253 du 11 octobre 1993, p. 1.

(1178) Pour une analyse critique du régime actuel, voy. J.-M. GAVE, « L'origine dans les régimes commerciaux préférentiels de la Communauté : une réforme impossible », *RAE*, 2005, pp. 598 et s.

(1179) Règlement n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire (*JO* n° L 302 du 19 octobre 1992, p. 1) fait à plusieurs reprises référence à des certificats d'origine, d'importation et d'exportation dont la production permet l'exonération des droits de douanes et de la TVA en cas de transit communautaire.

de la réglementation de l’Union concernée. Cela justifie que, dès lors que cette dernière exige la production d’un tel certificat, celui-ci doit être apporté comme preuve à titre exclusif. Leur caractère exclusif, à la différence des modes de preuve nationaux préconstitués, n’entrave pas les libertés de circulation (1180). Par ailleurs, la jurisprudence rappelle leur caractère essentiel et obligatoire. Son étude révèle sur ce point que, quel que soit le domaine concerné, les juridictions de l’Union se montrent extrêmement exigeantes dès lors que les certificats prévus n’ont pas été apportés.

Ainsi, par exemple, pour l’apurement des comptes au titre de FEAGA (ex-FEOGA), l’État demandeur doit apporter exclusivement comme preuve le certificat exigé pour le remboursement des aides versées (1181). À défaut, « *une aide versée en méconnaissance de cette condition n’est pas conforme au droit [de l’Union] et la dépense y afférente ne saurait donc, en principe, être mise à la charge du FEOGA, lors de l’apurement des comptes [parce que] la réglementation (...) n’autorise le paiement d’une aide qu’à la condition que certaines formalités de preuve soient observées* » (1182). Il s’agit d’une formalité substantielle et essentielle au remboursement de l’aide versée (1183). Il en est de même lorsque la réglementation de l’Union instaure un certificat de circulation qui conditionne le régime de prélèvement agricole (1184) ou bien lorsqu’il s’agit du paiement des droits de douane (1185).

Cette position jurisprudentielle est également très stricte en ce qui concerne les conditions de délivrance des certificats instaurés. Ainsi, la Cour de justice a estimé que les certificats phytosanitaires à l’exportation exigés par la réglementation applicable ne pouvaient être délivrés que par les autorités douanières expressément visées (1186) ou

(1180) Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, de la Première partie de la thèse.

(1181) CJCE, 7 février 1979, *Gouvernement français c. Commission*, aff. jtes 15 et 16/76, *Rec.* p. 321.

(1182) *Ibid.*, pt 10.

(1183) Voy. sur ce point la position de la Cour de justice au sujet d’un connaissance produit à titre de preuve à la place du certificat d’arrivée exigé, CJCE, 25 novembre 1980, *Belgique c. Commission*, aff. 820/79, *Rec.* p. 403, pt 7.

(1184) Voy. au sujet du certificat DD4, CJCE, 22 octobre 1970, *Paul Craeynest*, aff. 12/70, arr. préc., pt 7. Voy. également sur la même problématique pour l’admission au régime des prélèvements agricoles intracommunautaires et les difficultés d’obtenir un tel certificat auprès des autorités nationales voy. CJCE, 26 octobre 1971, *C. Mackprang c. Commission*, aff. 15/71, *Rec.* p. 175, pts 2 et 3. Dans cet arrêt, la Cour de justice ne s’est pas prononcé sur la demande de la requérante. Le recours de cette dernière a été rejeté comme irrecevable.

(1185) CJCE, 17 juillet 1997, *Pascoal*, aff. C-97/95, *Rec.* p. I-4209, pt 30.

(1186) Au sujet des certificats délivrés par les autorités douanières turques non visées par la réglementation communautaire voy. CJCE, 5 juillet 1994, *Pissouri Ltd et autres*, aff. C-432/92,

bien par « *les seuls organismes dûment habilités à cet effet par les autorités communautaires* » (1187).

La raison d'être d'une telle position jurisprudentielle est sans doute liée à la logique sur laquelle repose le système de certificats au sein de l'Union, notamment l'objectif poursuivi par l'acte de droit dérivé auquel participe l'introduction de ces certificats.

La justification du caractère obligatoire et essentiel des certificats comme mode de preuve trouve son fondement, en premier lieu, dans l'établissement du marché intérieur par l'élimination progressive « *de toutes entraves dans les échanges entre États membres au moyen de l'unification des formalités auxquelles se trouve soumis le commerce à l'intérieur* » (1188) de l'Union. En effet, le certificat permet « *d'assurer aux marchandises originaires des États membres le bénéfice des mesures de libération intracommunautaires (...)* ». Par conséquent, son utilisation, « *en tant que moyen de preuve uniforme, [doit être] rigoureusement identique* » (1189). Cet objectif peut être compromis si « *les administrations nationales pouvaient avoir recours à d'autres moyens de preuve, en dehors de la preuve d'origine établie dans la forme du (...) certificat* » (1190).

De même, dans l'arrêt *Gouvernement français c. Commission*, la Cour de justice avait estimé que « *la réglementation (...) est conçue en des termes qui ne laissent aux autorités nationales aucune faculté d'accepter d'autres preuves de la mise sous contrôle dans le pays destinataire autres que la preuve formelle que constitue l'exemplaire de contrôle du document du transit, dûment rempli et cacheté* » (1191).

L'établissement du marché intérieur impose que, en raison des conditions formelles exigées par la réglementation applicable, les certificats soient considérés comme une preuve écrite suffisante et permettent d'octroyer le bénéfice résultant de la réglementation. Leur simple production suffit, « *même après le franchissement de la frontière* » (1192).

Rec. p. I-3087, pt 41 : « Dans ces conditions, l'admission de certificats de circulation non délivrés par la République de Chypre constituerait, en l'absence d'une possibilité de contrôle et de coopération, une négation même de l'objet et de la finalité du système établi par le protocole de 1977 ».

(1187) CJCE, 18 mai 2000, *Schiavon Silvano*, aff. C-230/98, *Rec. p. I-3547, pt 54*.

(1188) CJCE, 22 octobre 1970, *Paul Craeynest*, aff. 12/70, *arr. préc.*, pt 5.

(1189) *Ibid.*, pts 6 et 7.

(1190) *Ibid.*, pt 8.

(1191) CJCE, 7 février 1979, *Gouvernement français c. Commission*, aff. jtes 15 et 16/76, *arr. préc.*, pt 14.

(1192) CJCE, 7 mars 1990, *Trend-Moden*, aff. C-117/88, *arr. préc.*, pt 20.

La justification du caractère obligatoire et essentiel des certificats est liée, en second lieu, à la logique du système de contrôle instauré. C’est un système administratif de contrôle *a posteriori* en cas de doute sur la véracité des éléments contenus dans le certificat. Ce système présente un avantage allant dans le sens d’une libéralisation des échanges au sein de l’Union, mais aussi permet de vérifier l’origine des produits afin de prévenir toute fraude. Ce système de vérification repose sur les mécanismes de coopération administrative qui permettent aux autorités d’un État membre de demander aux autorités d’un autre État membre ayant délivré le certificat de diligenter une enquête (1193). Cette enquête permettra par la suite, soit de refuser, soit d’accorder l’application de la réglementation concernée.

L’étude de la jurisprudence récente révèle que l’instauration de ce système administratif de contrôle permet aujourd’hui de fournir une explication au caractère exclusif des certificats comme preuve. Cette explication met l’accent sur l’importance du respect en toute circonstance des formalités de preuve exigées pour la coopération administrative que les actes de droit dérivé instaurent. La nécessité d’exiger des moyens de preuve uniformes à l’ensemble des États membres est justifiée par l’objectif d’instituer un système administratif qui « *repose sur le principe de la confiance institutionnelle et la coopération entre les autorités compétentes* » (1194) des États concernés. L’acceptation des certificats délivrés par les autorités d’un État membre « *montre que celles-ci ont une entière confiance dans le système de contrôle de l’origine des produits, tel qu’il est mis en œuvre par les autorités compétentes* » (1195) d’un autre État membre, notamment par les mécanismes

(1193) Pour l’étude de la coopération administrative entre les autorités nationales compétentes, voy. les développements du Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, de la Première partie de la thèse.

(1194) CJCE, 5 juillet 1994, *Pissouri Ltd et autres*, aff. C-432/92, arr. préc., pt 38 ; CJCE, 18 mai 2000, *Schiavon Silvano*, aff. C-230/98, arr. préc., pt 53.

(1195) CJCE, 5 juillet 1994, *Pissouri Ltd et autres*, aff. C-432/92, arr. préc., pt 39. Voy. également dans ce sens, CJCE, 12 juillet 1984, « *Les Rapides Savoyards* » et autres, aff. 218/83, Rec. p. 3105, pts 26 et 27 : « *La détermination de l’origine de la marchandise (...) est fondée sur une répartition des compétences entre les autorités douanières des parties à l’accord de libre-échange, en ce sens que l’origine est établie par les autorités de l’État d’exportation, le contrôle du fonctionnement de ce régime étant assuré grâce à la coopération entre les administrations intéressées de part et d’autre. Ce système est justifié par le fait que les autorités de l’État d’exportation sont le mieux placées pour vérifier directement les faits qui conditionnent l’origine. (...) Il a l’avantage de conduire à des résultats certains et uniformes en ce qui concerne l’identification de l’origine des marchandises et d’éviter par là, des détournements de trafic et des distorsions de concurrence dans les échanges. (...) Ce mécanisme ne peut toutefois fonctionner que si l’administration douanière de l’État d’importation reconnaît les appréciations portées légalement par les autorités de l’État d’exportation. La reconnaissance de telles décisions par les administrations douanières des États membres est*

de la coopération administrative. Un respect scrupuleux des procédures prévues se révèle nécessaire, plus particulièrement celles relatives à la délivrance (1196) et à l'exigence des certificats institués comme preuve exclusive (1197).

Toutefois, il convient de nuancer le propos lorsque l'opérateur économique se trouve dans une situation particulière. Tel est notamment le cas, lorsqu'au moment des importations, la réglementation applicable n'impose pas à l'opérateur économique d'apporter un certificat d'origine. Dans cette hypothèse, l'opérateur se trouvera dans l'impossibilité d'en obtenir un postérieurement, lorsqu'un tel certificat lui sera demandé par les institutions de l'Union. Le juge de l'Union a estimé que, dans ce cas de figure, l'exigence de la part des institutions de l'Union d'un certificat d'origine à l'exclusion de tout autre mode de preuve devait être considérée comme déniait « *le droit de produire des documents à décharge* » (1198). Il en est de même lorsque l'État membre n'a pas mis à disposition le certificat exigé par la réglementation applicable. Ainsi, le juge a estimé que l'opérateur économique pouvait se prévaloir d'autres moyens de preuve appropriés (1199). À part dans cette hypothèse exceptionnelle, la jurisprudence est claire. Les certificats sont exigés comme preuve exclusive.

Moyen efficace de la mise en œuvre de la coopération administrative entre les autorités nationales compétentes, le système des certificats présente un inconvénient majeur lié justement au contrôle *a posteriori*

nécessaire pour que la Communauté puisse réclamer à son tour, de la part des autorités des autres États liés à son égard dans le cadre des régimes de libre-échange, le respect des décisions prises par les autorités douanières des États membres relatives à l'origine des produits exportés de la Communauté vers ces États ».

(1196) Pour un exemple récent et l'application du même raisonnement au sujet de l'accord d'association CE-Israël relatif aux échanges commerciaux voy. CJUE, 25 février 2010, *Firma Brita GmbH*, aff. C-386/08, *Rec. p.* I-1289, pt 57 : « *les produits originaires des parties contractantes nécessitent une preuve de leur origine afin de bénéficier du traitement préférentiel. Cette exigence d'une preuve valable de l'origine émanant de l'autorité compétente ne saurait être considérée comme une simple formalité pouvant rester inobservée pour autant que le lieu d'origine soit établi par d'autres moyens de preuve. À cet égard, la Cour a déjà jugé que ne saurait être acceptée la validité de certificats délivrés par des autorités autres que celles nommément désignées dans l'accord d'association concerné* ».

(1197) Une telle considération résulte également de l'établissement même de l'union douanière. Voy. sur ce point G. VIGNAL, « La signification de l'Union douanière de la C.E.E », *RFFP*, 1983, pp. 21 à 49, spéc. pp. 45 et s. ; C. J. BERR, « Les litiges douaniers et des changes : solutions nationales ou communautaires », *RFFP*, 1983, pp. 244 et s.

(1198) Voy. TPICE, 26 septembre 2000, *Starway SA c. Conseil*, aff. T-80/97, *Rec. p.* II-3099, pt 112. Cette solution rejoint ainsi la position jurisprudentielle relative aux modes de preuve exigés à titre exclusifs pour accorder le bénéfice des droits découlant du droit de l'Union européenne. On renvoie à cet égard aux développements du Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, A de la Première partie de la thèse.

(1199) CJCE, 18 novembre 1975, *SpA Unil-It*, aff. 30/75, *Rec. p.* 1419, pts 15 et 16.

auquel il aboutit. Ce contrôle a pour conséquence le développement du recouvrement de la dette douanière *a posteriori*. Comme l’observait le professeur Claude Berr, ce recouvrement « *constitue aujourd’hui pour toutes les entreprises un risque réel et difficilement maîtrisable. Il suffit, pour que le problème se pose, qu’un importateur ait bénéficié d’un traitement tarifaire préférentiel obtenu sur la base d’un certificat d’origine irrégulièrement délivré par une autorité douanière. Il peut se voir réclamer, plusieurs années après, le paiement d’un supplément de droits, assortis de pénalités importantes* » (1200).

La situation se révèle donc particulièrement délicate en raison de la rigidité de la jurisprudence en ce qui concerne les moyens de preuve de l’origine des marchandises. L’exigence de ce certificat comme preuve exclusive n’a de conséquence que pour justifier la réunion des conditions exigées par la réglementation de l’Union. Si celui-ci fait défaut en raison de sa validité, l’opérateur économique ne peut plus s’en prévaloir. Or, cette situation au regard de la preuve est particulièrement dérangeante qui, en dehors de toute tentative de fraude, concerne un opérateur économique qui n’avait aucune raison de douter de la validité du certificat délivré. La question n’est donc pas tant celle de la preuve pour l’application de la réglementation que celle de rechercher une solution entre l’intérêt de l’opérateur économique de bonne foi et l’impératif lié à l’établissement du marché intérieur (1201).

L’arrêt *Pascoal* (1202) illustre parfaitement la situation à laquelle l’exigence de certificat de circulation à titre de preuve exclusive peut aboutir à l’égard d’un opérateur économique de bonne foi. En l’espèce, la société *Pascoal* a importé en Portugal des lots de cabillaud que son exportateur avait certifiés comme provenant du Groenland. En application de la réglementation pertinente, ces produits étaient exemptés des droits de douane à condition, toutefois, que leur origine fût établie par le certificat de circulation EUR 1 spécialement délivré à cet effet.

Après l’importation, les autorités portugaises avaient demandé aux autorités groenlandaises de procéder à la vérification des certificats EUR 1 présentés par la société *Pascoal*. Ces dernières envoyèrent une communication aux autorités portugaises laquelle précisait que les lots de cabillauds importés ne pouvaient pas être couverts par les certificats EUR 1, sans pour autant communiquer le rapport des contrôles

(1200) C. J. BERR, « Union douanière », *RTDE*, 2001, p. 636.

(1201) Voy. également sur ce point, C. J. BERR, « L’avenir de l’Union douanière », *RAE*, 2005, pp. 575 à 585.

(1202) CJCE, 17 juillet 1997, *Pascoal*, aff. C-97/95, *Rec. p.* I-4209.

effectués. Sur cette seule communication groenlandaise, les autorités portugaises émirent quatre avis de recouvrement de la dette, sans pour autant rechercher la véritable origine des produits. La société Pascoal, estimant que ces avis avaient été pris en méconnaissance de la loi et de l'obligation de motivation, forma un recours en annulation devant le *Tribunal Fiscal Aduaneiro de Porto* qui donna raison aux autorités portugaises. La société Pascoal interjeta appel devant *Tribunal Tributário de Segunda Instância* qui sursit à statuer et posa à la Cour sept questions préjudicielles. Ces questions préjudicielles visaient en substance l'interprétation que devait retenir la juridiction nationale quant à la portée du contrôle *a posteriori* des certificats et à son incidence sur l'engagement d'une action de recouvrement.

Pour répondre à la juridiction de renvoi, la Cour de justice a adopté un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, elle s'est fondée sur le système de coopération administrative que ces certificats instaurent, pour en déduire, ensuite, l'obligation qui pèse sur l'opérateur économique d'apporter la preuve de l'origine de la marchandise concernée.

En effet, le système de coopération administrative instauré impose qu'« *il incombe aux opérateurs économiques qui souhaitent bénéficier d'un régime douanier préférentiel de démontrer aux autorités compétentes que leur marchandise est, en raison de sa provenance, admissible à l'importation dans la Communauté européenne en exemption de droits de douane. Ainsi (...) la preuve du caractère originaire des produits est apportée par un certificat EUR. 1* » (1203). De même, « *l'objet essentiel de la procédure de contrôle a posteriori est de vérifier l'exactitude de l'origine indiquée dans un tel certificat, délivré auparavant* ». Par conséquent, « *le redevable ne peut fonder une confiance légitime quant à la validité d'un tel certificat sur le fait de son acceptation initiale par les autorités douanières d'un État membre, étant donné que cette première acceptation ne fait pas obstacle à l'exercice de contrôles ultérieurs* » (1204). La Cour de justice a conclu qu'en présentant un certificat EUR. 1, le redevable n'a pas « *suffisamment apporté la preuve que les marchandises concernées provenaient du pays qui y est indiqué de telle sorte qu'il incomberait,*

(1203) CJCE, 17 juillet 1997, *Pascoal*, aff. C-97/95, arr. préc., pt 26.

(1204) Pts 28 et 36 de l'arrêt. Voy. également dans ce sens, CJCE, 7 décembre 1993, *Edmond Huygen et autres*, aff. C-12/92, *Rec. p.* I-6381, pt 26.

le cas échéant, aux autorités de l’État d’importation de prouver le contraire » (1205).

La spécificité du système de coopération administrative instauré par les certificats a amené le juge, dans cet arrêt, à préciser que la personne responsable pour le recouvrement de la dette était celle au nom de laquelle le certificat avait été établi. L’interprétation donnée à la réglementation de l’Union est d’autant plus restrictive qu’elle oblige un particulier à s’acquitter de la dette même si ce dernier n’avait aucun doute sur la véracité des informations qu’il a fournies pour la délivrance du certificat.

Néanmoins, cette solution n’est pas étonnante et ce, pour deux raisons. Tout d’abord, les droits de douane à l’importation sont des ressources propres et font partie intégrante du budget de l’Union. Comme nous l’avons vu, dans ce domaine, la coopération administrative dans la recherche des preuves a été considérée comme une action prioritaire et le cadre textuel de cette coopération est complet (1206). Elle a pour objectif non pas de rechercher l’origine de la marchandise en se substituant à l’opérateur économique, mais de constater des irrégularités dans les déclarations faites par celui-ci. Agissant sur une obligation de coopération loyale, les autorités nationales exercent une mission autonome de sauvegarde de l’intérêt de l’Union. Elles ne font que constater la naissance de la dette douanière par la déclaration d’importation de l’opérateur économique et, par conséquent, procéder au recouvrement de celle-ci (1207). Dès cette déclaration, l’opérateur économique « *assume personnellement l’obligation d’acquitter la dette qui n’incombe donc pas à un tiers* » (1208) si les informations que celle-ci contient se révèlent fausses.

Ensuite, cette solution repose sur un devoir de diligence et d’information qui incombe à l’importateur face à son fournisseur. Cette condition est appréciée « *en tenant compte de la nature de l’erreur, de l’expérience professionnelle des opérateurs intéressés et de la diligence dont ces derniers ont fait preuve* » (1209). Il lui appartient de vérifier la véracité des informations qui lui sont communiquées. Toute autre solution reviendrait à l’inciter « *à ne plus vérifier ni l’exactitude de l’infor-*

(1205) Pt 37.

(1206) Voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, B. 1. a) de la Première partie de la thèse.

(1207) Sur les obligations des autorités nationales de procéder au recouvrement d’une dette douanière à la suite d’une communication d’assistance mutuelle, v. CJUE, 10 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-442/08, *Rec.* p. I-6457.

(1208) CJCE, 17 juillet 1997, *Pascoal*, aff. C-97/95, arr. préc., pt 48.

(1209) CJCE, 14 mai 1996, *Faroe Seafood*, aff jtes C-153/94 et C-204/94, *Rec.* p. I-2465, pt 99.

*mation fournie aux autorités de l'État d'exportation par l'exportateur ni la bonne foi de ce dernier, ce qui donnerait lieu à des abus » (1210). Opérer dans le marché intérieur comporte certains risques que l'opérateur économique doit connaître et en supporter les conséquences. Il lui revient donc de prendre toutes les mesures nécessaires afin de se prémunir d'une action en recouvrement *a posteriori*. Eu égard aux conséquences particulièrement importantes de la dette douanière pour l'Union, celle-ci « ne saurait supporter les conséquences préjudiciables des agissements incorrects des fournisseurs des importateurs, ensuite, que l'importateur peut tenter d'agir en réparation contre l'auteur de la falsification et, enfin, que, dans son évaluation des avantages que peut procurer le commerce de marchandises susceptibles de bénéficier de préférences tarifaires, un opérateur économique avisé et averti de l'état de la réglementation doit tenir compte des risques inhérents au marché qu'il prospecte et les accepter comme rentrant dans la catégorie des inconvénients normaux du négoce » (1211). L'opérateur économique peut toujours se retourner contre son fournisseur devant le juge national afin de récupérer les sommes qu'il a versées au titre du recouvrement de la dette douanière.*

L'exigence des certificats de circulation ou d'origine à titre de preuve exclusive est justifiée par la protection de l'intérêt de l'Union. Le droit de libre échange reconnu aux opérateurs économiques est nécessairement encadré par les obligations de déclaration qui leur incombent, notamment par l'obligation de se pré-constituer le certificat d'origine comme preuve spécialement prévue à cet effet et de s'assurer de la véracité des informations qu'il fournit pour l'établir (1212).

Si l'on peut aisément comprendre la solution apportée par le juge de l'Union quant au caractère exclusif du certificat comme mode de preuve, celle-ci peut être particulièrement dérangerante pour l'opérateur économique de bonne foi qui se trouve dans l'impossibilité de vérifier les informations pour les marchandises qu'il importe. De plus, une telle interprétation peut être contestable dans la mesure où elle empêche la prise en compte de la situation individuelle de l'opérateur économique

(1210) *Ibid.*, pt 53.

(1211) *Ibid.*, pt 53.

(1212) Dans ce sens, voy. CJCE, 14 novembre 2002, *Ilumitrónica*, aff. C-251/00, *Rec. p. I-10433*, pt 33 : « La circonstance que le déclarant a agi de bonne foi et avec diligence, dans l'ignorance d'une irrégularité qui a empêché la perception de droits qu'il aurait dû acquitter si elle n'avait pas été commise, est sans influence sur sa qualité de redevable, laquelle résulte exclusivement des effets juridiques liés à la formalité de la déclaration » ; CJCE, 9 mars 2006, *Beemsterboer Coldstore Services BV*, aff. C-293/04, *Rec. p. I-2263*, pts 31 à 36.

et de son examen au cas par cas. Or, l’étude de la jurisprudence a révélé le choix de l’examen *in concreto* et au cas par cas de la situation individuelle de l’opérateur au regard des modes de preuve nationaux exigés à titre exclusif ou qui l’obligent à justifier de manière systématique sa situation au regard du droit de l’Union (1213). Un certain assouplissement était donc nécessaire à l’égard de l’opérateur économique de bonne foi.

2. Le nécessaire assouplissement de l’exigence des certificats comme preuve exclusive

L’intervention du législateur de l’Union a permis d’assouplir cette exigence à l’égard de l’opérateur économique de bonne foi, dans deux cas de figure. Le premier consiste pour l’opérateur économique de demander directement aux autorités nationales le remboursement des droits de douane indûment versés (1214). Le remboursement des droits de douane peut être obtenu lorsque ces derniers « *résultent de circonstances n’impliquant ni manœuvre ni négligence manifeste de la part de l’intéressé* », notamment en cas d’invalidité d’une déclaration de douane (1215). Le second prévoit expressément la possibilité pour l’opérateur économique de demander ce remboursement devant la Commission européenne lorsqu’une situation particulière le justifie (1216). L’on retrouve également des procédures similaires dans les accords d’association qui, selon la réglementation de l’Union applicable, bénéficient d’un régime douanier préférentiel fondé notamment sur l’exonération des droits de douane à condition toutefois de présenter les certificats d’origine prévues à cet effet.

(1213) Sur ce point, voy. les développements, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 de la Première partie de la thèse.

(1214) Cette hypothèse est inscrite à l’article 239 du règlement n° 2913/92, établissant le code des douanes communautaire (JO n° L 302 du 19 octobre 1992, p. 1). Toutefois, l’article 904, point c), du règlement n° 2454/93 de la Commission, du 2 juillet 1993, fixant certaines dispositions d’application du règlement du Conseil établissant le code des douanes communautaire (JO n° L 253, 11 octobre 1993, p. 1.) prévoit qu’« *il n’est pas procédé au remboursement ou à la remise des droits à l’importation lorsque, selon le cas, le seul motif à l’appui de la demande de remboursement ou de remise est constitué par (...) la présentation, même de bonne foi, pour l’octroi d’un traitement tarifaire préférentiel en faveur de marchandises déclarées pour la libre pratique, de documents dont il est établi ultérieurement qu’ils étaient faux, falsifiés ou non valables pour l’octroi de ce traitement tarifaire préférentiel* ».

(1215) Voy. article 237 du règlement n° 2913/92 du Conseil.

(1216) L’article 905, § 1, du règlement n° 2454/93 précise que « *lorsque l’autorité douanière de décision, saisie de la demande de remboursement ou de remise au titre de l’article 239 paragraphe 2 du code, n’est pas en mesure, sur la base de l’article 899, de décider et que la demande est assortie de justifications susceptibles de constituer une situation particulière qui résulte de circonstances n’impliquant ni manœuvre ni négligence manifeste de la part de l’intéressé, l’Etat membre dont relève cette autorité transmet le cas à la Commission* ».

La lecture combinée des dispositions précisant ces deux possibilités et l'analyse séquentielle des arrêts démontrent que, le plus souvent, les affaires portées à la connaissance du juge ne contestent pas la qualité des certificats comme preuve exclusive en matière des droits de douane. Mais, en revanche, leur étude démontre qu'il s'agit d'un tempérament des conséquences de l'invalidité de ces certificats constatée ultérieurement sur la situation juridique de l'opérateur économique de bonne foi. C'est la raison pour laquelle les textes ainsi que la jurisprudence rappellent de manière constante que cet assouplissement exclut toute négligence ou manœuvre de la part de l'opérateur économique. Le tempérament apporté est fondé sur une logique d'équité que sous-tend la protection de la confiance légitime de l'opérateur économique de bonne foi qui agit dans le marché intérieur tant en sa qualité d'importateur qu'en sa qualité d'exportateur. Cette clause générale d'équité est destinée « à être appliquée lorsque les circonstances qui caractérisent le rapport entre l'opérateur économique et l'administration sont telles qu'il n'est pas équitable d'imposer à cet opérateur un préjudice que normalement il n'aurait pas subi » (1217).

Cette précision est d'une importance capitale dans la mesure où elle permet de mieux comprendre la position jurisprudentielle sur ce point. En effet, le juge de l'Union donne à ces dispositions une interprétation favorable à l'examen au cas par cas et *in concreto* de la situation de l'opérateur économique de bonne foi. Ainsi, il a précisé que « les éléments 'susceptibles de constituer une situation particulière' (...) existent lorsque, à la lumière de la finalité d'équité qui sous-tend l'article 239 du code des douanes, des éléments qui sont susceptibles de mettre le demandeur dans une situation exceptionnelle par rapport aux autres opérateurs économiques exerçant la même activité sont constatés » (1218). Par la suite, le juge a considéré qu'une telle situation devait être examinée dès lors qu'en l'absence des circonstances de l'espèce, le redevable « n'aurait pas subi le préjudice lié à la prise en compte a posteriori des droits de douane » (1219).

Ainsi, dans l'arrêt *C.A.S. SpA c. Commission*, rendu sur pourvoi, la Cour a censuré la position du Tribunal selon laquelle les larges

(1217) CJCE, 26 mars 1987, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, aff. 58/86, *Rec.* p. I-1525, pt 22.

(1218) CJCE, 25 février 1999, *Reiner Woltmann*, aff. C-86/97, *Rec.* p. I-1041, pt 21 ; CJCE, 27 septembre 2001, *Bacardi GmbH*, aff. C-253/99, *Rec.* p. I-6493, pt 60.

(1219) CJCE, 25 juillet 2008, *C.A.S. SpA c. Commission*, aff. C-204/07 P, *Rec.* p. I-6135, pt 88 ; E. BERNARD, « Accord d'association CEE-Turquie et pouvoirs de la Commission », *Europe*, 2008, comm. n° 290 p. 7.

pouvoirs dont disposait la Commission pour vérifier les irrégularités des certificats d’origine ne pouvaient pas constituer une situation particulière au sens de l’article 239 du règlement n° 2913/92 (1220). En l’espèce, la Cour de justice a estimé que, si la présentation des certificats faux n’était pas en soi une situation particulière, cette dernière pouvait néanmoins résulter du « *contrôle déficient de la part de la Commission* » (1221). En effet, dans l’application de l’article 239 du règlement n° 2913/92, la Commission dispose de larges prérogatives et d’une marge d’appréciation importante. Or, « *elle ne saurait faire abstraction de son devoir de mettre effectivement en balance, d’une part, l’intérêt de la Communauté au plein respect des dispositions de la réglementation douanière, qu’elle soit communautaire ou liant la Communauté, et, d’autre part, l’intérêt de l’importateur de bonne foi à ne pas supporter des préjudices dépassant le risque commercial normal. Cette mise en balance sous-tend l’économie dudit article 239 qui constitue (...) une clause générale d’équité. En conséquence, lors de l’examen d’une demande de remboursement ou de remise des droits à l’importation, la Commission ne saurait valablement se contenter d’évaluer le comportement et les agissements de l’importateur et de l’exportateur. Elle doit également tenir compte, notamment, de l’incidence de son propre comportement, sur la situation concrète de l’espèce, dans le cadre de son devoir de surveillance et de contrôle* » (1222).

La notion de « situation particulière » est ainsi interprétée de manière objective au regard du système administratif instauré. Celle-ci apparaît comme la conciliation nécessaire entre la protection de l’intérêt de l’Union et la protection de l’intérêt de l’opérateur économique de bonne foi. Cette conciliation se manifeste dans l’interprétation des obligations pesant sur l’opérateur économique de se pré-constituer une preuve et des obligations pesant sur la Commission en sa qualité de gardienne des traités. Le comportement des autorités nationales compétentes et de la Commission n’excluent donc pas la possibilité pour l’opérateur économique de procéder au remboursement de la dette versée. Dès lors que ce comportement peut avoir une incidence sur la validité du certificat dont l’opérateur économique n’avait aucune raison valable pour en douter, le juge impute cette incidence au profit de ce dernier. Il a été jugé ainsi que « *les besoins d’une enquête diligentée par les*

(1220) Voy. TPICE, 6 février 2007, *C.A.S. SpA c. Commission*, aff. T-23/03, *Rec.* p. II-289, pts 221 à 285.

(1221) CJCE, 25 juillet 2008, *C.A.S. SpA c. Commission*, aff. C-204/07 P, arr. préc., pt 92.

(1222) *Ibid.*, pts 93 et 94.

autorités douanières ou policières sont, en l'absence de toute manœuvre ou négligence imputable au redevable et alors que ce dernier n'a pas été informé du déroulement de l'enquête, constitutifs d'une situation particulière (...). En effet, s'il peut être légitime que les autorités nationales laissent délibérément se commettre des infractions ou irrégularités pour mieux démanteler un réseau, identifier des fraudeurs et établir ou conforter les éléments de preuve, le fait de faire supporter par le redevable la dette douanière découlant de ces choix liés à la poursuite des infractions est de nature à heurter la finalité d'équité qui sous-tend l'article 905, paragraphe 1, du règlement n° 2454/93, en mettant le redevable dans une situation exceptionnelle par rapport aux autres opérateurs exerçant la même activité » (1223).

Prenant en compte l'erreur des autorités nationales, le juge de l'Union a ainsi reconnu au redevable le droit au non-recouvrement si trois conditions cumulatives étaient réunies. À cet égard, le redevable doit démontrer que « *les droits [n'avaient] pas été perçus par suite d'une erreur des autorités compétentes elles-mêmes. Ensuite, l'erreur commise par celles-ci doit être d'une nature telle qu'elle ne pouvait raisonnablement être décelée par le redevable de bonne foi, en dépit de son expérience professionnelle et de la diligence dont il devait faire preuve (...). Enfin, ce dernier doit avoir observé toutes les dispositions prévues par la réglementation en vigueur en ce qui concerne sa déclaration en douane* » (1224).

Une telle erreur peut résulter de la délivrance systématique par les autorités du pays exportateur des justificatifs de l'application d'un régime douanier préférentiel ou bien de l'absence de publication des dispositions de la réglementation applicable au journal officiel ou de mise en œuvre correcte dans le pays exportateur.

Il en est de même des « *erreurs d'interprétation ou d'application des textes relatifs aux droits d'importation et d'exportation qui n'ont pu être raisonnablement décelées par le redevable, dès lors qu'elles sont la conséquence d'un comportement actif soit des autorités compétentes pour le recouvrement a posteriori, soit de celles de l'État membre d'exportation, ce qui exclut les erreurs provoquées par des déclarations inexactes du redevable, sous réserve des cas où l'inexactitude de ces*

(1223) CJCE, 7 septembre 1999, *De Haan Beheer BV*, aff. C-61/98, *Rec.* p. I-5003, pt 53 ; TPICE, 27 septembre 2005, *Geologistics BV c. Commission*, aff. T-26/03, *Rec.* p. II-3885, pts 59 à 64.

(1224) CJCE, 19 octobre 2000, *Hans Sommer GmbH*, aff. C-15/99, *Rec.* p. I-8989, pts 36 à 39 ; CJCE, 14 novembre 2002, *Ilumitronica*, aff. C-251/00, arr. préc., pt 38 ; Trib. UE, 19 mars 2013, *Firma Léon Van Parys NV*, aff. T-324/10, *nepr.*, pt 35.

déclarations ne serait que la conséquence de renseignements erronés donnés par des autorités compétentes et liant ces dernières » (1225). Dans ces hypothèses, le juge a estimé que de telles erreurs ne pouvaient pas être décelées par l’opérateur économique concerné.

De plus, le juge de l’Union juge que le manque de diligence de la part de l’opérateur économique doit être démontré par la Commission lorsque celle-ci s’écarte de la position adoptée par les autorités nationales. Comme le rappelle le juge, « *il lui incomb[e] de prouver, sur la base des éléments factuels pertinents, l’existence d’un comportement manifestement négligent* » (1226) de l’opérateur économique. À défaut, il n’hésite pas à annuler la décision non favorable au recouvrement *a posteriori* de droits de douanes (1227).

En interprétant dans un sens favorable à l’opérateur économique les dispositions du « Code des douanes communautaire », le juge de l’Union adopte une position plus cohérente au regard des règles de preuve. Il tient ainsi compte des difficultés que peut rencontrer l’opérateur économique de bonne foi pour démontrer l’existence d’une manœuvre frauduleuse ou d’une erreur à l’origine des certificats incorrects et de l’obligation de contrôle des autorités nationales et de la Commission dans l’application correcte de la réglementation pertinente.

La position du juge de l’Union se révèle plus souple, lorsqu’il s’agit des documents non constitués à des fins probatoires.

B. *L’admissibilité des documents non constitués à des fins probatoires*

Le droit de l’Union européenne reconnaît également une place importante à la preuve documentaire qui n’est pas expressément constituée à des fins probatoires. Tout document officiel, acte, ou pièces peuvent être produits par les parties à l’appui de leurs allégations. Toutefois, leur utilisation en tant que preuve unique ne suffit pas à elle-même à étayer ces dernières. La preuve documentaire s’inscrit dans le contexte global de l’opération probatoire qui est constituée par un faisceau d’indices dont elle constitue l’assise textuelle. L’admissibilité de ce mode de preuve permet ainsi de remédier aux difficultés liées à l’absence d’une preuve écrite préconstituée par les résultats auxquels son

(1225) CJCE, 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, *Rec.* p. I-3277, pt 26.

(1226) TPICE, 27 septembre 2005, *Geologistics BV c. Commission*, aff. T-26/03, arr. préc., pt 78.

(1227) Trib. UE, 19 mars 2013, *Firma Léon Van Parys NV*, aff. T-324/10, arr. préc., pts 110 à 118.

interprétation peut aboutir. Le faisceau d'indices est un mode de preuve utilisé dans des domaines où l'objet de la preuve est particulièrement difficile à établir. Il permet le recours à la présomption dans le droit de l'Union. En ce sens, pour constituer ce faisceau d'indices, l'utilisation de la preuve documentaire introduit souvent de nouvelles techniques de preuve, notamment la méthode comparative (1) et empirique (2) pour en interpréter le contenu.

1. La preuve documentaire et la méthode comparative

La méthode comparative consiste à procéder à une comparaison, d'une évaluation de la situation individuelle de l'opérateur économique au regard de la réglementation de l'Union applicable sur la base d'un faisceau de critères établi à l'aide d'une preuve documentaire.

L'admissibilité de cette technique de preuve résulte du droit de l'Union européenne lui-même lorsqu'il impose pour son application une évaluation quantitative ou qualitative de la situation de l'opérateur économique sur la base des éléments fournis. Tel est notamment le cas lorsque les dispositions du traité se réfèrent à des situations comparables ou similaires. Ainsi, par exemple, les vocables utilisés renvoient à « *une production similaire* » (1228), « *produits nationaux similaires* » (1229), « *dans les mêmes conditions* » (1230), « *dans la même situation* » (1231), « *pour les mêmes marchandises sur les mêmes*

(1228) Article 38 TCE (devenu article 44 TFUE) : « *Lorsque dans un État membre un produit fait l'objet d'une organisation nationale du marché ou de toute réglementation interne d'effet équivalent affectant dans la concurrence une production similaire dans un autre État membre, une taxe compensatoire à l'entrée est appliquée par les États membres à ce produit en provenance de l'État membre où l'organisation ou la réglementation existe, à moins que cet État n'applique une taxe compensatoire à la sortie. La Commission fixe le montant de ces taxes dans la mesure nécessaire pour rétablir l'équilibre; elle peut également autoriser le recours à d'autres mesures dont elle définit les conditions et les modalités* ».

(1229) Article 90 TCE (devenu article 110 TFUE) : « *Aucun État membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires. En outre, aucun État membre ne frappe les produits des autres États membres d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions* ».

(1230) Article 50 §2 TCE (devenu article 57 §2, TFUE) : « *Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants* ».

(1231) Article 58 §1^{er}, a), TCE (devenu article 65 §1^{er}, a), TFUE) : « *d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis* ».

relations de trafic, de prix et conditions de transport » (1232), « *même traitement* » (1233), « *pour même travail ou pour un travail de même valeur* » (1234), « *sur la base d’une même unité de mesure* » (1235). La similitude entre les produits ou entre les situations dans certaines hypothèses (1236) est appréciée dans la jurisprudence en fonction d’un rapport de « *concurrence, soit partielle, soit potentielle* » (1237) avec les productions nationales.

La preuve documentaire à l’appui de la méthode comparative est en principe constituée par des données statistiques. L’évaluation de ces données statistiques permet, tout d’abord, de déterminer si la personne, le service ou les produits en cause entrent dans son champ d’application. Si tel est le cas, elle permet, ensuite, de déterminer s’il y a une méconnaissance du principe d’égalité de traitement par la différenciation à laquelle une disposition ou pratique, nationale ou du droit de l’Union, aboutit. La preuve statistique est donc utilisée afin de démontrer une différence de traitement ou une situation discriminante (1238).

C’est à l’occasion des discriminations indirectes que la jurisprudence puis la réglementation de l’Union ont tranché la question de

(1232) Article 75 §1^{er}, TCE (devenu article 95 §1^{er}, TFUE) : « *Doivent être supprimées, dans le trafic à l’intérieur de la Communauté, les discriminations qui consistent en l’application par un transporteur, pour les mêmes marchandises sur les mêmes relations de trafic, de prix et conditions de transport différents en raison du pays d’origine ou de destination des produits transportés* ».

(1233) Article 101 §2, TCE (devenu article 123 §2, TFUE) : « *Le paragraphe 1 ne s’applique pas aux établissements publics de crédit qui, dans le cadre de la mise à disposition de liquidités par les banques centrales, bénéficient, de la part des banques centrales nationales et de la BCE, du même traitement que les établissements privés de crédit* ».

(1234) Article 141 §1^{er}, TCE (devenu article 157 §1^{er}, TFUE) : « *Chaque État membre assure l’application du principe de l’égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur* ».

(1235) Article 141 §2, pt a), TCE (devenu article 157 §2, a), TFUE : « *que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d’une même unité de mesure* ». Voy. également, article 141 §2, b), TCE (devenu article 157 §2, b), TFUE).

(1236) On songe également ici à l’exigence d’une activité similaire pour l’appréciation de la situation particulière de l’opérateur économique pour le remboursement des droits de douane. Sur ce point, voy. les développements et la jurisprudence citée du A. 2. b) de ce paragraphe de cette section.

(1237) Cette position jurisprudentielle est particulièrement significative pour ce qui concerne les impositions intérieures nationales discriminatoires. Voy. CJCE, 27 février 1980, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. 170/78, *Rec. p. 417* ; CJCE, 9 juillet 1987, *Commission c. Belgique*, aff. 356/85, *Rec. p. 3299*.

(1238) Comme le remarque le professeur Lanquetin « *la comparabilité* » constitue la première étape décisive pour apprécier le cadre d’une discrimination ». M.-T. LANQUETIN, « Discrimination à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 2007 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Drt. soc.* 1998, p. 691. ; D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d’une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51 et s.

l'admissibilité de ce mode de preuve (1239). La notion de discrimination indirecte a été dégagée, dans un premier temps, par la jurisprudence en matière de l'égalité hommes et femmes concernant la rémunération et les conditions de temps de travail. Ainsi, selon la définition retenue par la Cour de justice, reprise par la suite dans la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas des discriminations fondées sur le sexe (1240) « *une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit approprié(e) et nécessaire et puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés* ». Comme l'observe le professeur Olivier De Schutter, cette définition de la discrimination indirecte « *repose sur le concept d'impact disproportionné : lorsqu'il apparaît que telle mesure, apparemment neutre, frappe en fait un nombre beaucoup plus important des membres de tel groupe, [et que par conséquent] cette approche repose sur une analyse statistique de l'impact qu'a cette mesure* » (1241).

Cette définition et cette méthode ont été étendues, dans un second temps, à l'ensemble des discriminations quel que soit le critère prohibé (1242). Les directives 2000/43/CE (1243), 2000/78/CE (1244) et 2006/54/CE (1245) reprennent cette définition et en précisent la teneur. Aux termes de leur article 2 respectif, « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier* » pour un groupe de personnes protégées par rapport à un autre groupe de personnes. Les critères d'impact disproportionné ou de désa-

(1239) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B. 2. b) i) de la Première partie de la thèse.

(1240) Directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve en cas de discriminations fondées sur le sexe, préc.

(1241) O. DE SCHUTTER, « Prouver la discrimination », *ERA-forum*, 2003, n° 3, p. 46.

(1242) Pour une présentation de cette méthode en matière de discrimination fondée sur la nationalité, voy. A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen européen, op. cit.* ; É. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations, op. cit.*

(1243) Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, préc.

(1244) Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, préc.

(1245) Directive 2006/54/CE du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, préc.

vantage particulier supposent l’utilisation d’une preuve statistique. De plus, les directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2006/54/CE (1246) ainsi que la jurisprudence (1247) admettent que la preuve de la discrimination indirecte puisse être faite par tous moyens, y compris par des données statistiques.

Cette précision introduit pour la notion de discrimination indirecte le critère d’un désavantage particulier. Elle se rapproche ainsi de la notion d’entrave aux libertés de circulation telle qu’elle résulte de la jurisprudence du juge de l’Union à l’égard des réglementations nationales qui sont en apparence indistinctement applicables (1248).

L’utilisation des statistiques comme mode de preuve est également prévue dans le domaine de FEAGA (ancien FEOGA). L’octroi des aides au titre de ce fonds repose sur une question de quantité et de prix (1249) dans la mesure où ces aides permettent aux États membres de financer les dépenses liées à la production agricole en excédent, couverte par la réglementation de l’Union. Pour ce faire, l’État membre est tenu de démontrer les quantités écoulées de la production nationale concernée (1250). Le juge de l’Union a estimé que cette preuve pouvait être apportée par des statistiques (1251).

L’analyse des données statistiques revient au juge qui peut décider de la pertinence de ces données pour constituer la présomption de discrimination indirecte (1252), « *si elles portent sur un nombre suffisant d’individus, si elles ne sont pas l’expression de phénomènes*

(1246) Voy. les considérants 15 respectivement des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE précitées et considérant 37 de la directive 2006/54/CE précitée : « *Afin de mieux comprendre la différence de traitement entre les hommes et les femmes en matière de travail et d’emploi, il convient de continuer à développer et à analyser des statistiques comparables, ventilées par sexe, et de les rendre accessibles aux niveaux appropriés* ».

(1247) Voy. pour un exemple récent en matière d’impositions intérieures rendue en grande chambre, CJCE, gd. ch., 8 avril 2008, *Commission c. Suède*, aff. C-167/05, *Rec.* p. I-2127, pt 59.

(1248) Voy. à cet égard, les développements du Titre 1, Chapitre 2, Section 1, de la Première partie de la thèse. Voy. également sur la théorie de l’apparence dans la jurisprudence européenne en matière de discrimination indirecte, L. PERU-PIROTTE, *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Approche critique*, thèse, Lille, 2000, pp. 250-257.

(1249) Pour l’utilisation des statistiques et la détermination du prix applicable par l’État membre, voy. CJCE, 24 mars 1988, *Royaume-Uni et Irlande c. Commission*, aff. 347/88, *Rec.* p. 1749, pt 40.

(1250) Pour l’utilisation de ce mode de preuve pendant la période transitoire par les nouveaux États membres, voy. TPICE, 2 octobre 2009, *Estonie c. Commission*, aff. T-324/05, *Rec.* p. II-3681, pts 304 et s ; confirmé sur pourvoi, CJUE, (ord.), 23 mars 2011, *Estonie c. Commission*, *Rec.* p. I-535/09 P, publ. somm.

(1251) CJCE, 12 juillet 1984, *Luxembourg c. Commission*, aff. 49/83, *Rec.* p. 2931, pts 28 et 31 et 32 ; TPICE, 14 novembre 2002, *Rica Foods c. Commission*, aff. jtes T-94/00, T-110/00 et T-159/00, *Rec.* p. II-4677, pt 95.

(1252) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1 B. 2. de cette partie la thèse. Ce mécanisme de renversement de la charge de la preuve par la présomption de discrimination

purement fortuits ou conjoncturels et, si, d'une manière générale, elle apparaissent significatives » (1253).

Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises, le juge de l'Union a estimé que le recours à la méthode statistique par la voie de sondage pouvait être utilisé par le juge national pour apprécier la compatibilité de la protection nationale d'appellation d'origine de la bière « Bud » avec les articles 28 du traité CE (devenu article 34 TFUE) et 30 du traité CE (devenu article 36 TFUE) (1254). Cette possibilité lui est reconnue en vertu du principe de l'autonomie procédurale en matière de preuve (1255) à la condition, toutefois, que cette possibilité ne soit ni discriminatoire ni rende pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (1256). Ainsi, si le juge national décide d'utiliser la méthode statistique, celui-ci « doit déterminer (...) le pourcentage de consommateurs considéré comme suffisamment significatif » (1257) pour apprécier l'effectivité de la protection nationale d'appellation d'origine.

Il en a été jugé de même dans l'arrêt *Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky*, en matière de protection des consommateurs (1258). Le juge national peut décider d'ordonner un sondage pour vérifier le caractère trompeur d'une indication publicitaire. À cet égard, il lui « appartient, [s'il] estimerait indispensable de commander un tel sondage, de déterminer, conformément à son droit national, le pourcentage de consommateurs trompés par une indication publicitaire qui lui paraîtrait suffisamment significatif pour en justifier, le cas échéant, l'interdiction » (1259).

L'utilisation de la preuve statistique peut poser des difficultés en raison de la divulgation, d'une part, de certaines informations

instaurée est exclu des procédures à caractère pénal. Voy. dans ce sens, O. DE SCHUTTER, « Prouver la discrimination », *ERA-forum*, 2003, *op. cit.*, pp. 48 à 50.

(1253) Voy. CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73, *Rec.* p. 153, pt 11, cité par O. De Schutter, « Prouver la discrimination », *op. cit.*, p. 46.

(1254) CJCE, gd. ch., 8 septembre 2009, *Budějovický Budvar (Bud II)*, aff. C-478/07, *Rec.* p. I-7721, pt 86 ; A.-L. MOSBRUCKER, « Appellations d'origine et indications géographiques », *Europe*, 2009, comm. n° 408, pp. 19 à 21.

(1255) Sur la signification particulière de ce principe en matière de preuve, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 de la Première partie de la thèse.

(1256) Pour les critères à prendre en considération dans la mise en œuvre du principe d'équivalence et du principe d'effectivité, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, B. de la Première partie de la thèse.

(1257) CJCE, gd. ch., 8 septembre 2009, *Budějovický Budvar (Bud II)*, aff. C-478/07, arr. préc., pt 89.

(1258) CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky*, aff. C-210/96, *Rec.* p. I-4657, pt 35. En l'espèce, il s'agissait des indications publicitaires sur les boîtes d'œufs.

(1259) Pt 35 de l'arrêt.

personnelles dites « sensibles » et, d’autre part, de certaines données confidentielles (1260). Dans le premier cas de figure, la protection de ces données peut être demandée au titre du régime de l’Union de protection des données personnelles (1261). Dans le second cas, il revient au juge de décider de l’exclusion de ces données à titre de preuve et de dispenser la partie concernée d’une communication des pièces (1262). De même, des difficultés de l’utilisation de la preuve statistiques peuvent résulter de la force probante différente que l’on peut leur accorder en raison de la tangibilité des critères (1263) selon lesquels ces statistiques sont élaborées (1264). Lorsque tel est le cas, l’utilisation des statistiques peut être complétée par d’autres éléments (1265) permettant d’établir avec certitude le fait appréhendé. Dans ce cas de figure, la preuve statistique s’intègre dans un raisonnement global reposant sur la méthode empirique.

2. La preuve documentaire et la méthode empirique

La méthode empirique consiste à procéder à une analyse des documents afin de démontrer un résultat, des conséquences d’une pratique ou d’une disposition interdits par le droit de l’Union européenne. Elle

(1260) La preuve statistique comme mode de preuve pour établir une discrimination raciale est contestable en raison de l’interprétation sensible à laquelle ce mode de preuve peut aboutir. Voy. sur ce point, l’avis du Comité économique et social quant au concept de discrimination contenu dans la directive : « *Il est particulièrement utile que la définition d’une discrimination raciale indirecte ne doive pas nécessairement reposer sur une preuve statistique, et que d’autres types de preuves soient également admis pour démontrer la discrimination, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne de justice dans les affaires relatives à la libre circulation des travailleurs. Toutefois, l’interprétation de la discrimination indirecte par les autorités administratives pourrait poser des problèmes dans certains pays* ». (JO n° C 204 du 18 juillet 2000). Voy. également, le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l’application de la directive 2000/43/CE, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d’origine ethnique. COM (2006) 643 final. Voy. également, CJCE, 23 mai 1996, *John O’Flynn*, aff. C-237/94, *Rec. p. I-2617*, comm. F. PICOD, *RAE*, 1996 p. 185.

(1261) Voy. sur ce point, le Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, B. de la Première partie de la thèse.

(1262) Ce point sera étudié, dans le chapitre 2, Section 1, §2, de ce titre, de cette partie de la thèse.

(1263) Pour une illustration de l’utilisation des statistiques par la Commission pour démontrer un manquement d’un État membre et la contestation de cet État du résultat final de l’interprétation de ces statistiques, voy. CJCE, 20 mai 1992, *Grèce c. Commission*, aff. C-385/89, *Rec. p. I-3225*, pts 10 à 14.

(1264) Voy. par exemple les années de référence utilisées pour établir les statistiques pour apprécier les effets d’une réglementation nationale sur les échanges entre les États membres, CJCE, 19 mars 1991, *Grèce c. Commission*, aff. C-32/89, *Rec. p. I-1321*, pts 29 et 30 ; CJCE, 9 septembre 2004, *Grèce c. Commission*, aff. C-332/01, *Rec. p. I-7699*, pts 108 et s.

(1265) Pour la possibilité reconnue à la Commission de se référer à d’autres éléments pour démontrer le manquement d’un État membre, voy. CJCE, 6 octobre 1993, *Italie c. Commission*, aff. C-55/91, *Rec. p. I-4813*, pt 12.

se base ainsi sur des documents officiels qui peuvent être d'une nature diverse : rapports, études d'impact, tableaux comparatifs, comptes rendus de réunion, télex. Ces documents pris isolément ne peuvent pas à eux seuls constituer la preuve du comportement ou effet prohibé. Leur analyse d'ensemble aboutit néanmoins à établir un rapport de certitude, de probabilité de l'effet potentiellement ou partiellement contraire au droit de l'Union européenne. Comme l'observe le professeur Louis Vogel « *c'est la méthode du faisceau d'indices qui signifie en particulier que la preuve (...) peut résulter du « rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction même si chacune de ces pièces prises isolément n'a pas un caractère suffisamment probant* » (1266).

La preuve documentaire constitue ainsi le fondement nécessaire de cette analyse d'ensemble qui repose sur un raisonnement dont les conclusions sont acceptées dans le droit de l'Union à titre de preuve. En ce sens, il s'agit d'une preuve empirique (1267). Son utilisation conduit à admettre le recours à la présomption dont l'opération logique constitue la preuve empirique par excellence.

La présomption est « *un mécanisme juridique consistant à induire un fait incertain d'un fait certain. Ce mécanisme est retenu quand la nature du fait incertain le rend très difficile à établir et qu'il découle d'un fait plus facile à établir* » (1268). De manière classique, la doctrine distingue deux catégories de présomption (1269). La première catégorie « *affecte l'objet de la preuve* » parce qu'elle opère un déplacement du fait à prouver. La seconde catégorie est relative à la charge de la preuve parce qu'« *elle modifie les règles habituelles relatives à la détermination de la personne sur laquelle pèse l'obligation de prouver* » (1270). La doctrine a également opéré une distinction entre les

(1266) L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP éd. E*, 1991, p. 494.

(1267) La notion de « preuves empiriques » a été à plusieurs fois utilisée par le juge de l'Union pour qualifier le faisceau d'indices sur lequel la Commission s'est fondée pour déterminer l'effet anticoncurrentiel d'une concentration. TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways plc c. Commission*, aff. T-219/99, *Rec. p. II-5917* ; voy. TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c. Commission*, aff. T-210/01, *Rec. p. II-5575*. En l'espèce, le Tribunal avait estimé que la Commission avait établi à suffisance de droit, sur les éléments de preuve empiriques, qui incluaient notamment une analyse économique des marchés concernés et des comportements, que la concentration présentait un effet anticoncurrentiel.

(1268) Voy. « Présomption » in R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, op. cit., p. 301.

(1269) F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 491.

(1270) *Ibid.*, p. 491. Pour un exemple de présomption renversant la charge de la preuve, voy. La directive 93/13/CEE relative à la protection des consommateurs instaure une présomption de clause abusive dès lors que celle-ci vise à faire peser la charge de la preuve sur le

présomptions de droit ou légales et les présomptions de fait (1271). Au moyen des premières, le législateur pose une règle juridique de preuve ou l’affirmation qu’un fait est établi. Au moyen des secondes, le juge admet le fait incertain à prouver comme établi au regard des preuves fournies. Les premières sont donc des présomptions-affirmation, les secondes des présomptions-induction (1272). Pour ces dernières, comme l’observait déjà Louis De Gastignes, il s’agit « *d’un acte matériel du juge qui lui permet de tenir un fait pour établi sur la preuve des faits voisins ou connexes souvent appelés indices. On parle alors de preuve indirecte, de preuve par indices* » (1273).

L’utilisation des preuves empiriques dans le droit de l’Union européenne permet de déduire des preuves documentaires fournies l’établissement du fait appréhendé par le droit de l’Union. En ce sens, les preuves empiriques ne conduisent pas à un renversement de la charge de la preuve, ni à une dispense de preuve. Seule l’opération probatoire importe. La méthode empirique pour interpréter les preuves documentaires constitue ainsi « *un raisonnement probatoire par l’établissement d’un lien logique entre le fait inaccessible à la preuve et le fait accessible* » (1274). Dans la mesure où les preuves documentaires aboutissent à un raisonnement probatoire, elles doivent pouvoir être contredites. En ce sens, la présomption qu’elles créent ne peut être que simple et combattue par la preuve contraire.

L’utilisation de ce type de preuve présente des avantages incontestables dans des domaines où il existe une difficulté sérieuse d’apporter la preuve documentaire préconstituée qui établit avec une certitude le comportement ou l’effet incriminé. C’est le cas du droit de la concurrence qui, outre des questions factuelles et économiques complexes, pose le problème de l’absence délibérée de preuves de la participation des entreprises à une entente. Dans cette situation, il devient extrêmement difficile, voire quasi impossible, pour la Commission et les autorités nationales de concurrence d’en prouver l’existence. Il s’agit de prouver la participation des entreprises concernées à un accord entre entreprises tel qu’il est prohibé à l’article 101 §1, TFUE (ex article 81

consommateur au profit d’un professionnel. Sur ce point, voy. les développements du Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1271) Pour une présentation doctrinale de la distinction, voy. L. DE GASTIGNES, *Les présomptions en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1991, pp. 13 et s.

(1272) *Ibid.*, p. 52.

(1273) *Ibid.*, p. 60. Sur les preuves indirectes et l’examen de leur pertinence, voy. Chapitre 2, Section 2, §1, B. 2. b) de ce titre de cette partie de la thèse.

(1274) F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 491.

§1, TCE). Face à cette situation, les juridictions de l'Union et les juridictions nationales ont accepté l'utilisation des preuves empiriques. Il s'agit dans la plupart des cas des indices sérieux présumant la participation de l'entreprise incriminée à une pratique concertée. Pour Maître Charles-Etienne Gudin, il résulte de la jurisprudence que « *la preuve de l'entente est souvent une question de logique* » (1275).

Pour prouver l'entente, sont ainsi admises les constatations tirées d'un parallélisme de comportement résultant d'une analyse des pratiques adoptées par les entreprises (1276). Ces constatations sont le résultat d'une analyse économique qui est admise en tant que mode de preuve, eu égard à son lien étroit avec l'article 101 §1, TFUE (ex article 81 §1, du traité CE) (1277). Le raisonnement économique est également utilisé comme mode de preuve en matière de concentrations. Dans ce domaine, la Commission se fonde souvent sur des prospectives et analyses économiques pour démontrer l'effet anticoncurrentiel d'une concentration (1278).

Bien que les preuves empiriques facilitent l'établissement de l'entente ou de l'effet anticoncurrentiel d'une concentration, leur utilisation soulève quelques réserves au regard de la sécurité juridique des entreprises concernées. Plus particulièrement, il s'agit des effets que l'utilisation de la méthode empirique peut avoir quant aux modes de preuve pouvant fonder la décision de la Commission ou de l'autorité nationale de concurrence. À ce sujet, le professeur Louis Vogel écrivait que l'utilisation de cette méthode « *a non seulement pour conséquence d'autoriser le renforcement de certains éléments de preuve par d'autres mais incite également les autorités de contrôle à se montrer extrêmement libérales dans l'admission des différents éléments de preuve* » (1279). Pour le juge Vesterdorf, faisant fonction d'Avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc*, « *les conclusions tirées des preuves ne doivent en aucun cas devenir des spéculations mal fondées. Elles doivent*

(1275) Ch.-É. GUDIN, « Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire (jusqu'ou peut-on faciliter la preuve de l'entente compte tenu de l'exigence de sécurité juridique des entreprises?) », *RAE*, 1996, p. 129.

(1276) CJCE, 14 juillet 1972, *ICI c. Commission*, aff. 48/69, *Rec.* p. 619, pts 64 à 68 ; B. GOLDMAN, *JDI*, 1973, chr., p. 939 et s ; CJCE, 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, aff. jtes 29/83 et 30/83, *Rec.* p. 1679, pt 14.

(1277) Voy. dans ce sens, Ch.-É. GUDIN, « Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire (jusqu'ou peut-on faciliter la preuve de l'entente compte tenu de l'exigence de sécurité juridique des entreprises?) », *op. cit.*, pp. 129 et 130.

(1278) Pour ce mode de preuve voy. A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 747 et s.

(1279) L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP éd. E*, 1991, *op. cit.*, p. 494.

disposer d’une base suffisante et un doute raisonnable doit profiter aux requérantes selon le principe du bénéfice du doute » (1280). Le juge de l’Union rappelle également de manière constante que l’admissibilité de la preuve empirique est conditionnée par la qualité et la quantité des documents sur lesquels celle-ci se fonde. Ces documents doivent être suffisamment « *précis et concordants* » (1281) pour constituer des preuves solides (1282).

Si le recours à des modes de preuve empiriques a été admis dans le droit de la concurrence, sa généralisation est néanmoins liée à la consécration d’une nouvelle forme d’infraction aux règles de concurrence qui est l’infraction globale ou l’infraction unique (1283). Dès l’affaire *Rhône Poulenc*, le juge Vesterdorf, dans ses conclusions en tant qu’avocat général dans cette affaire, mettait en avant les questions délicates de preuve que cette nouvelle infraction pouvait poser (1284). Comme le remarque également Ioannis Lianos « *ce qui compte c’est la preuve de la concertation dans un but anticoncurrentiel : le parallélisme de comportement n’intervient comme élément probatoire qu’à titre subsidiaire, uniquement lorsque la preuve de la concertation n’a pas été apportée* » (1285).

C’est au sujet notamment de l’infraction unique que la jurisprudence récente confirme les risques pour la sécurité juridique des entreprises que l’utilisation de la méthode empirique peut présenter (1286).

(1280) Conclusions du juge VESTERDORF présentées le 10 juillet 1991, *Rec.*, p. II-869, p. 952.

(1281) C’est une formule constamment utilisée par le juge pour rappeler les obligations qui pèsent sur la Commission lorsqu’elle fonde sa décision sur la base des preuves empiriques. Voy. pour un exemple, CJCE, 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rhein-zink GmbH c. Commission*, aff. jtes 29/83 et 30/83, arr. préc., pt 14.

(1282) TPICE, 6 juin 2002, *Airtours plc c. Commission*, aff. T-342/99, *Rec.* p. II-2585 ; TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c. Commission*, aff. T-5/02, *Rec.* p. II-4381. Dans ces deux espèces, le juge de l’Union avait considéré que l’analyse économique de la Commission n’avait pas été étayée par des preuves solides pour constater l’effet anticoncurrentiel des concentrations litigieuses. Sa position a été confirmée par la Cour de justice sur pourvoi. Voy. CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc. Voy. également dans le même sens, K. LENAERTS, « Réflexions sur la preuve et la procédure en droit communautaire de la concurrence », in *Liber Amicorum en l’honneur de/ in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 479 et 480.

(1283) Pour une étude de l’évolution de la jurisprudence en ce qui concerne notion de l’entente globale dans le droit de l’Union voy. V. FAURÉ, *L’apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, thèse, Paris, Dalloz, 2003, p. 495 et s., pour une approche différente voy. I. LIANOS, « La confusion des infractions de l’article 81§1 : quelques interrogations sur la notion d’infraction unique », *RTDE*, 2000, pp. 239 à 271.

(1284) Conclusions du juge VESTERDORF présentées le 10 juillet 1991, *op. cit.*, p. 952.

(1285) I. LIANOS, « La confusion des infractions de l’article 81 §1 : quelques interrogations sur la notion d’infraction unique », *op. cit.*, p. 252.

(1286) Cette problématique est particulièrement présente dans la jurisprudence tant de la Cour de justice que du Tribunal de l’Union. Voy. CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c.*

Comme nous le verrons (1287), il s'agit, d'une part, de la place que doit accorder le juge aux preuves indirectes utilisées par les autorités nationales et de l'Union compétentes pour établir le comportement anti-concurrentiel et, d'autre part, de son contrôle sur la pertinence de ces preuves au regard de la présomption d'innocence.

L'étude des preuves écrites, dans le droit de l'Union européenne, démontre qu'une place particulière est accordée à la preuve documentaire. La spécificité de cette dernière, dans un système de preuve libre résulte essentiellement de l'exigence d'une preuve écrite préconstituée dans des matières où la nécessité d'un moyen de preuve uniforme a imposé l'instauration d'un système spécifique de certificats. En dehors de cette hypothèse, le droit de l'Union européenne rend également possible l'utilisation des preuves orales et issues de nouvelles technologies.

§2. – Les preuves non écrites et celles issues de nouvelles technologies

Selon le principe de la libre production des preuves, la preuve dans le droit de l'Union européenne peut se faire par tous moyens. Cela signifie que peuvent être produites au même titre que les preuves écrites les preuves non écrites qui sont constituées essentiellement par les preuves orales (A). L'évolution des échanges commerciaux au moyen de l'internet a conduit à prendre en compte la dématérialisation des documents qui se présentent souvent sous forme électronique. Cette évolution a ainsi permis de donner un cadre juridique cohérent aux preuves issues des nouvelles technologies en vue de leur utilisation dans une procédure judiciaire (B).

A. Les preuves orales

Les preuves orales dans le droit de l'Union européenne sont essentiellement constituées par les témoignages et les informations

Commission, aff. C-97/08 P, *Rec.* p. I-8237 ; TPICE, 30 septembre 2009, *Elf Aquitaine SA c. Commission*, aff. T-174/05, *Rec.* p. II-183, (pub. somm). Analyse confirmée dans le cadre du pourvoi, CJUE, 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine SA c. Commission*, aff. C-521/19 P, *nepr.*, pts 51 à 72 ; pour une présentation de cette question, voy. A. BAILLEUX, « Le statut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *op. cit.*, pp. 31 à 54.

(1287) Ce point sera examiné dans Chapitre 2, Section 2, §1, B. 2. b) de ce titre de cette partie de la thèse dans la mesure où il s'agit du contrôle que doit exercer le juge sur les preuves indirectes produites. Les développements sont ici consacrés aux modes des preuves pouvant être produits.

recueillies à l’issue d’une audition. La question de leur utilisation à titre de preuve peut se poser en amont du procès et durant le procès. Aussi, l’utilisation de ce mode de preuve ne se pose-t-elle pas dans les mêmes termes. En amont du procès, la preuve orale peut constituer l’élément pertinent pour prendre une décision ou sanction à l’encontre d’un opérateur économique par les autorités nationales ou de l’Union dans l’exercice de leur pouvoir de contrôle (1). Dans le procès, l’une des parties peut se prévaloir d’un témoignage qui viendra corroborer ses allégations (2).

1. L’utilisation de la preuve orale en amont du procès

L’étude du droit dérivé et de la jurisprudence démontre qu’en ce qui concerne l’utilisation de la preuve orale en amont du procès, une attention est accordée aux rapports précontentieux qui peuvent exister entre les parties. Plus particulièrement, ce cas de figure se présente lorsque ces rapports ont abouti à l’obtention des informations à l’issue d’un témoignage ou d’une audition. Ces rapports précontentieux se présentent le plus souvent dans l’exercice des pouvoirs d’investigation et d’enquête dont disposent les autorités nationales et les institutions de l’Union conférés par le droit de l’Union européenne. L’admissibilité des preuves orales à titre de preuve est ainsi justifiée parce que ces dernières sont appréhendées comme un moyen efficace de mise en œuvre des pouvoirs de contrôle et de sanction des autorités nationales et de l’Union (1288).

La possibilité d’utiliser la preuve orale en amont du procès est également justifiée par le cadre juridique au niveau de l’Union de l’obtention des informations au moyen d’une audition (1289).

À cet égard, le droit de la concurrence constitue un exemple significatif pour deux raisons : tout d’abord, il organise un cadre juridique spécifique à l’audition et, ensuite, il crée le corps des conseillers-auditeurs qui interviennent essentiellement dans la conduite de cette dernière. Ainsi, le règlement n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (1290), prévoit, dans son article 27, la possibilité pour

(1288) Voy. sur ce point les développements du Titre 2, Chapitre 2, Section 1 de la Première partie de la thèse.

(1289) Voy. également par exemple le régime de l’audition devant l’OHMI, plus particulièrement article 43 du règlement n° 2245/2002 de la Commission, du 21 octobre 2002, portant modalité d’application du règlement n° 6/2002 du Conseil sur les dessins et modèles communautaires, *JO* n° L 341 du 17 décembre 2002, p. 28.

(1290) *JO* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

la Commission de procéder à une audition. Son régime juridique est fixé dans le règlement n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application de articles 81 et 82 du traité CE (1291) pris pour son application (1292). Ces éléments sont repris de manière détaillée dans le règlement. À la lecture attentive de ces dispositions, il apparaît que l'audition doit permettre à la personne interrogée de connaître la base juridique et le but dans lequel l'audition est menée. De même, elle ne peut être effectuée qu'avec le consentement exprès de la personne concernée. En revanche, la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation pour décider d'auditionner des personnes dont le témoignage peut se révéler important pour la poursuite des procédures (1293).

L'audition est dirigée par les conseillers-auditeurs dont le corps a été spécialement créé pour garantir l'impartialité et l'indépendance pour la conduite des procédures afin de « *contribuer à l'objectivité, à la transparence et à l'efficacité de ces procédures* » (1294). Les mêmes garanties sont exigées pour les questions orales que les autorités nationales et de l'Union peuvent poser lors des inspections sur les lieux afin que les informations obtenues puissent être utilisées comme preuves (1295).

Le droit dérivé prévoit également le respect des garanties procédurales résultant des droits de la défense qui vont conditionner l'utilisation des informations obtenues à titre de preuve (1296).

(1291) JO n° L 123 du 27 avril 2004, p. 18.

(1292) Aux termes de son considérant 3, « *avant de recueillir des déclarations orales de personnes physiques ou morales qui consentent à être interrogées, la Commission doit informer ces personnes de la base juridique de l'entretien et de son caractère volontaire. Les personnes interrogées doivent également être informées de l'objectif de l'entretien et de tout enregistrement dont il peut faire l'objet. Pour renforcer l'exactitude des déclarations, la possibilité doit être également donnée aux personnes interrogées de corriger les déclarations enregistrées. Lorsque des informations provenant de déclarations orales sont échangées conformément à l'article 12 du règlement (CE) n° 1/2003, elles ne doivent pas être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que si les conditions énoncées audit article sont remplies* ».

(1293) CJCE, 17 janvier 1984, *Vereniging c. Commission*, aff. jtes 43/82 et 63/82, *Rec.* p. 19, pt 18.

(1294) Voy. considérant 3 de la Décision 2001/462/CE de la Commission, du 23 mai 2001, relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence, JO n° L 162 du 19 juin 2001, p. 21.

(1295) Voy. considérant 4 du règlement n° 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application de articles 81 et 82 du Traité CE précité.

(1296) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2. A. 1. de la Première partie de la thèse.

Le droit dérivé prévoit également la possibilité de l’utilisation de la preuve orale dans le procès.

2. L’utilisation de la preuve orale durant le procès

L’utilisation de la preuve orale durant le procès est expressément reconnue dans le droit dérivé tant par les actes relatifs à la coopération administrative et judiciaire que par les règlements de procédure des juridictions de l’Union (1297).

Ainsi, l’article 11 du protocole relatif à l’assistance administrative mutuelle en matière de douane prévoit la possibilité qu’un agent d’une autorité nationale compétente puisse être cité comme expert ou témoin devant une autorité administrative ou judiciaire d’un autre État membre (1298). Il en est de même des fonctionnaires de la Commission qui peuvent être cités comme témoins devant une instance judiciaire nationale (1299).

L’article 3 de la décision-cadre 2001/220/JAI (1300), intitulé « Audition et fournitures de preuves », quant à lui, précisait que « *chaque État garantit la possibilité aux victimes d’être entendues au cours de la procédure ainsi que de fournir des éléments de preuve* ». Il faisait ainsi écho à la communication de la Commission du 14 juillet 1999 intitulée « Les victimes de la criminalité dans l’Union européenne : réflexion sur les normes et mesures à prendre » et visait à rapprocher les règles et pratiques nationales dans la reconnaissance d’un statut et des principaux droits de la victime. La décision-cadre a récemment été remplacée par la directive n° 2012/29/UE établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre n° 2001/220/JAI (1301). Adoptée sur le fondement de l’article 82 TFUE, cette direc-

(1297) L’utilisation de la preuve orale est entendue ici comme la possibilité des parties de la produire dans l’instance judiciaire. La question de la possibilité pour le juge de procéder à une audition sera examinée en tant qu’une mesure d’instruction dans le Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 de cette partie de la thèse. Voy. également pour l’audition des témoins pouvant être prise comme mesure d’instruction par l’OHMI article 78 du règlement n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (*JO* n° L 78 du 24 mars 2009) et article 65 du règlement n° 6/2002 du Conseil, du 12 décembre 2001, sur les dessins et modèles (*JO* n° L 3 du 5 janvier 2002). Voy. également pour une organisation de l’audition devant l’Office dans le domaine des obtentions végétales, règlement n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, *JO* n° L 227 du 1^{er} septembre 1994, p. 1.

(1298) *JO* n° L 115 du 9 mai 2003, p. 71.

(1299) CJCE, 18 février 1992, *Weddel c. Commission*, aff. C-54/90, *Rec.* p. I-871.

(1300) Déc. précitée.

(1301) *JO* n° L 315 du 14 novembre 2011, p. 57.

tive vise à instaurer des règles minimales de protection des victimes dans les procédures pénales (1302). Elle donne suite au programme de Stockholm dont l'objectif est d'instaurer « *une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* » (1303) par le moyen d' « *une justice (...) rendue efficacement* » (1304). Pour ce faire, la victime doit pouvoir « *expliquer dûment les circonstances de l'infraction et apporter ses éléments de preuve sous une forme compréhensible* » (1305). Ce dispositif se retrouve désormais au chapitre 3 de la directive lequel consacre un véritable droit de la victime de participer à la procédure pénale. L'article 10 de ce chapitre concerne directement le droit de la victime d'être entendu. Il précise sur ce point que « *les États membres veillent à ce que la victime puisse être entendue pendant la procédure pénale et puisse produire des éléments de preuve* » et que ce droit est organisé selon les règles du droit national.

Les juridictions de l'Union admettent également comme preuve les témoignages (1306). Ainsi, dans l'arrêt *Miranda Mirosevich c. Haute Autorité CECA*, la Cour de justice s'est expressément référée au témoignage porté par le secrétaire de la Haute autorité pour retenir la qualité de stagiaire de la requérante, d'autant plus que cette situation n'avait pas été contredite par d'autres témoins des services administratifs de la Haute autorité (1307). De même, dans l'arrêt *Rudolf Pieter Marie Fiddelaar c. Commission*, la Cour de justice a admis le recours au témoignage par les requérants comme moyen de preuve lui permettant d'établir l'existence d'un détournement de pouvoir (1308). Dans l'arrêt *Hartmut Luhleich c. Commission de la CEEA*, la Cour s'est fondée exclusivement sur les témoignages apportés par les membres de la Commission pour annuler la décision contestée (1309).

(1302) Sur la signification de l'instauration de règles minimales par référence à la notion de prescriptions minimales, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, B. 2. de la Première partie de la thèse.

(1303) JO n° L 115 du 4 mai 2010, p. 1.

(1304) Cons. 34 de la directive 2012/29/UE précitée.

(1305) *Ibid.*

(1306) TPICE, 21 avril 2004, *M. c. Cour de justice*, aff. T-172/01, *Rec.* p. II-1075, pt 108.

(1307) CJCE, 12 décembre 1956, *Miranda Mirosevich c. Haute Autorité CECA*, aff. 10/55, *Rec.* p. 365, p. 385 ; voy. également dans le même sens l'utilisation du témoignage pour déterminer le sens de l'expression « service », CJCE, 8 juillet 1965, *Stefan Krawczynski c. Commission de la CEEA*, aff. 83/63, *Rec.* p. 773, pp. 788 et 790.

(1308) CJCE, 16 décembre 1960, *Fiddelaar c. Commission*, aff. 44/59, *Rec.* p. 1077, pp. 1097 et 1098. En l'espèce, la Cour de justice a estimé que les témoignages ne corroboraient pas les allégations du requérant.

(1309) CJCE, 8 juillet 1965, *Hartmut Luhleich c. Commission de la CEEA*, aff. 68/63, *Rec.* p. 727, spéc. p. 744 et p. 746.

L’utilisation des preuves orales se révèle toutefois moins évidente en raison du caractère essentiellement écrit de la procédure devant le juge de l’Union et devant certaines juridictions nationales. L’admissibilité de ce mode de preuve tient à la spécificité de chaque affaire et des questions de preuve que l’affaire suscite. À ce sujet, les exemples précités démontrent que l’utilisation du témoignage est particulièrement fréquente dans le contentieux de la fonction publique de l’Union, domaine dans lequel des déclarations orales peuvent avoir une incidence importante pour éclairer le juge sur la situation du requérant. En revanche, dès lors que les pièces et documents écrits établissent suffisamment les faits allégués, les juridictions de l’Union estiment qu’il n’y a pas lieu d’examiner le témoignage offert en tant que preuve (1310). Cette situation est particulièrement décelable dans la jurisprudence lorsque le juge se contente d’examiner les pièces écrites communiquées qui lui paraissent suffisantes pour forger sa conviction (1311). Une telle démarche s’explique par le fait qu’en égard aux pièces fournies, le témoignage offert comme preuve se révèle superfétatoire (1312).

Le droit de l’Union européenne accorde un régime particulier aux preuves issues des nouvelles technologies.

B. *Les preuves issues des nouvelles technologies*

Selon le principe de la libre production des preuves, les données issues des nouvelles technologies et qui se présentent sous forme électronique peuvent être utilisées à titre de preuve. La question de l’utilisation des preuves issues des nouvelles technologies s’est toutefois posée

(1310) Pour une illustration des difficultés que le témoignage ou l’aveu peut poser devant le juge de l’Union en matière de fonction publique de l’Union, voy. la trilogie, TPICE, 28 mars 1995, *Frédéric Daffix c. Commission*, aff. T-12/94, *Rec.* p. II-233 (dans cet arrêt, le Tribunal a annulé la décision de l’AIPN car il a estimé qu’elle était fondée exclusivement sur les contradictions contenues dans les aveux du requérant lors des auditions); CJCE, 20 février 1997, *Commission c. Frédéric Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.* p. I-983. En l’espèce, la Cour a censuré la position du Tribunal car il n’avait pas examiné les autres pièces écrites fournies par la Commission. TPICE, 18 décembre 1997, *Frédéric Daffix c. Commission*, aff. T-12/94, *Rec.* p. II-1197, pt 84. En l’espèce, les contradictions contenues dans l’aveu du requérant ont conduit le Tribunal à ne pas se prononcer sur sa valeur probante. Ainsi, il l’a examiné en tenant compte de l’ensemble des pièces du dossier.

(1311) TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream c. Commission*, aff. T-301/04, *Rec.* p. II-3155, pt 218.

(1312) TPICE, 12 juillet 1990, *Alessandro Albani c. Commission*, aff. T-35/89, *Rec.* p. II-395, pts 26 et 31. En l’espèce, il s’agissait d’une contestation des corrections des épreuves de concours ; voy. également dans le même sens, TPICE, 25 novembre 1993, *Mme X. c. Commission*, aff. jtes T- T-89/91, T-21/92 et T-89/92, *Rec.* p. II-1235, pts 39, 40, 47, 50 et 51.

dans un contexte très particulier qui a nécessité l'intervention du législateur de l'Union.

En effet, si l'intensification des échanges par voie électronique est un avantage incontestable pour la rapidité dans les échanges entre les États membres, elle présente néanmoins un inconvénient majeur lié à la circulation des données électroniques échangées, à leur intégrité et à leur authenticité (1313). C'est également une question de preuve car le support électronique peut, dans certains cas, être le seul moyen probant dont dispose le requérant. Par ailleurs, le recours à ce type de preuve est prévu par le droit dérivé lui-même, notamment par la réglementation de l'Union relative au commerce électronique (1314) et aux marchés publics (1315) et aussi devant les juridictions de l'Union (1316). Or, l'utilisation de la preuve électronique et la reconnaissance de sa valeur probante dans des instances judiciaires diffèrent selon les États membres.

Pour pallier ces inconvénients, la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (1317), instaure un cadre

(1313) Y. POULLET, M. ANTOINE, « « Vers la confiance » ou comment assurer le développement du commerce électronique », in P. VAN DEN EYNEDE, *Authenticité et informatique. Authenticité en Informatica*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 345 à 380.

(1314) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

(1315) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ; directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, 17 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO n° L 335 du 20 décembre 2007, p. 31.

(1316) Voy. Instructions pratiques relatives aux recours directs et aux pourvois de la Cour de justice, JO n° L 98 du 16 avril 2003, p. 9 ; v. également les articles 37 du règlement de procédure de la Cour de justice, article 43 du règlement de procédure du Tribunal de l'Union, article 34 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique. Cette possibilité est soumise à une obligation d'envoi de la requête dans un délai de dix jours. À cet égard, les paragraphes 7, des articles 37, 43 et 34, respectivement du règlement de procédure de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique, prévoit également la possibilité pour les juridictions de l'Union de décider que la requête déposée par voie électronique peut être considérée comme l'original. Cette décision fait l'objet d'une publication au Journal officiel. Pour un exemple de transmission d'une requête par la voie d'un télécopieur et des conséquences sur la preuve du dépôt de la requête voy. Conclusion de l'Avocat général Yves Bot, sous l'affaire, CJCE, 3 avril 2008, *Athinaiki Techniki AE c. Commission*, aff. C-521/06 P, *Rec.* p. I-5829. Ces questions soulèvent le problème de la charge de la preuve de la recevabilité du recours devant les juridictions de l'Union. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2. B. 1. de cette partie de la thèse.

(1317) JO n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12.

juridique cohérent à l’utilisation de la signature électronique comme preuve. Elle concilie les impératifs liés à la libre circulation au sein du marché intérieur avec la nécessité de protéger l’intégrité et l’authenticité des données électroniques. La directive poursuit ainsi l’objectif de favoriser « *l’utilisation et la reconnaissance juridique des signatures électroniques (...) [et] de reconnaître l’efficacité juridique des signatures électroniques utilisées (...) et leur recevabilité comme preuve en justice* » (1318).

La directive donne une définition très précise de la signature électronique qui est présentée comme « *une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d’autres données électroniques et qui sert de méthode d’authentification* ». Elle en précise également les conditions d’établissement qui constituent des garanties suffisantes pour permettre l’identification des signataires et l’intégrité de son contenu. Ainsi, aux termes de l’article 5 §1 de la directive, « *les États membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création sur papier (...) répondent aux exigences légales d’une signature à l’égard de données électroniques de la même manière qu’une signature manuscrite répond à ces exigences à l’égard de données manuscrites ou imprimées sur papier et (...) soient recevables comme preuve en justice* ». À cet égard, le paragraphe 2 de cet article prévoit que les États membres doivent veiller « *à ce que l’efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif qu’(…) elle se présente sous forme électronique, (...) qu’elle ne repose pas sur un certificat qualifié, (...) qu’elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, (...) qu’elle n’est pas créée par un dispositif de création de signature* ».

Cet article présente un double avantage puisqu’il reconnaît l’utilisation de la signature électronique à titre de preuve tout en conditionnant sa validité. Comme l’observait déjà l’avocat général Geelhoed, le droit de l’Union « *reconnaît – entre autres par les directives sur la signature électronique et sur le commerce électronique – la communication électronique en de nombreux domaines comme une forme de*

(1318) Voy. considérant 16 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, précitée.

communication équivalente à la communication traditionnelle sur papier » (1319). Il convient de lui reconnaître une valeur juridique.

Toutefois, l'étude de la jurisprudence démontre une position plus réticente à l'égard de l'utilisation de ce mode de preuve. Son admissibilité à titre de preuve dépend du contexte dans lequel il est invoqué, notamment si l'utilisation de la communication électronique est généralisée (1320). Les domaines qui sont potentiellement concernés par l'utilisation de la signature électronique sont ceux qui reposent sur une coopération administrative entre les autorités nationales et les institutions de l'Union. Il s'agit ainsi du domaine douanier, de la politique agricole commune, mais aussi de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Dans ces domaines, les échanges d'informations sont facilités par la mise en place des réseaux informatiques.

En dépit d'une jurisprudence peu abondante sur la question, l'intervention normative du législateur de l'Union a permis l'adaptation du droit national de la preuve (1321). La transposition des actes de droit dérivé de l'Union a conduit à l'évolution du droit national de la preuve, essentiellement sur deux points : la considération de l'écrit électronique comme une preuve littérale et la reconnaissance d'une valeur juridique à la signature électronique.

L'admissibilité de divers modes de preuve dans le droit de l'Union européenne permet de rendre compte de ce que leur utilisation est fonction de la particularité de chaque affaire. En ce sens, dans le droit de l'Union, tous les modes de preuve se valent.

(1319) Conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 20 septembre 2001, sous l'arrêt CJCE, *Finlande c. Commission*, aff. C-170/00, *Rec. p. I-1007*, pt 64 et s. Position confirmée par la Cour de justice.

(1320) Pour un exemple en matière de fonction publique, voy. TPICE, 19 octobre 2006, *José Luis Buendía Sierra c. Commission*, aff. T-311/04, *Rec. p. II-4137*, pt 255.

(1321) En droit français, cette transposition a été effectuée par trois interventions législatives. Le législateur national a ainsi progressivement introduit à l'article 1316 du Code civil les règles spécifiques relatives à la signature et aux écrits électroniques quant à leur utilisation comme mode de preuve. Aux termes de cet article, « *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quels que soient leur support et leur modalité de transmission* ». L'article 1316-1 du Code civil précise que « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». La loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique ; la loi du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique ; l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

SECTION 2 – L’ABSENCE D’UNE HIÉRARCHIE DES MODES DE PREUVE
EN TERMES DE FORCE PROBANTE

L’admissibilité de divers moyens de preuve dans le droit de l’Union conduit à considérer qu’il n’y a pas de hiérarchie entre ces derniers en termes de valeur probante. Décider à l’avance quelle sera la valeur que devra accorder le juge à tel ou tel moyen de preuve nécessiterait de déterminer au préalable les critères de constitution des preuves conditionnant la valeur probante de ces dernières. Or, la diversité des modes de preuves admissibles dans le droit de l’Union européenne démontre que leur valeur probante ne dépend pas de leur constitution formelle puisqu’ils peuvent être librement produits. Cependant, cela ne doit pas avoir pour conséquence d’aboutir à la conclusion hâtive de l’absence d’un principe permettant de décider de la valeur probante du moyen de preuve invoqué. Le principe est celui de la crédibilité de la preuve (§1). Ce principe trouve une application particulière dans le droit de l’Union européenne (§2).

§1. – Le principe de la crédibilité des preuves

La détermination de la valeur probante des modes de preuve dans le droit de l’Union européenne se fait en fonction de leur crédibilité. Pour déterminer quelle est la place qui lui est accordée, il convient de s’interroger sur la signification de ce principe (A) afin de mieux rendre compte de sa transposition dans le droit de l’Union (B).

A. *La signification du principe de crédibilité des preuves*

La signification du principe de crédibilité des preuves dépend des notions auxquelles celui-ci se réfère. Les vocables utilisés renvoient à l’exigence d’une preuve crédible et fiable pour lui reconnaître une valeur probante. La détermination de la signification du principe de crédibilité des preuves implique ainsi de préciser la notion de valeur probante accordée à un moyen de preuve donné. Cette précision terminologique s’impose parce que la crédibilité est intrinsèque à la force probante du mode de preuve concerné et permet d’éviter toute confusion dans l’analyse lorsqu’on s’y réfère. Il convient, dès lors, de s’interroger au préalable sur ce qui est entendu par la notion de valeur probante (1) et, ensuite, par la notion de crédibilité (2).

1. La notion de valeur probante

La notion de valeur probante désigne en général la capacité potentielle d'un mode de preuve à établir l'allégation à l'appui de laquelle la preuve est invoquée (1322). Autrement dit, il s'agit de reconnaître une valeur juridique au mode de preuve en raison des effets qui s'y attachent. En fonction du système de preuve, cette capacité peut être déterminée par une disposition juridique ou bien laissée à la libre appréciation du juge. Quel que soit le choix opéré pour décider de la valeur probante d'un procédé de preuve, la démarche est toujours la même. Il s'agit de s'intéresser non pas aux éléments extérieurs pouvant affecter l'utilisation de la preuve, mais aux éléments que celle-ci contient. Ainsi, l'appréciation de la valeur probante n'est jamais liée à la question de la recevabilité de la preuve et à la formation de la conviction du juge. En effet, comme nous le verrons (1323), dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve, sont mis en avant les délais de sa production. Il s'agit de vérifier si la production de la preuve est tardive.

Cette distinction est particulièrement décelable dans la jurisprudence des juridictions de l'Union qui rappellent de manière constante que la crédibilité et, partant, la force probante des preuves, ne peut pas affecter leur recevabilité. « *En effet, (...), le principe qui prévaut en droit [de l'Union] est celui de la libre administration des preuves et le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité. Dès lors la transmission de ces [preuves] n'ayant pas été déclarée illégale (...), il n'y a pas lieu de considérer qu'[elles] étaient des éléments de preuve irrecevables qui devaient être écartés du dossier* » (1324).

De même, si la conviction du juge se forme à partir du contenu de la preuve, il n'en demeure pas moins que la détermination de sa valeur probante y est indépendante. Il en est ainsi car pour former sa conviction, le juge, dans l'évaluation de la preuve, prend en considération également l'effort déployé par les parties au regard de la disposition juridique applicable. Il décide ainsi si la preuve est suffisamment concluante non seulement en fonction de son contenu, mais aussi en

(1322) K.P.E. LASOK, *The European Court of justice. Practice and Procedure*, London, Butterworths, 2^{ème} éd., 1994, p. 431 ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Paris, Defrenois, Lextenso, 2009, p. 181 et s.

(1323) Voy. à ce sujet, les développements relatifs à la libre appréciation des preuves quant à leur recevabilité, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, de cette partie de la thèse.

(1324) Voy. dans ce sens, conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d'avocat général dans l'arrêt *Rhône-Poulenc*, *op. cit.*, p. 954 ; TPICE, 8 juillet 2004, *Dalmine c. Commission*, aff. T-50/00, *Rec. p. II-2395*, pts 72 et 73.

fonction de l’ensemble des preuves avancées par les parties. L’évaluation de la preuve est donc effectuée à l’aune du cadre factuel et juridique du litige (1325).

On peut donc en déduire que lorsqu’une preuve est considérée comme « *suffisamment concluante* » ou qu’elle établit « *à suffisance de droit* », il s’agit dans la jurisprudence de la conséquence d’une appréciation globale des preuves produites dont la valeur probante a été au préalable reconnue. Sur ce point, le juge Vesterdorf, faisant fonction d’avocat général dans l’affaire *Rhône Poulenc*, écrivait à propos de l’attitude du juge telle qu’elle se dégageait de l’arrêt *Suiker Unie* (1326), que « *pour apprécier des preuves, la Cour se fonde uniquement sur une appréciation globale de la force probante d’un document et sur de simples règles de logique en matière de preuve* » (1327). La valeur probante en constitue l’élément de l’analyse des preuves, mais elle ne suffit pas à elle seule à emporter la conviction du juge.

À ce sujet, l’Avocat général Mischo estimait, dans ses conclusions sous l’arrêt *Met-Trans et Sappol*, que « *même si les déclarations du titulaire du carnet et le témoignage du chauffeur du camion seront nécessairement sujets à caution, il ne devrait pas être exclu que l’autorité compétente puisse parvenir à la conclusion qu’il a été démontré, d’une manière convaincante à ses yeux, que l’infraction ou l’irrégularité ont été commises à un certain endroit lorsqu’elle est en présence d’un faisceau d’indices concordants* » (1328).

La notion de valeur probante est ainsi essentiellement liée au contenu même du mode de preuve. Cela signifie que l’utilisation d’un mode de preuve et son appréciation par le juge dépendent de la reconnaissance préalable de sa valeur juridique et, par conséquent, de sa qualité de mode de preuve (1329). Pour ce faire, une attention particulière est portée au contenu du moyen et aux informations que celui-

(1325) Comme nous le verrons, cette situation est parfaitement illustrée par la technique de standard de preuve qui consiste en une évaluation des preuves fournies en termes de quantité et de qualité suffisantes pour emporter la conviction du juge. Voy. dans ce sens A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, op. cit., p. 735. Nous renvoyons également aux développements relatifs à l’évaluation des preuves pour l’attribution de la charge de la preuve, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1 de cette partie de la thèse.

(1326) CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie c. Commission*, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* p. 1663.

(1327) Conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d’avocat général dans l’affaire *Rhône-Poulenc*, op. cit., p. 954.

(1328) Conclusions de l’avocat général Mischo présentées le 9 décembre 1999, sous l’arrêt CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Sappol*, aff. jtes C-310/98 et C-406/98, op. cit., pt 105.

(1329) Comme le remarque les professeurs Philippe Malaurie et Patrick Morvan, il s’agit de sa valeur probatoire. Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, op. cit., p. 181.

ci contient. Comme l'observait déjà le juge Vesterdorf, faisant fonction d'avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc*, il s'agit de la toute première étape pour apprécier la valeur probante d'un document produit à titre de preuve (1330). Sa valeur probante dépend ainsi de l'exactitude et de la véracité des éléments auxquels il se réfère. Cela explique pourquoi sa force probante dépend de sa crédibilité.

2. La notion de crédibilité des preuves

Par le vocable de « *crédibilité* » est désigné de manière usuelle « *ce qui fait qu'une chose mérite d'être crue* » ou encore le « *caractère de ce qui est croyable* » (1331). Il renvoie ainsi à l'idée de possible, de vraisemblable (1332). Une telle signification de la notion de crédibilité résulte également de la jurisprudence du juge de l'Union. Aux termes de cette jurisprudence, un mode de preuve dispose d'une valeur probante dès lors que les informations qu'il contient apparaissent suffisamment fiables. La notion de crédibilité apparaît ainsi comme intrinsèque à l'opération de vérification à laquelle se livre le juge afin de s'assurer que ces informations sont correctes, suffisamment crédibles, fiables. Autrement dit, il s'agit de vérifier l'exactitude du contenu des pièces et documents avancés à titre de preuve. Ainsi, le Tribunal de l'Union rappelait que « (...) le juge (...) doit (...) vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence » (1333).

Une telle situation n'est pas propre au système de preuve libre. Elle est également présente dans le système de preuve légale. À cet égard, il suffit simplement de relever que si, dans le système de preuve légale, la valeur ou la force probante est déterminée en fonction de la présence des mentions légales requises, il n'en demeure pas moins que celle-ci dépend de la véracité des informations contenues. Les dispositions du Code civil reconnaissent ainsi une valeur probante aux actes juridiques préconstitués, sauf inscription de faux (1334). Il résulte donc que les notions de force probante et de crédibilité renvoient à l'idée que

(1330) Conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d'avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc*, *op. cit.*, p. 956.

(1331) Voy. « Crédibilité » in Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1988, p. 419.

(1332) *Ibid.*, p. 419.

(1333) TPICE, 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c. Conseil*, aff. T-256/07, *Rec. p.* II-3019, pt 138.

(1334) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, Paris, Librairie Cotillon, 1902, pp. 23 et s. ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 505 et s.

les informations contenues dans le mode de preuve doivent être suffisamment fiables pour lui reconnaître une valeur juridique.

La notion de crédibilité et les vocables auxquels celle-ci renvoie demeurent cependant assez vagues et flous et ne permettent pas en eux-mêmes de décider du moment à partir duquel aucun doute ne subsiste sur la véracité des informations contenues dans les documents avancés à titre de preuve. L’interprétation qu’en donne le juge de l’Union conduit à prendre en considération un autre élément de la notion de crédibilité. À cet égard, l’étude de la jurisprudence montre que pour déterminer ce qui est crédible, le juge se réfère au sens commun, c’est-à-dire ce qui peut être normalement accepté comme vraisemblable. Cette présentation de la crédibilité renvoie ainsi à une certaine idée de normalité (1335).

L’approche n’est pas nouvelle dans la mesure où le juge se réfère déjà au vocable « *normalement averti* », soit pour donner une interprétation au droit de l’Union applicable (1336), soit pour apprécier si un acte ou un comportement d’une institution peut prêter à confusion dans l’esprit d’un opérateur économique normalement averti et agissant de bonne foi (1337). En ce sens, la preuve ne doit pas requérir des connaissances particulières pour son interprétation par des parties « *normalement averties* ». Cet élément de la notion de crédibilité fait que son appréciation dépend des éléments factuels du litige et de la situation de chaque partie au regard du droit de l’Union applicable.

Ainsi, le juge admet comme crédible une preuve « *dont la véracité et la crédibilité ne peuvent pas être mises en cause à première vue* » (1338) en raison des éléments factuels très précis et spécifiques que celle-ci contient. Aussi la notion de crédibilité dépend-elle de l’ab-

(1335) Comme le remarque le professeur François Terré « *une situation peut être normale parce qu’elle est établie* ». F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 501.

(1336) CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, aff. C-26/91, *Rec. p. I-3967*. En l’espèce, cette référence a été utilisée au sujet de l’interprétation à donner aux stipulations de la Convention de Bruxelles dans le but de permettre à un justiciable « normalement averti » de prévoir devant quelle juridiction il pourrait également être attrait. Voy. les conclusions de l’avocat général Jacobs, présentées le 13 décembre 2001, sous l’affaire CJCE, 12 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, aff. C-96/00, *Rec. p. I-6367* ; pour un exemple récent d’un arrêt rendu en grande chambre voy. CJCE, gd. ch., 1er mars 2005, *Andrew Owusu*, aff. C-281/02, *Rec. p. I-1383*, pt 40.

(1337) Voy. dans ce sens, TPICE, 21 mai 1991, *Bayer AG c. Commission*, aff. T-12/90, *Rec. p. II-219* ; CJCE, 12 décembre 1996, *Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. C-241/95, *Rec. p. I-6699*, pt 36. Voy. également la même exigence pour un opérateur normalement avisé en ce qui concerne l’appréciation de l’absence de négligence en matière de recouvrement des droits de douane. Voy. Section 1, §1, A. de ce chapitre.

(1338) TPICE, 21 mars 2002, *Michael Hamilton Shaw et Timothy John Falla c. Commission*, aff. T-131/99, *Rec. p. II-2023*, pt 101. En l’espèce, il s’agissait de baux commerciaux conclus entre la société Whitbread et les requérants lesquels ont été notifiés à la Commission afin de pouvoir bénéficier de la réglementation relative à l’application de l’article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE) à des catégories d’achat exclusif. Pour accorder le bénéfice de la

sence d'un indice sérieux venant la contester. Cela signifie qu'en l'absence d'un indice sérieux qui remet en cause la véracité des éléments que la preuve contient, celle-ci est considérée comme crédible et, par conséquent, disposant d'une valeur probante (1339). L'existence d'un tel indice est, quant à lui, apprécié en fonction des allégations des parties en cas de contestation de la véracité des informations contenues dans le mode de preuve. L'étude de la jurisprudence révèle à ce sujet que la simple contestation de la crédibilité de la preuve ne suffit pas (1340). Encore faut-il que celle-ci repose sur des éléments suffisamment étayés susceptibles de créer des doutes sérieux quant à la véracité des informations contenues (1341). Le cas échéant, le juge estimera (1342) que les preuves contestées sont suffisamment crédibles.

B. L'affirmation du principe de crédibilité des preuves

Dégagé essentiellement par voie jurisprudentielle, le principe de crédibilité des preuves est consacré dans le droit de l'Union européenne en raison de la souplesse des solutions auxquelles il aboutit en matière de preuve (1). Il permet également de concilier de façon originale la libre production des preuves avec la reconnaissance de la compétence des États membres pour la détermination de la valeur probante de ces dernières (2).

réglementation applicable, la Commission s'est exclusivement fondée sur des chiffres communiqués par la société Whitbrite dont la fiabilité était contestée par les requérantes.

(1339) CJCE, 17 mai 1984, *Carlo Albertini et Mario Montagnani c. Commission*, aff. 338/82, *Rec. p. 2123*, cité en exemple par K.P.E. LASOK, *The European Court of justice. Practice and Procedure, op. cit.*, p. 432.

(1340) TPICE, 12 décembre 1996, *AKT c. Commission*, aff. T-380/94, *Rec. p. II-2169*, pts 174 et 177 à 179. En l'espèce il s'agissait de l'utilisation des prévisions sur la progression des consommateurs sur laquelle s'était fondée la Commission pour autoriser une aide d'État.

(1341) TPICE, 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec. p. II-2305*, pt 125. Voy. également dans le même sens, TPICE, 9 janvier 1996, *Casper Koelman c. Commission*, aff. T-575/93, *Rec. p. II-1*, pt 59. Dans cet arrêt est particulièrement sanctionné l'absence d'éléments de la part du requérant susceptible de « fragiliser la crédibilité de la thèse de la Commission telle qu'exposée dans la décision attaquée, selon laquelle les conventions de télédiffusion ou de radiodiffusion par câble en cause permettent de mettre à la disposition des consommateurs une plus grande offre de programmes de télévision et de radio et réduisent au minimum les risques de perturbation ou d'interruption des retransmissions suite à des différends concernant des droits d'auteur ».

(1342) TPICE, 24 octobre 1991, *Atochem SA c. Commission*, aff. T-3/89, *Rec. p. II-1177*, pt 189 : « (...) l'affirmation de la requérante, selon laquelle la Commission aurait confondu dans l'analyse des documents de preuve une simple opération statistique d'observation de l'évolution du marché avec la preuve d'une entente, n'est étayée par aucune argumentation ni par aucun élément de fait et manque, en outre, de crédibilité » ; TPICE, 17 décembre 1991, *BASF AG c. Commission*, aff. T-4/89, *Rec. p. II-1523*, pt 88 : « (...) l'affirmation de la requérante selon laquelle elle n'aurait participé qu'à quatre réunions est dépourvue de crédibilité, en raison du manque de précision des déclarations qu'elle a faites sur sa participation aux réunions ainsi que de leur caractère erroné sur certains points ».

1. La consécration jurisprudentielle du principe de crédibilité des preuves

La consécration du principe de crédibilité des preuves dans le droit de l’Union est largement inspirée de la pratique des juridictions internationales. Ainsi, dans la mesure où la liberté de la preuve est affirmée, la détermination de la valeur probante des preuves dans le contentieux international est dominée par la règle de la crédibilité (1343). De même, les juridictions de l’Union estiment que tous les procédés de preuve peuvent être produits dès lors que ceux-ci sont crédibles (1344). La formule selon laquelle « *le critère pertinent pour l’appréciation de leur valeur probante demeure leur crédibilité* » (1345) est constamment utilisée.

Ce constat peut toutefois prêter à confusion dans la mesure où l’on pourrait en déduire que tout procédé de preuve est admissible dès lors que celui-ci est crédible. Or, une telle affirmation est erronée tant au regard des principes qui régissent le régime de la preuve qu’à l’égard du principe même de crédibilité. Comme l’observe à juste titre l’Avocat général Mengozzi, « *le principe de la libre administration des preuves en droit communautaire ne saurait être compris dans le sens que tout élément de preuve est toujours et en tout état de cause utilisable et que seule compte sa crédibilité (...). Il convient de ne pas confondre, en matière de preuve, des principes dont la signification est différente. (...) celui de leur crédibilité [est] de la libre appréciation de la preuve par le juge, à savoir, en d’autres termes, celui de la libre conviction du juge par rapport au contenu de la preuve, à la signification que l’on doit lui attribuer* » (1346).

La transposition du principe de la crédibilité des preuves dans le droit de l’Union européenne traduit une position jurisprudentielle

(1343) Pour une étude du système probatoire devant les juridictions internationales voy. F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit. ; G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit. ; R. RIVIER, « La preuve devant les juridictions interétatiques », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., pp. 43 à 46.

(1344) J. M. JOSHUA, « Proof in Contested EEC Competition cases. A Comparison with the rules of evidence in common law », *EL Rev.*, 1987, p. 330 ; R. NAZZINI, « The wood began to move : an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 EC cases », *EL Rev.*, 2006, p. 523.

(1345) Voy. dans ce sens, les conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d’avocat général dans l’affaire *Rhône-Poulenc*, op. cit., p. 954 ; TPICE, 8 juillet 2004, *Dalmine c. Commission*, aff. T-50/00, *Rec. p. II-2395*, pts 72 et 73 ; TPICE, 8 juillet 2004, *JFE Engineering Corp. et al. c. Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec. p. II-2501*, pt 273.

(1346) Conclusions présentées le 6 novembre 2008, sous l’arrêt CJCE, 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland Co. c. Commission*, aff. C-511/06 P, *Rec. p. I-5843*, pts 112 et 113.

qui tient compte, d'une part, de l'impossibilité d'une réglementation générale au niveau de l'Union pour déterminer la valeur probante des preuves et, d'autre part, de la nécessité de permettre aux justiciables de se prévaloir de leurs droits devant une autorité compétente ou devant un juge. Cette double préoccupation explique ainsi que la crédibilité des preuves n'est pas une règle qui concerne la question de leur admissibilité, mais est une règle de l'appréciation de leur valeur intrinsèque. La notion de crédibilité dépend ainsi de l'appréciation du juge en fonction du cadre factuel du litige. Celui-ci demeure libre de décider quelle valeur probante il accordera à un mode de preuve donné. Il s'agit d'une question de fait qui, en tant que telle, échappe au contrôle de la Cour de justice dans le cadre d'un pourvoi (1347). C'est en ce sens aussi que le principe de la crédibilité est consacré dans le droit de l'Union parce qu'il n'est pas une règle de détermination de la recevabilité des preuves, mais d'appréciation de leur valeur probante. En tant que tel, il permet également de respecter la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, notamment en reconnaissant la compétence des États membres pour la détermination de la valeur probante des preuves.

2. La reconnaissance de la compétence des États membres pour la détermination de la valeur probante

La consécration du principe de la crédibilité des preuves dans le droit de l'Union européenne repose sur la conciliation qu'il permet entre les impératifs liés à la réalisation des droits tirés du droit de l'Union européenne avec la particularité des mécanismes d'application de celui-ci qui relèvent de la compétence des États membres et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, il s'agit d'un critère d'appréciation qui ne conditionne pas la recevabilité des preuves parce que la valeur probante des preuves dépend d'une appréciation factuelle, au cas par cas. Ensuite, parce qu'en tant que tel, ce critère repose sur une marge de manœuvre importante laissée aux États membres pour décider de la valeur probante des modes de preuve. Cette affirmation se vérifie en présence d'une réglementation de l'Union sur les modes de preuve et en l'absence d'une telle réglementation.

Ainsi, dans le premier cas de figure, le système des certificats fournit un exemple précis. Reposant sur une collaboration entre les autorités nationales compétentes et sur un contrôle *a posteriori*, ce

(1347) CJCE, 18 décembre 2008, *Coop de France bétail et viande et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et al. c. Commission*, aff. jtes C-101/07 et C-110/07 P, *Rec.* p. I-10193, pt 59.

système renvoie aux États membres la charge de décider de la valeur probante des certificats en raison de la véracité des informations qu’ils contiennent. Les États membres disposent ainsi d’une marge d’appréciation importante. Dans l’arrêt *Robert Unkel c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, la Cour de justice a estimé au sujet des certificats, « *qu’il appartient aux autorités nationales de constater, dans chaque cas, la valeur probante (...) des mentions portées (...) ou la nécessité de documents probatoires supplémentaires* » (1348).

Dans le second cas de figure, en l’absence d’une harmonisation ou d’une réglementation au niveau de l’Union des modes de preuve, il revient aux États membres de déterminer la valeur probante des actes délivrés par les autorités compétentes des autres États membres (1349). Ainsi, la Cour de justice a estimé que « *les autorités administratives et judiciaires d’un État membre ne sont pas tenues, en vertu du droit communautaire, de respecter l’équivalence entre les rectifications ultérieures des certificats d’état civil effectuées par les autorités compétentes de leur propre État et celles émanant des autorités compétentes d’un autre État membre* » (1350) et peuvent reconnaître à ces actes une valeur probante différente quant aux actes nationaux (1351).

Cette présentation du principe de crédibilité permet de déduire qu’il s’agit d’un principe dynamique d’appréciation au cas par de la valeur probante des preuves et, en tant que tel, il ne conditionne pas la recevabilité de ces dernières. En ce sens, son application conduit à des solutions de souplesse dans le droit de l’Union européenne.

§2. – L’application du principe de la crédibilité des preuves

Lié au cadre factuel du litige et relevant de la libre appréciation du juge ou de l’autorité compétente, l’examen de la crédibilité des preuves impose la prise en compte de certains critères qui déterminent

(1348) CJCE, 22 janvier 1975, *Robert Unkel*, aff. 55/74, *Rec.* p. I-9, pt 12.

(1349) CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, arr. préc., pt 51.

(1350) CJCE, 2 décembre 1997, *Eftalia Dafeki*, aff. C-336/94, *Rec.* p. I-6761, pt 18.

(1351) En matière de libre circulation du citoyen européen, la justification de la compétence nationale est celle tirée de l’identité constitutionnelle nationale et admise au titre d’une restriction à la liberté de circulation (voy. CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-3693, pts 92 à 95 ; CJUE, 12 mai 2011, *Vardyn et Wardyn*, aff. C-391/09, *Rec.* p. I-3787, pt 83 à 87), à condition toutefois que la compétence nationale ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination et qu’elle n’engendre pas de difficultés sérieuses d’ordre administratif ou privé de manière disproportionnée quant à l’exercice de la libre circulation ou au droit à la vie privée et familiale. CJCE, 30 mars 1993, *Konstandinidis*, aff. C-168/91, *Rec.* p. I-1191, pts 14 à 15 ; CJCE 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.* p. I-11613, pts 42 à 45 ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, *Rec.* p. I-7639, pts 21 à 28.

le contenu de la preuve elle-même (A). Cet examen permet ainsi de reconnaître une valeur probante équivalente aux modes de preuve dans le droit de l'Union européenne (B).

A. Les critères d'appréciation de la crédibilité des preuves

Le professeur Raphaëlle Rivier écrivait à propos des juridictions internationales que la valeur probante des preuves dépendait de leur « *crédibilité intrinsèque* » (1352). Pour apprécier cette crédibilité, elle constatait qu'étaient pris en compte, tout d'abord, l'auteur du mode de preuve et, ensuite, « *ses qualités intrinsèques* » (1353) déterminant la fiabilité des informations contenues. Ces critères d'appréciation ne se distinguent pas substantiellement de ceux dégagés par la jurisprudence du juge de l'Union en raison de leur universalité. Toutefois, leur appréciation repose sur des considérations différentes qui reflètent le contexte particulier dans lequel ces critères ont été dégagés. Il convient ainsi de s'intéresser, en premier lieu, au critère de l'auteur du moyen de preuve (1) et, en second lieu, aux critères liés à son contenu (2).

1. Le critère lié à l'auteur du moyen de preuve

L'appréciation du critère lié à l'auteur du moyen de preuve pour déterminer la crédibilité repose sur l'élément d'extériorité que celui-ci représente par rapport aux informations contenues dans la preuve. Cela signifie que la reconnaissance d'une valeur probante à un mode de preuve dépend du lien qui peut exister entre son auteur et son contenu. Cet élément d'extériorité se vérifie par la prise en compte de l'intérêt que peut y avoir l'auteur du moyen de preuve de le constituer et de l'utiliser. Il se mesure donc en fonction de la qualité de la personne à l'instance.

Ainsi, sont considérées comme crédibles et partant, disposant d'une force probante, les conclusions rendues par un expert dans la mesure où celui-ci apparaît complètement désintéressé par rapport à l'issue du litige. Il en est de même en principe pour le témoignage lorsque le litige ne présente aucun intérêt particulier pour les personnes dont le témoignage a été recueilli (1354). Par exemple, le juge de l'Union

(1352) R. RIVIER, « La preuve devant les juridictions interétatiques », *op. cit.*, p. 43.

(1353) *Ibid.*, p. 43.

(1354) Voy. par exemple, le témoignage d'un médecin pour l'appréciation d'un taux d'invalidité, CJCE, 2 octobre 1979, *Mlle B c. Commission*, aff. 152/77, *Rec.* p. 2819, pt 15 ; voy. également pour un témoignage écrit venant corroborer les informations contenues dans un telex, CJCE, 18 mars 1980, *Ferriera Valsabbia et autres c. Commission*, aff. jtes 154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78, 39, 31, 83 et 85/79, *Rec.* p. 907, pt 174.

avait estimé que le témoignage fourni par le supérieur direct du requérant était particulièrement probant pour établir la volonté du requérant pour le départ à la retraite au lieu d’une démission prématurée (1355).

En revanche, la question de la détermination de la crédibilité et de la valeur probante des preuves écrites ou orales émanant d’une des parties est plus délicate (1356). Ainsi, au sujet d’une note écrite par le requérant, le Tribunal avait estimé qu’« *elle ne [pouvait] pas bénéficier, de ce fait, de la crédibilité attachée aux rapports de notation [parce qu’elle] éman[ait] du requérant et que, par conséquent, contrairement à un rapport de notation, elle ne [pouvait] pas être considérée comme le résultat d’une appréciation objective portée par des tiers, à la suite d’une procédure contradictoire, sur les mérites du requérante* » (1357).

Ce cas de figure se présente très fréquemment en droit de la concurrence et en matière de marque en raison des difficultés que la preuve peut poser dans ces domaines. Le régime juridique de ces déclarations est le résultat d’une construction jurisprudentielle importante qui concilie le respect du principe que nul ne peut se constituer preuve soi-même et la nécessité d’une collaboration des entreprises incriminées pour l’établissement des pratiques anticoncurrentielles ou de l’usage d’une marque afin de lui reconnaître le caractère d’un signe distinctif.

(1355) CJCE, 13 juillet 1972, *Alo Heinemann c. Commission*, aff. 79/81, *Rec.* p. 579, pt 14.

(1356) Cette situation présente un problème d’ordre général lié à la considération selon laquelle « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ». Pour une présentation des difficultés liées à ce sujet, voy. C. MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l’épreuve de l’unilatéralisme », *RTD civ.*, 2007, pp. 256 et s. Voy. également pour l’appréciation des statistiques dont les chiffres émanaient essentiellement d’une des parties : CJCE, 10 novembre 1993, *Pays-Bas c. Commission*, aff. C-48/91, *Rec.* p. I-5611, pt 24 : « *Compte tenu de leur nature et de leurs finalités, les données statistiques sont inévitablement approximatives et, dès lors, ne reflètent qu’avec un degré de précision limité des situations réelles. Selon la Commission, la marge d’erreur due précisément à l’utilisation de telles données aurait été considérablement réduite en l’espèce par les corrections qu’elle aurait apportées sur la base des comparaisons entre les données d’origines différentes qui lui sont parvenues et des discussions qu’elle aurait menées à ce sujet avec les autorités nationales. A cet égard, il y a lieu de constater qu’à juste titre le gouvernement néerlandais, qui n’a pas été contredit sur ce point par la Commission, observe que toutes les données utilisées par cette institution avaient leur origine dans les chiffres de l’administration néerlandaise. Or, la comparaison de données ayant une même origine ne saurait être considérée comme une garantie d’objectivité. Quant aux discussions avec les autorités néerlandaises, il convient de relever que, comme la Commission l’a reconnu lors de l’audience, celles-ci se sont limitées aux différences entre ses propres chiffres et ceux de l’administration néerlandaise élaborés suivant la méthode statistique. Ainsi, les échanges de vue ne pouvaient, apporter des corrections significatives à la marge d’erreur inhérente à l’emploi des données approximatives* ».

(1357) TPICE, 15 novembre 2001, *Cristiano Sebastiani c. Commission*, aff. T-194/99, *Rec.* p. II-991, pt 63 ; TPICE, 5 octobre 2000, *Léon Rappe c. Commission*, aff. T-202/99, *Rec.* p. II-911, pt 59.

L'étude de la jurisprudence révèle sur ce point que les déclarations émanant des entreprises concernées peuvent être utilisées à titre de preuve conformément au droit de l'Union européenne (1358). Pour ce qui est du droit de la concurrence, cette possibilité est justifiée par la considération selon laquelle une autre solution aurait eu pour conséquence de rendre excessivement difficile, voire pratiquement impossible la preuve de la pratique anticoncurrentielle. Elle aurait eu également pour conséquence d'empêcher la Commission d'accomplir sa mission de gardienne des traités. Pour ce qui est de la marque communautaire, cela s'explique par le fait que seules les entreprises concernées possèdent des informations nécessaires et pertinentes pour démontrer l'usage commercial et la distribution des produits dont elles demandent l'enregistrement.

Pour lui attribuer cependant une valeur probante et en cas de contestation de l'exactitude de la déclaration, l'étude de la jurisprudence révèle que cette dernière doit être corroborée par d'autres éléments de preuve. Elle ne peut en aucun cas constituer la seule preuve retenue par l'autorité de l'Union pour fonder sa décision. Ainsi, le juge de l'Union précise de manière constante que les déclarations « *ne constituent que des indices nécessitant d'être corroborés par d'autres éléments probants* » (1359). À ce sujet, le juge Vesterdorf, faisant fonction d'avocat général sous l'affaire *Rhone-Poulenc*, écrivait dans ses conclusions qu'« *il y a moins de raisons d'ajouter foi au type d'explications utilisés par certaines requérantes (...) pour prouver que les documents présentés ne démontrent pas ce qu'ils semblent montrer à première vue (...). Il est étonnant qu'il puisse être nécessaire d'élaborer des hypothèses alternatives quant au contexte véritable de l'affaire, alors que des personnes liées aux entreprises, et en grande partie vraisemblablement encore employées chez elles, pourraient raconter quel était en réalité le sens de l'ensemble des documents* » (1360).

Le juge estime que les informations contenues dans des déclarations orales ou écrites en raison de leur caractère subjectif doivent être corroborées par d'autres éléments de preuve afin de constituer des

(1358) Pour une illustration récente de cette jurisprudence au sujet d'une déclaration voy. TPICE, 25 octobre 2005, *Groupe Danone c. Commission*, aff. T-38/02, *Rec.* p. II-4407, pt 285. Voy. également au sujet de l'utilisation des déclarations comme preuve en droit de la concurrence N. JALABERT-DOURY, « Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infractions peut-elle se satisfaire de « certitudes probables » ? », *Concurrences*, 2005, pp. 45 et s.

(1359) TPICE, 15 décembre 2005, *BIC SA c. OHMI*, aff. T-262/04, *Rec.* p. II-5959, pt 79.

(1360) Conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d'avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc*, *op. cit.*, p. 955.

indices suffisamment sérieux et concluants (1361). Il en est de même des témoignages apportés par des tiers dès lors qu’ils apparaissent comme « *des bruits de couloir* » (1362) en raison de la généralité des situations qu’ils tendent à démontrer. L’appréciation de la valeur probante des déclarations émanant d’une des parties est effectuée ainsi selon un double critère : au préalable, la véracité de son contenu et ensuite, le caractère suffisamment concluant en fonction de son interprétation au regard d’autres preuves avancées à l’appui.

Si une importance particulière est accordée au critère de l’auteur du mode de preuve, l’étude de la jurisprudence révèle que la détermination la valeur probante de ce dernier repose sur un examen minutieux de son contenu.

2. Les critères liés au contenu de la preuve

Il est communément admis dans la jurisprudence « *que, pour apprécier la valeur probante d’[une preuve], il faut vérifier la vraisemblance de l’information qui y est contenue, tenir compte de l’origine de [la preuve] et des circonstances de son élaboration et se demander si, d’après son contenu, [elle] semble sensée et fiable* » (1363). Cette formule jurisprudentielle permet ainsi de dégager quels sont les éléments considérés comme intrinsèques à la crédibilité d’un moyen de preuve qui seront pris en compte pour vérifier que son contenu est « *exact, fiable et conforme* » (1364).

(1361) TPICE, 24 février 2000, *ADT c. Commission*, aff. T-145/98, *Rec. p. II-387*, pt 116 ; pour un exemple récent au sujet de l’utilisation par la Commission d’un rapport à la suite des interrogatoires menés par le FBI pour constater le comportement anticoncurrentiel de l’entreprise concernée, voy. CJCE, 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland Co. c. Commission*, aff. C-511/06 P, *Rec. p. I-5843*, pts 84 à 96.

(1362) L’expression est utilisée par l’avocat général Mischo dans ses conclusions, présentées le 26 septembre 1989, sous l’arrêt CJCE, 7 février 1990, *Annibale Culin c. Commission*, aff. C-343/87, *Rec. p. I-225*, pt 27. En l’espèce, il s’agissait d’établir au moyen d’une déclaration faite par un membre du cabinet d’un commissaire que les postes de chef de division des directions générales à la Commission sont pourvus en raison de la nationalité.

(1363) Conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d’avocat général dans l’affaire *Rhône-Poulenc*, présentées le 10 juillet 1991, *op. cit.*, p. 956 ; TPICE, 15 mars 2000, *SA Cimenteries CBR et al. c. Commission*, aff. jtes. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, *Rec. p. II-491*, pt 1838 ; TPICE, 7 novembre 2002, *Vela Srl et Tecnagrind SL c. Commission*, aff. jtes T-T-141/99, T-142/99, T-150/99 et T-151/99, *Rec. p. II-4547*, pt 223. Voy. également pour un exemple en matière de marque communautaire, TPICE, 7 juin 2005, *Lidl Stiftung & Co. KG c. OHMI*, aff. T-303/03, *Rec. p. II-1917*, pt 42 ; TPICE, 15 décembre 2005, *BIC SA c. OHMI*, aff. T-262/04, *Rec. p. II-5959*, pt 78.

(1364) Conclusions du juge VESTERDORF, faisant fonction d’avocat général dans l’affaire *Rhône-Poulenc*, présentées le 10 juillet 1991, *op. cit.*, p. 955.

S'agissant, tout d'abord, de l'origine de la preuve, une attention particulière est accordée à la source des informations à laquelle celle-ci se réfère. Sur ce point, le juge de l'Union montre une certaine préférence pour les informations issues de sources officielles, publiques qui sont le plus souvent faciles d'accès afin de vérifier la véracité des données invoquées. Il en est de même pour l'exigence des informations suffisamment objectives. Ainsi, dans l'arrêt *Léon Rappe*, le Tribunal avait estimé que lorsque la Commission se prévalait des pièces autres qu'un rapport de notation en raison de l'impossibilité de présenter ce dernier, les informations contenues doivent « être largement analogues à celle-ci, en ce qui concerne leur origine, leur procédure d'établissement et leur objet » (1365) pour leur accorder une valeur probante. Autrement dit, les informations contenues dans le mode de preuve doivent être de nature à faciliter leur vérification. Tel n'est pas le cas, selon le juge, des éléments contenus dans des notes échangées entre le requérant et son supérieur pour établir les compétences professionnelles du premier car elles ne présentent pas un degré d'objectivité lui permettant d'exercer un contrôle juridictionnel (1366).

S'agissant, ensuite, du contexte de l'élaboration du mode de preuve, le juge de l'Union met en avant deux critères qui tiennent compte de la nécessité de compétences techniques pour constituer le mode de preuve et de la concomitance entre son élaboration et le fait qu'il est censé établir (1367). Pour ce qui est des compétences techniques, c'est principalement les qualités d'expert (1368) ou d'un médecin qui sont retenues par le juge pour décider de la fiabilité des informations contenues en raison de la nécessité du respect d'un certain formalisme (1369). Pour ce qui est du moment de l'élaboration du moyen de preuve, la date peut se révéler d'une importance capitale pour l'établissement des faits (1370).

Les éléments pris en compte ne sont que des indices éclairant sur l'attitude du juge lorsqu'il s'intéresse à la valeur probante d'un mode

(1365) TPICE, 5 octobre 2000, *Léon Rappe c. Commission*, aff. T-202/99, arr. préc., pt 57.

(1366) *Ibid.*, pt 56.

(1367) CJCE, 9 janvier 2003, *Italie c. Commission*, aff. C-177/00, *Rec.* p. I-233, pt 38 au sujet des témoignages des douaniers italiens recueillis trois ans après les inspections menées par la Commission.

(1368) TPICE, ord. prés., 4 avril 2002, *Technische Glaswerke c. Commission*, aff. T-198/01 R, *Rec.* p. II-2153, pt 106

(1369) Pour en exemple de l'utilisation des informations contenues dans les enquêtes nationales par la Commission, voy. TPICE, 26 septembre 2002, *Sgaravatti Mediterranea Srl c. Commission*, aff. T-199/99, *Rec.* p. II-3731, pts 49 et s.

(1370) Voy. conclusions du juge VESTERDORF présentées le 10 juillet 1991, *op. cit.*, p. 952.

de preuve en particulier. Il ne s’agit nullement de critères qui s’imposent au juge en toute circonstance. La prise en compte de tel ou tel critère dépend du cadre factuel de chaque affaire et de la spécificité de chaque mode de preuve avancé. C’est la raison pour laquelle la crédibilité des informations contenues dans les preuves dépend du comportement des parties à l’instance. Ainsi, si l’exactitude des informations contenues dans le mode de preuve est contestée, le juge tiendra compte des éléments venant corroborer cette contestation. La contestation de l’exactitude des informations contenues doit être étayée par des indices suffisamment sérieux entraînant un doute sur leur fiabilité. Une particulière attention est prêtée également à la contradiction des preuves entre elles-mêmes. Comme nous le verrons (1371), il s’agit d’une condition préalable, dans certains cas, pour que le juge s’intéresse à la crédibilité d’un mode de preuve.

L’identification des critères d’appréciation de la crédibilité des preuves en termes de valeur probante ne doit pas être analysée comme limitant l’appréciation du juge. Il s’agit des indices qui vont guider le juge lorsqu’il décidera de la crédibilité des informations contenues.

Les solutions de souplesse auxquelles l’application du principe de crédibilité aboutit vont permettre dans certains domaines de reconnaître une valeur probante équivalente aux modes de preuve.

B. La reconnaissance d’une valeur probante équivalente des modes de preuve, conséquence de l’application du principe de crédibilité

L’application du principe de crédibilité pour la détermination de la valeur probante conduit à considérer que certains modes de preuve, de par leur élaboration et de par leur contenu, disposent d’une valeur probante équivalente. Autrement dit, la crédibilité des preuves aboutit, dans certains domaines, à la reconnaissance mutuelle de la valeur probante des preuves. Reconnaître une valeur probante équivalente à un moyen c’est reconnaître que les informations contenues sont crédibles, suffisamment fiables, et partant, l’admettre à titre de preuve. Il est donc possible d’observer l’existence d’un lien intrinsèque entre le principe de crédibilité et la reconnaissance mutuelle (1). La valeur probante des modes de preuve sera considérée comme équivalente (2).

(1371) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2 B. 1. de cette partie de la thèse.

1. Le lien entre le principe de crédibilité et la reconnaissance mutuelle

L'application du principe de reconnaissance mutuelle (1372) en matière de preuve conduit à considérer que les actes délivrés par les États membres ne diffèrent pas substantiellement de par leur contenu. Rien n'empêche *a priori* leur utilisation comme preuves d'une valeur équivalente.

Une telle solution résulte également de l'étude de la jurisprudence relative aux contrôles nationaux sanitaires, phytosanitaires ou imposant systématiquement la vérification que les actes émanant des autres États membres répondent aux conditions exigées. Considérés à juste titre comme des entraves aux libertés de circulation (1373), ces contrôles remettent en cause de manière systématique le contenu des actes délivrés par les autorités nationales des autres États membres et, par conséquent, leur dénie toute crédibilité et valeur probante (1374). Cette jurisprudence a abouti au niveau de l'Union à l'harmonisation des modes de preuve nationaux et, par conséquent, à la reconnaissance mutuelle des actes délivrés par les autorités compétentes des États membres. Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises, c'est la reconnaissance mutuelle que les produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres correspondent aux exigences sanitaires et de sécurités imposées. En matière de libre prestation de services et de libre établissement, des directives sont intervenues pour la reconnaissance mutuelle des diplômes afin de faciliter l'accès à certaines professions. Ce cadre juridique s'accompagne nécessairement de la reconnaissance de la place des autorités nationales compétentes, notamment par le renforcement des mécanismes de coopération. Des directives ont été prises pour donner un cadre cohérent à l'assistance mutuelle entre les autorités nationales compétentes par des échanges

(1372) Pour une étude de la reconnaissance mutuelle en matière de preuve voy. les développements du Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, B. de la Première partie de la thèse.

(1373) Pour une étude d'ensemble de ces réglementations nationales voy. les développements relatifs aux modes nationaux de preuve exigés à titre exclusif pour la reconnaissance des droits tirés du droit de l'Union européenne, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1 de la Première partie de la thèse.

(1374) Voy. la position de la Cour de justice au sujet d'une réglementation nationale imposant une exigence d'homologation préalable d'un produit pour attester de son caractère adéquat, CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c. Portugal*, aff. C-432/05, *Rec. p.* I-9665, pt 41. Une telle exigence doit être considérée « *comme le rejet, dans ce cadre, d'une reconnaissance de l'équivalence des certificats délivrés dans un autre État membre restreignent l'accès au marché de l'État membre d'importation et doivent donc être considérés comme une mesure ayant un effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation au sens de l'article 28 CE* ».

rapides d’information leur permettant de vérifier *a posteriori* la véracité des informations contenues dans ces actes nationaux (1375).

Le principe de reconnaissance mutuelle est ainsi appréhendé comme une mesure moins restrictive des échanges entre les États membres (1376). Il en est ainsi car, d’une part, il permet, d’accorder une crédibilité en amont aux actes délivrés par les autorités nationales compétentes d’autres États membres et, d’autre part, il n’exclut pas en aval la possibilité de vérifier leur contenu en privilégiant la coopération entre les autorités nationales compétentes (1377).

Ainsi, ce système impose aux autorités et aux juridictions nationales de considérer cet acte comme une preuve équivalente dès lors que, dans le domaine concerné, la réglementation de l’Union le considère comme tel en raison du respect des exigences formelles liées à son élaboration. Ainsi, la Cour de justice a estimé que dès lors que l’exactitude matérielle des certificats ou actes analogues relatifs à l’état des personnes n’était pas sérieusement ébranlée par des indices concrets, « *les autorités administratives et judiciaire d’un État membres sont tenues de [les] respecter* » (1378).

Le principe de reconnaissance mutuelle constitue ainsi, comme nous l’avons vu, une mesure moins restrictive aux échanges entre les États membres et aux libertés de circulation. Ce principe permet ainsi de reconnaître la compétence de l’État d’origine pour établir le mode de preuve, tout en permettant à l’État d’accueil de contrôler la véracité des informations contenues (1379). Il permet, dès lors qu’aucun doute ne subsiste quant à la véracité des informations contenues en raison de l’établissement du mode de preuve et de lui reconnaître une valeur probante équivalente.

(1375) Voy. les développements relatifs à l’assistance mutuelle dans la recherche des preuves, Titre 2, Section 1, §1, de la Première partie de la thèse.

(1376) V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d’équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services*, op. cit., pp. 327 et s.

(1377) Pour un exemple récent, voy. CJCE, 20 septembre 2007, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-297/05, Rec. p. I-7467, pt 79 : « *un résultat similaire pourrait être atteint par des mesures moins restrictives, telles que la reconnaissance de la preuve délivrée dans un autre État membre* ».

(1378) CJCE, 2 décembre 1997, *Eftalia Dafeki*, aff. C-336/94, arr. préc., pt 19.

(1379) En ce sens, ce principe ne peut pas être appréhendé comme une règle de conflit des lois. Voy. sur ce pt, F. VIANGALLI, *La théorie des conflits des lois et le droit communautaire*, thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, pp. 79 et s.

2. La reconnaissance d'une valeur probante équivalente des modes de preuve

L'application du principe de reconnaissance mutuelle suppose néanmoins que ce principe n'aboutisse pas systématiquement à conférer une valeur probante équivalente aux modes de preuves nationaux. Une autre solution aurait été en contradiction, d'une part, avec le principe de la liberté de la preuve et, d'autre part, avec le respect de la compétence nationale en la matière. En effet, la reconnaissance mutuelle n'intervient que parce que certains éléments vont entraîner une présomption de véracité des informations contenues en raison des garanties que ceux-ci fournissent.

La crédibilité des preuves repose, en premier lieu, sur une confiance mutuelle entre les États membres qui résulte du respect des exigences imposées par un acte de droit dérivé. Ces exigences concernent l'élaboration des actes nationaux pris en application de cette dernière. Cela explique également que, pour que d'autres moyens de preuve soient considérés comme équivalents, ceux-ci doivent faire l'objet d'une communication à la Commission afin qu'elle puisse avertir les autorités compétentes des États membres (1380) et, le cas échéant, procéder à une consultation et une modification de la réglementation de l'Union concernée (1381).

La crédibilité des preuves résulte, en second lieu, de la confiance mutuelle dans les systèmes juridiques nationaux. Cela signifie que la seule constitution de ces actes par des autorités nationales compétentes suffit à leur conférer une fiabilité pour qu'ils soient considérés comme preuve équivalente. C'est en ce sens que leur forme et dénomination importent peu.

À cet égard, la réglementation relative aux procédures de passation des marchés publics offre un exemple précis de cette situation et de l'incidence de la reconnaissance mutuelle sur la crédibilité des preuves (1382). Il en est ainsi pour deux raisons : tout d'abord, parce qu'elles prévoient des interdictions de soumissionner qui peuvent frapper

(1380) CJCE, 25 novembre 1980, *Belgique c. Commission*, aff. 820/79, arr. préc., pt 2.

(1381) CJCE, 5 juillet 1994, *Pissouri Lid et autres*, aff. C-432/92, arr. préc., pt 46. Pour l'obligation d'information de l'Union, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, A. 1. de la Première partie de la thèse.

(1382) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114 ; directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités

certaines candidats en raison d’une condamnation pénale ou civile ; ensuite, parce qu’elles prévoient quels sont les moyens de preuve qui peuvent être fournis par le candidat et, par conséquent, être considérés d’une valeur probante équivalente.

Pour ce qui est des interdictions de soumissionner, les directives « *marchés publics* » prévoient deux types d’interdictions : celles qui excluent par principe les candidats ayant fait l’objet d’une condamnation pénale (1383) et celles qui peuvent aboutir à leur exclusion (1384). À cet effet, pour attester de leur situation personnelle, les candidats peuvent apporter à titre de preuve suffisante, « *la production d’un extrait du casier judiciaire ou, à défaut, d’un document équivalent délivré par l’autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d’origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites (...) un certificat délivré par l’autorité compétente de l’État membre concerné* ». De même, ces certificats et documents peuvent

adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JO n° L 216 du 20 août 2009, p. 76.

(1383) Respectivement article 45 §1 de la directive 2004/18/CE, précitée et article 39 §1, de la directive 2009/81/CE, précitée : « a) *participation à une organisation criminelle telle que définie à l’article 2, paragraphe 1, de l’action commune 98/733/JAI*; b) *corruption, telle que définie à l’article 3 de l’acte du 26 mai 1997 et à l’article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI* ; c) *fraude au sens de l’article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*; d) *infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, telles que définies respectivement à l’article 1er et à l’article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI ou incitation, aide, complicité ou tentative de commettre de tels actes, telles que visées à l’article 4 de ladite décision-cadre*; e) *blanchiment de capitaux et financement du terrorisme tels que définis à l’article 1er de la directive 2005/60/CE* ».

(1384) Respectivement article 45 §2, de la directive 2004/18/CE, précitée et article 39 §2 de la directive 2009/81/CE, précitée : « a) *qui est en état de faillite, de liquidation, de règlement judiciaire, de concordat préventif ou de cessation d’activités, ou dans toute situation analogue résultant d’une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales* ; b) *qui fait l’objet d’une procédure de déclaration de faillite, de règlement judiciaire, de liquidation, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales* ; c) *qui a fait l’objet d’un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle, tel que, par exemple, la violation de la législation en matière d’exportation d’équipements de défense et/ou de sécurité* ; d) *qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices pourront justifier, telle que, par exemple, la violation de ses obligations en matière de sécurité de l’information ou de sécurité d’approvisionnement lors d’un marché précédent* ; e) *au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu’il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l’État membre* ; f) *qui n’est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice* ; g) *qui n’est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice* ; h) *qui s’est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n’a pas fourni ces renseignements* ».

être remplacés « *par une déclaration sous serment ou, dans les États membres où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance* ».

Leur reconnaissance comme preuve équivalente résulte de la concertation préalable des États et de leur engagement de préciser les autorités nationales compétentes habilitées à constituer ces actes pour leur attribuer une crédibilité suffisante. Cette réglementation repose sur la confiance mutuelle qui peut exister entre les systèmes juridiques nationaux et sur la possibilité pour les autorités et juridictions nationales de se prévaloir de mécanismes de coopération pour s'assurer de l'absence de fraude ou d'information incorrectes.

La réglementation « *marchés publics* » met également l'accent sur un point très important qui concerne la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée des décisions des juridictions nationales et de leur libre circulation. Les décisions de justice peuvent être invoquées à titre de preuve par les parties. Leur admissibilité comme mode de preuve est essentiellement liée à la présentation des faits et des situations juridiques qu'elles peuvent contenir et, partant, venir corroborer leurs allégations (1385). Pour ne pas constituer que de simples indices pour l'appréciation de la situation individuelle de l'opérateur économique (1386), ces décisions doivent être revêtues de l'autorité de la chose jugée pour être considérées comme une preuve équivalente et bénéficier de la réglementation quant à la reconnaissance de leur autorité juridique (1387).

Le système de reconnaissance mutuelle présente un avantage considérable. Dans la mesure où il se rapporte au contenu même du moyen de preuve, il prévient les risques d'écartier un acte délivré par

(1385) On peut également citer que ces dernières sont considérées comme des preuves pertinentes pour établir que les opérateurs économiques qui disposent les technologies se trouvant dans une position de blocage unilatéral ou bilatéral afin de ne pas être considérés comme concurrents. Voy. à cet égard, Communication de la Commission, *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie*, JO n° C 101 du 27 avril 2004, p. 2, pt 32.

(1386) Pour un exemple concernant la valeur probante limitée d'une décision du Tribunal de grande instance de Paris en raison du cadre factuel que celle-ci reflète et de sa contestation par la Cour d'appel de Paris, voy. TPICE, 25 mars 2009, *L'Oréal SA c. OHMI*, aff. T-109/07, *Rec.* p. II-675, pt 25.

(1387) A. VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique » in G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, pp. 13 et 14, voy. également le règlement n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L 12 du 16 janvier 2001.

les autorités compétentes d’un autre État membre. En effet, les États membres ne peuvent pas lui dénier toute valeur probante en fonction des prescriptions du droit national applicable, soit parce qu’il n’est pas prévu, soit parce qu’il n’est pas admissible à titre de preuve.

CONCLUSION CHAPITRE 1

L'étude de la liberté dans le choix des modes de preuve rend compte de ce que le droit de l'Union reconnaît, d'une part, la diversité des modes de preuve admissibles et, d'autre part, que ces modes de preuve se valent *a priori* en termes de valeur probante.

La diversité des preuves admissibles révèle la nécessité de permettre au justiciable de se prévaloir effectivement des droits qu'il tire du droit de l'Union européenne, en l'absence d'une réglementation européenne relative aux modes de preuve. À cet égard, sauf dans le système de certificats, tous les moyens de preuve peuvent être produits par les justiciables.

L'étude des modes de preuve permet également de rendre compte de ce que la détermination de leur valeur probante, *a priori* équivalente, dépend *in fine* de la fiabilité des informations qu'ils contiennent. Cette fiabilité est appréciée à l'aide des éléments liés à l'auteur de la preuve et à sa constitution qui ne sont que des indices éclairant de l'attitude du juge. Une telle approche, fondée sur la crédibilité des preuves, permet de reconnaître une valeur juridique et, partant, une force probante aux modes de preuve nationaux, même en l'absence d'une réglementation au sein de l'Union. Il s'agit ici d'une conséquence concrète de l'application du principe de reconnaissance mutuelle en matière de preuve lequel permet de concilier l'application effective du droit de l'Union européenne et le respect de la compétence nationale en la matière.

CHAPITRE 2

LA LIBERTÉ DANS L'APPRÉCIATION DES PREUVES

L'affirmation de la liberté de la preuve dans le droit de l'Union européenne trouve une signification particulière pour le juge. Celui-ci dispose, en effet, d'une liberté d'appréciation des preuves avancées devant lui à l'appui d'une allégation fondée sur le droit de l'Union européenne.

En l'absence d'une réglementation ou d'une harmonisation au sein de l'Union des modes de preuves, il revient au juge de décider non seulement si les preuves sont recevables et pertinentes, mais aussi de contrôler le respect du formalisme que les voies de droits imposent. Comme l'observait déjà le professeur Jean-Philippe Colson au sujet du contrôle du juge administratif français sur les preuves, les justiciables « *doivent naturellement se conformer à de règles légales ou jurisprudentielles (...) qui déterminent à la fois dans quelles conditions l'offre de preuve doit être faite et à quel contrôle elle est soumise de la part du juge* » (1388).

La libre appréciation des preuves dans le droit de l'Union constitue donc la contrepartie à la libre production des preuves qui doit se faire dans le respect des exigences découlant des règles de procédure et de la règle du droit applicable.

Or, cette liberté d'appréciation ne doit pas être interprétée indépendamment, d'une part, de la spécificité du droit de l'Union et, d'autre part, du rôle particulier reconnu au juge tant celui de l'Union que national. Dans le droit de l'Union européenne, le contrôle juridictionnel est lui-même encadré par le respect de certaines règles. Il s'agit ainsi de garantir non seulement une sécurité juridique aux justiciables, mais aussi une protection juridictionnelle effective qui découle de l'obligation d'un examen effectif des preuves (1389).

En ce sens, la liberté dans l'appréciation des preuves repose sur des principes communs qui vont guider le juge lorsqu'il décide non

(1388) J.-Ph. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 47.

(1389) Voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, de la Première partie de la thèse.

seulement de l’admissibilité des preuves produites (Section 1), mais aussi de leur examen au fond (Section 2).

SECTION 1 – LA LIBRE APPRÉCIATION DE L’ADMISSIBILITÉ DES PREUVES

La libre appréciation de l’admissibilité des preuves consiste à examiner les preuves avancées avant de les accepter ou de les refuser dans le débat judiciaire. Il s’agit d’une étape préalable à tout examen au fond. En décidant d’admettre les preuves avancées, le juge ne se prononce pas, à ce stade, sur l’opportunité des preuves et sur leur incidence sur la solution du litige. Il se prononce sur la possibilité de discuter les preuves au fond. Dans le droit de l’Union européenne, cet examen préalable permet de vérifier la recevabilité des preuves avancées (§1). Il permet également d’exclure certaines preuves afin de préserver les intérêts d’une des parties que le droit de l’Union protège (§2).

§1. – Le pouvoir de décider de la recevabilité des preuves

Loin d’être une simple question de procédure, la recevabilité des preuves dans le droit de l’Union européenne participe de la préoccupation d’une garantie de protection juridictionnelle effective. Si l’examen par le juge consiste à vérifier, de manière tout à fait classique, que les preuves ont été produites dans le respect des délais de production, l’utilisation qu’en fait le juge démontre une attitude juridictionnelle favorable aux justiciables. En ce sens, l’étude de la jurisprudence démontre un inflexionnement dans l’appréciation du caractère tardif des preuves. Toutefois, la question de la libre appréciation du caractère tardif des preuves ne se pose pas dans les mêmes termes devant le juge de l’Union et devant le juge national. Devant le premier, cette question est expressément prévue par les règlements de procédure. Devant le juge national, elle concerne la possibilité d’invoquer l’application effective du droit de l’Union. Il convient ainsi de distinguer la libre appréciation du caractère tardif des preuves selon qu’il s’agit des juridictions de l’Union (A) et selon qu’il s’agit des juridictions nationales (B).

*A. L’appréciation du caractère tardif des preuves
par les juridictions de l’Union*

L’étude des règlements de procédure des juridictions de l’Union démontre que la présentation des preuves dans la requête introductive d’instance n’est pas une formalité substantielle et, par conséquent, elle

ne conduit pas automatiquement à l'irrecevabilité formelle de la requête. Selon les dispositions des articles 38 du règlement de procédure de la Cour de justice, 44 du règlement de procédure du Tribunal de l'Union et 35 du règlement du Tribunal de la fonction publique, les offres de preuve ne doivent figurer dans la requête introductive d'instance que s'il y a lieu. Les termes employés laissent supposer que les offres de preuve peuvent être formulées postérieurement à la saisine du juge dans la réplique et dans la duplique (1390). Comme le rappellent les juridictions de l'Union, aux termes de ces articles, « *les parties peuvent encore faire des offres de preuve à l'appui de leur argumentation dans la réplique et la duplique et doivent motiver le retard apporté à la présentation de leurs offres de preuve* » (1391). Pour le professeur Georges Vandersanden, la présentation des offres de preuve peut être interprétée comme une exigence substantielle de recevabilité de la requête lorsqu'il apparaît que « *la requête s'appuie sur l'existence de certains faits qui ne sont aucunement prouvés et que le requérant n'a même pas offert de prouver* » (1392).

La présentation des preuves est donc une formalité susceptible d'être régularisée, à condition, toutefois, que la requête ait été au préalable déposée (1393). À cet égard, le juge dispose de la possibilité de fixer un délai supplémentaire aux parties pour la production des preuves. Leur caractère tardif s'apprécie ainsi après l'expiration de ce délai qui clôt la procédure écrite (1394).

(1390) TPICE, (juge unique), 5 mars 2003, *Donatella Ineichein c. Commission*, aff. T-293/01, *Rec. p. II-441*, pt 30 : « *Il résulte, par ailleurs, du libellé de l'article 44, paragraphe 1, sous e), du règlement de procédure, et plus précisément de l'expression « il y a lieu », que la requête ne doit pas obligatoirement contenir des offres de preuve. La seule sanction en matière d'offres de preuve est celle d'un rejet pour tardivité lorsqu'elles sont présentées, pour la première fois et sans justifications, au stade de la réplique ou de la duplique (article 48, paragraphe 1, du règlement de procédure)* » ; TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands International et al. c. Commission*, aff. T-19/01, *Rec. p. II-315*, pt 71.

(1391) TPICE, 5 décembre 2006, *Westfalen Gassen Nederland BV c. Commission*, aff. T-303/02, *Rec. p. II-4567*, pt 25. En l'espèce la requérante avait formulé une demande d'une mesure d'instruction devant le Tribunal. Celui-ci a estimé qu'il s'agissait d'une offre de preuve et en tant que telle elle pouvait être faite au stade la réplique et de la duplique. Toutefois, il a considéré que la requérante n'avait pas motivé le retard et, par conséquent, a rejeté l'offre de preuve, eu égard aux autres pièces et preuves fournies. Pour une application *mutadis mutandis* de ces règles devant le Tribunal de la fonction publique, voy. TFPUE, 5 novembre 2008, *Eric Avanzata c. Commission*, aff. F-48/06, *nepr.*, pts 32 à 41 ; TFPUE, 11 février 2009, *Peter Schönberger c. Parlement*, aff. F-07/08, *nepr.*, pt 63.

(1392) G. VANDERSANDEN in J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK, M. WAELEBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions, Commentaire Mégret* vol. 10, *op. cit.*, p. 424.

(1393) CJCE, ord., 8 novembre 2007, *Belgique c. Commission*, aff. C-242/07 P, *Rec. p. I-9757*, pt 41.

(1394) TPICE, 21 avril 2004, *M. c. Cour de justice*, aff. T-172/01, arr. préc., pts 43 à 46.

L’appréciation du caractère tardif des preuves et, partant, de leur recevabilité s’effectue *in concreto* en fonction de la spécificité de chaque espèce. Ainsi, par exemple, dans l’affaire *Henricus Nijman c. Commission* (1395), le Tribunal de l’Union a rejeté le rapport d’expertise médicale que la Commission avait présenté au motif que cette offre de preuve était présentée à un stade très avancé de la procédure. En l’absence d’une motivation suffisante de ce retard et en l’absence d’une contestation des allégations du requérant pendant la phase précontentieuse et contentieuse, le juge a déclaré l’offre de preuve tardive et, par conséquent, irrecevable.

Les juridictions de l’Union tiennent ainsi particulièrement compte de la motivation du retard dans la présentation des offres de preuve. Celle-ci doit être suffisamment sérieuse et reposer sur des éléments objectifs laissant supposer l’existence d’une difficulté à se conformer à l’exigence de présenter les offres de preuve dans un délai raisonnable (1396). La jurisprudence exige que les parties motivent leur retard dans la présentation des offres de preuve. À cet égard, le Tribunal de la fonction publique, dans l’affaire *Thierry Nardin c. Parlement européen* (1397), a estimé qu’il incombait à la partie de démontrer de manière suffisamment précise et concluante son impossibilité de disposer des preuves ou bien qu’il s’agissait d’une production tardive de la part de son adversaire.

De même, dans l’affaire *Finn Nielsen et Pia Møller c. Comité économique et social* (1398), le juge a estimé que les requérants pouvaient présenter leurs offres de preuve pour contester la décision de l’Autorité investie de pouvoir de nomination au moment même du rejet par celle-ci de leurs réclamations. Par conséquent, celles formulées

(1395) TPICE, 25 septembre 1991, *Henricus Nijman c. Commission*, aff. T-36/89, *Rec. p. I-699*, pts 26 à 29.

(1396) Voy. CJCE, 3 février 1994, *Alfredo Grifoni c. La Communauté*, aff. C-308/94, *Rec. p. I-341*, pt 7 : « Il y a lieu de constater à titre liminaire que certaines pièces originales produites par le requérant au titre de ses revenus de l’année 1984 sont différentes des photocopies annexées, au titre de la même année, à ses conclusions du 8 octobre 1990. Il s’ensuit qu’ à l’exception des preuves écrites demandées par la Cour et des factures postérieures au 8 octobre 1990, qui ne pouvaient être présentées à cette date, les autres pièces, nouvelles par rapport aux conclusions du 8 octobre 1990, outre qu’ elles modifient les données de base nécessaires à l’évaluation du revenu du requérant, constituent des offres de preuve présentées tardivement, au sens de l’article 42, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour. Par conséquent, elles ne sauraient être prises en considération ». Voy. pour un exemple récent, TFPUE, 4 mai 2010, *Fries Guggenheim c. CEDEFOP*, aff. F-49/09, *nepr.*, pts 32 et 33.

(1397) TFPUE, 9 juin 2009, *Thierry Nardin c. Parlement*, aff. F-12/08, *nepr.*, pt 31.

(1398) TPICE, 28 septembre 1993, *Finn Nielsen et Pia Møller c. Comité économique et social*, aff. T-84/92, *Rec. p. II-949*, pts 32 à 39.

au stade de la procédure écrite sont à considérer comme tardives et irrecevables.

Toutefois, le caractère tardif des offres de preuve ne peut pas être retenu pour les offres de preuve nouvelles produites à la suite d'une preuve contraire. En effet, aux termes de 45 du règlement de la Cour de justice, de l'article 66 du règlement de procédure du Tribunal et de l'article 58 du règlement du Tribunal de la fonction publique, la preuve contraire n'est pas visée par la règle de forclusion prévue par les règlements de procédure. Dans l'affaire *Baustahlgewebe GmbH c. Commission* (1399), la Cour de justice a estimé que les offres de preuve de la requérante formulées dans le cadre du pourvoi n'étaient pas de preuves contraires et, partant, étaient tardives et irrecevables. En effet, la requérante pouvait faire de telles offres de preuve devant le Tribunal parce que les éléments de preuve avancées par la Commission figuraient déjà dans le mémoire en défense et dans le procès verbal de l'audition. En revanche, dans l'affaire *Brink's Security Luxembourg SA* (1400), le Tribunal a estimé que le courrier présenté par la requérante constituait une preuve contraire dans la mesure où il avait pour objet de répondre aux moyens présentés en vue d'établir la valeur probante d'un document.

Les offres de preuve présentées tardivement ne doivent pas aboutir à soulever des moyens nouveaux. Après la réplique et la duplique, aux termes des règlements de procédure, les moyens nouveaux sont interdits, sauf s'ils s'appuient sur un fait nouveau qui s'est révélé au cours de l'instance. Si tel est le cas, les juridictions de l'Union admettent la recevabilité d'un moyen nouveau et que celui-ci soit étayé par des offres de preuve nouvelles.

Toutefois, l'étude de la jurisprudence montre que les juridictions de l'Union sont extrêmement strictes en ce qui concerne la recevabilité des moyens nouveaux (1401). Ces derniers ne doivent pas résulter d'« *une analyse superficielle* » (1402) des observations des parties et doivent permettre au juge de porter une appréciation concrète et précise.

(1399) Voy. dans ce sens, CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec. p. I-8417*, pts 72 et 73.

(1400) TPICE, 9 septembre 2009, *Brink's Security Luxembourg SA c. Commission*, aff. T-437/05, *Rec. p. II-3233*, pts 190 à 192.

(1401) Voy. sur ce point TPICE, 28 février 2002, *Atlantic Container Line AB et autres c. Commission*, aff. T-395/94, *Rec. p. II-875*, pt 274 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Cableuropa SA et autres c. Commission*, aff. jtes T-346/02 et T-347/02, *Rec. II-4251*, pts 109 et 110. En l'espèce, le Tribunal a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un moyen nouveau la solution retenue dans une décision juridictionnelle. Toutefois, il l'a qualifiée de moyen ampliatif et, par conséquent, recevable.

(1402) CJCE, 1^{er} juillet 1999, *Spyridoula Celia Alexopoulou c. Commission*, aff. C-155/98 P, *Rec. p. I-4069*, pts 48 à 53.

De manière exceptionnelle, les juridictions de l’Union admettent la recevabilité des preuves produites après la duplique. Cette situation est justifiée en raison des difficultés que peuvent rencontrer les parties de disposer des preuves avant la clôture de la procédure écrite. Ainsi, dans l’affaire *M c. Cour de justice*, le Tribunal de l’Union a admis une telle possibilité afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de permettre de compléter utilement le dossier en cas de productions tardives dans le respect du principe du contradictoire (1403). Cette position a trouvé un écho particulier devant le Tribunal de la fonction publique dans l’affaire *Riccardo Achille Menghi c. ENISA*. En l’espèce, il a appliqué les critères dégagés par le Tribunal de l’Union pour accepter comme recevables les preuves présentées même après l’audience (1404).

Si l’appréciation du caractère tardif par les juridictions de l’Union peut être rapprochée de l’examen auquel se livre toute juridiction au regard des délais de l’introduction d’instance, cette appréciation présente une spécificité dans le cadre du recours en manquement. En effet, il est de jurisprudence constante que le manquement d’un État membre s’apprécie au moment des faits relatés dans l’avis motivé. Ainsi, la Cour de justice rejette comme irrecevables les moyens et les preuves tendant à démontrer des éléments postérieurs au délai fixé dans l’avis motivé et ce, qu’ils soient avancés par la Commission ou qu’ils soient avancés par l’État membre. De tels moyens et de telles preuves sont donc considérés comme tardifs dans le cadre du recours en manquement (1405).

Cette cristallisation de l’objet du manquement uniquement aux éléments de faits et de droit contenus dans l’avis motivé s’explique par la spécificité de la phase-précontentieuse laissée à l’entière discrétion de la Commission. En effet, lors de cette phase, la Commission adresse une lettre de mise en demeure à l’État membre afin de circonscrire l’objet des litiges. À la suite des échanges avec l’État concerné, la Commission peut, soit décider de classer la procédure, soit prendre un avis motivé si l’État membre n’a pas justifié ou n’a pas fait cesser le manquement reproché. Dans l’avis motivé, la Commission détaille

(1403) TPICE, 21 avril 2004, *M. c. Cour de justice*, aff. T-172/01, arr. préc., pt 44.

(1404) TFPUE, 24 février 2010, *Riccardo Achille Menghi c. ENISA*, aff. F-02/09, *nepr.*, pts 24 à 39.

(1405) Sur ce point, voy. comm. de l’article 226 du traité CE (devenu article 258 TFUE), in F. PICOD, J. RIDEAU, *Code des procédures juridictionnelles de l’Union européenne*, op. cit., p. 175 et s ; CJCE, 5 octobre 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-105/02, *Rec.* p. I-9659, pt 46 ; CJUE, 10 octobre 2010, *Commission c. Autriche*, aff. C-535/07, *nepr.*, pts 40 à 47.

l'objet du manquement et les griefs retenus en laissant à l'État membre un délai suffisant pour que celui-ci présente des observations.

Au regard de l'État membre, la cristallisation de l'objet du manquement s'explique par le fait que les changements intervenus après l'avis motivé n'ont pas pour autant fait cesser le manquement. La situation de cet État membre est donc appréciée telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé par l'avis motivé (1406).

Au regard de la Commission, l'avis motivé circonscrit les conclusions contenues dans la requête introductive d'instance qui ne peut pas être élargie (1407). Toutefois, la Cour de justice n'exige pas « *une coïncidence parfaite entre l'énoncé des griefs dans la lettre de mise en demeure, le dispositif de l'avis motivé et les conclusions de la requête, dès lors que l'objet du litige n'a pas été étendu ou modifié, mais, au contraire, simplement restreint* » (1408).

La doctrine interprète cette cristallisation de l'objet du manquement comme respectant l'obligation relative à l'identité des griefs (1409). Cette obligation est considérée, de manière constante, par la Cour de

(1406) CJCE, 16 décembre 1997, *Commission c. Italie*, aff. C-316/96, *Rec.* p. I-7231, pt 14 ; pour un exemple récent, voy. CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-562/07, *Rec.* p. I-9553.

(1407) CJCE, 18 décembre 2007, *Commission c. Espagne*, aff. C-186/06, *Rec.* p. I-12093, pts 16 et 17 : « *En l'espèce, il est constant que la lettre de mise en demeure ne contenait aucune mention d'une prétendue violation des articles 2 et 3 de la directive «oiseaux» par le Royaume d'Espagne. (...) Par conséquent, le recours est irrecevable en ce qu'il a trait aux griefs tirés de la violation des articles 2 et 3 de ladite directive* ».

(1408) CJCE, 29 septembre 1998, *Commission c. Allemagne*, aff. C-191/95, *Rec.* p. I-5449, pt 55 ; CJCE, 27 avril 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-441/02, *Rec.* p. I-3449, pt 61 ; CJCE, 14 juin 2007, *Commission c. Belgique*, aff. C-422/05, *Rec.* p. I-4749, pts 25 et 27 : « *S'il est vrai que la Commission relève, dans la requête, que le Royaume de Belgique n'a pas abrogé l'arrêté royal du 14 avril 2002 lorsqu'il a transposé la directive et que, après le délai de transposition, ledit arrêté royal était toujours en vigueur, il n'en demeure pas moins qu'une telle observation, même si elle n'a été faite qu'au stade de la requête, ne saurait constituer un nouveau grief. En effet, il s'agit, de la part de la Commission, d'une simple constatation de fait dont elle peut se prévaloir dans la mesure où la situation décrite est susceptible de prouver, d'une part, que l'état des choses n'a pas changé depuis l'expiration du délai de deux mois accordé par l'avis motivé et, d'autre part, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au pt 56 de ses conclusions, que l'arrêté royal du 14 avril 2002 n'était pas une mesure transitoire* » ; CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c. Portugal*, aff. C-457/07, *Rec.* p. I-8091, pt 58 : « *Ainsi, la Cour a considéré que, lorsqu'un changement législatif est intervenu au cours de la procédure précontentieuse, le recours peut concerner des dispositions nationales qui ne sont pas identiques à celles visées dans l'avis motivé (...). Tel est notamment le cas lorsque, postérieurement à l'avis motivé, un État membre apporte des modifications aux dispositions nationales faisant l'objet de l'avis motivé afin de remédier aux griefs relatifs à la non-exécution de l'arrêt constatant le manquement* ».

(1409) H. CALVET, « Manquement (Recours en constatation de) », *Rép. communautaire*, Dalloz, 1992, n° 97 ; J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., p. 177 ; D. SIMON, « Recours en constatation de manquement. Nature du manquement ». *J.-Cl. Europe*, fasc. 380, 2011.

justice, en raison de la particularité du recours en manquement, comme « *une garantie essentielle voulue par le Traité et son observation est une forme substantielle de la régularité de la procédure constatant un manquement d’un État membre* » (1410). Admettre la possibilité d’élargir l’objet du manquement au-delà des conclusions de l’avis motivé, c’est méconnaître les droits de la défense de l’État membre concerné qui lui sont accordés dans la phase précontentieuse au moment de la présentation de ses observations, même s’il n’estime pas utile d’en faire usage (1411).

La liberté dans l’appréciation du caractère tardif des offres de preuve par les juridictions de l’Union permet ainsi de concilier les exigences liées au respect des délais de procédure avec celles d’un procès juste et équitable, notamment en ce qui concerne le principe du contradictoire. Devant les juridictions nationales, cette liberté d’appréciation permet de garantir une protection juridictionnelle effective, notamment par la possibilité de s’adresser à un juge.

B. *L’appréciation du caractère tardif des preuves par les juridictions nationales*

L’appréciation du caractère tardif des offres de preuve par les juridictions nationales s’inscrit dans la problématique de l’accès au juge. Elle rejoint la possibilité reconnue au particulier de présenter des preuves en invoquant soit l’application du droit de l’Union, soit la méconnaissance d’un droit qui lui est directement conféré. En droit interne, cette possibilité doit être envisagée, tout d’abord, à l’égard des délais de procédure nationaux (1). Elle doit, ensuite, être analysée au regard des situations ayant donné lieu à une décision juridictionnelle revêtue de l’autorité de la chose jugée (2).

(1410) CJCE, 8 février 1983, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. 124/81, arr. préc., pt 6 ; CJCE, 29 septembre 1998, *Commission c. Allemagne*, aff. C-191/95, arr. préc., pt 54.

(1411) CJCE, 22 avril 1999, *Commission c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. C-340/96, Rec. p. I-2023, pts 36 à 39 ; CJCE, 5 octobre 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-105/02, arr. préc., pt 49 : « *À la lumière de cette jurisprudence, le gouvernement allemand pouvait à bon droit considérer, tant au stade de la procédure précontentieuse que lors de la phase écrite de la procédure suivie devant la Cour, qu’il n’avait pas à présenter ses observations par rapport au cinquième chef de conclusions en ce que celui-ci s’analysait en une demande d’injonction à son encontre. La demande de reformulation de la Commission, présentée pour la première fois à l’audience et tendant à transformer ladite demande d’injonction, réitérée par la Commission dans sa réplique à l’exception d’irrecevabilité soulevée à cet égard par la République fédérale d’Allemagne dans sa défense, en une demande de constatation de manquement, doit dès lors être rejetée comme irrecevable* ».

1. La possibilité de produire des preuves et les délais nationaux de procédure

En vertu de l'autonomie procédurale et de la spécificité de la mise en œuvre du droit de l'Union en droit interne (1412), les délais nationaux s'appliquent pour les actions en justice fondées sur le droit de l'Union. Une précision préalable doit néanmoins être apportée. Comme nous l'avons vu pour les modalités nationales de preuve (1413), les délais de procédure sont considérés en principe comme compatibles avec le droit de l'Union. Il ne s'agit nullement ici de remettre en cause, d'une part, la compatibilité de principe des délais nationaux et, d'autre part, l'exigence d'un délai de procédure à respecter, mais d'identifier les situations dans lesquelles les délais nationaux empêchent le particulier d'invoquer utilement le droit de l'Union, le privant ainsi de la possibilité de produire des preuves à cet effet.

Envisagée dans la jurisprudence, cette hypothèse peut se présenter dans trois cas de figure. Il s'agit des questions relatives, tout d'abord, au commencement des délais, ensuite, à leur longueur et, enfin, aux éléments que le juge national doit prendre en considération pour apprécier leur compatibilité avec le droit de l'Union.

Sur ces trois questions, la jurisprudence de la Cour de justice est désormais bien établie. Cette jurisprudence concilie les exigences d'une application effective du droit de l'Union avec le respect de l'autonomie procédurale des États membres (1414).

En ce qui concerne le point de départ des délais nationaux, la Cour de justice est revenue sur sa position particulièrement rigoureuse (1415) dégagée dans l'affaire *Emmott* (1416). En l'espèce, la Cour de justice a jugé que le droit de l'Union faisait obstacle à ce que

(1412) Sur ces considérations d'ordre général nous renvoyons au Titre 1, Chapitre 1, Section 1 de la Première partie de la thèse. Voy. sur ce point, CJCE, 18 septembre 2003, *Peter Pflücke*, aff. C-125/01, arr. préc., pt 33.

(1413) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1414) Pour une présentation critique du respect de l'autonomie procédurale des États membres, voy. C. N. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », in *État-Loi-Administration, Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, op. cit., p. 168.

(1415) Pour une présentation critique de cette position, P. OLIVER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE*, 1992, p. 359 ; voy. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 156 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, op. cit., pp. 332 et s.

(1416) CJCE, 25 juillet 1991, *Theresa Emmott*, aff. C-208/90, *Rec.* p. I-4269. La position de l'Avocat général Mischo sous cette affaire a été plus tempérée dans le sens où elle reposait sur l'application des principes d'équivalence et d'effectivité. Voy. Pts 15 à 38 des conclusions de l'Avocat général, présentées le 23 avril 1991, *Rec.* p. I-4269.

« les autorités compétentes d'un État membre invoquent les règles de procédure nationales relatives aux délais de recours dans le cadre d'une action engagée à leur encontre par un particulier devant les juridictions nationales, en vue de la protection des droits directement conférés » (1417) par une directive dès lors que cet État ne l'avait pas transposée conformément à ses dispositions. Cette solution, dégagée dans le contexte particulier de la transposition des directives en droit interne, a, par la suite, été assouplie (1418). Depuis l'affaire *Fantask* (1419), le juge de l'Union affirme clairement l'application du droit national dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité dont l'appréciation revient au juge national au cas par cas et en tenant compte du cadre factuel spécifique de chaque affaire et de la disposition juridique du droit de l'Union applicable (1420).

Cette position du juge de l'Union permet également de mieux comprendre l'exigence posée par la jurisprudence en termes de délai raisonnable en ce qui concerne la durée des délais. La Cour de justice a ainsi jugé que « la compatibilité avec le droit [de l'Union] de la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés. En effet, de tels délais ne sauraient être considérés comme étant de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique [de l'Union], même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée » (1421).

Pour apprécier le caractère raisonnable d'un délai, le juge national peut prendre en compte le critère tiré du caractère discriminatoire et

(1417) Pt 24 de l'arrêt.

(1418) Pour une limitation de l'effet rétroactif des demandes introduites en vue d'obtenir une prestation d'incapacité de travail lorsque, à la date de la demande, la directive applicable n'avait pas été encore correctement transposée, voy. CJCE, 27 octobre 1993, *H. Steenhorst-Neerings*, aff. C-338/91, *Rec. p.* 5475, pt 24. Pour une limitation de la période pour l'introduction d'une demande même si la directive n'avait pas été correctement transposée dans les délais requis, voy. CJCE, 6 décembre 1994, *Elsie Rita Johnson*, aff. C-410/92, *Rec. p.* I-5483, pt 36.

(1419) CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec. p.* I-6783, pt 47.

(1420) Pour une présentation de cette position, voy. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, thèse, *op. cit.*, pp. 332 et s. Pour les éléments que le juge national doit prendre en compte pour l'application de ces principes, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1421) Il s'agit d'une position constante, voy. CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, arr. préc., pt 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, arr. préc., pts 17 et 18 ; CJCE, 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani*, aff. C-261/95, arr. préc., pt 38 ; CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, arr. préc., pt 48. Pour un exemple en matière de marchés publics, voy. CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec. p.* I-11617, pt 79 ; CJCE, 27 février 2003, *Santex Spa*, aff. C-327/00, *Rec. p.* I-1877 ; CJUE, 28 janvier 2010, *Unipler*, aff. C-406/08, *Rec. p.* I-817, pts 40 et s.

apprécier si ce délai s'applique de manière indifférenciée aux actions intentées sur le fondement du droit national et sur le fondement du droit de l'Union. De même, le juge peut également vérifier que le délai de recours national permet effectivement l'exercice d'un droit directement conféré par le droit de l'Union (1422). Ainsi, celui-ci ne doit pas apparaître « *trop bref au regard de ceux fixés dans les ordres juridiques des autres États membres* » (1423).

Si la notion de délai raisonnable présente un caractère indéterminé, elle a cependant l'avantage, en raison de sa généralité, de pouvoir appréhender toutes les situations factuelles. Par ailleurs, l'exigence d'un délai raisonnable n'est pas inapplicable pour ses destinataires, dès lors que le vocable « raisonnable » renvoie au sens commun de ce que doit être un délai suffisant pour un opérateur économique ou un particulier normalement averti de ses droits. Cette notion invite le juge national à être particulièrement vigilant et à examiner au cas par cas sa compatibilité et ce, dans le contexte particulier de chaque affaire afin de permettre la réalisation effective du droit de l'Union applicable (1424).

La prise en compte des obligations découlant de l'application du droit de l'Union européenne explique également la possibilité reconnue au particulier de produire des preuves à l'encontre d'une situation ayant donné lieu à une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée.

2. La possibilité de produire des preuves à l'encontre d'une situation ayant donné lieu à une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée

La chose jugée est l'une des notions qui divisent le plus la doctrine (1425). Quels que soient la conception de la chose jugée et les vocables auxquels elle renvoie, la doctrine s'accorde tout du

(1422) Sur la signification de cette exigence en matière de marchés publics, voy. CJCE, 11 octobre 2007, *Freie Hansestadt Bremen*, aff. C-214/06, *Rec.* p. I-8415, pts 53 à 56.

(1423) CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.* p. I-3055, pt 45 ; Voy. également en matière de marchés publics, CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, aff. C-470/99, arr. préc. ; CJCE, 27 février 2003, *Santex Spa*, aff. C-327/00, arr. préc.

(1424) Pour l'utilisation de cette même technique pour l'appréciation de la valeur probante des modes de preuve comme conséquence du principe de crédibilité, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. A. 2. de cette partie de la thèse.

(1425) Pour une présentation de la doctrine, voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et de l'Union européenne*, op. cit., pp. 749 et s. ; I. DELICOSTOPOULOS, C. DELICOSTOPOULOS, « L'autorité de la chose jugée et les faits », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, op. cit., pp. 681 à 691.

moins sur le fait que deux approches sont possibles pour définir cette notion. La première, approche classique, en ce sens qu’elle s’intéresse à la nature même de la chose jugée et, par conséquent, au contenu du jugement (1426), présente la chose jugée comme une règle de preuve en raison de la présomption que celle-ci instaure. Ainsi, une situation qui bénéficie de la chose jugée « *est (...) présumée correspondre à la vérité, et cette présomption [est] irréfragable* » (1427).

La seconde approche est plus moderne et plus dynamique, en ce sens qu’elle propose une analyse des effets des jugements substantiels et procéduraux (1428), la chose jugée relevant des derniers. Cette façon de présenter l’autorité de la chose jugée a conduit la doctrine civiliste à définir cette notion comme « *un moyen de défense procédural permettant de s’opposer au commencement d’un procès déjà jugé* » (1429). L’autorité de la chose jugée confère ainsi un caractère irrévocable à une situation juridique. Elle constitue une règle de recevabilité des offres de preuve (1430).

Dans le droit de l’Union européenne, l’autorité de la chose jugée constitue une limite à la libre production des preuves en raison de l’interdiction qu’elle comporte de remettre en cause une situation devenue définitive (1431). Comme le rappelle de manière constante le juge de

(1426) L’autorité de la chose jugée ne s’attache pas à toutes les énonciations du jugement. Cette autorité de chose jugée ne s’attache qu’au dispositif de l’arrêt et aux points de fait et de droit qui ont été effectivement tranchés par la décision juridictionnelle. Voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et de l’Union européenne*, op. cit., p. 751 ; voy. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2008 ; pour la même approche adoptée par la Cour de justice, pour l’application du principe dans le cadre d’un recours en annulation, voy. CJCE, 19 février 1991, *Italie c. Commission*, aff. C-281/89, *Rec. p. I-347*, pt 14 ; dans le cadre d’un recours en indemnité, CJCE, ord., 28 novembre 1996, *Lenz c. Commission*, aff. C-277/95 P, *Rec. p. I-6109*, pt 50 ; dans le cadre d’un recours en manquement, voy. CJCE, 12 juin 2008, *Commission c. Portugal*, aff. C-462/05, *Rec. p. I-4183*, pt 23 ; voy. CJUE, 29 juin 2010, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-526/08, *Rec. p. I-6151*, pts 27 à 35.

(1427) C. BOUTY, « Chose jugée », in *Rép. procédure civile*, Dalloz, 2009, n° 4. Comme nous l’avons vu, les décisions de justice peuvent être utilisées comme mode de preuve pour l’établissement du cadre factuel d’une situation litigieuse ayant déjà donné lieu à un jugement. Voy. sur l’utilisation de ce mode de preuve dans le droit de l’Union européenne, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, B. 2. de cette partie de la thèse.

(1428) S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l’Union européenne*, op. cit., spéc. pp. 751 et s.

(1429) C. BOUTY, « Chose jugée », op. cit., n° 15.

(1430) Pour une telle présentation de la chose jugée, voy. dans ce sens, X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 384.

(1431) Pour un exemple d’une décision administrative devenue définitive, voy. CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec. p. I-837*, pt 24. D. SIMON, « Obligation de réexamen d’une décision administrative définitive. L’autorité d’un arrêt préjudiciel en interprétation postérieur à une décision administrative devenue définitive impose la prise en compte de la demande de retrait de celle-ci », *Europe*, 2004, comm. n° 66 p. 14 à 15. Dans cette affaire, une décision administrative devenue définitive était contraire au droit de l’Union à la suite d’un

l'Union, « des règles de procédure nationales qui limitent la possibilité de demander l'annulation d'une sentence (...) revêtant le caractère d'une sentence finale du fait de l'autorité de chose jugée (...) se justifient par les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que ceux de la sécurité juridique et du respect de la chose jugée qui en constitue l'expression » (1432). En effet, « en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause » (1433).

Si le respect du principe de l'autorité de la chose jugée s'impose dans le droit de l'Union, son opposabilité à la recevabilité des preuves n'est pas absolue. L'étude de la jurisprudence révèle à cet égard que ce principe ne fait pas automatiquement échec à l'appréciation des preuves au fond avancées par les parties dès lors qu'il s'agit de la méconnaissance de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Telle est la solution qui résulte de l'affaire *Lucchini* (1434). Le cadre factuel particulier de cette affaire a conduit la Cour de justice à préciser l'étendue du principe de l'autorité de la chose jugée et son régime juridique.

En l'espèce, l'aide octroyée à la société *Lucchini* avait été déclarée incompatible par la Commission. En dépit d'une telle déclaration d'incompatibilité, la société avait perçu cette aide à la suite d'une décision juridictionnelle devenue définitive et, partant, bénéficiant d'une autorité de la chose jugée. À la suite d'une demande de la Commission, les autorités italiennes compétentes ont décidé de récupérer l'aide illégalement perçue. La société *Lucchini* forma un recours à l'encontre de cette récupération devant le *Tribunale amministrativo regionale*

arrêt préjudiciel de la Cour de justice. La Cour de justice a estimé que, dans ce cas de figure, le droit de l'Union ne s'opposait pas à ce que le juge national tînt compte du caractère définitif de la décision. En revanche, elle a considéré que, dans le cadre d'une demande de retrait de cette décision, l'organe administratif compétent était tenu de la réexaminer dans le respect des exigences procédurales nationales.

(1432) CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, arr. préc., pt 46.

(1433) CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, arr. préc., pt 38 ; CJCE, 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec.* p. I-2585, pt 20.

(1434) CJCE, gd. ch., 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.* p. I-6199 ; J.-Y. CHÉROT, « Le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive », *Concurrences*, 2007, n° 4, pp. 108 à 110.

del Lazio, en invoquant l’autorité de la chose jugée de la décision juridictionnelle qui lui était favorable. La juridiction nationale lui donna gain cause et le Ministère de l’industrie, du commerce et de l’artisanat italien contesta cette décision devant *le Consiglio di Stato*. Ce dernier sursit à statuer et demanda à la Cour de justice deux questions préjudicielles par lesquelles il cherchait à savoir si le droit de l’Union s’opposait en substance à « *l’application d’une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l’autorité de la chose jugée (...) en tant que son application fait obstacle à la récupération d’une aide d’État octroyée en violation du droit [de l’Union], et dont l’incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive* » (1435). La disposition nationale faisait obstacle non seulement à la réouverture d’un second litige avec les mêmes moyens, mais aussi à la possibilité de soulever des questions qui auraient pu être posées dans le cadre d’un litige antérieur et qui ne l’ont pas été par les parties.

Le raisonnement retenu par la Cour de justice pour répondre à la juridiction de renvoi repose sur une analyse en deux temps. Tout d’abord, la Cour de justice rappelle que les aides d’État étant frappées d’une interdiction de principe, leur compatibilité ne peut résulter que d’une décision de la Commission (1436). En ce sens, la marge d’appréciation dont disposent les juridictions nationales à cet égard n’est que limitée parce qu’elles ne sont pas compétentes pour déclarer une aide conforme avec le droit de l’Union (1437). Ensuite, en faisant jouer les principes du droit de l’Union et les obligations qui en découlent pour les juridictions nationales, la Cour de justice estime que ces dernières sont tenues d’interpréter le droit national applicable de telle manière qu’elles puissent assurer le plein effet des dispositions relatives aux aides d’État. À cet égard, elles doivent pouvoir écarter toute disposition nationale contraire et ce, dans le respect de la primauté du droit de l’Union, même si la disposition nationale confère autorité de chose jugée à une décision juridictionnelle nationale.

Par cette position la Cour de justice apporte une exception à l’autorité de la chose jugée. La justification ainsi que la mesure de cette

(1435) CJCE, gd. ch., 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, arr. préc., pt 48.

(1436) CJCE, 11 décembre 1973, *Lorenz*, aff. 120/73, *Rec.* p. 1471, pt 2.

(1437) CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI*, aff. C-39/94, *Rec.* p. I-3547, pts 41 et 42. Voy. également, M. DONY, *Contrôle des aides d’État*, in *Commentaire J. Mégret*, Bruxelles, éd. de l’ULB, 2007, p. 328.

exception se trouve dans le caractère trop attentatoire portée au droit de l'Union.

À cet égard, l'existence préalable ou non d'une décision d'une institution de l'Union se révèle d'une importance capitale parce qu'elle s'impose aux juridictions nationales dans des matières où la collaboration entre les autorités nationales et les institutions de l'Union instaure un mécanisme cohérent de l'application du droit de l'Union. Comme le remarque à juste titre l'Avocat général M. L. A. Geelhoed, la jurisprudence du juge de l'Union va dans ce sens en matière de concurrence dans la mesure où « *lorsque les juridictions nationales se prononcent sur des accords et pratiques qui font l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent pas prendre des décisions allant à l'encontre de celle de la Commission, même si cette dernière est en contradiction avec la décision rendue par une juridiction nationale de première instance* » (1438). Cette position trouve un écho particulier dans le règlement n° 1/2003 dont l'article 16 §2, dispose que « *lorsque les autorités de concurrence des États membres statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission* ».

Le tempérament apporté à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée et la possibilité pour les justiciables d'apporter des preuves nouvelles sont justifiées, d'une part, par l'application uniforme du droit de l'Union dans les États membres et, d'autre part, par le respect de la répartition des compétences entre les autorités et juridictions nationales et les institutions de l'Union. Ce dernier point, particulièrement mis en avant par l'Avocat général Geelhoed, dans ses conclusions (1439), est éludé dans l'arrêt de la Cour de justice qui préfère nuancer la réponse donnée à la juridiction de renvoi. Pourtant, l'exception au principe de l'autorité de la chose jugée n'a de sens que pour assurer le respect de la répartition des compétences entre les autorités nationales et la Commission dans des domaines où cette dernière se voit

(1438) Pt 78 des conclusions de l'Avocat général M. L. A. Geelhoed, présentées le 14 septembre 2006, sous l'arrêt CJCE, gd. ch., 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, arr. préc.

(1439) Voy. particulièrement le premier tiret du pt 87 des conclusions : « *L'autorité de la chose jugée dont est revêtue la décision d'une juridiction civile nationale ordonnant aux autorités nationales de verser une aide d'État promise par celles-ci ne peut pas porter atteinte à l'exercice par la Commission des compétences qui sont les siennes en vertu des articles 87 CE [(devenu article 107 TFUE)] et 88 CE [(devenu article 108 TFUE)]* ».

reconnaître des pouvoirs de contrôle et de sanction et une compétence exclusive.

À cet égard, la Cour de justice a clairement confirmé que « *l’arrêt Lucchini, précité, n’est pas de nature à remettre en cause [l’autorité de la chose jugée]. En effet, cet arrêt concernait une situation tout à fait particulière dans laquelle étaient en cause des principes régissant la répartition des compétences entre les États membres et la Communauté en matière d’aides d’État, la Commission des Communautés européennes disposant d’une compétence exclusive pour examiner la compatibilité d’une mesure nationale d’aides d’État avec le marché commun* » (1440).

Le principe de l’autorité de la chose jugée constitue devant le juge national une limite à la production des preuves nouvelles dans un litige. Ces preuves seront considérées comme tardives en raison du caractère définitif de la situation à l’encontre de laquelle elles sont avancées.

L’appréciation du caractère tardif des preuves n’a pas la même signification devant le juge de l’Union et devant le juge national. Devant le juge de l’Union, il s’agit d’une possibilité de tempérer les exigences découlant du respect des délais afin de garantir une procédure équitable et contradictoire. Devant le juge national, cette liberté permet de concilier l’exercice effectif des droits tirés du droit de l’Union européenne avec les règles procédurales nationales. Cette double préoccupation justifie également le pouvoir reconnu au juge d’exclure certaines preuves du débat judiciaire.

§2. – Le pouvoir de décider de l’exclusion des preuves

L’exclusion des preuves du débat judiciaire est motivée par la protection d’une des parties. S’agissant, toutefois, d’une situation exceptionnelle, le juge doit respecter certaines garanties afin de ne pas porter atteinte, d’une part, à la maîtrise du procès par les parties et, d’autre part, à la répartition de l’administration de la preuve. Les hypothèses d’exclusion des preuves sont limitativement énumérées (A). La jurisprudence a également précisé les exigences qui s’imposent au juge lorsqu’il décide d’une telle exclusion (B).

(1440) CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub Srl*, aff. C-2/08, arr. préc., pt 25. D. SIMON, « Autorité de chose jugée d’un arrêt national », *Europe*, 2009, n° 393, pp. 11 à 12.

A. Les hypothèses d'exclusion des preuves

L'exclusion de certaines preuves du débat judiciaire est motivée par la protection d'un intérêt qui est jugé légitime (1). Elle peut également intervenir lorsqu'il s'agit de protéger un droit directement conféré par le droit de l'Union européenne (2).

1. Une exclusion motivée par la protection d'un intérêt légitime

Le droit de l'Union prévoit la possibilité d'exclure certaines preuves du débat judiciaire en raison d'un préjudice qui résulterait pour une des parties ou pour un tiers de la divulgation des informations que ces preuves contiennent (1441).

Les traités prévoient eux-mêmes une telle protection par les dispositions qui se réfèrent au « *maintien de l'ordre public ou de la sécurité intérieure* » (1442), à « *la sécurité nationale* » (1443) et au « *secret professionnel* » (1444). La jurisprudence a complété ces hypothèses en consacrant la protection des informations tirées du secret d'affaires, du secret médical, la protection de la confidentialité des communications entre l'avocat et son client et du secret bancaire (1445).

Si le droit de l'Union permet d'exclure des preuves du débat judiciaire, la protection accordée n'est pas absolue. Celle-ci ne doit pas porter atteinte à l'exercice utile d'un recours juridictionnel ou bien faire inutilement obstacle à la récolte des preuves (1446). Ainsi, le Tribunal de l'Union, dans l'arrêt *Chafiq Ayadi c. Conseil de l'Union européenne*, au sujet d'une contestation d'une décision de gel de fonds, a estimé que « *les États membres ne seraient pas fondés à refuser d'engager la procédure de réexamen prévue par les directives au seul motif que les intéressés ne sont pas en mesure de fournir des informations précises et pertinentes à l'appui de leur demande, faute pour eux d'avoir pu prendre connaissance, en raison de leur caractère confidentiel, des*

(1441) Pour une présentation de la jurisprudence et de l'exclusion des preuves pour protéger les droits individuels, voy. K.P.E. LASOK, *The European Court of justice : Practice and Procedure*, op. cit., pp. 404 à 417 ; TPICE, 21 septembre 2005, *Ali Yusuf et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, aff. T-306/01, Rec. p. II-3533, pts 231 et s.

(1442) Voy. article 72 TFUE.

(1443) Voy. article 73 TFUE.

(1444) Voy. article 339 TFUE.

(1445) CJCE, 10 décembre 2002, *Paul der Weduwe*, aff. C-153/00, Rec. p. I-11319, pt 36.

(1446) Cette situation a été portée à la connaissance de la Cour de justice dans l'affaire *Paul der Weduwe*. La Cour de justice ne s'est pas prononcée car elle a déclaré la question préjudicielle irrecevable. Voy. CJCE, 10 décembre 2002, *Paul der Weduwe*, aff. C-153/00, arr. préc.

motifs précis ayant justifié leur inclusion dans la liste litigieuse ou des éléments de preuve sur lesquels ces motifs se fondent » (1447).

De même, le juge de l’Union précise, de manière constante, que le simple fait de revendiquer le caractère confidentiel d’un document par une entreprise ne suffit pas à lui seul pour exclure toute communication à la Commission dans le cadre d’une demande de renseignement. En effet, la protection au titre de la confidentialité de la communication entre l’avocat et son client n’a de sens que pour préparer la défense de l’entreprise et que si elle émane d’avocats indépendants (1448). Cette précision apportée ne signifie nullement que l’entreprise est tenue de communiquer des documents confidentiels à la Commission. En cas de contestation, cette dernière peut saisir le juge de l’Union qui décidera si la protection au titre de la confidentialité doit être accordée et quelle en seront les conséquences quant à la décision de la Commission.

Cette exclusion ne peut être décidée que par le juge qui déterminera le niveau de protection le plus approprié. Cela explique pourquoi, comme nous le verrons (1449), ce dernier est tenu de respecter certaines exigences avant de prononcer l’exclusion des preuves. Cette dernière peut être également motivée par la protection d’un droit directement conféré par le droit de l’Union européenne.

2. Une exclusion motivée par la protection d’un droit conféré par le droit de l’Union européenne

L’exclusion des preuves du débat judiciaire pour protéger un droit conféré par le droit de l’Union européenne est à envisager au regard du droit procédural national et au regard du droit des parties de restreindre leur liberté de preuve. En ce qui concerne les modalités procédurales de preuve, elles sont susceptibles d’imposer le recours à des modes de preuves spécifiques et, partant, d’empêcher l’exercice effectif des droits tirés du droit de l’Union européenne (1450). Cette exclusion des preuves vise plus particulièrement, ainsi que nous l’avons vu, les pouvoirs reconnus au juge national de décider de la compati-

(1447) TPICE, 12 juillet 2006, *Chafiq Ayadi c. Conseil*, aff. T-253/02, *Rec.* p. II-2139, pt 148. Voy. également sur ce point, TPICE, 26 avril 2005, *Jose Maria Sison c. Conseil*, aff. jtes T-110/03, T-150/03 et T-405/03, *Rec.* p. II-1429, pts 60 à 65 et l’arrêt rendu en pourvoi, CJCE, 1^{er} février 2007, *Jose Maria Sison c. Conseil*, aff. C-266/05 P, *Rec.* p. I-1233.

(1448) CJCE, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission*, aff. 155/79, arr. préc. ; TPICE, 17 septembre 2007, *Akzo Nobel c. Commission*, aff. jtes T-125/03 et T-253/03, *Rec.* p. II-3523 ; CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel c. Commission*, aff. C-550/07 P, *nepr.*

(1449) Voy. sur ce point, les développements du B. de ce paragraphe de cette section.

(1450) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1 de la Première partie de la thèse.

bilité des règles de preuve nationales et, par conséquent, d'en écarter l'application (1451).

En ce qui concerne les parties au litige, l'exclusion des preuves peut se poser lorsqu'elles décident elles-mêmes de restreindre leur liberté de produire des preuves en vertu d'une convention selon laquelle en cas de litige, seuls certains modes de preuve ou règle de preuve seront utilisés. Il s'agit de s'interroger plus particulièrement sur l'admission dans le droit de l'Union européenne des conventions sur la preuve.

Une convention sur la preuve est définie comme un accord exprès ou tacite par lequel « *les parties modifient les règles normales de la preuve judiciaire soit quant à la charge de la preuve, soit quant à la détermination des faits à prouver, soit quant à l'emploi des procédés de preuve* » (1452). Par la convention de preuve, il s'agit de modifier le régime probatoire par la seule volonté des parties. Les conséquences sur le régime de la preuve ne sont pas négligeables car cette convention lie les parties et détermine le régime juridique probatoire dans lequel le juge exercera son office.

Le droit de l'Union européenne ne tranche pas de manière explicite la question de la validité des conventions sur la preuve. Il convient donc de rechercher, dans le droit interne, comment de telles conventions sont considérées. À cet égard, la doctrine civiliste française offre une analyse des conventions sur la preuve qui considère que, en dépit d'une division doctrinale sur la nature d'ordre public ou privée des règles de preuve (1453) en droit civil français, de telles conventions sont en principe valables à condition, toutefois, qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public. Comme l'observaient déjà les professeurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, il « *serait (...) paradoxal d'interdire de modifier le régime de la preuve des droits dans les matières (...) où les parties peuvent disposer des droits eux-mêmes* » (1454).

L'acceptation de telles conventions est donc étroitement liée à la libre disposition des droits par les parties. Comme l'observait déjà le professeur Marcel Planiol, « *la convention sur la preuve peut être souvent analysée comme une renonciation pure et simple ou conditionnelle d'un droit ; une convention sur la preuve est au fond une*

(1451) Voy. à ce sujet, les développements du Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, B. de la Première partie de la thèse.

(1452) M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 856.

(1453) R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : « permanences et transformations »*, *op. cit.*, pp. 133 et s. ; L. BOYER, H. ROLAND, *Introduction au droit, op. cit.*, p. 575.

(1454) J. GHESTIN, G. GOUBAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, p. 605.

convention sur le droit ; donc quand on peut disposer d’un droit, on peut également en régler conventionnellement l’attribution ou la perte, et par conséquent la subordonner à un tel mode de preuve » (1455).

Admises dans leur principe, les conventions sur la preuve peuvent revêtir plusieurs formes. Elles peuvent porter sur les modes de preuves, sur l’attribution de la charge de la preuve, voire sur le fait pertinent à prouver (1456).

Présentée ainsi, l’acceptation de la convention sur la preuve soulève deux questions, eu égard à la particularité du droit de l’Union européenne.

Tout d’abord, lorsque la convention a trait aux droits des parties, la renonciation ou la restriction d’un droit conféré directement par le droit de l’Union européenne peut-elle résulter d’une convention librement consentie par les parties ? À cet égard, il convient d’envisager la possibilité pour un particulier de renoncer, dans un litige d’ordre privé, à l’exercice d’un droit directement conféré par le droit de l’Union.

Les conventions sur la preuve ne concernent en principe que des « *droits et obligations civils* ». Or, les règles des traités considérées par la jurisprudence comme fondamentales pour la construction du marché intérieur ne constituent pas de tels droits. Les particuliers n’en disposent pas librement et ne peuvent pas y renoncer (1457). La Cour a ainsi jugé que « *la possibilité de se prévaloir d’une liberté aussi fondamentale que la liberté de circulation des personnes, ne saurait être limitée par [des] (...) considérations, d’ordre purement subjectif* » (1458). L’Avocat général Saggio, dans ses conclusions sous l’affaire *Eco Swiss* (1459), estimait aussi que l’étendue du contrôle juridictionnel du respect des règles impératives du droit de l’Union ne devait pas dépendre du comportement des parties.

Ensuite, si de telles conventions ne peuvent disposer sur les droits découlant des libertés fondamentales, ces conventions peuvent-elle lier le juge en matière probatoire et encadrer son office ? En effet,

(1455) M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil, op. cit.*, p. 856.

(1456) Voy. V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, pp. 17 à 21.

(1457) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1. A. de la Première partie de la thèse.

(1458) CJCE, 23 mai 1996, *John O’Flynn*, aff. C-237/94, *Rec. p. I-2617*, pt 21; comm. F. PICOD, *RAE*, 1996 p. 185.

(1459) V. pt 44 des conclusions de l’Avocat général Saggio, présentées le 25 février 1999, sous l’arrêt CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, arr. préc., comm., *JDI*, 2000, p. 505.

ces conventions sont susceptibles de méconnaître le rôle actif reconnu au juge national et au juge de l'Union en matière de preuve.

La jurisprudence n'a pas tranché la question de manière explicite. Toutefois, un début de réponse peut être recherché dans la position du juge de l'Union en matière de protection des consommateurs à l'égard de clauses types préconstituées imposées au consommateur par le professionnel. De telles clauses restreignent le choix des modes de preuves qui peuvent être utilisées ou font peser sur le consommateur la charge de la preuve. Ces clauses portent en général sur des droits et obligations civils.

Or, comme nous l'avons vu (1460), de telles clauses sont réputées abusives puisqu'elles créent un déséquilibre significatif dans les rapports entre le professionnel et le consommateur et, par conséquent, le privent d'une protection juridique effective (1461). La qualification d'une telle clause comme abusive exige du juge national, qui doit garantir une protection effective des consommateurs, qu'il procède à son relevé d'office pour en écarter l'application (1462). Dans son arrêt *Pannon GSM Zrt* (1463), la Cour de justice a apporté des précisions concernant l'obligation pour le juge national d'apprécier le caractère abusif d'une telle clause et la nécessité d'en écarter l'application. Tout en confirmant sa position jurisprudentielle sur le relevé d'office du caractère abusif de ces clauses, la juridiction de l'Union précise que, dans son appréciation, le juge peut prendre en compte l'attitude du consommateur. L'exclusion de cette clause peut ne pas intervenir, lorsque le consommateur averti ne s'y oppose pas. Une telle possibilité implique donc la reconnaissance au juge national d'une liberté d'appréciation des preuves et des règles de preuve au regard de leur incidence sur l'exercice effectif des droits directement conférés par le droit de l'Union européenne.

Or, la Cour de justice est récemment revenue sur cette position. Elle a jugé qu'il s'agissait d'une véritable obligation pesant sur la juridiction nationale qui devait vérifier en tout état de cause le caractère abusif d'une clause. Cette solution met fin ainsi à la controverse qui existait en la matière quant à la faculté et/ou l'obligation pour le

(1460) Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1461) CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, arr. préc., pt 24.

(1462) CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA*, aff. C-473/00, *Rec. p.* I-10875, pt 38.

(1463) CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, aff. C-243/08, *Rec. p.* I-4713, pt 35; obs. F. PICOD, *JCP éd. G.*, 2009 ; G. PAISANT, *JCP éd. G.*, 2009, n° 42, note 336.

juge national de procéder d’office à un tel examen (1464), voire même ordonner des mesures d’instruction pour pouvoir en apprécier le caractère abusif (1465).

De cette jurisprudence, l’on peut considérer qu’une convention sur la preuve peut être acceptée en droit de l’Union européenne à une double condition : d’une part, elle ne porte pas atteinte de manière non consentie par l’intéressé à l’exercice effectif de son droit directement conféré par le droit de l’Union européenne et, d’autre part, qu’elle ne prive pas le juge de sa libre appréciation en matière de preuve.

En lui reconnaissant une libre appréciation en matière de preuve, le droit de l’Union impose néanmoins au juge certaines obligations dès lors que celui-ci procède à une exclusion des preuves.

B. *Les obligations pesant sur le juge dans la prise d’une décision d’exclusion de certaines preuves*

Le caractère dérogoire de l’exclusion des preuves quant aux principes gouvernant le procès, et plus particulièrement au principe du contradictoire (1466), explique que le juge se trouve dans l’obligation de rechercher une conciliation entre les intérêts en présence et ce, parce que l’exigence d’un procès juste et équitable lui impose. En effet, l’importance des garanties accordées au titre d’un procès juste et équitable a conduit le juge de l’Union à en déterminer les limites, notamment lorsqu’il s’agit de la protection des données à caractère confidentiel. Ainsi, la Cour de justice a estimé que le droit d’accès aux parties aux informations, élément du droit à un recours effectif et des droits de la défense, « doit être mis en balance avec le droit des autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d’affaires » (1467).

Dans son appréciation de l’exclusion des preuves pour protéger l’une des parties ou un tiers, le juge doit mettre en balance les intérêts

(1464) Voy. dans ce sens, CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec. p.* I-9509, pts 51 à 59 ; CJUE, 9 novembre 2010, *Schneider*, aff. C-137/08, *Rec. p.* I-847, pt 49 ; CJUE, (ord.), 16 novembre 2010, *Pohotovosť s.r.o.*, aff. C-76/10, *Rec. p.* I-11557, pts 40 à 54 ; CJUE, 15 mars 2012, *Jana Pereničová et Vladislav Perenič*, aff. C- 453/10, *nepr.*, pts 28 et 30 ; CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA*, aff. C-618/10, *nepr.*, pts 42 et 43.

(1465) CJUE, 9 novembre 2010, *Schneider*, aff. C-137/08, arr. préc., pt 56.

(1466) Voy. sur ce point, F. PICOD, « La transparence dans les procédures juridictionnelles », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l’Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 152 et s ; D. DE BÉCHILLON, « Principe de contradictoire et protection du secret des affaires. Pladoyer pour le maintien de la jurisprudence en vigueur », *RFDA*, 2011, p. 1107.

(1467) CJCE, 14 février 2008, *Varec SA*, aff. C-450/06, *Rec. p.* I-581, pt 51.

en présence. Lorsque l'une des hypothèses d'exclusion des preuves est invoquée, le juge est dans l'obligation de l'examiner au cas par cas, en tenant compte de la particularité de chaque affaire, de son cadre factuel et des rapports existant entre les parties. Une décision d'exclusion des preuves du débat judiciaire est une décision qui ne doit rester qu'exceptionnelle, eu égard aux conséquences que celle-ci peut représenter pour l'une des parties et pour le juge dans sa fonction de *juris dictio*. Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence révèle que les juridictions de l'Union sont extrêmement réticentes à procéder à une exclusion des preuves (1468). Elles procèdent toujours à une mise en balance des intérêts en présence.

La mise en balance des intérêts en présence pour décider de l'exclusion de certaines preuves du débat judiciaire peut être observée lorsqu'il s'agit d'une conciliation entre l'exigence d'une application d'une règle de droit de l'Union européenne et la nécessité de préserver un intérêt particulier. Un tel cas de figure se présente souvent à l'occasion de l'application des règles de concurrence et la nécessité de protéger le secret d'affaires des entreprises.

La question de la conciliation entre l'exigence d'une concurrence libre et non faussée avec le secret d'affaires a été tranchée par la Cour de justice, dans l'affaire *Varec* en matière des marchés publics (1469). En effet, dans ce domaine, les directives excluent elles-mêmes de leur champ d'application certains marchés publics, lorsque le marché exige le secret ou lorsque l'exécution de ces marchés doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité (1470). De plus, pour la passation de marchés, les directives prévoient des limites à la communication par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice aux autres participants des informations transmises par un soumissionnaire. Ainsi, dans l'affaire *Varec*, la procédure d'attribution d'un marché public de livraison de chenilles de chars était contestée par un soumissionnaire évincé au motif que les éléments retenus par le pouvoir adjudicateur ne correspondaient pas aux critères de sélection du marché. L'attributaire du marché, partie intervenante, s'est farouchement opposé à la communication des

(1468) K.P.E. LASOK, *The European Court of justice: Practice and Procedure*, op. cit., pp. 404 et s.

(1469) CJCE, 14 février 2008, *Varec SA*, aff. C-450/06, arr. préc. ; T. BOMBOIS, C. DUBOIS, « La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics: l'arrêt *Varec* de la Cour de justice », *Journal des tribunaux*, 2008 pp. 426-431 ; pour une étude de l'arrêt et de ses conséquences au-delà du domaine des marchés publics, voy. K. VON PAPP, comm., *CML Rev.*, 2009, pp. 995 et s.

(1470) Voy. article 14 de la directive 2004/18/CE et article 21 de la directive 2004/17/CE précitées.

informations en raison de leur caractère confidentiel. S’agissant d’une question d’interprétation des directives de passation quant à la protection des données confidentielles, la juridiction belge a sursis à statuer et a renvoyé cette question à la Cour de justice. Cette dernière était amenée à se prononcer en substance sur la question de savoir comment le juge national devait garantir la confidentialité du secret d’affaires en matière de marchés publics. La Cour de justice a estimé que les directives visaient l’ouverture à la concurrence et, par conséquent, reposaient sur une exigence d’une concurrence libre et non faussée. Elle a précisé que cet objectif ne pouvait pas être atteint si les opérateurs économiques étaient dissuadés de participer aux procédures de passation de marchés publics en raison de la divulgation des informations confidentielles. Par ailleurs, elle a estimé que « *l’instance de recours doit garantir, dans la procédure contentieuse, la protection des données confidentielles de secrets d’affaires, et ainsi, éviter que par le simple exercice d’un recours le requérant puisse avoir accès à ces données* » (1471).

L’intérêt de cet arrêt est double. Tout d’abord, il permet de rendre compte de ce que la protection des informations confidentielles s’impose pour réaliser l’ouverture à la concurrence des marchés publics. Ensuite, cette protection ne doit pas avoir pour conséquence de remettre en cause l’exigence d’une concurrence libre et non faussée. La conciliation entre ces deux objectifs revient au juge national qui, dans le cadre d’un recours, doit disposer de toutes les informations, y compris confidentielles, pour décider si l’attribution du marché a été effectuée conformément aux exigences imposées par les directives (1472).

De même, la réglementation de l’Union relative au blanchiment d’argent impose elle-même une limitation à la protection de la confidentialité des communications entre l’avocat et son client. Dans le but de garantir l’effectivité de la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement de terrorisme, l’avocat est tenu de divulguer certaines informations qui sont normalement protégées par le secret professionnel (1473). Dans l’arrêt *Ordre des barreaux francophones et germa-*

(1471) A. MICHEL, « Marchés publics et secret des affaires », *CJF*, 2008, p. 87.

(1472) Pour la même position de la jurisprudence en matière de concurrence, voy. L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, op. cit., p. 256.

(1473) Voy. article 28 § 5 de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l’utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (*JO* n° L 309 du 25 novembre 2005) : « *En ce qui concerne les établissements ou les personnes visés à l’article 2, paragraphe 1, pts 1) et 2), et pts 3) a) et b), dans les cas concernant le même client et la même transaction faisant intervenir au moins deux établissements ou personnes, l’interdiction énoncée au*

nophone et autres, la Cour de justice a précisé que « *les obligations d'information et de coopération avec les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux (...) imposées aux avocats (...) ne violent pas le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par les articles 6 de la CEDH et 6 §2, UE* » (1474).

La mise en balance est également utilisée par le juge lorsqu'il s'agit de préserver le caractère confidentiel de certaines informations pour protéger le secret défense ou l'organisation interne d'une institution de l'Union. Ainsi, l'affaire *Antonello Violetti et Nadine Schmit c. Commission* (1475), le Tribunal de la fonction publique a estimé, eu égard au contexte particulier de l'affaire, que le caractère confidentiel et interne du document de la Commission ne pouvait pas être opposé aux requérants. Par conséquent, il l'a retenu comme une preuve susceptible d'être discutée au fond.

La possibilité dont dispose le juge de mettre en balance les intérêts en présence avant d'exclure certaines preuves participe également à la protection des droits fondamentaux, notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, domaine dans lequel les actes de droit dérivé prévoient l'exclusion des éléments de preuve fondée sur la confidentialité. Ainsi, le Tribunal de l'Union a jugé que « *les limitations apportées par le Conseil aux droits de la défense des intéressés devant être contrebalancées par un strict contrôle juridictionnel indépendant et impartial [...], le juge communautaire doit pouvoir contrôler la légalité et le bien-fondé des mesures de gel des fonds, sans que puissent lui être opposés le secret ou la confidentialité des éléments de preuve et d'information utilisés par le Conseil* » (1476).

La mise en balance des intérêts impose au juge, avant de décider de l'exclusion des preuves, de déterminer si ces preuves peuvent,

paragraphe 1 n'empêche pas la divulgation entre les établissements ou personnes concernés, à condition qu'ils soient situés dans un État membre, ou dans un pays tiers qui impose des obligations équivalentes à celles fixées dans la présente directive, qu'ils relèvent de la même catégorie professionnelle et qu'ils soient soumis à des obligations équivalentes en matière de secret professionnel et de protection des données à caractère personnel. Les informations échangées sont utilisées exclusivement à des fins de prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ».

(1474) CJCE, gd. ch., 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres*, aff. C-305/05, *Rec. p.* I-5305, pt 37. Voy. D. SIMON, « Lutte contre le blanchiment et secret professionnel des avocats », *Europe*, 2007, comm. 201, pp. 12 à 14. Voy. également, P. LAMBERT, « Le respect du secret professionnel de l'avocat, composante du droit à un procès équitable » *in Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, op. cit.*, p. 297.

(1475) TFPUE, 28 avril 2009, *Antonello Violetti et Nadine Schmit c. Commission*, aff. jtes F-5/05 et 7/05, *Rec. p.* I-A-1-83, pts 104 à 115.

(1476) TPICE, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil*, aff. T-228/02, arr. préc., p. II-4665, pt 155.

toutefois, raisonnablement être communiquées sans porter atteinte au caractère confidentiel des données. Par l’effacement des données, lequel permet de préserver le substrat de la confidentialité, le juge peut trancher le litige en s’appuyant sur les éléments communiqués (1477). À défaut, le juge, eu égard au respect du contradictoire, est tenu de statuer après élimination des pièces couvertes par la protection invoquée (1478). L’exigence du respect du contradictoire trouve sa justification dans le caractère attentatoire de l’exclusion des preuves à la liberté des parties dans la définition de l’objet du litige. Cette exigence est respectée, puisque les parties sont en principe invitées à présenter leurs observations.

Si cette solution peut se comprendre en l’état actuel de la jurisprudence du juge de l’Union, elle soulève, comme le remarque également le professeur De Béchillon, des réserves quant à sa compatibilité au regard des exigences d’un procès juste et équitable posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, non seulement en ce qui concerne le principe de la contradiction des preuves (1479), mais aussi en ce qui concerne l’impartialité et la neutralité du juge (1480) ayant pris connaissance des informations couvertes par la protection d’un intérêt légitime. La solution est résolument circulaire : *« on le voit, c’est la simple invocation du mot « secret des affaires » qui installe le juge en situation structurelle de porter atteinte à l’égalité des armes : c’est le cas s’il renonce à son office et n’exerce aucun contrôle ni tri sur la validité de la mise d’une donnée sous la protection du secret ; c’est le cas s’il exerce son contrôle et accède à la demande de la partie intéressée ; c’est le cas s’il exerce son contrôle et refuse d’accéder à cette demande dès lors que, comme ce sera très souvent son intérêt tactique, cette dernière préférera ne pas dévoiler la donnée en cause et*

(1477) Voy. également, CJCE, ord., 30 mars 1982, *Celanese Chemical Compagny Inc. c. Conseil et Commission*, aff. 236/81, *Rec.* p. 1183.

(1478) F. PICOD, « La transparence dans les procédures juridictionnelles », *op. cit.*, p. 155.

(1479) Cour EDH, 31 octobre 2006, *Aksoy (Eroglu) c. Turquie*, § 22 cité par D. DE BÉCHILLON, « Principe de contradictoire et protection du secret des affaires. Pladoyer pour le maintien de la jurisprudence en vigueur », *op. cit.*

(1480) Cour EDH, 24 juillet 2007, *Baumet c. France*. Cette solution peut conduire les juridictions nationales à modifier leur jurisprudence résolument plus nuancée à l’égard de la protection du secret d’affaires et à les obliger à sortir de leur réserve et prudence quant à la préservation du caractère équitable de la procédure devant elles. Voy. Sur ce point, D. DE BÉCHILLON, « Principe de contradictoire et protection du secret des affaires. Pladoyer pour le maintien de la jurisprudence en vigueur », *op. cit.*, p. 1113.

en laisser, discrète mais bien présente, l'empreinte subliminale dans l'esprit de la juridiction » (1481).

L'on saisit bien la difficulté pour le juge dans l'exercice de son office qui tend à la fois à protéger un intérêt jugé légitime et à veiller au respect du caractère équitable de la procédure et garantir, dans la mesure du possible, le principe de la contradiction des preuves. Cette difficulté soulève deux observations complémentaires.

Tout d'abord, et cette première observation rejoint celle déjà faite à propos du niveau de protection du caractère équitable de la procédure le plus approprié, dès lors que l'on se trouve dans un rapport vertical impliquant une décision des autorités nationales compétentes. L'on revient ici au même problème du respect des droits de la défense et du contrôle juridictionnel qui sera effectué et, partant, du respect du caractère équitable de la procédure (1482).

Ensuite, et la seconde observation découle de la première, il convient de souligner que la jurisprudence du juge de l'Union fait de plus en plus référence au caractère équitable de la procédure comme une obligation qui s'impose au juge dans la protection qu'il entend accorder à l'une des parties dès lors que celle-ci est susceptible de porter atteinte aux principes classiques du procès (1483). Sans doute, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne conduira-t-elle la Cour de justice à préciser davantage la teneur de cette exigence non seulement au regard de l'article 47 de la Charte, mais aussi au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, permettra-t-elle, par la même occasion, de nuancer la position actuelle de la jurisprudence.

La liberté de la preuve, dans le droit de l'Union, accorde au juge un pouvoir d'appréciation pour décider de l'admissibilité des modes de preuve présentés par les parties. À cet égard, le juge dispose de la possibilité de moduler les effets du caractère tardif des offres de preuve et de décider d'exclure certaines preuves du débat judiciaire. La liberté de

(1481) D. DE BÉCHILLON, « Principe de contradictoire et protection du secret des affaires. Pladoyer pour le maintien de la jurisprudence en vigueur », *op. cit.*, p. 1121.

(1482) Voy. sur ce point, Titre 2, Section 2, § 1. A. 1. a) et §2. A. 1. de la Première partie de la thèse.

(1483) Voy. notamment sur l'aménagement de l'audition des victimes dans les procédures pénales, CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, arr. préc., *Europe* 2005, comm., 274, obs. F. KAUFF-GAZIN ; CJCE, 9 octobre 2008, *Katz*, aff. C-404/07, *Rec.* p. I-7607, *Europe* 2008, comm. 411, obs. F. KAUFF-GAZIN ; *JCP éd. G* 2009, I, 109, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; CJUE, 22 décembre 2011, X et Y, aff. C-507/10, *nepr.*, *Europe* 2012, comm. 74, obs. F. KAUFF-GAZIN.

la preuve lui accorde également un pouvoir d’appréciation considérable dès lors qu’il s’agit de l’examen au fond des preuves.

SECTION 2 – LA LIBRE APPRÉCIATION DES PREUVES AU FOND

La libre appréciation des preuves au fond dans le droit de l’Union consiste à examiner les preuves recevables afin de vérifier leur capacité à établir les faits justifiant l’application de la disposition juridique appropriée. L’appréciation des preuves au fond est donc un contrôle juridictionnel de leur pertinence (§1). Intimement lié au cadre factuel du litige, ce contrôle juridictionnel ne peut être que d’une intensité variable (§2).

§1. – Un contrôle juridictionnel de la pertinence des preuves

La liberté de la preuve dans le droit de l’Union européenne confère au juge une marge d’appréciation importante sur la pertinence des preuves à tel point que, comme le soulignent les professeurs Georges Vandensanden et Ami Barav, le principe de la libre production des preuves se trouve « *considérablement amoindri au profit de(s) [ses] pouvoirs d’intervention et d’appréciation* » (1484). La justification d’une telle marge d’appréciation doit être recherchée dans les fonctions que remplit le contrôle de la pertinence des preuves dans le droit de l’Union. Loin d’être un examen arbitraire des preuves, ce contrôle est un étalon de mesure de la capacité des preuves à étayer les allégations des parties fondées sur l’application du droit de l’Union. La pertinence des preuves est nécessairement appréciée dans le cadre factuel particulier de chaque espèce par rapport à la disposition juridique applicable. Avant d’indiquer quelle est la teneur de l’examen auquel procède le juge (B), il convient de préciser au préalable quelle est la nature du contrôle juridictionnel de la pertinence des preuves dans le droit de l’Union (A).

A. *La nature du contrôle juridictionnel de la pertinence des preuves*

Il existe une controverse en doctrine sur le point de savoir si la pertinence est une question de recevabilité ou de fond (1). L’étude de la jurisprudence révèle à cet égard que la pertinence des preuves dans le

(1484) G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977. p. 52.

droit de l'Union s'apprécie en fonction de l'utilité des preuves pour la solution du litige (2).

1. Une controverse doctrinale sur le lien de la pertinence avec l'examen au fond

La doctrine reste divisée sur le point de savoir si la pertinence est une question de recevabilité ou de fond. Ainsi, Witenberg estimait que « *dès qu'il sera constant que le fait dont on veut rapporter la preuve est dénué de pertinence ou, comme le disent les anglais « irrelevante », le juge se refusera à accueillir les documents ou à recevoir les dispositions tendant à établir le fait dont s'agit. En d'autres termes, le défaut de pertinence, l'irrelevancy constitue à l'encontre de l'exercice du droit de preuve une cause d'irrecevabilité* » (1485). De même, Henri Motulsky distinguait entre les faits concluants et les faits pertinents, les premiers présentant une importance pour la solution du litige de nature à former la conviction du juge, les seconds se rapportant simplement à l'affaire (1486).

Pour la doctrine civiliste, cette présentation de la notion de pertinence reposait sur l'affirmation selon laquelle « *seul un fait pertinent est matière de preuve* » (1487). Cette affirmation recevait des interprétations doctrinales différentes quant à la nature du contrôle juridictionnel parce qu'elle introduisait une confusion terminologique entre ce qui devait être l'objet de la preuve et les moyens de preuve eux-mêmes (1488). Cette confusion révélait que la notion de pertinence n'était utilisée que pour démontrer l'utilité des faits invoqués pour la solution du litige. C'est la raison pour laquelle la doctrine faisait la distinction « *entre le caractère pertinent, concluant et admissible d'un fait* » (1489). En ce sens, la doctrine analysait la notion de pertinence comme relevant de l'appréciation de la recevabilité des offres de preuve.

(1485) J.-Ch. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 24.

(1486) H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, ouvrage réédité par M.-A. FRISON-LAROCHE, Paris, Dalloz, 2002, p. 86 et note 3. « *Les faits 'concluants' dirons-nous afin de marquer la différence, sont indispensables, les faits 'pertinents' ne sont qu'utiles* ».

(1487) J. GHESTIN, G. GOUBAUX, *Introduction générale*, in *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1990, p. 533 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 441.

(1488) Voy. dans ce sens, X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 149.

(1489) Voy. C. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français, tome 9*, Paris, éd. Rousseau, pp. 239 et 240 cité par X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 149, notes 325 et 326.

Or, une telle présentation de la notion de pertinence ne permet pas, à notre sens, de rendre compte de la teneur du contrôle juridictionnel exercé sur les offres de preuve. En effet, cette présentation ne s’intéresse pas à la pertinence des preuves, mais à la pertinence des faits. Si la pertinence des faits relève de l’examen au fond, il apparaît logique que la pertinence des preuves relève de la recevabilité parce qu’elle désigne l’admissibilité de tel ou tel mode de preuve pour établir le fait. Néanmoins, examiner la pertinence des preuves, c’est s’intéresser au fait que les preuves avancées tendent à démontrer. Il s’agit dès lors d’un examen au fond parce que la pertinence des preuves s’effectue au regard du fait invoqué en fonction de la règle de droit applicable.

Ainsi, nous ferons nôtre l’analyse proposée par la doctrine civiliste amorcée par le professeur Jacques Chevallier. Cet auteur avait attiré l’attention sur le fait que la notion de pertinence pouvait également être considérée comme une question de fond. Pour illustrer sa démonstration, il analysait le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence des offres de preuve et constatait que ce contrôle donnait lieu à une distinction entre l’examen des propositions des parties et les offres de preuve faites à cet égard (1490).

Ce constat a été repris par le professeur Xavier Lagarde, dans sa thèse, qui a considéré qu’il s’agissait d’un dédoublement de la notion de pertinence reposant sur la distinction entre les propositions de preuve (les allégations) et les procédés de preuve (les moyens de preuve avancés à l’appui des allégations). Se fondant sur ce dédoublement de la notion de pertinence, il apporte une analyse critique de certaines solutions jurisprudentielles, qui laissaient subsister le doute sur le point selon lequel la pertinence des offres de preuve intervenait dans l’appréciation de la recevabilité, pour affirmer que la pertinence des preuves est un examen intervenant au fond. À ce sujet, le professeur Xavier Lagarde écrivait que « *cette distinction permet de montrer que cette dernière notion que l’on l’applique à un procédé ou à une proposition de preuve ne renvoie jamais à une question de recevabilité* » (1491) et ce, parce que, lorsque le juge se prononce sur l’une ou sur l’autre, il tranche toujours une question de fond qui s’est posée devant lui en fonction de la règle de droit applicable.

(1490) J. CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de Cassation sur la pertinence de l’offre de preuve », *D.*, 1956, chr. pp. 37 et s. Déjà Henri Motulsky mettait en avant la différence entre la charge de l’allégation et la charge des preuves. Voy. H. MOTULSKY, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, op. cit., pp. 84 et s.

(1491) X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., pp. 149 à 160.

Cela explique pourquoi la pertinence est présentée comme le « *rapport qui doit exister* » (1492) entre l'objet de la preuve et l'offre de preuve qui a été avancée par les parties. Autrement dit, par l'examen de la pertinence des preuves est visée l'existence d'un « *rapport de convenance qui unit les allégations (...) à la règle de droit* » (1493) démontrée par des preuves. Ce contrôle juridictionnel permet ainsi de s'assurer que la démonstration des parties peut exercer une influence sur la solution du litige (1494).

Les précisions apportées quant à la nature du contrôle juridictionnel sur la pertinence des preuves nous conduisent alors à envisager cette question dans le droit de l'Union au regard de l'utilité des preuves pour l'issue du litige.

2. La pertinence des preuves, un contrôle de l'utilité des preuves pour l'issue du litige dans le droit de l'Union

Dans la jurisprudence des juridictions de l'Union, l'on ne retrouve pas la distinction entre les moyens concluants et les moyens pertinents. Les juridictions de l'Union considèrent les moyens et les offres de preuves comme pertinents, dès lors qu'ils présentent une utilité pour la solution du litige. Elles décident et ce, de manière souveraine, de la pertinence des allégations au fond et du caractère probant des preuves avancées. Par conséquent, l'analyse de la pertinence des preuves et des allégations dans le droit de l'Union ne peut être retenue que comme une question relevant de l'appréciation au fond.

Par ailleurs et dans une autre perspective, reconnaître que l'examen de la pertinence des preuves conditionne leur recevabilité est de nature à remettre en cause la libre production des preuves reconnue aux parties au titre de la liberté de la preuve dans le droit de l'Union. À cet égard, une telle approche n'est pas propre aux juridictions de l'Union. L'on peut observer une position similaire des juridictions internationales qui restent particulièrement attachées au respect « *de la volonté des parties d'exposer tous leurs moyens de preuve* » (1495).

(1492) Voy. « Pertinence », in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 681.

(1493) J. J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, 1982, vol. II, pp. 267 à 414.

(1494) X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 149.

(1495) Voy. J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », op. cit., p. 310. Voy. dans le même sens de l'étude de la notion de pertinence devant la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions internationales, F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 147 et 149 ; G. NIYUNGERO, *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., pp. 239 et s.

Cette façon de présenter le contrôle de la pertinence des preuves est également en adéquation avec l’examen auquel le juge se livre sur la recevabilité des preuves dans le droit de l’Union. L’examen de la recevabilité ne s’intéresse pas, dans le droit de l’Union, à leur contenu et à leur capacité d’étayer les allégations des parties (1496). En revanche, l’examen de leur pertinence permet au juge de vérifier si la disposition juridique du droit de l’Union invoquée doit être appliquée aux faits particuliers du litige dont il est saisi. L’examen de la pertinence est une question qui implique donc une appréciation des preuves au regard de la disposition juridique du droit de l’Union applicable. En ce sens, il s’agit nécessairement d’une appréciation au fond des preuves.

Dans le droit de l’Union, le contrôle juridictionnel est un contrôle entier, le juge disposant d’une liberté d’appréciation de la pertinence des preuves invoquées par les justiciables.

B. *La teneur du contrôle juridictionnel de la pertinence des preuves*

Admettre que le contrôle juridictionnel de la pertinence des preuves relève d’un examen au fond, c’est reconnaître au juge le pouvoir d’apprécier les preuves au regard des allégations des parties par rapport à la disposition juridique du droit de l’Union applicable. Ce contrôle est donc spécifique dans la mesure où le juge se prononce sur la pertinence de l’application du droit de l’Union dans un cas concret dont il a à connaître. En ce sens, la pertinence des preuves dépend, tout d’abord, de la pertinence des allégations (1). Elle dépend, ensuite, de la capacité des preuves avancées à les établir (2).

1. L’appréciation de la pertinence des allégations des parties

Il est communément admis dans la doctrine et dans la jurisprudence que, de manière générale, l’appréciation des preuves au fond est tributaire de la pertinence des propositions formulées par les parties. Si les moyens des justiciables ne sont pas pertinents pour l’application du droit de l’Union, le juge rejettera avec eux les preuves qui les corroborent, même si elles paraissent de nature à les justifier. Pour le professeur René Chapus, il s’agit des « moyens voués au rejet » : ce sont des « *moyens dont le rejet est prononcé sans examen de leur bien-fondé, sans qu’un tel examen soit nécessaire et par conséquent, sans qu’il*

(1496) Sur ce point, voy. Chapitre 1, Section 2, §1, de ce titre de cette partie de la thèse.

soit effectué » (1497). La technique utilisée est celle des moyens inopérants (a) et des moyens manquant en fait (b) dont la qualification pour l'application du droit de l'Union dépend de l'appréciation souveraine du juge.

a) *Les moyens inopérants*

La jurisprudence relative aux moyens inopérants (1498) dans le droit de l'Union européenne, bien qu'elle concerne directement les moyens invoqués par les parties, n'est pas sans lien avec le contrôle de la pertinence des offres de preuve elles-mêmes (1499). Le juge, lorsqu'il écarte un moyen comme inopérant, n'apprécie pas la valeur probante des preuves avancées par les parties au soutien de leurs moyens (1500). Il en est ainsi car ces moyens sont « *insusceptible(s) d'exercer une influence sur la solution du litige* » (1501) et, partant, les juridictions de l'Union « *[leur dénie] toute portée* » (1502). Pour les juridictions de l'Union, « *le caractère inopérant d'un moyen soulevé renvoie à son aptitude, dans l'hypothèse où il serait fondé* » (1503) à justifier la

(1497) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 803.

(1498) Ce sont des moyens recevables, mais qui ne sont pas de nature à exercer une influence sur la solution du litige. Parfois dans la jurisprudence communautaire la distinction entre un moyen inopérant et un moyen irrecevable demeure ambiguë, notamment lorsqu'il s'agit des moyens non admis dans le contrôle de légalité et qui doivent normalement être rejetés comme irrecevables. Voy. dans ce sens l'arrêt TPICE, 27 février 1992, *Vichy*, aff. T-19/91, *Rec. p. II-417* cité en exemple par D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, op. cit.*, p. 317 et le développement à ce sujet du professeur Chapus pour de tels moyens devant le juge administratif, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 650.

(1499) Voy. dans ce sens, J.-Ph. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, op. cit.*, p. 80. Dans certaines hypothèses, les juridictions de l'Union par économie des moyens, n'examinent pas l'ensemble des moyens invoqués par les requérants et les preuves avancées dès lors qu'un seul moyen est susceptible de justifier l'issue du litige. Voy. dans ce sens, TPICE, 29 juin 1995, *Imperial Chemical Industries plc c. Commission*, aff. T-36/91, *Rec. p. II-1847*, pt 118 « *Par conséquent, il y a lieu d'accueillir le moyen tiré d'une violation des droits de la défense, dans ses trois branches, et d'annuler la décision attaquée dans la mesure où elle concerne la requérante, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les conclusions subsidiaires de la requérante visant à obtenir des mesures d'instruction permettant l'examen des dossiers par ses conseils ou par le Tribunal lui-même. Il n'est pas non plus besoin d'examiner (...) le moyen tiré de ce que les preuves invoquées à l'appui de certaines constatations dans la décision n'auraient pas été communiquées à la requérante* » ; L. IDOT, *Europe*, août-sept. 1995, comm. 313, p. 22.

(1500) Comme le remarque le professeur Chapus, « *le juge peut les rejeter par préterition. Un jugement ne saurait être censuré en appel ou en cassation en raison du fait qu'il aurait laissé sans réponse un moyen inopérant* ». R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 810.

(1501) D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, op. cit.*, p. 317.

(1502) *Ibid.*, p. 317.

(1503) CJCE, 21 septembre 2000, *EFMA c. Conseil et Commission*, aff. C-46/98 P, *Rec. p. I-7079*, pt 38. Dans cet arrêt, se fondant sur la distinction entre l'aptitude du moyen à justifier

prétention du requérant et, par conséquent, exercer une incidence sur la solution du litige (1504). Ainsi, le Tribunal de l’Union n’a pas hésité à écarter le moyen du requérant tiré de l’absence de communication des documents par la Commission dans la mesure où ces derniers n’avaient pas été utilisés pour fonder la décision de l’institution au motif de son inopérance (1505). Dans le domaine de la concurrence, il en a décidé de même au sujet des allégations des parties qui contestaient l’effet anti-concurrentiel de leur comportement en raison de l’absence d’une intention d’enfreindre les règles de concurrence. Or, comme l’a rappelé le Tribunal de l’Union, « *pour qu’une infraction aux règles de concurrence du traité puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibéré, il n’est pas nécessaire que l’entreprise ait eu conscience d’enfreindre une interdiction édictée par ces règles, mais il suffit qu’elle ait été consciente que la conduite incriminée avait pour objet de restreindre la concurrence* » (1506). Eu égard aux pièces qui lui ont été fournies, le Tribunal a rejeté ce moyen comme étant sans incidence sur la solution du litige.

La notion de moyen inopérant dans la jurisprudence des juridictions de l’Union apparaît comme une notion à contenu variable et hétérogène. Sa qualification dépend du contexte factuel et juridique de chaque affaire. Ainsi, est considéré comme inopérant le moyen qui n’entre pas dans le champ d’application de la disposition invoquée ou n’est pas de nature à justifier son application en l’espèce. Les juridictions de l’Union considèrent comme tels les moyens de légalité à l’encontre des actes pris dans l’exercice d’une compétence liée (1507).

la prétention litigieuse et sa recevabilité dans le cadre du recours introduit devant elle, la Cour de justice a ainsi rejeté le moyen de la requérante à l’appui du pourvoi, au motif que le Tribunal de première instance « *avait implicitement considéré qu’elle ne justifiait pas d’un intérêt* », alors que celui-ci avait écarté les moyens de la requérante comme inopérants. (Voy. TPICE, 17 décembre 1997, *EFMA c. Conseil et Commission*, aff. T-121/95, *Rec.* II-2391, pts 120 et 121. Dans cet arrêt, le Tribunal avait estimé que les moyens de l’annulation invoqués par la requérante étaient inopérants dans la mesure où « *il ne lui serait, en tout état de cause, pas possible d’obtenir l’annulation de l’article 1er du règlement attaqué* ». En l’espèce, était attaqué le règlement n° 2423/88 du Conseil, du 11 juillet 1988, relatif à la défense contre les importations qui font l’objet d’un dumping ou de subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne concernant les méthodes de calculs utilisés par le Conseil pour la détermination de la valeur et les prix à l’exportation de l’urée produite hors de la Communauté européenne.

(1504) Pour le professeur Chapus, ces moyens méritent le plus leur qualification, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., spéc. p. 810.

(1505) TPICE, 6 février 2007, *CAS SpA c. Commission*, aff. T-23/03, *Rec.* p. II-289, pt 94.

(1506) TPICE, 14 juillet 1994, *Herlitz AG c. Commission*, aff. T-66/92, *Rec.* p. II-531, pt 45.

(1507) Dans la jurisprudence administrative française, la qualification de moyens inopérants est également retenue à l’encontre des moyens en annulation des actes pris dans l’exercice d’une compétence liée. CE, Sect., 3 février 1999, *Montaignac*, *Rec. Leb.*, p. 6 ; *AJ*, 1999, p. 567,

La jurisprudence des juridictions nationales est également abondante. On retrouve exactement la même attitude du juge administratif français. Consacrée par l'arrêt *Boileau* (1508), cette technique a permis au Conseil d'État français de ne pas retenir le moyen tiré de l'application d'une disposition du droit de l'Union européenne, dépourvue d'effet direct et de l'écartier comme inopérant, même si cette disposition était applicable aux faits de l'espèce (1509). La Cour de cassation française n'hésite pas à écarter le moyen tiré de l'application du droit de l'Union, dès lors que celui-ci apparaît sans incidence sur la solution du litige porté devant elle. Autrement dit, elle n'examinera pas les preuves avancées à l'appui d'un tel moyen que la Haute juridiction française considère comme inopérant (1510).

La variabilité des hypothèses dans lesquelles la qualification d'un moyen comme inopérant est retenue démontre, d'une part, que le juge dispose du pouvoir d'apprécier les moyens invoqués par les parties et, d'autre part, exige des parties une vigilance particulière lorsqu'elles soumettent leurs allégations. En effet, dans son raisonnement, le juge s'intéresse, tout d'abord, à la matière contentieuse formée par les prétentions des requérants au regard de la nature du recours ainsi que de la disposition juridique applicable. Le juge n'étudiera que les moyens susceptibles d'avoir une incidence sur le fond du litige. Par suite, ce n'est qu'en ce qui concerne les moyens jugés opérants que le juge appréciera la pertinence des preuves avancées à leur appui par les parties (1511).

La technique du moyen inopérant peut, toutefois, conduire dans certaines hypothèses à ne pas sanctionner la méconnaissance d'une

chr. F. REYNAUD, P. FOMBEUR ; voy. également les développements in R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., spéc. pp. 815 et s.

(1508) CE, 25 mars 1960, *Boileau*, Rec. p. 234 ; voy. le commentaire de cet arrêt in J.-C. BONICHOT et al., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2009.

(1509) Voy. CE, Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des SPIC*, Rec. p. 107. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a estimé qu'un tel moyen ne pouvait pas avoir une incidence sur le requérant parce qu'il ne pouvait pas en invoquer le bénéfice. Dans le même sens voy. également CE, Ass., 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transports Freymuth*, Rec. p. 1151 à propos du champ d'application du principe de confiance légitime dans le droit de l'Union.

(1510) Cass. Com., 8 octobre 1991 (au sujet de l'application de la directive TVA à des activités non couvertes par la réglementation de l'Union) ; Cass. Soc., 1^{er} avril 1993 (au sujet de l'application du règlement n° 1408/71).

(1511) TPICE, 28 janvier 2009, *Centro Studi Antonio Manieri Srl c. Conseil*, aff. T-125/06, Rec. 2009, p. II-69, pt 110. En l'espèce, le Tribunal a conclu à l'inapplicabilité des règles en matière des marchés publics et rejeté la demande de mesure d'instruction en vue de la production des documents démontrant l'inverse. On soulignera que cette structure en entonnoir forme le cadre dans lequel le juge exerce ses pouvoirs d'instruction et explique notamment le rejet des demandes des parties tendant en ce qu'il ordonne une communication des pièces ou, le cas échéant, rejette une demande de réouverture de l'instruction lorsque ces demandes portent, notamment, sur des éléments de preuve au soutien d'un moyen inopérant.

garantie procédurale en matière de preuve. En effet, les juridictions décident de ne pas annuler la décision de la Commission lorsque l’exercice des droits de la défense n’a pas été entravé (1512) ou bien lorsque leur méconnaissance n’a pas eu une incidence concrète sur le sens de la décision finale prise sur le fondement des preuves irrégulièrement obtenues (1513). Comme nous l’avons vu (1514), cette position est en soi critiquable parce qu’elle révèle une conception fonctionnelle des garanties procédurales en matière de preuve, reposant sur une conciliation entre l’efficacité du pouvoir de contrôle et les limites accordées aux droits fondamentaux.

Pour décider de la pertinence des preuves et des allégations des parties, le juge de l’Union recourt à une autre technique, celle des moyens manquant en fait.

b) *Les moyens manquant en fait*

Les moyens manquant en fait ne sont pas retenus par les juges. Il s’agit de l’hypothèse dans laquelle le requérant « *a commis une erreur de fait* » (1515). Cette erreur de fait peut résulter d’une mauvaise présentation (1516) ou compréhension du cadre factuel qui apparaît erronée au regard des pièces du dossier (1517), ou tout simplement n’existe pas (1518).

(1512) Voy. sur ce point, la distinction opérée par la Cour de justice entre la régularisation d’une méconnaissance des droits de la défense et l’éventuelle annulation de la décision que celle-ci peut entraîner. CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl c. Commission*, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, *Rec.* p. I-8375, pt 327 ; CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland c. Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, arr. préc., pts 100 à 106.

(1513) Pour un exemple concret, voy. TPICE, 8 juin 2004, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, aff. T-44/00, *Rec.* p. II-2223, pt 55.

(1514) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2. A. 1. de la Première partie de la thèse.

(1515) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, pp. 804 et s.

(1516) À propos d’un moyen d’annulation tiré de la violation du principe d’égalité de traitement résultant de l’existence de conditions différentes dans un avis de concours interne et dans un avis de concours restreint Voy. TPICE, 15 février 1996, *Susan Ryan-Sheridan*, aff. T-589/93, *Rec.* p. II-77, pts 37 à 45.

(1517) Par exemple à propos de l’examen par la Commission de deux notifications d’un système d’échange d’informations au regard de l’article 81 §1 et §3, du Traité CE (devenu article 101 §1 et §3, TFUE), dès lors que ces notifications ne concernent pas les mêmes signataires du système d’échanges d’informations. TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c. Commission*, aff. T-35/92, *Rec.* p. II-957, pts 37 à 41 ; L. IDOT, *Europe*, décembre 1994, comm. 470, p. 16.

(1518) TPICE, 27 octobre 1994, *Fiatagri UK Ltd c. Commission*, aff. T-34/92, *Rec.* p. II-905, pt 76 : « *il y a lieu de constater qu’il manque en fait, dès lors que la Décision se borne à constater que l’analyse des ventes des concessionnaires «permet aux constructeurs d’identifier les concessionnaires ayant réalisé des ventes dans une circonscription postale donnée et de comparer ces ventes avec celles de l’ensemble du secteur dans cette circonscription* », L. IDOT, *Europe*, décembre 1994, comm. 470, p. 16 cité par D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité*

La jurisprudence des juridictions de l'Union offre divers exemples d'hypothèses dans lesquelles un moyen peut être considéré comme manquant en fait. Ainsi, le Tribunal de l'Union a considéré, dans l'affaire *Air France*, qu'en l'espèce aucune violation du principe de l'égalité ne pouvait être alléguée résultant d'une consultation préalable d'un État membre au détriment des autres, dans la mesure où une telle consultation n'avait pas eu lieu. Une telle allégation manquait ainsi en fait et, par conséquent, était vouée au rejet (1519). Manque en fait également le moyen selon lequel une décision de nomination des traducteurs par le Parlement européen se serait fondée sur l'unique critère de l'ancienneté, alors qu'il résultait de cette décision que la nomination au poste de traducteurs avait été prise à la suite d'un examen approfondi des mérites de tous les candidats, « *en tenant compte « également » de l'ancienneté de grade et de service* » (1520). De même, lorsque la bonne foi de la Commission résulte expressément de la décision litigieuse, le moyen du requérant tendant à démontrer l'inverse, manque en fait (1521). Le même sort est réservé au moyen tiré de l'absence ou de l'insuffisance de motivation dès lors que celle-ci résulte de manière manifeste de la décision attaquée (1522).

Pour décider si un moyen manque en fait, le juge procède à un examen des preuves qui le corroborent afin de s'assurer de l'absence de toute contradiction entre les moyens invoqués et le cadre factuel du litige. La place de ces moyens est de toute première importance dans la procédure contentieuse parce que « *l'issue d'un litige dépend de ce que sont les faits litigieux ; et même elle en dépend d'abord car ce que*

des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, op. cit.

(1519) TPICE, 24 mars 1994, *Air France c. Commission*, aff. T-3/93, *Rec. p. II-121*, pt 125 « *Le Tribunal estime que ce moyen manque en fait, dès lors que, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort nullement des pièces du dossier que la Commission a consulté le gouvernement du Royaume-Uni, préalablement à l'adoption de la déclaration contestée. Ce moyen ne peut donc qu'être rejeté, sans qu'il soit besoin d'examiner ni sa recevabilité, au regard de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure, ni la question de savoir si les personnes physiques ou morales sont recevables à se prévaloir d'une violation du principe d'égalité de traitement entre États membres* » ; D. SIMON, *Europe*, mai 1994, comm. 177, p. 6.

(1520) CJCE, 23 janvier 1975, *Raphael de Dapper c. Parlement*, aff. 29/74, *Rec. p. 35*, pts 6 à 8.

(1521) TPICE, 3 février 2005, *Chiquita Brands International c. Commission*, aff. T-19/01, *Rec. p. II-315*, pts 252 à 254.

(1522) À propos de la motivation d'une décision de refus d'admission d'un concours. Voy. TPICE, 25 mars 2004, *Armin Petrich c. Commission*, aff. T-145/02, *Rec. p. II-447*, pt 56 ; à propos de la motivation d'une décision de non renouvellement d'un contrat, TFPUE, 28 juin 2007, *Irène Bianchi c. ETF*, aff. F-38/06, *nepr.*, pts 65 à 68.

sont ces faits est déterminant du droit applicable » (1523). Ces moyens doivent donc se fonder sur des faits pertinents pour conclure à l’application de telle ou telle disposition juridique. Et, le juge ne retiendra que ceux des faits qui présenteront un intérêt pour la solution du litige.

Le fait pertinent est donc le fait qui est susceptible de justifier l’application de la disposition juridique et, par conséquent, permet de fonder les allégations des parties et leurs propositions de preuve. Lorsque le moyen manque en fait, c’est donc bien son objet qui fait défaut (1524). Le fait allégué par la partie qui serait susceptible de justifier l’application de la disposition juridique et qui, par conséquent, pourrait être considéré comme pertinent, soit n’existe pas, soit résulte d’une présentation erronée du cadre factuel. Dans le premier cas, le moyen manque d’objet, dans le second cas, il n’a pas la qualité de fait pertinent car il repose sur une « *prémisse erronée* » (1525). Donc, un tel moyen ne peut que « *manque(r) de pertinence en fait* » (1526). Or, dans la mesure où « *seul un fait pertinent est matière de preuve* », sa preuve devient inutile et sans objet (1527).

Le principe de la liberté de la preuve confère aux juridictions de l’Union une marge d’appréciation importante dans la mesure où elles disposent de la possibilité d’influer sur l’objet de la preuve et de

(1523) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 796.

(1524) CJCE, 13 juillet 1965, *Société des Acieries du Temple c. Haute Autorité CECA*, aff. 39/64, Rec. p. 937, p. 957 : « *Attendu que la requérante affirme que le maintien des intérêts de retard (...) serait contraire au principe général de droit suivant lequel les intérêts moratoires ne sont plus dus que sur une dette certaine, liquide et exigible, et à partir du jour de la sommation de payer (...) [mais] le système attaqué ne prévoyant pas le maintien des intérêts de retard, le présent moyen manque d’objet et doit être rejeté* ». CJCE, 22 mai 1980, *Patrizia Fonti c. Parlement*, aff. 142/79, Rec. p. 1617, spéc. pts 22 à 24.

(1525) CJCE, 29 juin 1995, *Espagne c. Commission*, aff. C-135/93, Rec. p. I-1651, pt 40. En l’espèce, la Cour a rejeté tous les moyens du Royaume d’Espagne tenant à l’annulation de la décision de la Commission relative au prolongement de l’encadrement au niveau de l’Union des aides d’État dans le secteur automobile pour une durée indéfinie sans la consultation préalable des États membres. Elle a estimé que la modification contestée ne résultait pas de la décision litigieuse. Voy. comm. 318, *Europe*, août-sept. 1995, p. 24.

(1526) CJCE, 23 janvier 1986, *Lars Bo Rasmussen c. Commission*, aff. 173/84, Rec. p. 204, pt 28. Dans cet arrêt, la Cour de justice rejette le moyen du requérant tendant à démontrer une violation au principe général du droit au travail résultant de l’affectation du requérant dans un service de la Commission ne lui garantissant pas un travail effectif en sa qualité de traducteur. En l’espèce, la Cour de justice, sans se prononcer sur l’existence d’un tel principe dans le droit de l’Union, a considéré qu’« *il convient également de tenir compte du fait que (...) le requérant n’occupait pas un poste de traducteur en titre, mais uniquement placé dans un service linguistique pour lui permettre de s’initier au travail afin de pouvoir postuler à un emploi dans le cadre linguistique* ».

(1527) TPICE, 10 juillet 1992, *Nicolas Mergen c. Commission*, aff. T-53/91, Rec. p. II-2041, pt 26. Dans cet arrêt, le Tribunal a rejeté la demande de mesure d’instruction du requérant au motif qu’en substance, cette demande visait la production d’un document déjà annexé à la décision attaquée.

déterminer quels sont les éléments générateurs, susceptibles d'entraîner l'application de la règle de droit appropriée par l'interprétation de celle-ci, au vu de l'ensemble du dossier (1528).

Néanmoins, si la preuve d'un moyen manquant en fait apparaît sans objet, il ne faut pas conclure que les requérants ayant invoqué un tel moyen se trouvent privés de la possibilité de faire des offres de preuve à cet égard. À la différence du moyen inopérant dont la preuve se révèle sans aucune utilité pour la solution du litige, la qualification d'un moyen comme manquant en fait peut être subordonnée à une mesure préalable d'instruction ordonnée par le juge en matière de preuve. Cette hypothèse trouve une illustration, notamment dans le contentieux du contrôle de légalité des actes des institutions. En effet, il est parfois difficile pour les requérants invoquant des moyens d'annulation à l'encontre des actes des institutions, notamment pour défaut de suivi de procédure (1529) ou de communication de la décision litigieuse (1530), d'apporter la preuve des allégations qu'ils avancent. Dans un souci de pragmatisme, avant de décider que ces moyens manquent en fait, les juridictions de l'Union demandent à l'auteur de l'acte de produire toute pièce et documents leur permettant de vérifier le bien-fondé du moyen allégué (1531). Ce n'est qu'après examen de ces pièces et, « à défaut de toute preuve contraire » (1532), qu'elles rejettent le moyen comme manquant en fait.

C'est une solution de bon sens et de pragmatisme. En effet, rejeter d'emblée le moyen du requérant parce qu'il manque en fait, c'est ne pas prendre en compte les difficultés que celui-ci peut avoir pour démontrer les faits sur lesquels les institutions de l'Union se sont fondées pour prendre l'acte. Cette position jurisprudentielle favorable au requérant, comme nous le verrons (1533), s'explique par le nécessaire rééquilibrage de l'administration de la preuve, l'institution étant la plus à même d'apporter la preuve des faits invoqués par le requérant.

Ainsi, les juridictions de l'Union admettent la possibilité, avant de constater qu'un moyen manque en fait, qu'il puisse être réfuté par une preuve contraire et, si besoin est, en alléger la charge de la preuve.

(1528) Voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 de cette partie de la thèse.

(1529) Voy. par exemple pour absence de consultation du comité consultatif ou de l'autorité investie du pouvoir de nomination à un emploi, CJCE, 5 février 1987, *Andre Huybrechts c. Commission*, aff. 306/85, *Rec.* p. 629, pt 4.

(1530) TPICE, 8 juin 1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, aff. T-7/93, *Rec.* p. II-1533, pt 22, obs. M.-A. HERMITTE, *JDI*, 1996, p. 525.

(1531) CJCE, 5 février 1987, *Andre Huybrechts c. Commission*, aff. 306/85, arr. préc., pt 5.

(1532) *Ibid.*, pt 6.

(1533) Voy. sur ce point, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1. B. 2. de cette partie de la thèse.

Toutefois, une telle possibilité ne dispense nullement le requérant d’apporter la preuve contraire et ce, par tout moyen (1534).

Le lien intrinsèque entre la pertinence des allégations des parties et l’appréciation des preuves au fond démontre que, dans leur examen, le juge national (1535) et le juge de l’Union réservent une place de toute première importance à l’aptitude des preuves à établir les faits.

2. L’appréciation de la pertinence des preuves avancées

L’appréciation de la pertinence des preuves à l’appui des allégations des parties consiste à confronter les preuves avancées aux moyens de faits pertinents retenus par le juge. Dans cet examen, le juge recherche si ces preuves sont de nature à établir l’existence ou l’exactitude des faits allégués (a), en s’intéressant à leur lien étroit avec les faits à prouver (b).

a) *L’appréciation de la pertinence des preuves et les allégations des parties*

L’appréciation de la pertinence des preuves consiste pour le juge à rechercher l’adéquation des preuves avec les allégations. En ce sens, l’examen de la pertinence se distingue de l’examen de la force probante qui, elle, a une incidence sur l’attribution de la charge de la preuve (1536).

Un tel constat résulte de la logique de l’examen auquel se livre le juge afin d’appliquer la disposition du droit de l’Union européenne appropriée aux faits de l’espèce. Son raisonnement repose sur

(1534) Pour en exemple en droit de la concurrence, voy. TPICE, 8 juin 1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, aff. T-7/93, arr. préc., pts 26 et 27 : « Le Tribunal constate que la requérante n’a pas déposé de mémoire en réplique, dans lequel elle aurait pu présenter des observations supplémentaires à l’appui de son grief et, notamment, répondre à l’affirmation de la Commission selon laquelle les annexes en question lui ont été transmises au cours de la procédure administrative. En outre, lors de l’audience, la requérante n’est pas revenue sur cette question (...). Dans ces circonstances, le Tribunal considère que le moyen manque en fait et qu’il doit donc être rejeté ». Voy. également, TPICE, 29 février 1996, *Orlando Lopes c. Cour de justice*, aff. T-547/93, Rec. p. II-185, pt 109 : « Le Tribunal relève, ensuite, que le requérant n’avance aucun élément ou indice susceptible de constituer la preuve d’une méconnaissance des conditions énoncées aux points II et III des avis de vacance en cause, par l’AIPN de la partie défenderesse, de sorte que le présent moyen manque également en fait ». Dans cet arrêt le Tribunal a refusé d’imputer les appréciations effectuées par la partie défenderesse, en l’occurrence la Cour de justice, à son autorité investie du pouvoir de nomination à l’égard de la candidature du requérant au poste de juriste-linguiste, voy. pts 102 à 107 de l’arrêt.

(1535) Sur l’importance de la preuve des faits devant le juge national pour l’application du droit de l’Union, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 1. a) de cette partie de la thèse.

(1536) Voy. dans ce sens, K.P.E. LASOK, *The European Court of justice: Practice and Procedure*, op. cit., pp. 344 et s.

le triptyque classique connu par l'ensemble des juridictions des États membres : « 1° constatation des faits dans leur matérialité, compte tenu des règles de preuve, en dehors de toute influence de la règle juridique applicable ; 2° la qualification légale des faits, c'est-à-dire leur insertion sous un concept qualificateur appartenant à la règle du droit appliquée ; 3° l'application à ces faits des conséquences légales déduites de la même règle » (1537).

L'appréciation de la pertinence des preuves intervient dans la première étape relative à la constatation des faits dans leur matérialité sans prendre en considération à ce stade du raisonnement la capacité de ces preuves à forger la conviction du juge. Il s'agit ici de se prononcer sur le lien qui unit les preuves avancées avec le fait pertinent à prouver (1538).

Pour illustrer le propos, la procédure d'exonération en matière de TVA, au sens du système harmonisé de la taxe de la valeur ajoutée (1539) dans le droit de l'Union, est un exemple éclairant de la jurisprudence du juge de l'Union et du juge national.

Selon le régime d'exonération prévu à l'article 28 *quater* A de la sixième directive TVA (1540), la demande d'exonération peut être formulée par toute entreprise ayant son siège sur le territoire des États membres de l'Union et ayant effectué un transport de livraison sur ce territoire. Pour décider si l'exonération de la TVA doit avoir lieu et donner gain cause à l'entreprise demanderesse en cas de refus d'exonération de la part de l'administration fiscale, le juge procède en amont à la détermination du fait pertinent justifiant l'application du régime d'exonération de la TVA. Aux termes de l'article 28 *quater* A, le fait générateur est l'existence d'une livraison ou d'une acquisition entre les États

(1537) S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Louvain-la-Neuve, Larcier, 4^{ème} éd., 2005, p. 584.

(1538) TPICE, 25 mai 2004, *W c. Parlement*, aff. T-69/03, *Rec.* p. II-687, pt 43.

(1539) Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, *JO* n° L 145, du 13 juin 1977, p. 1. Cette directive est abrogée et remplacée par la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *JO* n° L 347 du 11 décembre 2006, p. 1.

(1540) Article 28 *quater* A de la sixième directive TVA : « Sans préjudice d'autres dispositions communautaires et dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-après et de prévenir toute fraude, évasion ou abus éventuels, les États membres exonèrent : a) les livraisons de biens, au sens de l'article 5 et au sens de l'article 28 bis paragraphe 5 pt a), expédiés, transportés, par le vendeur ou par l'acquéreur ou pour leur compte, en dehors du territoire visé à l'article 3, mais à l'intérieur de la Communauté, effectués pour un autre assujetti, ou par une personne morale non assujettie, agissant en tant que tel dans un État membre autre que celui du départ de l'expédition ou du transport du bien ». Voy. articles 131 et 138 §1 de la directive 2006/112/CE.

membres (1541). L’entreprise qui souhaite bénéficier de l’exonération de la TVA doit démontrer la réalité d’une telle livraison ou d’une telle acquisition. À cet égard, selon le principe de la liberté de preuve (1542), elle peut apporter différents moyens de preuve que le juge examine en deux temps.

Tout d’abord, le juge va s’assurer que les preuves avancées sont en adéquation avec le fait générateur, en l’occurrence la livraison ou l’acquisition. Il s’agit, pour le juge, de vérifier l’existence matérielle de la livraison ou de l’acquisition effectuée sur le territoire de l’Union. Cette existence matérielle, en tant que condition préalable à l’application du régime d’exonération, résulte du « *caractère intracommunautaire d’une opération et, notamment [d’un] mouvement physique de biens d’un État membre vers un autre* » (1543). Ce mouvement physique implique un « *passage de frontière entre des États membres [qui] est un élément constitutif d’une opération intracommunautaire [et] la distingue de celle qui a lieu à l’intérieur du pays* » (1544).

Si le fait générateur est la livraison ou l’acquisition d’un produit ou d’un service effectuée sur le territoire de l’Union, le fait pertinent à prouver est l’existence d’un mouvement transfrontalier résultant du transport des biens d’un État vers un autre État membre. Ce mouvement transfrontalier résulte en principe d’un moyen de transport effectué entre au moins deux États membres. Ainsi, les preuves pertinentes seront celles qui vont démontrer la réalité d’un tel mouvement transfrontalier. Or, la Cour de justice, se fondant sur le silence de la sixième directive

(1541) Voy. à cet égard le raisonnement de la Cour de justice dans l’arrêt *Teleos* (CJCE, 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, arr. préc.). Dans cette espèce, aux pts 23 et 25, la Cour a estimé qu’« *une livraison intracommunautaire d’un bien et l’acquisition intracommunautaire de celui-ci constituent en réalité, une seule et même opération économique, bien que cette dernière crée différents droits et obligations tant pour les parties à la transaction que pour les autorités des États membres concernés* » dès lors que « *l’exonération d’une livraison intracommunautaire corrélatrice à une acquisition intracommunautaire permet d’éviter la double imposition et, partant, la violation du principe de neutralité fiscale inhérent au système commun de la TVA* ». Cet article est abrogé par la directive 2006/112/CE.

(1542) Voy. également à cet égard le contenu de l’article 22, de la sixième directive TVA relatif aux formalités que tout assujetti doit accomplir : « 2. a) *Tout assujetti doit tenir une comptabilité suffisamment détaillée pour permettre l’application de la taxe sur la valeur ajoutée et son contrôle par l’administration fiscale (...)* 3. a) *Tout assujetti doit délivrer une facture, ou un document en tenant lieu, pour les livraisons de biens et les prestations de services qu’il effectue pour un autre assujetti, ou pour une personne morale non assujettie. Tout assujetti doit délivrer une facture, ou un document en tenant lieu, pour les livraisons des biens visées à l’article 28 ter titre B paragraphe 1 et pour les livraisons de biens effectuées dans les conditions prévues à l’article 28 quater titre A. L’assujetti doit conserver un double de tous les documents émis* ».

(1543) CJCE, 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, arr. préc., pt 37.

(1544) *Ibid.*, pt 37.

TVA quant à la question de la preuve, a estimé qu'« *il appartient aux États membres de fixer les conditions dans lesquelles ils exonèrent les livraisons intracommunautaires des biens* » (1545). Selon le principe de la liberté de la preuve, les moyens de preuve peuvent revêtir plusieurs formes : « *documents de transports, bon de livraison ou d'enlèvement, des copies de factures revêtues du cachet du destinataire ou avis de règlement émanant d'établissements bancaires* » (1546). La liberté de la preuve permet également aux parties de se référer à l'article 9 §1, de la Convention de Genève de 19 mai 1956, relative au contrat de transport international des marchandises par route qui prévoit que « *la lettre de voiture fait foi jusqu'à preuve contraire des conditions du contrat et de la réception de la marchandise par le transporteur* » (1547).

C'est pour cette raison que le juge donnera préférence aux documents de transport qui sont admis dans la jurisprudence comme une preuve directe (1548).

Ce n'est qu'ensuite que le juge s'intéressera à la valeur probante de cette preuve et à sa capacité à former sa conviction que la livraison a été réalisée. Dans cette dernière phase du raisonnement, le juge va examiner si, par exemple, la lettre de voiture satisfait aux formalités exigées pour qu'elle puisse être considérée comme une preuve valable (1549). À cet égard, le juge tiendra compte de la précision des mentions qui y figurent afin de décider si elle établit à suffisance de droit la livraison sur le territoire de l'Union (1550). Si ces mentions ne

(1545) CJCE, 27 septembre 2007, *Twoh International*, aff. C-184/05, arr. préc. pt 25.

(1546) Voy. la question de la preuve de la réalité du transport, l'instruction de l'Administration française du 31 juillet 1992 reprise par l'instruction du 28 mars 1997.

(1547) Pour un exemple d'acceptation de ce mode de preuve dans le cadre de l'Union voy. CJCE, 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, arr. préc., pour un exemple de la jurisprudence administrative française voy. TA de Versailles, 24 avril 2003, *Société Fauba France*, req. n° 9804609-9902157 : « *Considérant en premier lieu, que par application des dispositions de l'article 3 de la Convention de Genève en date du 19 mai 1956 (...), les lettres de voitures, régulièrement renseignées du nom de l'expéditeur, de celui du transporteur responsable du transport qu'il fasse ou non appel à des sous-traitants, signées et tamponnées par les clients identifiés à la taxe sur la valeur ajoutée, et produite par la société à l'appui de chacune des demandes d'exonération doivent être regardées comme établissant la réalité du transport intra-communautaire des marchandises, sauf preuve contraire* ». RJF, 10/03, n° 10-92.

(1548) Voy. CAA de Paris, 27 septembre 2007, *SARL Siram*, req n° 05PA02947 : « *qu'en se bornant à produire un relevé des marchandises enlevées par une société de transport au cours de la période litigieuse ainsi que les bons d'enlèvement correspondant à chaque facture, la société n'apporte pas la preuve de la livraison de la marchandise facturée dans les États de l'Union européenne* » inédit au Rec. Lebon.

(1549) Voy. article 6 de la Convention de Genève.

(1550) Voy. à cet égard, CAA de Douai, 31 janvier 2006, *SA France Nord Logistique*, req. n° 04DA00670 : « [...] *que les deux lettres de voitures produites (...) des mentions insuffisamment précises [...]* » inédit au Rec. Lebon. Voy. dans le même sens, CAA de Bordeaux, 19 février 2008, *SARL Basque Marée*, req. n° 06BX00983 : « [...] *Considérant qu'il résulte de l'instruction*

font pas défaut (1551), le juge estimera cette dernière comme établie et n’admettra que l’Administration conteste la preuve directe fournie que par des indices sérieux pouvant raisonnablement créer un doute quant au caractère fictif du document de transport (1552).

Pour conclure, ce n’est pas la pertinence du document de routage pour établir le transport qui est mise en cause, mais bien sa qualité de preuve concluante qui a trait ainsi à sa force probante. Décider de la pertinence des moyens de preuve, c’est reconnaître leur capacité éventuelle d’établir le fait pertinent sans s’intéresser à leur valeur probante au stade de la constatation des faits.

Il s’agit ici de deux phases de raisonnement différentes souvent imbriquées dans la décision juridictionnelle : l’examen de la pertinence des preuves qui intervient dans la phase de la constatation des faits et l’examen de la force probante de celles-ci qui a une incidence sur l’attribution de la charge de la preuve (1553).

La précision apportée quant à l’examen de la pertinence des preuves permet ainsi de rendre compte de l’importance qu’accorde le juge aux preuves directes, même si la liberté de la preuve permet aux parties de se prévaloir des preuves indirectes. La teneur du contrôle du juge varie donc en fonction de la distinction entre preuves directes et preuves indirectes.

b) *La pertinence des preuves et la distinction preuve directe – preuve indirecte*

En principe, la liberté de la preuve oblige le juge à s’intéresser à tous les éléments de preuve avancés par les requérants et à les prendre

que les documents de transports produits par la SARL Basque Marée, qui ne comportent aucune mention relative à l’origine des produits, ne permettent pas non plus d’établir la livraison effective des civelles en Grande-Bretagne [...] » inédit au Rec. Lebon.

(1551) À propos de la signature d’une lettre de voiture dès lors que d’autres mentions attestent la réalité du transport intracommunautaire voy. CAA de Paris, 8 octobre 2004, *Ministère de l’économie, des finances et de l’industrie c. Société FAUBA France* req. n° 03PA03166, mentionnée au table du Rec. Lebon « *Considérant que (...) l’administration ne saurait critiquer les lettres de voiture produites en raison de l’absence de mentions telles que la signature du chauffeur ou le numéro d’immatriculation de la remorque ou du camion, qui ne sont pas exigées par la réglementation internationale, et en particulier par la Convention relative au contrat de transport international par route du 19 mai 1956 susvisée* », arrêt confirmé sur pourvoi par le Conseil d’État, CE, 27 juillet 2005, *Société Fauba France 2003*, req. n° 273620 aux tables du Rec. Lebon.

(1552) CAA de Paris, 8 octobre 2004, *Ministère de l’économie, des finances et de l’industrie c. Société FAUBA France*, arr. préc. et CE, 27 juillet 2005, *Société Fauba France 2003*, req. n° 273620, arr. préc. comm. 268, RDF, 2006.

(1553) Ce raisonnement peut être également illustré par l’interrogation : « Preuve pertinente, mais est-elle suffisante ? ».

en compte dès lors qu'ils lui permettent de constater les faits et de vérifier leur exactitude matérielle. De l'étude de la jurisprudence, il résulte néanmoins qu'une certaine préférence est donnée à certains moyens de preuve, eu égard à leur lien étroit avec les faits à prouver. Comme le soulignent Ferdinand-Charles Jeantet et Robert Kovar, « *le juge examine avant tout les éléments directs (contenu de la décision, déclaration des parties lors de procédure orale) pour n'examiner qu'ensuite les éléments indirects (faits, circonstances, échanges de correspondance, archives, dossiers personnels dans la fonction publique) et les indices (comportement de l'auteur de la décision, ses rapports avec le requérant, indices extérieurs à la décision : simultanéité de la publication d'une vacance de poste avec une mutation, inaction prolongée d'une autorité, ou même le contexte de l'affaire)* » (1554).

Ainsi, il s'intéressera, tout d'abord, aux éléments directs et, ce n'est que par la suite, à défaut d'une preuve directe valable, donc non concluante, qu'il s'intéressera aux éléments indirects qui sont invoqués par les requérants (1555). Procédant ainsi, le juge opère une hiérarchisation des preuves avancées.

À titre d'exemple, on peut citer le contentieux de la marque communautaire dans lequel le Tribunal de l'Union distingue de manière constante entre les preuves « *directes* » et les preuves « *secondaires* » pour décider de l'acquisition du caractère distinctif. Parmi les preuves directes, le Tribunal retient, en premier lieu, généralement les sondages, attestations, parts de marché. En revanche, les preuves « *secondaires* » ne pouvant donner que des indices sur la reconnaissance de la marque sur le marché, il examine, en second lieu, le volume des ventes, des investissements promotionnels et la durée de l'usage (1556).

Si dans la jurisprudence des juridictions de l'Union et des juridictions nationales, il apparaît que le juge donne le privilège aux preuves directes, dans certains domaines, le recours à des preuves indirectes a

(1554) Cité dans G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire, op. cit.*, p. 52.

(1555) Voy. pour un exemple, TPICE, 6 avril 1995, *Sotralentz SA c. Commission*, aff. T-149/89, Rec. p. II-1127, pts 44 et 45 : « *Le Tribunal estime que les documents qui établissent l'existence de tentatives de diverses entreprises en vue de proroger les accords mis en œuvre pendant la période 1981-1982 ne constituent pas, à eux seuls, une preuve directe de la participation de la requérante auxdits accords ; ces documents ne font apparaître que l'intérêt des entreprises qui avaient déjà consenti à ladite prorogation à obtenir également l'adhésion de Sotralentz, de même que leurs tentatives en vue de convaincre cette dernière (...). Par conséquent, la preuve de la participation de Sotralentz à des pratiques anticoncurrentielles devrait se trouver dans d'autres documents* » ; L. IDOT, *Europe*, juin 1995, comm. 220, p. 12.

(1556) Voy. TPICE, 12 septembre 2007, *Glaverbel SA c. OHMI*, aff. T-141/06, Rec. p. II-114 (publ. somm.), pt 44.

été généralisé et ce, eu égard aux difficultés que la preuve directe peut poser. C’est bien évidemment le cas du droit de la concurrence où la preuve des infractions pose des questions délicates compte tenu des situations factuelles très complexes qui impliquent souvent une analyse approfondie des données économiques (1557). Dans ce domaine, les juridictions de l’Union et les juridictions nationales admettent divers modes de preuves directs et indirects (1558). Parmi les modes de preuve directs pour démontrer un accord entre entreprises, sont généralement retenus « *les procès verbaux de participation à des réunions, télex ou notes diverses* » (1559), comptes rendus des réunions (1560), ou bien des déclarations des entreprises supposées avoir participé à l’infraction constatée à condition toutefois que ces déclarations soient corroborées par d’autres éléments de preuves (1561).

Pour les modes de preuves indirects, il s’agit dans la plupart des cas des indices sérieux présument la participation de l’entreprise incriminée à une pratique concertée. Parmi ces modes indirects, sont le plus souvent admises les constatations tirées d’un parallélisme de comportement résultant d’une analyse des pratiques adoptées par les entreprises (1562) ou du raisonnement économique que la Commission ou l’autorité nationale de concurrence ont adopté pour décider de l’existence d’une infraction aux règles de la concurrence (1563). Ainsi,

(1557) Pour une étude d’ensemble, voy. I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l’analyse économique*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2007.

(1558) CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Commission*, aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, *Rec. p.* I-1307, pt 70 : « *Dès lors que la Commission ne dispose pas de documents établissant directement la concertation entre les producteurs concernés, il importe de vérifier que le système d’annonces trimestrielles des prix, la simultanéité ou la quasi-simultanéité des annonces des prix ainsi que le parallélisme des prix annoncés (...) constituent un faisceau d’indices sérieux, précis et concordant d’une concertation préalable* » ; L. IDOT, « *Épilogue dans l’affaire Pâte de Bois, les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence* », *Europe*, juin 1993, chr. 6, p. 2 ; TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl et autres c. Commission*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *Rec. p.* II-931, pts 529, 542 et 590.

(1559) V. FAURÉ, *L’apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, *op. cit.*, p. 376.

(1560) TPICE, 24 octobre 1991, *Petrofina SA c. Commission*, aff. T-2/89, *Rec. p.* II-1087, pts 207 et s ; TPICE, 17 décembre 1991, *BASF AG c. Commission*, aff. T-4/89, *Rec. p.* II-1523, pt 233.

(1561) Voy. G. M. ROBERTI, *RAE*, 1999, pp. 245 et s.

(1562) CJCE, 14 juillet 1972, *ICI c. Commission*, aff. 48/69, *Rec. p.* 619, pts 64 à 68 ; B. GOLDMAN, *JDI*, 1973, chr., pp. 924-941, spéc. p. 939 et s. CJCE, 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, aff. jtes 29/83 et 30/83, *Rec. p.* 1679, pt 14. Voy. également, M.-A. FRISON-ROCHE, « *Vers le droit processuel économique* », *Justices*, 1995, p. 99.

(1563) D. HILDEBRAND, *The role of economic analysis in the EC Competition rules*, The Netherlands, Kluwer Law international, 2009, pp. 511 et s.

le Tribunal a récemment admis, comme mode de preuve indirecte entre autres, les résultats d'une enquête effectuée par la Commission sous forme de questionnaire auprès des clients d'une compagnie aérienne pour démontrer l'effet de position dominante auquel aboutirait le rachat par cette compagnie d'autres sociétés (1564). Ce mode de preuve est considéré comme une preuve imparfaite dans la jurisprudence.

Le recours à des preuves indirectes ou par présomption, s'il est possible, n'est pas la règle dans le droit de l'Union. Ces modes de preuves sont commandés par la disposition juridique applicable en raison des faits complexes et viennent remédier à des difficultés pouvant résulter de l'exigence d'une preuve directe (1565). Par conséquent, le juge, tout en les considérant comme pertinentes, procède à un examen plus rigoureux, non pas de leur lien avec le fait à prouver, mais au regard de leur force probante (1566). L'examen de la preuve indirecte consiste à déterminer si cette dernière est suffisamment précise, concluante et concordante et si elle est corroborée par des indices sérieux pouvant raisonnablement présumer le fait à prouver (1567).

L'étude des affaires récentes dans le domaine de la concurrence soulève néanmoins quelques interrogations quant à l'étendue du contrôle juridictionnel sur les preuves indirectes. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si le juge doit se contenter de déterminer simplement le caractère probant de la preuve indirecte ou bien s'il doit tenir compte de l'utilisation qui en a été faite par la Commission lorsqu'elle prend une décision à l'encontre de l'entreprise sur le fondement d'une telle preuve. En effet, comme nous l'avons vu (1568), l'admissibilité de la preuve indirecte implique un raisonnement empirique. En ce sens, elle permet d'établir des comportements qui se déduisent par présomption. La généralisation du mécanisme de présomption et son admissibilité comme mode de preuve peut, dans certains cas, laisser supposer un laxisme de la part du juge dans la mesure où l'utilisation qui en a été faite peut porter atteinte à la présomption d'innocence.

(1564) Trib. UE, 16 juillet 2010, *Ryanair Holdings plc c. Commission*, aff. T-342/07, *Rec.* p. II-3457, pt 118.

(1565) J. M. JOSHUA, « Proof in contested EEC competition cases: a comparison with the rules of evidence in common law », *op. cit.*, p. 318 ; M. M. COLLINS, « The burden and the standard of proof in competition litigation and problems of judicial evaluation », *ERA-forum*, 2004, p. 67.

(1566) D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective », *CML Rev.*, 2003, p. 855 ; Bo VESTERDORF, « Standard of proof in merger cases : reflections in the light of recent case law of the Community Courts », *ECJ*, 2005, p. 19.

(1567) Pour l'évaluation des preuves de manière générale dans le droit de l'Union, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1 de cette partie de la thèse.

(1568) Sur ce point, voy. Chapitre 1, Section 1, §1, B. 2. de ce titre de cette partie de la thèse.

La position des juridictions de l’Union relative à la preuve de la participation de l’entreprise mère, du fait du comportement de sa filiale, illustre parfaitement cette situation. En effet, les juridictions de l’Union admettent de manière constante que dès lors que « *une société mère détient 100 % du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles (...) de la concurrence, d’une part, cette société mère peut exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale (...) et, d’autre part, il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale* » (1569). Par conséquent, « *dans ces conditions, il suffit que la Commission prouve que la totalité du capital d’une filiale est détenue par sa société mère pour présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale. La Commission sera en mesure, par la suite, de considérer la société mère comme solidairement responsable pour le paiement de l’amende infligée à sa filiale, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n’apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché* » (1570).

Le recours à la présomption réfragable pour retenir la participation de la société mère du fait de sa filiale à un comportement anti-concurrentiel soulève quelques interrogations quant à l’utilisation des preuves indirectes pour deux raisons. Tout d’abord, il invite à réfléchir sur la teneur et la portée du contrôle de la pertinence des preuves qui, comme nous le verrons, sanctionne l’absence d’une preuve en vertu du principe selon lequel à chaque élément de l’infraction doit correspondre une preuve (1571). Ensuite, cette position jurisprudentielle invite à s’interroger sur la pertinence même de la présomption instaurée dans la mesure où elle fait peser de manière systématique sur la société mère la charge de démontrer que sa filiale a agi de manière autonome. En effet, cette présomption repose sur le fait que, dans ce cas de figure, l’on est en présence d’une entreprise unique. À cet égard, comme l’observe le professeur Laurence Idot, deux éléments sont nécessairement exigés

(1569) Pour une illustration récente de cette position, voy. CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c. Commission*, aff. C-97/08 P, *Rec.* p. I-8237, pt 60 ; TPICE, 30 septembre 2009, *Elf Aquitaine SA c. Commission*, aff. T-174/05, arr. préc., pts 150 et s. Dans le cadre du pourvoi, la Cour de justice confirme cette analyse, même si elle a annulé le jugement du Tribunal pour défaut de motivation. CJUE, 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine SA c. Commission*, aff. C-521/09 P, *nepr.*, pts 51 à 71.

(1570) CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c. Commission*, aff. C-97/08 P, arr. préc., pt 61.

(1571) Voy. sur ce point, §2, A. 2. de cette section de ce chapitre.

par la jurisprudence : l'existence du lien du groupe et l'exercice effectif du pouvoir de direction (1572). Or, la jurisprudence du Tribunal vient ébranler l'idée selon laquelle la détention de 100 % du capital suffit à établir les deux éléments (1573).

Si la preuve de l'entente peut être particulièrement délicate à établir, cette difficulté ne doit pas néanmoins aboutir à la généralisation des preuves indirectes laquelle allègerait considérablement la charge de la Commission pour apporter la preuve de l'entente. Il s'agit d'une question d'équilibre à trouver entre les difficultés que la preuve des pratiques anticoncurrentielles peut poser et le respect des droits des entreprises, notamment ceux découlant de la présomption d'innocence (1574).

Il s'agit avant tout de se demander quelle est l'opportunité pour la répression des pratiques anticoncurrentielles d'une telle position jurisprudentielle qui considère la société mère comme systématiquement participant à une entente dès lors que la Commission a apporté la preuve du comportement anticoncurrentiel de sa filiale d'autant plus que le comportement anti-concurrentiel de la société-mère peut résulter lui-même des preuves indirectes (1575).

L'appréciation de la pertinence des preuves à l'aune des allégations des parties implique donc que le juge cherche à établir le lien étroit qu'existe entre les moyens de preuve avancés avec le fait pertinent à prouver. Si, dans un premier temps, il s'intéresse aux preuves directes, il admet, dans certains domaines, le recours à la preuve par présomption. La pertinence de ce moyen de preuve est alors appréciée, à la différence des preuves directes, au regard de sa valeur probante et de sa capacité à emporter la conviction du juge, le lien direct avec le fait à prouver faisant défaut.

Le contrôle juridictionnel de la pertinence des preuves, dans le droit de l'Union européenne, constitue une limite à la libre production des preuves. Dans l'examen des preuves avancées, le juge dispose

(1572) L. IDOT, *Europe*, 2009, comm. 427, pp. 35-36.

(1573) TPICE, 26 avril 2007, *Bollore SA et autres c. Commission*, aff. jtes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02, *Rec.* p. II-947, pts 129 à 150. Voy. comm. G. DECOCQ, *RJ com.*, 2007, pp. 292 à 297.

(1574) Sur l'importance de cette présomption, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1. B. 2. de la Première partie de la thèse.

(1575) Pts 17 à 62 des conclusions de l'Avocat général Mischo, présentées le 18 mai 2000, sous l'arrêt CJCE, 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commission*, aff. C-286/98 P, *Rec.* p. I-9925.

d’une importante marge d’appréciation tant à l’égard des allégations des requérants qu’à l’égard des preuves avancées. Ce double examen tend à montrer que, dans un système de preuve libre, la pertinence des preuves s’apprécie à l’aune de leur lien étroit avec le fait pertinent à prouver. Une attention particulière est accordée à l’aptitude des moyens de preuve à établir ce fait et à constater son exactitude matérielle. En ce sens, le contrôle juridictionnel est d’une intensité variable.

§2. – L’intensité du contrôle juridictionnel sur la pertinence des preuves

Le contrôle juridictionnel de l’appréciation des preuves au fond est d’une intensité variable. En effet, dans l’appréciation des preuves au fond, le juge doit contrôler la matérialité des faits afin de s’assurer qu’aucune erreur de fait n’est commise et, partant, éviter toute solution erronée. Le contrôle de l’exactitude matérielle des faits est un contrôle systématique pour la pertinence des preuves (A), même si dans certaines hypothèses le juge se contente d’un examen moins approfondi du cadre factuel du litige qu’il a à connaître (B).

A. *Un contrôle systématique de l’exactitude matérielle des faits dans l’appréciation de la pertinence des preuves*

Dans l’examen des preuves au fond, le juge est particulièrement vigilant à l’égard de l’exactitude matérielle des faits. Le contrôle de l’exactitude matérielle des faits constitue le contrôle minimum de l’appréciation de la pertinence des preuves (1). En ce sens, ce contrôle trouve une signification particulière en matière de preuve (2).

1. Le contrôle de l’exactitude matérielle des faits, le contrôle minimum de la pertinence des preuves

L’application de la disposition juridique du droit de l’Union dépend du cadre factuel du litige (1576). Cela est de bon sens. Pour statuer en droit, de manière générale le juge examine le fait (1577). C’est pourquoi si la preuve des faits pertinents est l’affaire des parties, ces

(1576) Toute erreur de fait est susceptible d’entacher la décision juridictionnelle d’une erreur de droit. Pour la signification de cette affirmation devant le juge national, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 1. a) de cette partie de la thèse.

(1577) R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., pp. 165 et s ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l’Union européenne*, op. cit., pp. 441 et s.

preuves n'échappent pas au contrôle des juridictions de l'Union (1578). Un tel contrôle est d'autant plus nécessaire qu'en vérifiant l'exactitude matérielle des faits invoqués, le juge s'assure que sa décision ne sera pas entachée d'une erreur de droit. Il en est ainsi car à défaut de l'existence du fait pertinent, il méconnaît lui-même le champ d'application de la disposition juridique (1579). Le contrôle du juge est très minutieux (1580) et rigoureux parce qu'il s'agit de s'assurer en amont qu'aucune erreur de fait n'est commise (1581) et ce, qu'il s'agisse d'une preuve directe ou indirecte.

L'on peut observer l'importance et l'ampleur que les juridictions de l'Union attachent à ce contrôle, notamment dans le cadre du recours en annulation. En effet, le principe même d'un examen de l'exactitude matérielle des faits apparaît dans la jurisprudence des juridictions de l'Union comme un moyen de contrôle de la légalité des actes des institutions de l'Union (1582). Il est d'ailleurs de jurisprudence constante que les juridictions de l'Union procèdent « à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir » (1583).

(1578) Même pour les actes pour lesquels les institutions disposent d'une marge d'appréciation discrétionnaire. À ce sujet voy. les développements de D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, op. cit., pp. 385 à 399. La consécration d'un tel contrôle par les juridictions de l'Union « aborde la question de ses moyens, et plus précisément, de la preuve ». Voy. note sous l'arrêt *Camino* du Conseil d'État français, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 186 ; voy. également, M. HEINIS, « L'erreur de fait dans la jurisprudence administrative », *Gaz. Pal.*, 1997, doct., p. 1225.

(1579) Cela découle également du syllogisme juridique. À cet égard, Motulsky précisait qu'« une règle de Droit ne peut être déclarée « applicable » à un cas particulier que si l'une et l'autre s'intègrent dans un syllogisme juridique ». H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, op. cit., p. 56.

(1580) TPICE, 10 mars 1992, *Società Italiana Vetro SpA c. Commission*, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Rec.* p. II-1403, pt 95 « le Tribunal estime qu'il lui incombe (...) de vérifier minutieusement la nature et la portée des preuves retenues par la Commission », obs. M.-A. HERMITTE, *JDI*, 1993, p. 459. Voy. également, V. FAURÉ, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, thèse, op. cit., p. 303.

(1581) D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, op. cit., p. 387.

(1582) Un tel contrôle sur l'exactitude matérielle des faits a été également consacré par le Conseil d'État français depuis l'arrêt *Camino*. Voy. CE, 14 janvier 1916, *Camino* in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., pp. 184 à 188 ; Bo VESTERDORF, « Standard of proof in merger cases : reflections in the light of recent case law of the Community Courts », op. cit., p. 15.

(1583) Pour des exemples récents de ce contrôle voy. TPICE, 3 avril 2003, *Petrolescence c. Commission*, aff. T-342/00, *Rec.* p. II-1161, pt 101, obs. C. PRIETO, *JDI*, 2004, pp. 624 à 625 ;

Dans le cadre du pourvoi, les arrêts récents de la Cour de justice démontrent une tendance nouvelle allant dans le sens de l’affirmation du lien intrinsèque qui existe entre l’application de la disposition juridique et les faits qui font l’objet de la preuve apportée par les parties. En effet, la Cour de justice estime que si le pourvoi est limité aux questions de droit, « *ce n’est que dans le cas où la requérante ferait valoir que le Tribunal a effectué des constatations dont l’inexactitude matérielle résulte des pièces du dossier ou qu’il a dénaturé les éléments de preuve qui lui ont été soumis que seraient recevables des griefs tirés de la constatation des faits et de leur appréciation dans l’arrêt attaqué* » (1584).

En outre, l’importance accordée à la constatation des faits s’exprime également dans le contrôle juridictionnel lui-même sur la pertinence des preuves, relatif à l’adéquation des preuves avec l’établissement des faits. Inversement, admettre, dans le cadre du pourvoi, l’examen de la constatation des faits sous l’angle de la dénaturation des preuves revient pour le juge à contrôler que les preuves pertinentes n’ont pas été détournées ou bien utilisées à des fins autres que celles imposées par le cadre factuel du litige. Eu égard à l’importance du cadre factuel pour la solution du litige et pour le juge d’appliquer la disposition juridique appropriée, la dénaturation des preuves ne peut être alors appréhendée que comme une question de droit recevable dans le cadre du pourvoi, même si elle a trait à la constatation des faits (1585). C’est ainsi son lien intrinsèque avec l’exactitude matérielle des faits qui ressort (1586).

TPICE, 21 septembre 2005, *EDP c. Commission*, aff. T-87/05, *Rec. p.* II-3745, pt 151 ; TPICE, 4 juillet 2006, *EasyJet c. Commission*, aff. T-177/04, *Rec. p.* II-1931, pt 44, obs. C. PRIETO, *JDI*, 2007, pp. 664 à 668.

(1584) CJCE, 15 juin 2000, *Dorsch Consult c. Conseil et Commission*, aff. C-237/98 P, *Rec. p.* I-4549, pts 35 et 36. Voy. également, CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*, aff. C-82/01 P, *Rec. p.* I-9297, pt 56 : « *sont néanmoins recevables des griefs relatifs à la constatation des faits et à leur appréciation (...) lorsque le requérant fait valoir que le Tribunal a effectué des constatations dont l’inexactitude matérielle résulte des pièces des dossiers ou qu’il a dénaturé les éléments de preuves qui lui sont soumis* ». Voy. également, CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec. p.* I-439, pt 35 : « *Sont recevables au stade du pourvoi des griefs relatifs à la constatation des faits et à leur appréciation dans la décision attaquée lorsque le requérant allègue que le Tribunal a effectué des constatations dont l’inexactitude matérielle résulte des pièces du dossier ou qu’il a dénaturé les éléments de preuves qui lui ont été soumis* ». Voy. également, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2. A. 2. de la Première partie de la thèse.

(1585) Pour une présentation de la notion devant la Cour de cassation française, voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l’Union européenne, op. cit.*, pp. 904 et s ; pour le Conseil d’État français, voy. dans ce sens, CE, Ass., 4 janvier 1952, *Simon* ; voy. également, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1307 ; J. CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l’offre de preuve », *D.*, 1956, chr. IX, pp. 37-40.

(1586) F. COLIN, « Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif », *RDJ*, 2000, p. 785.

Dans le cadre du contrôle juridictionnel de la légalité des actes des institutions, les expressions « *dénaturation des preuves* », « *constatation des faits* », « *exactitude matérielle des faits* », « *dénaturation des faits* » ont trait au contrôle opéré sur l'établissement des faits pertinents par des preuves pertinentes et sur les conclusions tirées de ces preuves (1587).

Cette précision étant faite, il convient de s'attarder plus particulièrement sur la manière dont le juge décide de la pertinence des preuves au regard des faits à établir. À cet égard, il convient de préciser quelle est la signification du contrôle de l'exactitude matérielle des faits dans l'appréciation de la pertinence des preuves.

2. La signification du contrôle de l'exactitude matérielle des faits dans l'appréciation de la pertinence des preuves

Lorsque le juge apprécie la pertinence des preuves, il recherche si l'établissement des faits résulte des preuves avancées et si ces preuves ne laissent aucun doute sur l'exactitude matérielle des faits invoqués. Dans un premier temps, c'est un examen d'évidence : l'absence d'une contradiction apparente entre les faits allégués et les preuves avancées à l'appui des prétentions (1588). Dans un second temps, le juge vérifie non seulement que les éléments de preuve ne sont pas en contradiction avec les faits pertinents, mais également qu'ils lui permettent de « *contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier (...) s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées* » (1589).

L'exemple des affaires portées à la connaissance des juridictions de l'Union en matière de concurrence est à cet égard éclairant. En effet, dans ce domaine, les juridictions de l'Union procèdent à un examen très minutieux des éléments probatoires avancés par la Commission. C'est de manière systématique que les juridictions de l'Union vérifient si, à

(1587) Voy. dans ce sens, K.P.E. LASOK, « Judicial review of issues of fact in competition cases », *ECLR*, 1983, pp. 85 à 96.

(1588) Voy. par exemple, dans l'arrêt *Sotralenz*, la contestation de la requérante quant à la preuve de sa participation à l'entente. En l'espèce, la requérante estimait que la Commission n'apportait pas une « preuve évidente » dans la mesure où les documents sur lesquels la Commission s'était fondée n'établissaient pas l'exactitude des faits reprochés. Le Tribunal a donné raison à la requérante en estimant que la Commission s'était fondée sur des documents qui ne faisaient apparaître que l'intérêt des participants de l'entente à obtenir l'adhésion de la requérante et que son raisonnement résultait essentiellement d'un montage de ces documents. TPICE, 6 avril 1995, *Sotralenz SA c. Commission*, aff. T-149/89, arr. préc., pts 39, 43 à 46.

(1589) CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc., pt 39.

l’aide de la preuve documentaire, la Commission a suffisamment étayé ses allégations factuelles qui vont justifier l’application de l’article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE) aux faits de l’espèce (1590).

Il ressort essentiellement de la jurisprudence que les juridictions de l’Union examinent si les éléments de preuve avancés par la Commission leur permettent de vérifier la participation aux infractions des règles de concurrence de chaque entreprise incriminée (1591). Cet examen minutieux consiste à vérifier qu’à chaque élément de fait constitutif de l’infraction correspond une preuve pertinente (1592). La nature et la portée de cette preuve « *sont intimement liées à l’analyse qui a été faite* » (1593) par la Commission. À l’issu du contrôle juridictionnel, la décision de la Commission est, le cas échéant, annulée, soit dans sa totalité (1594), soit partiellement.

L’absence de preuve des faits allégués est ainsi sanctionnée au titre de l’exactitude matérielle des faits. Cette absence de preuve peut être constatée de manière directe. Par exemple, dans l’affaire *Europe Carton*, le Tribunal de l’Union a constaté l’absence des preuves de la participation à la collusion sur les parts de marché de certaines entreprises (1595). Le Tribunal a estimé qu’en l’absence de preuves directes, le raisonnement de la Commission selon lequel l’infraction est établie

(1590) Parmi les nombreux exemples, voy. CJCE, 25 octobre 1983, *AEG c. Commission*, aff. 107/82, *Rec.* p. 3151, pt 25 ; CJCE, 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française et autres c. Commission*, aff. jtes 100 à 103/80, *Rec.* p. I-1825, pts 51, 52 et s ; TPICE, 7 juillet 1994, *Dunlop Slazenger International Ltd c. Commission*, aff. T-43/92, *Rec.* p. II-441.

(1591) TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl et autres c. Commission*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, arr. préc., pts 779 et s.

(1592) Ici la notion de « preuve pertinente » est entendue de manière large constituée par un ensemble d’éléments probatoires, non pas par un seul mode de preuve. Cette dernière présentation aurait été trop restrictive et en contradiction avec la jurisprudence des juridictions de l’Union qui admettent que les faits incriminés peuvent être établis par une appréciation d’ensemble des preuves produites. Voy. dans ce sens, CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie c. Commission*, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, arr. préc. ; Ch.-É. GUDIN, « Réflexions sur la définition et la preuve de l’entente en droit communautaire (jusqu’où peut-on faciliter la preuve de l’entente compte tenu de l’exigence de sécurité juridique des entreprises ?) », *op. cit.*, p. 129. De plus, la Cour de justice n’hésite pas à annuler la décision du Tribunal au motif qu’il a commis une erreur de droit dès lors que celui-ci n’a pas effectué une appréciation globale des preuves. Elle rappelle à cet égard « *qu’il ne peut être exclu qu’un faisceau d’éléments de preuve permette d’établir les faits à démontrer* », même si pris isolément, chacun de ces éléments ne peut en constituer une preuve à lui seul. Voy. CJCE, 17 avril 2008, *Ferrero Deutschland GmbH c. OHMI*, aff. C-108/07, *Rec.* p. I-61 (publ. somm.), pt 36 ; A. FOLLARD-MONGUIRAL, « CJCE, arrêt Ferrero : un goût sucré-salé », *Propriété industr.*, 2008, comm. 40.

(1593) TPICE, 10 mars 1992, *Società Italiana Vetro SpA c. Commission*, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, arr. préc., pt 35.

(1594) TPICE, 14 mai 1998, *Enso-Gutzeit OY c. Commission*, aff. T-337/94, *Rec.* p. II-1571.

(1595) TPICE, 14 mai 1998, *Europa Carton AG c. Commission*, aff. T-304/94, *Rec.* p. II-869, pts 73 à 77. Voy. L. IDOT, *Europe*, juillet 1998, comm. 251.

pour les entreprises n'ayant pas assisté aux réunions du PWG, dès lors « *qu'il est prouvé qu'elles ont souscrit aux autres éléments constitutifs de l'infraction (...) [elles] doivent [alors] avoir eu conscience de l'existence de la collusion sur les parts de marché* », ne saurait être retenu car il n'était étayé par aucun élément de preuve (1596). De même, dans l'affaire *Ciment*, le Tribunal a estimé que la preuve de la participation des entreprises *Unicem*, *Oficem* et *ATIC* n'avait pas été apportée, parce que « *la circonstance alléguée par la Commission* » selon laquelle les entreprises étaient des membres directs du réseau incriminé ne permettait pas de conclure à leur participation à l'entente (1597). On peut citer également l'affaire *Tetra Laval* dans laquelle le Tribunal a constaté à plusieurs reprises l'absence de « *preuves solides* » (1598).

L'absence de preuve peut également être constatée de manière indirecte. Elle résulte dans la plupart des cas d'une preuve qui peut donner lieu à une interprétation allant dans le sens de la décision attaquée, mais également à une interprétation allant dans le sens de la requérante (1599). Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Sotralenz*, le Tribunal a constaté que la Commission s'est fondée sur des documents qui ne permettaient pas en eux-mêmes de démontrer la participation de la société *Sotralenz* à l'entente, parce que ces documents mettaient en avant l'intérêt qu'avaient les autres participants à l'adhésion de *Sotralenz* et parce que ces documents démontraient également les menaces

(1596) Pts 72 et 73 de l'arrêt.

(1597) TPICE, 15 mars 2000, *SA Cimenteries CBR et al. c. Commission*, aff. jtes T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, *Rec. p. II-491*, pts 1553, 1554 et 1561 ; L. IDOT, *Europe*, juin 2000, comm. 179, p. 19.

(1598) TPICE, 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c. Commission*, aff. T-5/02, arr. préc., pt 261 : « *Cependant, la décision attaquée ne fournit pas de preuves suffisamment solides pour démontrer les caractéristiques prétendument particulières des machines SBM utilisées pour le conditionnement des produits sensibles. Certes, une machine combinée particulièrement conçue pour le remplissage des boissons gazeuses ne peut être utilisée pour les jus. Toutefois, cela est loin de démontrer que des machines SBM à faible et à forte capacité, même si elles ont été adaptées avant leur vente selon les désirs de leurs acheteurs, ne demeurent pas, comme le fait valoir en substance la requérante, des machines génériques, c'est-à-dire aptes à emballer plusieurs sortes de produits* ».

(1599) C'est plus particulièrement le cas des preuves indirectes, ou de la preuve par présomption admises dans le droit de l'Union, en l'absence d'une preuve directe. À cet égard, l'examen auquel le juge se livre démontre qu'il recherche si d'autres « *circonstances (...) donnent un éclairage différent aux faits établis par la Commission et qui permettent de substituer une autre explication des faits à celle retenue* ». Voy. CJCE, 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinznink GmbH c. Commission*, aff. jtes 29/83 et 30/83, arr. préc., pts 16, 19 et 20. Voy. également dans le même sens, K. LENAERTS, « *Réflexions sur la preuve et la procédure en droit communautaire de la concurrence* », *op. cit.*, p. 484.

des autres participants à son égard en cas de refus (1600). De plus, dans cet arrêt, le Tribunal a estimé que l’échange d’information avec une société allemande trouvait une autre justification que celle fournie par la Commission. En l’occurrence, la Commission estimait que cet échange d’information s’expliquait par l’existence d’un accord fixant des quotas.

En revanche, pour le Tribunal, cet échange d’information trouvait sa justification dans le contrat de licence. Les conclusions de la Commission n’étaient donc pas les seules possibles. Par conséquent, la participation de *Sotralenz* à l’entente n’était pas étayée (1601). De même, dans l’arrêt *Cockrill*, même si le telex (1602) constitue une preuve directe pour établir la participation à l’entente sur le marché de Benelux, en l’espèce, le Tribunal a considéré qu’« *en tout état de cause, il y a lieu de relever qu’ [il] ne peut être considéré comme la preuve de la participation de la requérante à l’entente en question. Rien dans le télex ne permet d’arriver à cette conclusion, celui-ci tendant plutôt à prouver le contraire, puisqu’il fait état d’une concertation étroite avec Boël/Trébos et non avec la requérante et reproche à celle-ci d’augmenter ses exportations vers l’Allemagne* » (1603).

S’agissant de la preuve de la pratique concertée, un tel raisonnement découle également de l’affaire *Matières colorantes* dans laquelle la Cour de justice a précisé que « *si un parallélisme de comportement ne peut être à lui seul être identifié à une pratique concertée, il est cependant susceptible d’en constituer un indice sérieux, lorsqu’il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l’importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché* » (1604).

La qualification du parallélisme de comportement comme une preuve indirecte et suffisante dépendra d’autres éléments, notamment du contexte économique et de la nature du marché.

Lorsque le juge apprécie les preuves au fond à l’aune de l’exactitude matérielle des faits, l’intensité de son contrôle sur la pertinence des preuves doit être également analysée en termes de concordance et

(1600) TPICE, 6 avril 1995, *Sotralenz SA c. Commission*, aff. T-149/89, arr. préc., pt 44.

(1601) *Ibid.*, pts 63 à 71, spéc. pt 69 de l’arrêt.

(1602) Voy. également au sujet de la force probante des notes, TPICE, 6 avril 1995, *Tréfilunion SA c. Commission*, aff. T-148/89, *Rec. p. II-1063*, pts 88 à 93.

(1603) TPICE, 6 avril 1995, *Cockerill-Sambre SA c. Commission*, aff. T-144/89, *Rec. p. II-947*, pt 53.

(1604) CJCE, 14 juillet 1972, *SA française des matières colorantes (Francolor) c. Commission*, aff. 54/69, *Rec. p. 851*, pt 8.

de précision des éléments de preuve. Autrement dit, ces preuves doivent paraître suffisamment cohérentes pour être pertinentes dans l'établissement des faits connus par les seules parties. Cette exigence est d'ailleurs constamment rappelée dans la jurisprudence par la formule « *preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction* » (1605) du juge. Si cette formule a trait à la conviction du juge et, partant, relève de l'attribution de la charge de la preuve, il faut néanmoins rappeler que cette exigence permet avant tout au juge de procéder à la vérification de la réalité des faits qui ne sont connus que par les parties et, par conséquent, lui permet d'exercer son contrôle juridictionnel (1606). De plus, cet examen méticuleux est interprété par la doctrine comme « *l'illustration la plus remarquable du standard de preuve désormais exigé par le juge communautaire dans le cadre du contrôle de la légalité des décisions de la Commission* » (1607). Mais, comme nous le verrons, le standard de preuve se distingue du contrôle juridictionnel en ce sens qu'il précise également l'effort probatoire que les parties doivent satisfaire au regard des faits (1608). Dès lors, on peut légitimement affirmer que sont considérées comme pertinentes des preuves qui permettront au juge d'examiner l'exactitude matérielle des faits en toute circonstance. À cet égard, celles-ci doivent être concordantes, précises et cohérentes.

Le contrôle de l'exactitude matérielle des faits est un contrôle systématique dans l'examen de la pertinence des preuves. Il vise avant tout la nature et la portée des preuves au regard des faits, mais ne préjuge en rien de l'attribution de la charge de la preuve, ni du moment à partir duquel la conviction du juge est forgée. L'attribution du risque de la preuve est une opération juridique complexe qui nécessite un examen d'ensemble des faits et de la règle juridique. L'établissement des faits constitue l'étape préalable dans le raisonnement du juge. Le juge tire la conséquence des preuves avancées : succombe celle des parties qui n'a

(1605) CJCE, 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, aff. jtes 29/83 et 30/83, arr. préc., pt 20 ; CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Commission*, aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, arr. préc., pt 127 : « *indices sérieux, précis et concordants* », voy. chr. J.-B. BLAISE, *RAE*, 1993, p. 104 ; TPICE, 8 juillet 2004, *JFE Engineering Corp. et al. c. Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.* p. II-2501, pts 171 et 341.

(1606) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1047.

(1607) J. BIANCARELLI, B. GENESTE, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridictionnelles des entreprises en droit de la concurrence et des concentrations », *RAE*, 1994, p. 28.

(1608) Voy. à cet égard, les développements dans le Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1 de cette partie de la thèse.

pas étayé suffisamment ses moyens de fait dans la mesure où l’application de la disposition juridique en dépend.

B. *Un contrôle systématique de l’exactitude matérielle des faits d’une intensité variable dans l’examen de la pertinence des preuves*

Le contrôle de l’exactitude matérielle des faits dans l’examen de la pertinence ne peut être que d’une intensité variable et ce, pour deux raisons. Tout d’abord, parce qu’en vertu du principe du dispositif, le contrôle de l’exactitude matérielle dans la constatation des faits n’interviendra qu’en cas de contestation des faits (1). Ensuite, la spécificité du contrôle de l’exactitude matérielle des faits impose des limites à l’appréciation des preuves (2)

1. Un contrôle de l’exactitude matérielle des faits limité aux faits contestés

La systématique du contrôle juridictionnel de l’exactitude matérielle des faits dans l’examen de la pertinence des preuves est tributaire des allégations des parties. En ce sens, l’examen de l’exactitude matérielle des faits dans l’appréciation de la pertinence des preuves n’interviendra que si deux éléments sont présents.

En premier lieu, le juge vérifiera si les faits allégués sont contestés. Lorsque les faits ne sont pas contestés, rien n’oblige le juge à rechercher et ce, d’office, l’exactitude des faits allégués par l’une des parties. Le juge tant national que de l’Union ne s’y attarde pas et considère les faits allégués comme établis (1609). Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que, lorsque les faits invoqués par le requérant ne sont ni contestés ni contredits, le juge de l’Union les considère comme exacts et qu’ils ne nécessitent pas, par suite, une preuve particulière.

Toutefois, comme l’observait déjà le professeur Jean-Philippe Colson, une telle « *solution peut surprendre si l’on considère que, normalement, tout fait allégué doit être prouvé. Encore faut-il qu’il ait été contesté. (...) Il y a bien un problème de preuve latent, mais l’attitude passive du défendeur permet d’éviter que la solution du litige soit subordonnée à son examen* » (1610). L’absence de contestation est ainsi

(1609) Voy. par exemple, TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission*, aff. T-168/01, *Rec.* p. II-2969, pt 289.

(1610) J.-Ph. COLSON, *L’office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p. 50.

considérée par le juge comme une preuve de l'acquiescement tacite aux faits.

Le contrôle de l'exactitude matérielle des faits dépend donc de la contestation factuelle par les parties. Le juge s'intéresse alors aux seuls points litigieux dont il est saisi. Cette solution est pragmatique et de bon sens. Dans un souci d'économie de procédure, elle permet, tout d'abord, au juge, de ne pas alourdir les exigences probatoires pesant sur les parties. Ensuite, elle permet, de respecter le principe dispositif selon lequel le juge ne doit se prononcer que sur les points de faits et de droit dont il est saisi (1611). Mais, en cas de doute, rien ne l'empêche de vérifier et ce, d'office, l'exactitude matérielle des faits à l'origine du litige dès lors que les allégations factuelles non contestées sont en contradiction avec les autres pièces du dossier (1612).

En second lieu, la systématique du contrôle de l'exactitude matérielle des faits dans l'appréciation de la pertinence des preuves dépend de la nature des faits qui feront l'objet d'une preuve. Si les parties sont obligées d'apporter la preuve des faits, certains faits échappent à cette obligation parce que leur connaissance s'impose au juge (1613). Il s'agit des faits notoires qui, comme nous le verrons, constituent en principe une dispense de preuve (1614). Dans la mesure où l'existence de ces faits n'a pas à être prouvée, l'examen de la pertinence des preuves n'a pas lieu d'être. Le juge se livre à un examen de la pertinence du fait notoire pour la solution du litige et non pas de la preuve de ce fait. Le juge dispose d'une marge d'appréciation importante pour déterminer les faits pertinents pour l'application du droit de l'Union européenne (1615).

La systématique du contrôle de l'exactitude matérielle des faits dans l'appréciation de la pertinence des preuves dépend donc de l'existence d'un désaccord sur l'existence ou sur la matérialité des faits qui débouche souvent sur une contestation de la capacité des preuves apportées pour les établir. En ce sens, il s'agit d'un contrôle spécifique que le juge peut moduler, en tenant compte de la particularité des faits à prouver.

(1611) K.P.E. LASOK, *The European Court of justice : Practice and Procedure*, op. cit., p. 345.

(1612) Pour des exemples quant aux différentes interprétations qu'une preuve peut recevoir, voy. les développements du §2, A. 2. de cette section du chapitre.

(1613) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 1. de cette partie de la thèse.

(1614) Sur le régime spécifique des faits notoires dans le droit de l'Union européenne et les difficultés que leur utilisation peut poser au niveau de la preuve, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 2. de cette partie de la thèse.

(1615) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1. B. de cette partie de la thèse.

2. La spécificité du contrôle de l’exactitude matérielle des faits, limite à l’appréciation de la pertinence des preuves

Le contrôle de la matérialité des faits consiste à vérifier que les faits sont avérés (1616). Il s’agit avant tout de s’assurer que les faits invoqués se sont véritablement produits (1617). Cela explique également que, dans l’examen de la pertinence des preuves, ce contrôle est systématique : il est indépendant du contrôle restreint et du contrôle normal qu’exerce le juge sur les appréciations des faits et ce, tant dans le recours en annulation que dans le recours de plein contentieux. Il consiste à vérifier qu’à un fait correspond une preuve pertinente qui permettra son établissement. Comme nous l’avons vu (1618), c’est un contrôle systématique et rigoureux dans l’examen de la pertinence des preuves.

Mais les faits ne sont pas toujours chose aisée à établir. Il est fréquent que les parties n’établissent pas la totalité des faits, même si les juridictions de l’Union disposent d’importants pouvoirs d’investigation à cet égard. Or, lorsque les faits ne peuvent pas être établis, c’est bien un problème de preuve qui se pose. Un fait n’est pas établi parce que sa preuve pertinente fait défaut. L’absence de preuve pertinente, comme nous l’avons vu (1619), est sanctionnée au titre de l’exactitude matérielle des faits. Ici, le contrôle sur l’exactitude matérielle des faits ne sanctionnera pas systématiquement cette absence de preuve, mais sera modulé en fonction des difficultés que les parties ont rencontrées pour établir les faits. Ainsi, le juge tient compte des difficultés que les parties ont rencontrées pour obtenir la preuve de ces faits.

C’est une solution de bon sens. Elle permet de ne pas faire peser sur l’une des parties des difficultés de preuve des faits dans des situations où leur « *établissement exhaustif* » (1620) et leur « *constatation objective* » (1621) sont impossibles ou pratiquement impossibles. Ces difficultés de preuve peuvent se présenter lorsque l’une des parties a refusé de communiquer les données pertinentes qui étaient en sa possession (1622), ou bien, lorsque les faits présentent un degré d’incertitude,

(1616) P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2006, p. 463.

(1617) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 2001, p. 1046.

(1618) Sur ce point, voy. les développements du A. de ce paragraphe.

(1619) Voy. sur ce point, les développements du A. 2. de ce paragraphe.

(1620) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. 1, *op. cit.*, p. 416.

(1621) *Ibid.*, p. 422.

(1622) Tel est notamment le cas en droit de la concurrence lorsque les entreprises ont refusé de donner suite à la demande de renseignement adressée par la Commission afin

soit parce qu'ils vont se produire dans un avenir proche (1623), soit parce qu'ils présentent un lien subjectif avec une des parties (1624). Dans ces cas de figure, le juge estime que les faits sont matériellement constatés sans « *sanctionner les erreurs mineures qui auraient été commises à cet égard* » (1625).

L'intensité du contrôle de l'exactitude matérielle des faits est donc variable en fonction de la difficulté d'apporter la preuve d'un fait. Cette intensité se présente sous deux aspects : d'une part, l'établissement de ce fait par des preuves indirectes pouvant résulter d'une appréciation globale et, d'autre part, la recherche par le juge d'une erreur manifestement grave dans l'appréciation de ces preuves indirectes (1626).

L'intensité du contrôle de l'exactitude matérielle des faits ne doit pas néanmoins aboutir à assimiler l'appréciation de la pertinence des preuves à l'erreur manifeste d'appréciation, même si le vocabulaire utilisé par les juridictions de l'Union peut laisser subsister un doute (1627). Il s'agit ici de sanctionner une erreur de fait et non pas une erreur dans les appréciations factuelles (1628). Cette erreur de fait

d'obtenir des données pertinentes pour constater une infraction à l'article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE). Tel est également le cas pour la constatation d'un manquement, lorsque les États membres n'ont pas communiqué les informations nécessaires à la Commission pour décider si le manquement a cessé. De même, les juridictions de l'Union tiennent compte du refus d'une partie à l'instance de produire les pièces qu'elles ont demandées au titre d'une mesure d'instruction.

(1623) Tel est par exemple le cas des estimations économiques fondées sur des pronostics qu'opère la Commission pour interdire une concentration afin d'en prévenir les effets potentiellement anticoncurrentiels.

(1624) Comme le souligne le Professeur RITLENG dans sa thèse, ce cas de figure vise essentiellement des faits qui reposent sur un jugement de valeur qui, de par sa nature, est subjectif (le contentieux de la fonction publique par exemple). D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, op. cit., pp. 425 et s.

(1625) *Ibid.*, p. 416.

(1626) La position jurisprudentielle relative à la preuve de l'entente constitue un exemple éclairant. Comme nous l'avons vu, le juge admet que les éléments constitutifs d'une entente puissent résulter d'une appréciation globale d'ensemble des informations que la Commission dispose à cet égard. L'admissibilité des preuves indirectes pour constater le comportement anticoncurrentiel explique que, dans leur contrôle de l'exactitude matérielle des faits, le juge se contentera de relever une erreur manifeste, une contradiction manifeste entre ces preuves indirectes et les conclusions qui en sont tirées. Voy. K.P.E. LASOK, « Judicial review of issues of fact in competition cases », *ECLR*, 1983, pp. 85 à 96. Pour une signification similaire de ce contrôle devant les juridictions nationales, notamment le renforcement de leur pouvoirs en tant que juge de droit commun du droit de l'Union en matière de preuve, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, B. 2. b) de la Première partie de la thèse.

(1627) Voy. les développements de D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, op. cit., pp. 413 et s.

(1628) Pour un exemple des difficultés dans l'établissement des faits économiques peuvent poser et le rôle du droit processuel administratif français reconnaît au juge dans la vérification

résulte d’un fait matériellement inexact. Ce fait étant difficile à établir en raison de l’obtention de la preuve, le juge l’estimera établi dès lors que son existence découle d’une appréciation globale des preuves avancées. Le contrôle juridictionnel est dès lors limité à la constatation d’une erreur manifeste dans l’appréciation des preuves avancées quant à l’établissement du fait à prouver.

En ce sens, ce contrôle doit être distingué du contrôle de l’erreur manifeste d’appréciation. L’intensité de ce dernier dans l’examen de la légalité des actes des institutions dépend de la marge de manœuvre dont disposent les institutions mais celle-ci ne préjuge en rien de l’intensité du contrôle sur l’exactitude matérielle des faits.

L’erreur manifeste vise avant tout le contrôle des appréciations factuelles et les conclusions qui en ont été tirées. L’exactitude matérielle des faits vise la constatation des faits. Elle permet de sanctionner une illégalité constante dans la mesure où les conclusions qui en sont tirées se fondent sur des faits inexacts tandis que l’erreur manifeste permet de sanctionner une illégalité ponctuelle résultant d’une appréciation manifestement erronée de faits matériellement exacts (1629).

En guise de conclusion, on pourra préciser que l’intensité du contrôle sur l’exactitude matérielle des faits dans l’examen de la pertinence des preuves n’est pas tributaire du contrôle des juridictions sur les appréciations des faits, mais « *résulte de la difficulté particulière à les appréhender et à les constater dans certaines hypothèses* » (1630).

de l’exactitude matérielle des faits. Voy. M. FROMONT, « Le contrôle de l’appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », *A.J.D.A.*, 1966, pp. 589 et 590.

(1629) M.-C. BERGERÈS, *Contentieux communautaire*, *op. cit.*, p. 223.

(1630) D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 415.

CONCLUSION CHAPITRE 2

La liberté de la preuve dans le droit de l'Union européenne confère au juge une liberté d'appréciation quant à la recevabilité des preuves et quant à leur pertinence pour la solution du litige. L'analyse de cette liberté d'appréciation montre que le juge tient compte, au-delà de la spécificité de chaque voie de recours, de la possibilité effective pour le justiciable de faire valoir ses droits, plus particulièrement en ce qui concerne les délais de production des preuves. Par ailleurs, il résulte de notre analyse que le juge demeure libre de décider de l'exclusion des preuves du débat judiciaire afin de protéger un intérêt jugé comme légitime, en raison du caractère dérogatoire de l'exclusion fondée sur un tel intérêt. À cet égard, le contrôle en matière de preuve ne diffère pas substantiellement selon qu'il s'agit du juge de l'Union ou du juge national qui procèdent d'une mise en balance des intérêts, dans le respect des exigences d'un procès juste et équitable.

Par ailleurs, le contrôle de la pertinence des preuves par le juge consiste à vérifier l'adéquation des preuves avec les faits allégués en fonction de leur utilité pour la solution du litige. À cet égard, si le juge procède de manière systématique à l'examen de l'exactitude matérielle des faits, l'intensité de son contrôle est variable en fonction de la nature des faits, objet de preuve.

CONCLUSION TITRE 1

La liberté de la preuve dans le droit de l'Union européenne s'impose compte tenu de la spécificité du cadre normatif et factuel dans lequel la question probatoire est amenée à se déployer. Elle est une réponse effective à l'impossibilité d'établir un système de preuve uniforme dans le droit de l'Union. L'analyse de cette impossibilité a montré que la liberté de la preuve répond à une nécessité de pragmatisme et de simplicité afin de faciliter la preuve des droits conférés par le droit de l'Union européenne. Sur ce point, notre étude a mis en évidence que la liberté de la preuve repose sur le principe de diversité des modes de preuve dont la valeur probante ne dépend que de la crédibilité des informations que ces derniers contiennent. De même, cette liberté de la preuve correspond à la liberté d'appréciation des preuves par le juge tant national que celui de l'Union, liberté qu'il doit exercer afin de garantir l'effectivité des droits tirés du droit de l'Union et dans le respect des exigences d'un procès juste et équitable.

L'analyse de la liberté de la preuve dans le droit de l'Union européenne permet d'expliquer que la question probatoire est inhérente à l'évolution non seulement de l'action normative du législateur de l'Union, mais aussi du contrôle juridictionnel lui-même. Mobilisant les principes du droit de l'Union, la liberté de la preuve met l'accent sur le rôle et la place du juge, de l'Union et national, dans le système juridique de l'Union.

Sur ce point, il reviendra au juge de façonner et ce, de manière pragmatique, la charge de la preuve dans le droit de l'Union européenne.

TITRE 2

**LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA
CHARGE DE LA PREUVE DANS LE DROIT
DE L'UNION EUROPÉENNE**

La charge de la preuve désigne, d'une part, les éléments nécessaires à démontrer en vue de mener avec succès une prétention devant un juge (administration de la preuve) et, d'autre part, la partie qui doit en supporter le fardeau (le risque de la preuve) (1631). Elle pose ainsi des questions liées à l'objet de la preuve, à son administration et à sa répartition entre les parties, notamment pour l'attribution du risque de la preuve (1632).

Dans le droit de l'Union européenne, les traités ne traitent pas de la question de la charge de la preuve. Or, si le droit dérivé règle de manière parcellaire cette question en fonction des domaines (1633), il n'en demeure pas moins que l'élaboration de la charge de la preuve revient essentiellement au juge. Il lui revient de déterminer qui doit prouver quoi en interprétant la règle juridique applicable (1634). Cette

(1631) T. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 321.

(1632) La *common law* désigne en général la charge de la preuve comme *legal burden of proof* (*burden of persuasion*) et *burden of adducing evidence* (*evidential burden of proof*). Nous ferons nôtre l'observation selon laquelle il n'existe pas une différence essentielle entre les conceptions civilistes et anglo-saxonnes puisqu'elles englobent en réalité les mêmes obligations de preuve. Comme le remarquent Éric Barbier De la Serre et Anne-Lise Sibony, « *le premier (...) est décrit comme le devoir de convaincre qui pèse sur la partie qui allègue un fait et n'alterne pas au cours du procès. (...) Il nous semble que l'on pourrait dire que legal burden of proof pèse sur celui qui supporte en premier la charge de la preuve et celui qui, in fine, supporte le risque de la preuve. Le second fardeau, appelé evidential burden ou burden of adducing evidence, désigne le devoir de produire des éléments de preuve et pèse alternativement sur l'une et l'autre des parties au cours du procès* ». É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTDE*, n° 2, avr.-juin 2007, pp. 205 à 252. Voy. également dans le même sens, M. KAZAZI, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, *op. cit.*, pp. 23 et s.

(1633) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2 de la Première partie de la thèse.

(1634) F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.*, 1966, p. 738.

480 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

question est laissée à la libre appréciation du juge qui décide selon sa conviction (1635).

Cependant, l'étude de la jurisprudence révèle qu'il existe en la matière des solutions cohérentes. Ces solutions ne se prêtent pas à une uniformisation et, dans certains cas, sont même critiquables. Elles concordent néanmoins sur le fait que la charge de la preuve doit être nécessairement régulée en tenant compte des principes du droit de l'Union. Le juge, tant national que celui de l'Union, prend en compte la sécurité juridique des justiciables, tout en la conciliant avec les exigences d'une application uniforme du droit de l'Union européenne, d'une protection juridictionnelle effective et d'un procès juste et équitable.

Si l'administration de la preuve vise essentiellement les parties, le juge ne reste nullement passif et joue un rôle actif. Dans le droit de l'Union, l'administration de la preuve est fondée sur une collaboration entre les parties et le juge. Cette collaboration aboutit à une répartition équilibrée de l'administration de la preuve (Chapitre 1). De même, si le risque de la preuve ne concerne que les parties, son imputation est déterminée selon les principes juridiques communs à tous les États membres. Le juge est amené à prendre en considération plusieurs facteurs pour former sa conviction et, si besoin est, tempérer l'application des principes classiques du droit de la preuve. C'est dans l'attribution de la charge de la preuve que se déploiera toute la dynamique de la preuve dans le droit de l'Union (Chapitre 2).

(1635) C. TOURNIER, *L'intime conviction du juge*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 23 et s.

CHAPITRE 1

LA RÉPARTITION ÉQUILIBRÉE DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

L'administration de la preuve dans le droit de l'Union européenne est partagée entre les justiciables et le juge, chacun contribuant à l'établissement des éléments nécessaires à l'application du droit de l'Union européenne.

Étape préalable à la formation de la conviction du juge, l'administration de la preuve s'adresse aux justiciables. Cette étape répond à la nécessité de fournir au juge tous les éléments à l'origine du litige, connus seulement par les parties, afin que le juge puisse statuer et trancher le litige conformément au droit applicable.

L'administration de la preuve fait peser sur les justiciables l'obligation d'apporter la preuve de leur allégation, plus particulièrement lorsqu'il s'agit des faits. De cette obligation découle une autre obligation qui impose aux justiciables de collaborer à la preuve, soit spontanément, soit à la demande du juge.

Dans le silence de la disposition du droit de l'Union applicable, la répartition de la charge de la preuve doit être tranchée « *dans le respect des principes généraux du [droit de l'Union] et des objectifs poursuivis* » (1636), notamment « *les principes (...) d'effectivité et d'équivalence de la protection juridictionnelle* » (1637).

La prise en compte de ces principes circonscrit l'administration de la preuve dans la recherche de solutions pragmatiques aux difficultés que la preuve peut soulever. En ce sens, le droit de l'Union garantit une répartition équilibrée de l'administration de la preuve par l'encadrement des obligations qui en découlent. Cet encadrement, pour être effectif, implique la reconnaissance de l'intervention active du juge dans l'administration de la preuve.

La répartition équilibrée de l'administration de la preuve s'exprime tant dans l'affirmation d'une obligation d'apporter la preuve des

(1636) CJCE, 4 juin 2009, *Balbiino*, aff. C-560/07, arr. préc., pt 63.

(1637) CJCE, 24 avril 2008, *Arcor*, aff. C-55/06, arr. préc., pt 190.

482 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

faits (Section 1) que dans la consécration d'une obligation de collaborer à la preuve (Section 2).

SECTION 1 – L’AFFIRMATION DE L’OBLIGATION D’APPORTER LA PREUVE
DES FAITS

L’obligation d’apporter la preuve des faits trouve une signification particulière dans le droit de l’Union. Dans la mesure où elle permet de justifier l’application du droit de l’Union à une situation factuelle que ce dernier régit, cette obligation se présente comme inhérente à l’exercice de la fonction juridictionnelle (§1). Elle peut, dans certaines hypothèses, être envisagée comme imposant la preuve de la règle juridique applicable (§2).

§1. – La preuve des faits, un élément inhérent à l’exercice
de la fonction juridictionnelle dans le droit de l’Union européenne

Définie comme « *la démonstration de la réalité d’un fait ; le procédé par lequel cette démonstration est faite et les éléments utilisés pour faire cette démonstration et éclairer le tribunal* » (1638), la preuve des faits est « *d’une part, le moyen de déterminer chez le juge la représentation d’un fait jusqu’alors ignoré de lui, d’autre part, l’action même de déterminer cette représentation* » (1639). Le professeur Jean Salmon écrivait que « *le fait peut jouer un rôle significatif en matière de compétence de cours et tribunaux internationaux lorsque la compétence de ceux-ci est limitée ratione temporis* » (1640). Or, l’exercice partagé de la fonction juridictionnelle entre les juridictions nationales et les juridictions de l’Union ne peut poser la question de la preuve des faits qu’en termes de compétence *ratione materiae*. En effet, le déclenchement du procès devant ces juridictions est dû à l’existence d’un litige qui comporte un ou plusieurs éléments de rattachement au droit de l’Union représentés par des faits. La preuve des faits justifiera leur compétence pour trancher ce litige en application du droit de l’Union européenne (A). Au titre de cette compétence, le juge, tant national que celui de l’Union, dispose d’un pouvoir considérable dans la détermination des faits pertinents qui feront l’objet d’une preuve (B).

(1638) Voy. « Preuve », in J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 471.

(1639) J.-Ch. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.*

(1640) J. J.A. SALMON, « Le fait dans l’application du droit international », *op. cit.*, p. 378.

A. *La preuve des faits, justification de la compétence juridictionnelle dans le droit de l'Union*

La preuve des faits permet au juge de « vérifier si les faits de la cause correspondent ou non à une telle hypothèse juridique, à tels faits juridiques isolés par le droit » (1641). La preuve du rattachement au droit de l'Union d'une situation litigieuse demeure donc de toute première importance. Celle-ci doit être, tout d'abord, envisagée devant le juge national (1). La preuve des faits doit, ensuite, être analysée au regard de la compétence préjudicielle de la Cour de justice (2).

1. *La preuve des faits et la compétence du juge national pour appliquer le droit de l'Union*

La preuve des faits devant le juge national permet de s'assurer que le litige porté devant lui se rattache au droit de l'Union (1642). L'objet de cette preuve consiste à démontrer l'existence des facteurs d'« extranéité » (1643) résultant d'un mouvement transfrontalier (1644). Comme le souligne l'Avocat général Léger, « dès lors que ces éléments viennent à manquer, le droit [de l'Union] ne peut plus s'appliquer à des situations qui, dans ce cas, relèvent de la compétence des seuls États membres » (1645). La preuve de ses éléments peut être faite, selon la jurisprudence de la Cour de justice, par tous moyens (1646).

La preuve des faits fonde ainsi la compétence du juge national puisqu'elle va lui permettre de trancher un litige en application du droit de l'Union. En effet, comme l'observe le professeur Olivier Dubos dans sa thèse, parce que « les juridictions nationales sont compétentes pour trancher les litiges dans lesquels le droit [de l'Union] est applicable, (...) qu'elles ont une compétence » (1647) au titre du droit de l'Union.

(1641) J. J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *op. cit.*, p. 297.

(1642) Sur la notion de « rattachement communautaire » et le champ d'application du droit communautaire voy. H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, pp. 16 et s. Voy. également, les développements du Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, A. 1. de la Première partie de la thèse.

(1643) Pt 24 des conclusions de l'Avocat général Léger, présentées le 7 novembre 2000, sous CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, aff. C-192/99, *Rec.* p. I-1237.

(1644) Voy. le raisonnement de l'Avocat général Jacobs pour les services de publicité transfrontaliers, dans ses conclusions, présentées le 14 décembre 2000, sous CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Products AB*, aff. C-405/98, *Rec.* p. I-1795.

(1645) Pt 25 des conclusions de l'Avocat général Léger, présentées le 7 novembre 2000, sous CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, aff. C-192/99, arr. préc.

(1646) Voy. Première partie, Chapitre 2, spécialement Section 1, §1 et les développements sur les modes de preuve nationaux et les libertés de circulation. Voy. également sur ce point, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 de cette partie de la thèse quant à l'absence de hiérarchie en termes de force probante des modes de preuve dans le droit de l'Union.

(1647) O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire...*, *op. cit.*, p. 23.

484 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Cette compétence résulte de la spécificité de l'invocabilité des normes du droit de l'Union en raison de leur applicabilité directe et de leur primauté. En ce sens, pour le professeur Olivier Dubos, « *les juridictions nationales alors même qu'elles détiennent leur pouvoir de juger de leur ordre juridique étatique, se voient conférer une compétence (...) protéiforme : le droit [de l'Union] peut, soit être la cause de l'action en justice, soit constituer un moyen invoqué à l'appui ou à l'encontre d'une demande fondée sur le droit national. Ce qui réunit ces différentes hypothèses, c'est l'obligation pour la juridiction nationale de faire appel à la règle [du droit de l'Union] afin d'apporter la solution du litige* » (1648).

La compétence du juge national au titre du droit de l'Union n'a de sens que si le droit de l'Union trouve à s'appliquer au différend que celui-ci a à connaître. Il s'agira ainsi « *de la sphère d'efficacité [du droit de l'Union européenne] dans un ordre juridique national intégral ou omniprésent* » (1649).

Le lien intrinsèque qui existe, dans le droit de l'Union, entre l'obligation d'apporter la preuve des faits et la justification de la compétence du juge national est mis en avant par l'évolution de la jurisprudence relative aux situations purement internes et aux discriminations à rebours.

Dans un premier temps, ce lien est appréhendé comme une justification de la compétence du juge national pour appliquer le droit de l'Union. Ainsi, il est constamment rappelé dans la jurisprudence que les dispositions des traités « *ne s'applique[nt] pas à des situations purement internes à un État membre, telles que celle d'un ressortissant d'un État membre qui n'a jamais résidé ou travaillé dans un autre État membre, et qu'un tel ressortissant ne peut pas invoquer* » (1650) le droit de l'Union.

Cette jurisprudence « *introduit un critère permettant ou, a contrario, de reconnaître l'applicabilité des dispositions sur la libre*

(1648) *Ibid.*, pp. 23 et 24.

(1649) H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *op. cit.*, p. 12. Sur l'appréhension de la preuve comme instrument de mise en œuvre et d'effectivité du droit de l'Union, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2 de la Première partie de la thèse.

(1650) CJCE, 28 juin 1984, *Hans Moser*, aff. 180/83, *Rec.* p. 2539, pt 20 ; G. GAJA, « Les discriminations à rebours un revirement souhaitable », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, pp. 994 et s. ; H. TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement interne » », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1501 et s. ; F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *RAE*, 2003-2004, n° 1, pp. 48 et s.

circulation. (...) L'existence d'une situation purement interne exclut d'emblée l'application des règles [relatives aux libertés de circulation], privant, de ce fait, les opérateurs économiques de la possibilité d'invoquer les droits et avantages découlant de ces dernières » (1651).

L'obligation d'apporter la preuve des faits qui incombe à l'opérateur économique est clairement affirmée parce qu'il s'agit pour le juge de vérifier si cet opérateur se trouve dans une situation relevant du droit de l'Union. Tel ne sera pas le cas lorsqu'il s'agira d'une situation dont « tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » (1652). La preuve des faits délimite ainsi le champ d'application du droit de l'Union. Les discriminations à rebours sont tolérées en raison de la non-application du droit de l'Union à de telles discriminations (1653).

Dans un second temps, le lien entre l'obligation d'apporter la preuve des faits et la compétence du juge national est appréhendé comme un moyen pour le juge de s'assurer de la compatibilité de la réglementation nationale avec le droit de l'Union, même dans des situations qui sont *a priori* « purement internes ».

L'infléchissement de la jurisprudence récente en matière de libre circulation des marchandises illustre parfaitement cette situation. Dans ce domaine et eu égard à l'importance de cette liberté pour le marché intérieur, la jurisprudence apprécie l'élément d'extranéité et de rattachement au droit de l'Union de la manière la plus large possible de sorte qu'elle appréhende des situations qui se cantonnent à l'intérieur d'un seul État (1654). Comme l'observe le professeur Denys Simon, cette jurisprudence « semble bien s'orienter vers l'abandon total de l'exigence d'un élément d'extranéité traduisant un lien total de rattachement avec les échanges intracommunautaires au profit de la consécration du concept novateur d'« entrave potentielle au commerce intracommunautaire » » (1655). Cette position est déjà énoncée dans l'arrêt *Dassonville* selon laquelle constitue une mesure d'effet équivalant à une

(1651) R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et le droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *CDE*, 2002, p. 97.

(1652) F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *op. cit.*, p. 48.

(1653) Voy. sur ce point, R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et le droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *op. cit.*, pp. 113 et s.

(1654) CJCE, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. jtes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, arr. préc., pt 44 ; CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec.* p. I-10663, pt 26.

(1655) D. SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2004, n° 33.

486 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

restriction quantitative « toute réglementation commerciale entre États membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire » (1656). Cette formule peut être également transposée aux réglementations indistinctement applicables et aux entraves pouvant en résulter pour les libertés de circulation (1657).

La jurisprudence récente de la Cour de justice relative à la citoyenneté européenne va également dans le sens d'un infléchissement du critère du rattachement déduit d'un mouvement transfrontalier ou de l'exercice de la liberté de circulation. Fondée sur la considération de « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen » (1658), voire de la perte du statut fondamental qui est la citoyenneté (1659), cette jurisprudence semble consacrer « un autre facteur de rattachement » (1660) qui est celui de la méconnaissance du droit de l'Union européenne relatif à la citoyenneté (1661).

Reposant sur une définition plus fonctionnelle des entraves aux libertés de circulation, cette jurisprudence tend à appréhender l'obligation d'apporter la preuve des faits non plus au regard du rattachement au droit de l'Union pour justifier la compétence du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union, mais au regard de l'exercice effectif de cette compétence au regard de la réalisation du droit de l'Union européenne. Pour pouvoir apprécier les effets de la réglementation nationale dans une situation, fût-elle purement interne, au regard du droit de l'Union, le juge national doit disposer des faits pour décider,

(1656) CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, arr. préc., pt 5.

(1657) Sur ce point, voy. F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *op. cit.*, spéc. p. 47. Voy. également les développements relatifs à l'effet particulièrement dissuasif sur l'exercice des libertés de circulation des réglementations nationales imposant une condition spécifique et la preuve, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2 de la Première partie de la thèse.

(1658) CJCE 2 octobre 2003, *García Avello*, aff. C-148/02, arr. préc., pt 27 ; CJCE, ass. plén., 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, arr. préc., pt 20 (absence d'un âge minimal requis pour la jouissance des droits conférés par le statut du citoyen) ; CJUE, gd. ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, arr. préc., point 42 ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, arr. préc., pt 47 ; CJUE, gd. ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, aff. C-256/11, arr. préc., point 64 ; CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, arr. préc., pt 71 ; CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, arr. préc., pt 45 ; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga et autres*, aff. C-87/12, arr. préc., pts 36 et 37.

(1659) CJUE, gd. ch., 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08, arr. préc., pt 42.

(1660) S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *op. cit.*, p. 23.

(1661) *Ibid.*, p. 23 ; voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, B. 2. de la Partie 1 de la thèse.

d'une part, si cette réglementation crée une discrimination (1662) à l'égard d'un opérateur, d'un produit, d'un service et, d'autre part, si cette réglementation comporte un effet dissuasif à l'égard des opérateurs économiques intéressés (1663). L'obligation d'apporter la preuve des faits permettra au juge national de décider non pas que la situation est « purement interne », mais que la réglementation nationale ne s'applique qu'à des situations « purement internes » (1664). L'analyse se focalise ainsi sur les effets « purement internes » ou non de la réglementation nationale en tant que telle (1665).

Il serait dès lors possible de considérer que, pour l'application du droit de l'Union, la jurisprudence abandonne le critère du rattachement et d'extranéité pour l'ensemble des libertés de circulation. Or, une telle solution ne s'impose pas avec évidence dans la jurisprudence récente (1666). Le critère du rattachement est toujours nécessaire. Celui-ci change simplement d'objet. Dès lors que l'applicabilité du droit de l'Union n'est pas contestée à une situation, fût-elle interne, le rattachement permettra de transposer l'hypothèse abstraite contenue dans la disposition européenne applicable aux faits concrets. La preuve du rattachement permettra ainsi non seulement de justifier la compétence du juge national, mais aussi de conditionner son exercice. On comprend mieux alors la position de la Cour justice lorsque, tout en rappelant

(1662) CJCE, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. jtes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, arr. préc., pt 45 : « en effet, dans une telle situation, l'application de la mesure nationale peut également avoir des effets sur la libre circulation des marchandises entre États membres, notamment lorsque la mesure en cause favorise la commercialisation des marchandises d'origine nationale au détriment des marchandises importées. Dans de telles circonstances, l'application de la mesure, serait-elle limitée aux seuls producteurs nationaux, crée et maintient par elle-même une différence de traitement entre ces deux catégories de marchandises entravant, au moins potentiellement, le commerce intracommunautaire ».

(1663) Sur ce point, pour les réglementations nationales intéressant la preuve, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2 de la Première partie de la thèse.

(1664) Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice dans ce sens, voy. R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et le droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *op. cit.*, pp. 105 à 112.

(1665) Cette position jurisprudentielle trouve une illustration particulière dans les affaires récentes en matière de marchés publics. Ainsi, les règles des traités relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services pour les marchés publics exclus ou en dessous des seuils prévus par les directives européennes s'appliquent à de tels marchés, dès lors qu'ils peuvent avoir un intérêt transfrontalier certain. Voy. CJCE, gd. ch., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, *Rec. p.* I-9777, pts 29 à 31 ; CJCE, 15 mai 2008, *SECAP*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, *Rec. p.* I-3565, pts 19 et 20 ; CJUE, 29 décembre 2009, *Serrantoni Srl*, aff. C-376/08, *Rec. p.* I-12619, pts 24 et 25.

(1666) Voy. néanmoins les Conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro présentées le 6 mai 2004, sous l'affaire, CJCE, 9 septembre 2004, *Carbonati Apuani Srl*, aff. C-72/03, *Rec. p.* I-8020 ; Conclusions de l'Avocat général Sharpston présentées le 27 juin 2007, sous l'affaire, CJCE, 1er avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, aff. C-212/06, *Rec. p.* I-1683. Dans ces deux affaires, la Cour ne les a pas suivis.

l'exigence d'un critère d'extranéité, elle se place sur le terrain de l'utilité d'une réponse aux questions posées (1667) par les juridictions nationales.

2. La preuve des faits et la compétence préjudicielle de la Cour de justice

L'existence d'un litige se rattachant au droit de l'Union devant le juge national suppose que ce litige puisse potentiellement être connu par la Cour de justice à titre préjudiciel, soit en raison de la validité d'un acte de droit dérivé qui est en cause, soit en raison de l'interprétation d'une disposition juridique du droit de l'Union européenne. Les faits à l'origine du litige pendant devant le juge de renvoi ne sont donc pas sans incidence sur la compétence préjudicielle de la Cour de justice.

Parler de manière générale des faits, et plus particulièrement de leur preuve dans la question préjudicielle, peut paraître surprenant à première vue. Par définition, cette procédure n'oppose pas deux parties puisqu'elle a comme destinataires les juridictions nationales et instaure une coopération juridictionnelle entre celles-ci et la Cour de justice. La place des parties et le cadre factuel du litige pendant devant la juridiction de renvoi ne devront pas jouer *a priori* un rôle déterminant pour l'interprétation du droit de l'Union européenne par la Cour (1668).

C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle l'article 234 du traité CE (devenu article 267 TFUE), « basé sur une nette séparation de fonctions entre la juridiction nationale et la Cour de justice ne permet pas à celle-ci de

(1667) CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, arr. préc., pts 21 et 22 ; CJCE, 5 mars 2002, *Hans Reisch et autres*, aff. jtes C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, arr. préc., pts 24 et 25. La doctrine reste également réservée quant à la pertinence de l'abandon du critère du rattachement et quant à l'utilisation d'autres concepts déterminant l'application du droit de l'Union, même à des situations purement internes. F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *op. cit.*, spéc. p. 54 ; C. RITTER, « Purely internal situations, reverse discrimination, *Guimont*, *Dzodzi* and article 234 », *EL Rev.*, 2006, p. 706 ; P. OLIVER, S. ENCHELMAEIR, « Free movement of goods : recent developments of the case law », *CML Rev.*, 2007, pp. 649 à 704 ; P. ICARD, « Note sur Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon », *D.*, 2008, pp. 1655 à 1659 ; T. VANDAMME, « Comment on Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon », *CML Rev.*, 2009, pp. 287 à 300 ; C. DAUTRICOURT, S. THOMAS, « Reverse discrimination and free movement of persons under Community law : All for Ulysses, nothing for Penelope? », *EL Rev.*, 2009, pp. 433 à 454. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une volonté « de pédagogie » de la part de la Cour de justice : F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *op. cit.*, p. 54.

(1668) Voy. sur ce point F. RIGAUX, « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 377 et s.

connaître des faits de l'espèce, ni de censurer les motifs de la demande d'interprétation » (1669).

Considérer néanmoins qu'il existe une obligation d'apporter la preuve des faits dans le renvoi préjudiciel revient à reconnaître l'importance des faits pour la compétence préjudicielle de la Cour de justice. En effet, le juge national ne peut pas utilement poser une question préjudicielle que s'il dispose des faits nécessaires apportés par les parties. Si ces dernières rencontrent des difficultés pour établir les faits allégués, le juge peut toujours recourir à la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction. La question de la preuve se pose ainsi de manière interposée dans l'ordonnance de renvoi. En ce sens, elle doit être analysée comme une règle à destination du juge national qui est tenu de circonscrire le cadre factuel du litige soumis devant lui.

Une telle analyse permet de rendre compte de l'évolution jurisprudentielle qui a accompagné la recevabilité du renvoi préjudiciel. Amorcée par l'arrêt *Foglia c. Novello* (1670), cette évolution rompt avec la présentation de la question préjudicielle comme une procédure « *de juge à juge* » qui, au nom du respect de la séparation des fonctions entre la Cour de justice et les juridictions nationales, défendait toute connaissance à la Cour de justice des faits de l'espèce à l'origine du renvoi. Cette nouvelle position met en évidence que la compétence de la Cour de justice dans le cadre de la question préjudicielle ne s'exerce pas de manière abstraite, mais est circonscrite par les « *données concrètes de l'espèce* » (1671) afin de rendre une décision utile pour le juge de renvoi et ce, dans le respect des compétences respectives entre la Cour et la juridiction nationale auteur du renvoi.

La prise en compte des faits par la Cour de justice dans le renvoi préjudiciel est nécessaire pour que celle-ci puisse donner une solution utile au juge national. À cet égard, les faits du litige doivent être connus par la Cour parce qu'ils permettront de vérifier que le litige n'est pas hypothétique ou fictif et qu'une véritable question sur l'interprétation du droit de l'Union européenne applicable se pose. Ainsi, dans l'arrêt

(1669) CJCE, 4 février 1965, *Albatros*, aff. 20/64, *Rec.* p. 41, comm. F.-C. JEANTET, « L'arrêt Albatros (à propos de l'application du Traité C.E.E au régime français d'importation du pétrole). Compétences réciproques de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales », *JCP*, 1965, doct. n° 1907 ; CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* 661, p. 672 ; CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, aff. 35/76, *Rec.* p. 1871, pts 7 et 8 ; CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi*, aff. 5/77, *Rec.* p. 1555, pt 17.

(1670) CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c. Novello*, aff. 104/79, *Rec.* p. 745, pt 10.

(1671) A. BARAV, « Imbroglio préjudiciel. À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire *Foglia c. Novello* », *RTDE*, 1982, p. 433.

490 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Telemarsicabruzzo (1672), la Cour de justice n'a pas hésité à juger qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les questions posées car les ordonnances de renvoi ne lui permettaient pas d'avoir une connaissance suffisante des faits à l'origine du litige et, par conséquent, de donner une interprétation utile des règles de concurrence à la solution du litige pendant devant le juge de renvoi. Cette position est affirmée de manière constante dans la jurisprudence ultérieure de la Cour (1673).

Une telle solution est de bon sens. La nécessité d'interpréter le traité ne se pose jamais de manière abstraite devant le juge national auteur du renvoi. Face à un problème que posent les faits de l'affaire soumise devant lui, il sollicite l'interprétation du droit de l'Union (1674). Comme l'observe à juste titre le professeur Ami Barav « *c'est pour parvenir à une interprétation utile d'une norme (...) et pour permettre au juge interne d'appliquer correctement celle-ci* » (1675) que, dans le cadre de la question préjudicielle, les faits de l'affaire doivent être connus par la Cour. La compétence préjudicielle de la Cour de justice lui confère une fonction importante dans l'édifice de l'ordre juridique de l'Union qui lui permet « *de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques* » (1676) afin de préserver l'unité du droit de l'Union européenne.

N'ayant pas compétence pour interpréter le droit national, la Cour de justice est obligée de procéder à une requalification de la question posée qui la « *transforme en hypothèse de raisonnement* » (1677). Dans son commentaire sous l'arrêt *Albatros*, Maître Fernand-Charles Jeantet précisait que cette façon de faire est « *une sorte de traduction*

(1672) CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, aff. jtes C-320/90 à C-322/90, *Rec. p. I-393*, pt 6.

(1673) La formule utilisée est constante : « *la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire (...) utile que [le juge national doit définir] le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ses questions sont fondées* » ; voy. CJCE, 12 septembre 1996, *Sandro Galotti et al.*, aff. jtes C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 et C-157/95, *Rec. p. I-4345*, pt 7 ; CJCE, 11 avril 2000, *Christelle Delière*, aff. jtes C-51/96 et C-191/97, *Rec. p. I-2549*, point 30.

(1674) Voy. dans ce sens, F.-C. JEANTET, « Originalité de la procédure d'interprétation du Traité de Rome », *JCP*, 1966, doct. n° 1987. : « *La vraie question est toujours de savoir à quelle solution conduit la norme communautaire dans un cas donné ; si la question est bien posée, la réponse règle nécessairement le cas* ».

(1675) A. BARAV, « Imbroglia préjudiciel. À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia c. Novello », *op. cit.*, p. 443.

(1676) CJCE, 16 juillet 1992, *Lourenço Dias*, aff. C-343/90, *Rec. p. I-4673*, pt 17.

(1677) A. BARAV, « Imbroglia préjudiciel. À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia c. Novello », *op. cit.*, p. 442.

par laquelle le juge, prenant la règle externe (...), la transpose pour comprendre, dans la technique de son propre droit. (...) Dans cette opération, la Cour ne fait rien d'autre que chercher à intégrer l'hypothèse du droit interne considérée dans l'institution communautaire en cause pour dire alors, interprétant le droit communautaire et non le droit interne, comment le droit communautaire régleme cette hypothèse » (1678).

La démarche de transformation de l'hypothèse du droit interne en hypothèse du droit de l'Union opérée par la Cour de justice révèle ainsi une de ses préoccupations essentielles qui consiste à « *préserver l'intégrité du système de voies de recours juridictionnelles (...) [à] veiller à ce que le renvoi préjudiciel ne soit pas utilisé pour des fins autres que celles voulues par le traité* » (1679). Elle souligne également l'obligation pour la Cour de justice de vérifier sa propre compétence et celle du juge national de la respecter, notamment par l'obligation de préciser le cadre factuel dans lequel une question sur l'interprétation du droit de l'Union européenne s'est posée.

On peut dès lors conclure que la preuve des faits dans le droit de l'Union européenne doit être analysée à un double niveau : permettre, tout d'abord, au juge de vérifier sa compétence pour appliquer ou interpréter le droit de l'Union européenne au regard des faits concrets de l'espèce et permettre, ensuite, à celui-ci d'appliquer la disposition la plus appropriée. En ce sens, le droit de l'Union lui reconnaît un rôle actif dans la détermination des faits, objet de preuve.

B. Le rôle actif du juge dans la détermination des faits, objet de preuve

Le rôle actif du juge dans la détermination des faits résulte d'une conception particulière de l'objet de la preuve. Il s'agit ici de présenter l'objet de la preuve comme inhérent à la règle juridique applicable. Autrement dit, lorsque le juge se prononce sur l'objet de la preuve, il tranche une question de fond du droit. L'objet de la preuve est ainsi défini comme « *l'ensemble des éléments factuels qui conditionnent l'application de*

(1678) F.-C. JEANTET, « L'arrêt Albatros (à propos de l'application du Traité C.E.E au régime français d'importation du pétrole). Compétences réciproques de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales », *JCP*, 1965, doct. n° 1907.

(1679) A. BARAV, « Imbroglia préjudiciel. À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia c. Novello », *op. cit.*, p. 458.

492 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

la règle de droit qu'une partie invoque à son profit » (1680). Les faits qui feront l'objet de preuve sont de toute première importance. Le juge doit pouvoir, à partir d'un ensemble d'éléments de fait, décider qu'ils s'intègrent dans l'hypothèse abstraite que la règle de droit régit et, par conséquent, qu'ils relèvent de cette dernière. Le droit de l'Union reconnaît une marge considérable au juge pour décider de la pertinence des faits (1). L'étude de la jurisprudence révèle que la pertinence des faits ne peut pas être envisagée indépendamment de la nature de ces derniers (2).

1. La pertinence des faits et la marge d'appréciation reconnue au juge dans le droit de l'Union

Le droit de l'Union européenne reste marqué, plus que le droit national, par le décalage dans les situations factuelles que celui-ci régit. L'intervention du juge sur l'objet de la preuve vient pallier les ambiguïtés des textes au regard des faits. En ce sens, on peut parler d'une fonction normative du juge. En interprétant la disposition juridique du droit de l'Union applicable, il se fonde sur une situation de fait pour lui donner une application concrète. Il détermine ainsi, à défaut d'une précision textuelle expresse, quels sont les faits pertinents pour l'application de cette disposition (1681).

La pertinence des faits dans le droit de l'Union européenne désigne essentiellement l'appréciation souveraine du juge pour décider si tel ou tel fait entre dans le champ de la règle de droit de l'Union applicable. Cette pertinence ne préexiste pas au jugement : « *le fait pertinent n'ayant d'existence qu'à travers sa reconnaissance par le juge* » (1682). Pour reprendre le professeur Charles de Visscher, « *l'as-*

(1680) T. HABU GROUD, *La preuve en droit international privé*, op. cit., p. 219.

(1681) L'interprétation se distingue donc de l'application. À cet égard, le juge Ehlich écrit dans son opinion dissidente que « *ces mots ont trait à des processus dont l'un, interprétation, consiste à déterminer la signification d'une disposition, tandis que l'autre, l'application, consiste, en un sens, à établir les conséquences que la disposition attache à l'occurrence d'un fait donné... Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application sont donc des différends portant, soit sur la signification d'une clause, soit sur le point de savoir si les conséquences attachées par la clause à un fait doivent se produire dans un cas donné* ». Opinion dissidente citée par J. J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », op. cit., p. 342.

(1682) Il convient toutefois de préciser que la détermination des faits pertinents se distingue de l'opération de qualification juridique. « *La qualification juridique se distingue de l'opération de preuve parce qu'elle consiste en la traduction d'un objet de connaissance par un concept juridique. L'opération de preuve consiste à établir la liaison entre un fait et une règle de droit* ». C'est en ce sens que certains auteurs parlent que la qualification juridique est un objet apparent de la preuve. Cependant, il s'agit de deux notions distinctes même si elles visent le fait dans le travail du juge, parce qu'elles reposent sur deux techniques différentes.

sujettissement du fait à la norme va de pair avec une adaptation de la norme au fait » (1683).

Pour le professeur Jean Salmon, « *la pertinence des faits est liée aux choix de la règle de droit applicable (...). Le droit n'est pas concerné par ce qu'il ne régit pas. Il n'embrasse que les faits qu'il a déterminés. Pour le droit, les faits ne présentent d'intérêt que si on peut les ramener à des règles juridiques. Ainsi dans toute la masse informe de faits qui entourent une cause déterminée certains faits seront détachés et retenus comme pertinents, d'autres rejetés comme sans pertinence (...). Le choix du fait pertinent relève d'une décision discrétionnaire de l'organe chargé d'appliquer le droit* » (1684). Pour le juge Pierre Pescatore, « *appliquer le droit veut dire : établir la correspondance entre les faits concrets du cas en considération et les conditions d'application d'une règle juridique, pour en tirer les conséquences voulues par le dispositif de cette règle* » (1685).

C'est ainsi par la détermination de la pertinence des faits que sont affirmées la fonction normative du juge et sa place dans l'édifice du système juridique de l'Union. La généralité des termes dans les traités et dans le droit dérivé permet « *à l'interprète (...) de leur attribuer un contenu, au cas par cas en fonction de (...) la norme* » (1686) qu'il doit appliquer. Par l'interprétation que le juge va donner à la disposition juridique, il procède non seulement à son application en l'espèce, mais il contribue aussi à préciser le contenu et, par conséquent, il peut « *modeler un système juridique et accélérer notamment un phénomène de centralisation* » (1687).

« *L'opération de preuve vise à s'assurer de la capacité du fait à établir les allégations ; la qualification juridique vise à traduire ce fait selon un concept juridique découlant de la règle de droit applicable* ». Cette phase est connue dans le syllogisme juridique comme la mineure. Quant à la détermination des faits pertinents, « *il ne s'agit pas de partir de la règle de droit interprétée en vue de l'application aux faits, mais de considérer la dialectique qui partant des faits, suscite l'application d'une règle qui n'aura d'effectivité qu'à travers son individualisation* ». Dans ce sens, certains auteurs qualifient cette opération de pertinence normative. Voy. dans ce sens, X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., pp. 149 et s. ; F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 12 et pp. 159 et s.

(1683) C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 28.

(1684) J. J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », op. cit., pp. 299 et 300.

(1685) P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} réimpr. Université de Luxembourg, 2009, p. 296.

(1686) E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2010, p. 288.

(1687) M.-C. BERGERÈS, *Contentieux communautaire*, op. cit., p. 72.

494 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

L'utilisation d'une méthode d'interprétation ou d'une autre par le juge dépend de l'effet souhaité de la décision juridictionnelle et de ses conséquences. Parmi les différentes méthodes, l'étude de la jurisprudence révèle une préférence du juge pour la méthode téléologique d'interprétation (1688) sans pour autant que les autres méthodes d'interprétation plus classiques (1689) soient exclues.

Par les constructions jurisprudentielles auxquelles elle va aboutir, la détermination de l'objet de la preuve constitue « *un véritable moteur de l'intégration européenne* » (1690). Ainsi, quelle que soit la méthode d'interprétation utilisée, c'est la démarche du juge qui importe. Les références croisées entre les notions générées par les traités, l'identification des finalités des traités et la nécessité de garantir leur effet sont utilisées par le juge pour expliquer pourquoi telle ou telle situation factuelle peut être considérée comme entrant dans le champ d'application de la disposition juridique du droit de l'Union applicable.

C'est à l'occasion du contentieux relatif à l'articulation du champ d'application du droit dérivé avec le droit primaire que le juge de l'Union a précisé que certaines situations factuelles pouvaient être appréhendées par le droit de l'Union européenne et, par conséquent, retenir son application en l'espèce et en tirer les conséquences (1691). Cette démarche de précision entre les situations régies par le droit primaire

(1688) Cette méthode consiste pour le juge à utiliser les objectifs des traités comme principe d'interprétation. Pour le juge Pierre PESCATORE, cette méthode d'interprétation permet d'isoler quatre thèmes résumant l'essentiel des objectifs de la Communauté qui s'articulent autour de l'égalité, des libertés de circulations, de solidarité et de l'unité. P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 1972, pp. 325 à 363.

(1689) Il s'agit en l'occurrence de l'interprétation littérale et systématique. Pour les différentes méthodes d'interprétation voy. J. BOULOIS, « Interprétation (méthode) », in *Rép. communautaire*, Dalloz, 1992 ; D. SIMON, *Interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, op. cit., pp. 499 et s.

(1690) E. BERNARD, *La spécificité de la notion de standard en droit communautaire*, op. cit., p. 306.

(1691) Le lien potentiel de ces situations factuelles est souvent mis en exergue notamment par les formules utilisées comme « comparables », « similaire », voire présentant « un intérêt transfrontalier certain », un effet anticoncurrentiel potentiel. Le contenu indéterminé de ces notions laisse ainsi une marge d'appréciation au juge au cas par cas qui lui permettra de retenir ou non l'application de la disposition juridique pertinente. Valérie Fauré écrivait au sujet de l'entente unique qu'« *en consacrant cette nouvelle infraction, le Tribunal a confirmé sa volonté de privilégier une lecture téléologique et plus économique de l'article 81. Il est important de préciser que de tels comportements infractionnels s'étendent sur une longue durée (généralement sur plusieurs années). L'infraction unique est alors généralement qualifiée aussi de continue* ». Voy. V. FAURÉ, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, op. cit., pp. 423 et s., et p. 496.

et par le droit dérivé s'inscrit également dans l'affirmation que les obligations des traités s'imposent en dépit d'un acte de droit dérivé (1692).

La détermination de l'objet de la preuve et la marge de manœuvre dont dispose le juge sont également affirmées par l'autonomie des notions du droit de l'Union européenne. Le juge est d'ailleurs particulièrement vigilant sur ce point et veille scrupuleusement dans ses décisions à ne pas aboutir à une confusion des situations factuelles que ces notions peuvent appréhender. L'affirmation de l'autonomie des notions s'inscrit également dans la volonté de préserver la cohérence dans la réalisation du marché intérieur qui n'aurait plus eu de sens si les situations factuelles régies prêtaient à confusion (1693).

Le caractère particulièrement intégratif du pouvoir normatif du juge se manifeste également dans l'interprétation autonome des notions du droit de l'Union européenne. La méthode d'interprétation autonome est choisie par le juge lorsque celui-ci est confronté à un problème d'application uniforme des dispositions du droit de l'Union européenne. Ainsi, le Tribunal de l'Union européenne estime que « *les termes d'une disposition de droit [de l'Union] qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver une interprétation autonome* » (1694). Mais en réalité une telle interprétation autonome est d'autant plus nécessaire que, dans ce cas, « *son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute [l'Union], une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause* » (1695).

En dégageant des notions autonomes, le juge de l'Union, pour décider de la pertinence des faits, émancipe le droit de l'Union européenne des règles nationales de preuve et fait participer activement le

(1692) Pour une illustration récente de cette position jurisprudentielle, voy. les affaires en matière de marchés publics en ce qui concerne la précision quant à l'application des règles des traités et des principes généraux du droit de l'Union aux marchés présentant un intérêt transfrontalier certain. CJCE, gd. ch., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777, pts 29 à 31 ; CJCE, 15 mai 2008, *SECAP*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, arr. préc., pts 19 et 20 ; CJUE, 29 décembre 2009, *Serrantoni Srl*, aff. C-376/08, *Rec.* p. I-12169, pts 24 et 25 ; pour un exemple récent en matière de prestations sociales, voy. CJUE, gd. ch., 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, *Rec.* p. I-8889.

(1693) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1 de la Première partie de la thèse.

(1694) TPICE, 18 décembre 1992, *Díaz García c. Parlement*, aff. T-43/90, *Rec.* p. II-2619, pt 36.

(1695) CJCE, 19 septembre 2000, *Luxembourg c. Linster*, aff. C-287/98, *Rec.* p. I-6917, pt 43.

496 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

juge national, notamment par la marge d'appréciation dont ce dernier dispose pour leur application aux faits de l'espèce (1696).

Ainsi, par exemple, en matière de marque, un régime spécifique de preuve a été élaboré, en tenant compte de la particularité de la propriété industrielle et de la protection du titulaire de marque. Pour ce faire, la Cour de justice s'est affranchie des qualifications juridiques nationales et a dégagé une notion autonome du consentement du titulaire de marque. Elle en a conclu que le consentement de ce dernier à la commercialisation des produits ne pouvait pas être présumé. Par cette précision, la Cour de justice a estimé qu'il incombe à « *l'opérateur qui invoque l'existence d'un consentement d'en apporter la preuve et non pas au titulaire de la marque d'établir une absence de consentement* » (1697). Pour la Cour de justice, cette charge de la preuve découle de la protection instaurée par la directive 89/104/CEE (1698) elle-même et garantit ainsi la possibilité pour le titulaire de s'opposer à la commercialisation des produits (1699).

Le même raisonnement a été suivi en ce qui concerne la preuve de l'atteinte au droit exclusif du titulaire de la marque (1700). La Cour de justice a estimé que l'atteinte constituait une condition d'exercice du droit d'interdiction dont bénéficie le titulaire. Par conséquent, l'objectif d'assurer « *une même protection dans la législation de tous les États membres* » nécessitait que la preuve de cette atteinte fût régie par le droit de l'Union. Tirant les conséquences de l'arrêt *Zino Davidoff* (1701), la Cour de justice a conclu que la charge de la preuve devait

(1696) Voy. J. MERTENS DE WILMARS, « Arguments de raison et arguments d'autorité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, op. cit., p. 81.

(1697) CJCE, 20 novembre 2001, *Zino Davidoff et Levi Strauss*, aff. jtes C-414/99 à C-416/99, *Rec. p.* I-8691, pt 54.

(1698) Première directive 89/104/CEE, du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, *JO n° L 40* du 11 février 1988, p. 1.

(1699) La position de la Cour de justice est d'autant plus significative que l'Avocate générale Stix-Hackl, dans ses conclusions, invitait la Cour à renvoyer au juge national le soin d'établir, en tenant compte des impératifs du droit de l'Union, si le titulaire de la marque avait ou non renoncé à son droit exclusif de contrôler la commercialisation des produits. Elle a invité également la Cour à répondre que la directive s'opposait à une réglementation nationale qui imposait une présomption générale de renonciation. Cette solution semblait logique avec la directive. Pour la protection conférée, la directive précisait que les moyens de protection, « *et en particulier la charge de la preuve, relèvent des règles nationales de procédure auxquelles la présente directive ne porte pas préjudice* ». Conclusions présentées le 5 avril 2001, *Rec. p.* I-8691.

(1700) CJCE, 18 octobre 2005, *Class International BV*, aff. C-405/03, *Rec. p.* I-8735, pts 62 à 75.

(1701) CJCE, 20 novembre 2001, *Zino Davidoff et Levi Strauss*, aff. jtes C-414/99 à C-416/99, arr. préc.

incomber alors au titulaire de la marque qui invoquait l'atteinte à son droit exclusif d'interdiction.

Dans l'arrêt *Van Doren* (1702), la Cour de justice a précisé davantage le système de la preuve dérogé en matière de marque. Elle a estimé que « *l'épuisement du droit de marque constitue un moyen de défense pour le tiers poursuivi par le titulaire de la marque, de sorte que les conditions de cet épuisement doivent, en principe, être prouvées par le tiers qui l'invoque. Une telle règle de preuve est compatible avec* » le droit de l'Union (1703).

On peut dès lors conclure que, lorsque le juge de l'Union dégage une notion autonome par rapport aux qualifications nationales, cette notion est potentiellement susceptible d'être interprétée comme contenant une règle de preuve spécifique. En effet, cette règle de preuve se trouve articulée autour des éléments constitutifs de la notion autonome de telle manière que l'on ne peut plus envisager la notion du droit de l'Union indépendamment de son régime probatoire (1704).

La principale conséquence de la consécration des notions autonomes sur l'objet de la preuve est double. Tout d'abord, elle invite le juge national à prendre en considération l'application uniforme de cette notion dans la répartition de la charge de la preuve. Ensuite, elle invite le juge national, en cas de doute, à surseoir à statuer et à poser une question préjudicielle sur l'interprétation de cette notion (1705).

La reconnaissance du pouvoir normatif du juge dans la détermination de l'objet de la preuve permet au juge de préciser davantage le contenu des notions et leur champ d'application. Elle permet également de tirer certaines conséquences en ce qui concerne l'objet de la preuve en général. Plus particulièrement, elle indique au juge national la nature des faits qu'il peut prendre en compte et retenir comme pertinents pour l'application du droit de l'Union européenne.

2. La pertinence des faits, tributaire de leur nature

S'intéressant à la nature des faits pour décider de leur pertinence, le juge remédie à une difficulté de preuve. Ainsi, par rapport aux faits que les parties lui ont soumis, le juge vérifie leur pertinence non seulement au regard de la norme applicable, mais aussi au regard

(1702) CJCE, 8 avril 2003, *Van Doren*, aff. C-244/00, *Rec.* p. I-3051.

(1703) *Ibid.*, pts 35 et 36.

(1704) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 de la Première partie de la thèse.

(1705) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1 A. 2. de la Première partie de la thèse.

498 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

de l'ensemble des faits susceptible de justifier l'application du droit de l'Union (a). Cela lui permet également de décider que certains faits sont dispensés de preuve (b).

a) *L'examen de la pertinence au regard de l'ensemble des faits*

L'examen de la pertinence au regard de l'ensemble des faits permet d'observer dans la jurisprudence l'existence d'une distinction entre les faits subjectifs et les faits objectifs (i) et entre les faits négatifs et les faits positifs (ii).

i) *Les faits subjectifs et les faits objectifs*

La distinction entre les faits subjectifs et les faits objectifs dans la jurisprudence des juridictions de l'Union traduit une position jurisprudentielle allant dans le sens d'une volonté de faciliter la preuve des faits pouvant justifier l'application du droit de l'Union européenne. L'étude de la jurisprudence démontre que les juridictions de l'Union ont tendance à retenir les faits objectifs comme pertinents plutôt que les faits subjectifs dont la preuve peut se révéler délicate à apporter et, par conséquent, sont de nature à faire peser sur le demandeur une charge excessivement lourde. Il s'agit, dans la plupart des cas, des faits purement intellectuels relevant de certains préjugés ou mobiles qui peuvent avoir des effets juridiques et, par conséquent, être appréhendés par le droit. Ces faits sont qualifiés de subjectifs par opposition aux faits objectifs dont l'établissement ne dépend pas de la conduite des sujets.

La preuve d'un fait subjectif exige plus particulièrement d'établir l'existence d'une intention. Cette preuve est difficile à apporter car le juge est confronté à « *un élément intellectuel, psychologique, une intention...un sentiment même* » (1706) qu'il doit interpréter à l'aune du but voulu par le législateur de l'Union ou par les traités.

La réticence des juridictions de l'Union à l'égard des faits subjectifs a abouti à une évolution jurisprudentielle de certaines notions dont l'établissement reposait sur la preuve d'un tel fait. Deux notions dans la jurisprudence retiennent particulièrement l'attention : la notion de détournement de pouvoir et la notion de discrimination. Le régime probatoire de ces deux notions se caractérise aujourd'hui par une appréciation objective de leur preuve qui ne repose plus sur l'existence d'une

(1706) J. LEMASURIER, « La preuve dans le détournement du pouvoir », *RDP*, 1959, p. 42 ; Y. WEBER, « La preuve du détournement de pouvoir », *RTDE*, 1967, p. 514.

intention, fait subjectif, mais sur un fait extérieur à la personne même du défendeur.

Ainsi, en ce qui concerne le détournement de pouvoir, l'Avocat général Lagrange estimait que « *si le moyen de détournement du pouvoir présente, par essence même, un caractère subjectif, la preuve de son existence doit se fonder sur des éléments objectifs* » (1707). À cet égard, le juge de l'Union est assez libéral puisqu'il admet différents moyens de preuve et recherche si le détournement de pouvoir résulte des termes mêmes de l'acte attaqué et de toutes les pièces du dossier (1708). Il admet également que la preuve du détournement du pouvoir peut être apportée par « *un faisceau de présomptions* ».

Toutefois, l'assouplissement du régime de la preuve n'a pas eu pour conséquence de modifier le sens des décisions des juridictions de l'Union face à ce moyen d'annulation (1709). En effet, rares sont les arrêts qui donnent gain cause aux requérants au titre du détournement de pouvoir (1710). Le juge de l'Union se montre particulièrement exigeant lorsque le requérant entend prouver le détournement au moyen d'une présomption. Celle-ci doit reposer sur des indices suffisamment sérieux, graves et concordants. Une simple présomption ne saurait être retenue (1711). De plus, lorsque ce moyen est invoqué, le juge de l'Union préfère donner gain cause aux requérants sur le fondement d'un autre moyen d'annulation reposant davantage sur des éléments objectifs.

En ce qui concerne la notion de discrimination, c'est à propos de la notion de discrimination indirecte que la Cour de justice a affirmé que le critère apparemment neutre qui fonde la différence de traitement cache un effet discriminatoire et, partant, aboutit au même résultat qu'une discrimination directement fondée sur un critère prohibé (1712). Par conséquent, ce qui compte n'est pas l'intention de discriminer, mais

(1707) Conclusions présentées le 17 octobre 1963, sous l'arrêt CJCE, 5 décembre 1963, *Leroy c. Haute Autorité CECA*, aff. jtes 35/62 et 16/63, *Rec.* p. 399.

(1708) K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, Sweet and Maxwell, 2th coll., 2006, pp. 309 et s.

(1709) Y. WEBER, « La preuve du détournement de pouvoir », *op. cit.*, p. 530.

(1710) En ce sens, la position des juridictions de l'Union ne se distingue pas de la position du Conseil d'État français en ce qui concerne la preuve de ce moyen d'annulation. Voy. CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, *Rec.* p. 934, comm. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 28 et s.

(1711) J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 260 ; pour les modes de preuves du détournement du pouvoir voy. Y. WEBER, « La preuve du détournement de pouvoir », *op. cit.*, pp. 541 et s.

(1712) Cette jurisprudence a été rendue à l'occasion des affaires mettant en cause une inégalité de traitement fondée sur le sexe. CJCE, 27 mars 1980, *Macarthys*, aff. 129/79, *Rec.* p. 1275 (politique de rémunération) ; CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. France*, aff. 318/86, *Rec.* p. 3559 (recrutement dans les emplois de la fonction publique pénitentiaire) ; CJCE, 13 mai

500 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

le résultat discriminatoire. Ce dernier est établi si un critère non prohibé aboutit à un résultat proche d'une discrimination directement fondée sur un tel critère. La référence à un élément ou à un fait objectif est explicitement affirmée. Toute considération liée à l'absence ou non d'une intention de discriminer est sans incidence. L'établissement de cet élément objectif suffit à lui seul à qualifier la pratique de discriminatoire dans la mesure où il fait naître une présomption de discrimination (1713).

L'approche de la notion de discrimination indirecte est transposable à l'ensemble du droit de l'Union européenne, notamment en matière des restrictions discriminatoires aux libertés de circulation. Le caractère discriminatoire des réglementations nationales est apprécié sur la base des éléments objectifs qui permettent de conclure qu'effectivement l'application de ces dernières aboutit à créer une différence de traitement à l'égard des produits, des personnes, de services, des capitaux en provenance des autres États membres. Le caractère discriminatoire résulte des effets que produit la réglementation nationale, indépendamment du fait que cette différence de traitement a été ou non intentionnellement créée (1714).

La définition de la notion de discrimination par rapport à ses effets n'est pas sans incidence sur la preuve de sa justification. Les autorités nationales et les États membres ne peuvent pas invoquer l'absence d'une intention de discriminer, mais doivent démontrer qu'une telle différence de traitement est justifiée par des raisons objectives et que les mesures prises à cet égard ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire (1715).

La réticence des juridictions de l'Union à l'égard des faits subjectifs est révélatrice de ce que la détermination des faits pertinents dépend dans une large mesure de la difficulté de la preuve que ceux-ci peuvent susciter.

Ainsi, lorsque le juge qualifie une notion du droit de l'Union d'« objective », il tranche de manière indirecte une question de preuve au regard des faits susceptibles d'être considérés comme pertinents.

1986, *Bilka*, aff. 170/84, *Rec.* p. 1607 (fonds de pension de retraite) ; CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, *Rec.* p. 3199 (traitement de salaires).

(1713) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. 2. b) i) de la Première partie de la thèse.

(1714) Cette position jurisprudentielle peut être également rapprochée de l'évolution de la notion de faute en droit civil français et les incidences sur les régimes de responsabilité civile. Pour le droit administratif français, voy. sur ce point B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 2007.

(1715) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. A. de la Première partie de la thèse.

L'établissement de cette notion suppose l'existence d'éléments objectifs, extérieurs qui peuvent être démontrés en toute circonstance, indépendamment de toute intention ou d'éléments subjectifs (1716).

Une telle démarche permet d'assurer une réalisation effective et uniforme du droit de l'Union et, plus particulièrement, dans son application devant le juge national. L'application du droit de l'Union à une situation d'espèce ne saurait dépendre de la volonté des parties. Elle dépend d'éléments extérieurs que les principes inhérents au système juridique de l'Union forgent. En ce sens, on comprend également l'utilité du recours par le juge au qualificatif des « notions autonomes » du droit de l'Union (1717).

Une telle démarche peut également être observée par la distinction entre faits positifs et faits négatifs.

ii) *Les faits négatifs et les faits positifs*

La doctrine a depuis longtemps fait la distinction entre les faits négatifs et les faits positifs (1718). Il y a un fait négatif lorsqu'il faut établir qu'un événement ou une action ne s'est pas produit. *A contrario*, un fait positif ou une action réalisée est un fait qui s'est réellement produit. Cette distinction, dans la doctrine, a été utilisée afin de rendre compte de la difficulté de preuve que les faits négatifs peuvent susciter. En effet, il est beaucoup plus facile de démontrer une action qu'une inaction (1719).

Or, le fait négatif n'entraîne pas systématiquement une difficulté de preuve. Comme l'observait déjà le professeur Jean Larguier « *l'expression « fait négatif » (...) ne doit pas faire illusion, car, sous ce vocable unique, se dissimulent en réalité des situations bien*

(1716) À titre d'exemple, le juge rappelle que la notion d'aide d'État est une notion objective. Il en est de même de la notion de « manquement », « travailleur », « entente », « préjudice ». Voy. également, CJCE, 23 mai 1996, *John O'Flynn*, aff. C-237/94, arr. préc., pt 21 : « *il convient d'ajouter que les motifs pour lesquels un travailleur migrant choisit de faire usage de sa liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté ne sauraient être pris en compte pour apprécier le caractère discriminatoire d'une disposition nationale. En effet, la possibilité de se prévaloir d'une liberté aussi fondamentale que la liberté de circulation des personnes ne saurait être limitée par de telles considérations, d'ordre purement subjectif* ». comm. F. PICOD, *RAE*, 1996, p. 185.

(1717) Voy. sur ce point, les développements du 1. de ce B.

(1718) Voy. sur ce point, L. BOYER, H. ROLAND, *Introduction au droit*, op. cit., pp. 573 et s.

(1719) Une telle inaction est néanmoins nécessaire pour fonder un recours en carence. Dans le cadre de ce recours, le requérant doit démontrer l'existence d'une obligation à agir qui est en soi un fait positif. Voy. M. WAELBROECK, O. SPELDOORN, « Carence (recours en) », *in Rép. communautaire*, Dalloz, 1999, spéc. n° 27 et s ; J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelle de l'Union européenne*, op. cit., p. 275.

dissemblables. De même que certaines formes d'abstention ne sont que des formes d'action inavouées, de même certains faits que l'on peut présenter comme négatifs ne le sont que par l'artifice d'une construction grammaticale » (1720). Il en concluait que, dans ce cas de figure, « *la preuve d'un fait négatif ne soulève pas de problème spécifique lorsque cette preuve peut se faire par la preuve positive d'une affirmation contraire* » (1721).

De l'étude de la jurisprudence, il résulte que, face à un fait négatif, le juge recherche plutôt si le même résultat ne peut pas être atteint par l'exigence d'une preuve d'un fait positif.

Ainsi en matière d'aides d'État, dans l'affaire *Boiron*, l'Avocat général Tizzano a estimé que l'exigence de démontrer que l'une des conditions prévues par la jurisprudence pour considérer une aide d'État comme légale n'était pas remplie, ne constituait pas une preuve négative. En effet, il a précisé qu'en l'espèce, il s'agissait d'« *une simple question terminologique (...) [et que] les faits dont Boiron doit faire la preuve devant la juridiction de renvoi peuvent tous être qualifiés également de faits positifs : compensation excessive par rapport aux coûts encourus au titre du service public, existence d'un avantage économique pour le prestataire du service* » (1722).

La Cour de justice a suivi son avocat général et a précisé, en l'espèce, que le droit de l'Union « *ne s'oppose pas à l'application de règles du droit national qui subordonnent le remboursement d'une contribution obligatoire (...) à la preuve, incombant à l'auteur de la demande de remboursement, que l'avantage tiré par les grossistes répartiteurs de leur non-assujettissement à cette contribution excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale et, en particulier, que l'une au moins des conditions dites «Altmark» n'est pas réunie* » (1723). Dans cet affaire, la Cour de justice a estimé qu'il revenait au juge national de décider si cette règle d'administration de la preuve pouvait rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible pour l'opérateur économique la preuve d'une telle situation. Si tel

(1720) J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.*, 1953, p. 3.

(1721) *Ibid.*, p. 3.

(1722) Conclusions de l'Avocat général Tizzano, présentées le 30 mars 2006, sous l'arrêt CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, arr. préc., pt 77 ; J.-Y. CHÉROT, « La Cour se prononce sur un cas particulier où l'institution d'une taxe constitue elle-même l'instauration d'un régime d'aide », *Concurrences*, 2006 n° 4, pp. 104 à 107 ; F. ZIVY, « Le juge national a le devoir de court-circuiter le droit de la preuve pour assurer l'effectivité du contrôle des aides d'État », *Concurrences*, 2006 n° 4, pp. 121 à 123.

(1723) CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, arr. préc., pt 56.

est le cas, celui-ci doit en écarter l'application ou aménager la charge de la preuve dans le respect du principe d'effectivité (1724).

Parmi les faits qui lui sont présentés, le juge va donc rechercher, tout d'abord, l'existence des faits positifs et, ce n'est que lorsque cela se révèle impossible, qu'il renversera la charge d'administrer la preuve ou admettra le fait négatif à titre très exceptionnel de preuve.

On peut dès lors conclure que la preuve d'un fait négatif n'aboutira à un renversement de la charge de la preuve que si, effectivement, une des parties se trouve dans l'impossibilité d'en démontrer l'existence.

Ainsi, par exemple, en matière de fonction publique, le Tribunal a estimé qu' « *il ne peut être déduit de ces éléments de fait que la charge de la preuve de la transmission des fiches qui, en principe, pèse sur le fonctionnaire qui en fait l'allégation, s'est déplacée sur l'administration. Il convient de souligner, à cet égard, qu'aucun indice de la transmission effective des fiches ne ressort du dossier ou des observations des parties. Partant, exiger de la Commission qu'elle prouve ne pas avoir reçu les fiches constituerait une violation du principe "actori incumbit probatio", selon lequel chaque partie a l'obligation de prouver uniquement les seuls faits positifs sur lesquels elle s'appuie; en d'autres termes, ce principe interdit de faire peser sur une partie la charge d'une preuve de caractère purement négatif* » (1725).

De même, en matière de concurrence, les juridictions de l'Union ont admis que le parallélisme de comportement pouvait constituer une preuve indirecte de l'entente. Or, l'analyse de la jurisprudence permet de considérer que le parallélisme de comportement est une preuve négative (1726). En effet, selon la formule utilisée par la Cour de justice dans l'affaire *Matières colorantes*, un parallélisme de comportement est susceptible de constituer un indice sérieux pour identifier une pratique concertée « *lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne*

(1724) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1. B. 2. de la Première partie de la thèse.

(1725) Seul un arrêt du Tribunal en fait expressément mention. TPICE, 10 mai 1990, *Paul F. Sens c. Commission*, aff. T-117/89, *Rec.* p. II-185, pt 20. Toutefois, la juridiction a rappelé les conséquences de ce principe sur la nature même de la charge de la preuve. L'utilisation de ce principe est justifiée par les conséquences sur la nature de la charge de la preuve que son application entraîne. Sur ce point, voy. Chapitre 2, Section 1, §1. B. de ce titre.

(1726) Une telle démarche a été interprétée par la doctrine comme la consécration d'une preuve négative de la pratique concertée à la différence de la position américaine. Voy. à cet égard l'étude de cette question B. GOLDMAN, *JDI*, 1973, *op. cit.*, pp. 939 et s. ; L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, *op. cit.*, p. 199 ; L. IDOT, « Épilogue dans l'affaire Pâte de Bois, les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence », *Europe*, *op. cit.*, p. 2 ; I. LIANOS, « La confusion des infractions de l'article 81 §1 : quelques interrogations sur la notion d'infraction unique », *op. cit.*, pp. 253 et 254.

504 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché » (1727). Pour le professeur Vogel, cette formule permet de déterminer quel est le raisonnement des juridictions de l'Union concernant l'interprétation du parallélisme de comportement. Il en déduit que ce raisonnement « *se décompose en deux étapes : la Cour vérifie d'abord si la situation du marché n'est pas de nature à déterminer elle-même le parallélisme du comportement ; de l'absence de toute autre cause rationnelle possible, elle induit la vraisemblance de la concertation* » (1728). Pour démontrer le parallélisme de comportement, la Commission doit, tout d'abord, établir l'absence de conditions normales de concurrence sur le marché pertinent. C'est une preuve difficile dans la mesure où il faut au préalable définir ce qu'il faut entendre par des conditions normales de concurrence pour en déduire l'absence.

Conscientes de la difficulté qu'une telle preuve peut poser, les juridictions de l'Union ont adopté la démarche inverse : tout d'abord, elles regardent si le parallélisme du comportement s'explique par un effet anti-concurrentiel et, ce n'est qu'ensuite, elles s'intéressent à d'autres éléments pouvant le justifier (1729). Cette démarche d'analyse remédie aux difficultés d'une preuve négative (1730).

La jurisprudence relative à la répétition de l'indu constitue également une illustration des difficultés de preuve qu'un fait négatif peut poser, lorsque la législation nationale aboutit à créer une présomption de répercussion. Dans un tel cas de figure, l'opérateur économique doit prouver qu'il n'a pas répercuté les sommes sur le consommateur final afin de pouvoir prétendre au remboursement des sommes versées. La Cour de justice estime que son effet restrictif sur l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union peut être évité si le requérant a la possibilité de présenter tous les éléments de preuve. Le problème de la preuve de la non-répercussion peut être résolu par la preuve d'un fait positif,

(1727) CJCE, 14 juillet 1972, *SA française des matières colorantes (Francolor) c. Commission*, aff. 54/69, arr. préc., pt 8.

(1728) L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, op. cit., p. 199.

(1729) CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Commission*, aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, arr. préc., pt 126 ; pour un exemple de la position du Tribunal, voy. TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl et autres c. Commission*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, arr. préc., pts 726 et 727.

(1730) C.-E. GUDIN, « Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire (jusqu'où peut-on faciliter la preuve de l'entente compte tenu de l'exigence de sécurité juridique des entreprises ?) », *RAE*, 1996, pp. 117 à 135.

par exemple par la preuve des démarches que l'opérateur économique a accomplies dans la commercialisation de ses produits (1731).

Le fait négatif dans le droit de l'Union est un moyen efficace pour constater une difficulté de preuve. Cette difficulté de preuve s'apprécie au regard de la réalisation effective du droit de l'Union. La prise en compte de cette réalisation effective conduit le juge dans certaines hypothèses à dispenser de preuve certains faits.

b) *La détermination des faits dispensés de preuve*

L'obligation d'apporter la preuve des faits se trouve tempérée pour certains faits qui ne nécessitent pas une preuve particulière. De tels faits sont considérés comme établis : leur seule invocation devant le juge suffit. Le juge ne peut pas en ignorer l'existence : parce que ce fait s'impose soit d'évidence, soit parce que le juge doit l'examiner d'office. Il s'agit des faits notoires (i) et des faits présumés (ii) auxquels le droit de l'Union réserve un traitement particulier dès lors que ceux-ci peuvent constituer une dispense de preuve.

i) *Les faits notoires*

La doctrine relève de manière unanime que le fait notoire constitue une dispense à l'obligation d'apporter la preuve des allégations (1732). Le professeur Henri Motulsky le présentait comme une « *dispense rationnelle* » à cette obligation (1733). Sont considérés comme notoires « *des faits qui sont susceptibles d'être connus par toute personne ou qui peuvent être connus par des sources généralement accessibles* » (1734).

Les juridictions de l'Union font également référence aux faits notoires, faits qu'elles considèrent, de manière constante, comme une

(1731) Cette position jurisprudentielle rejoint également la position de la Cour de justice à l'égard des réglementations nationales imposant une condition spécifique et aboutissant ainsi à une généralité de situations considérée comme entravant les libertés de circulation. Voy. les développements Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1 de la Première partie de la thèse.

(1732) Voy. cependant P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, op. cit. pp. 117 et s. ; J.-Ph. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, op. cit., p.

(1733) H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, op. cit. pp. 93 et 94.

(1734) TPICE, 22 juin 2004, *Claude Ruiz-Picasso et autres c. OHMI*, aff. T-185/02, *Rec.* p. II-1739, pt 29.

506 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

dispense à l'obligation que celui qui allègue un fait, est dans l'obligation d'apporter la preuve de sa réalité (1735).

Cette dispense trouve sa justification dans le caractère notoire du fait qui tire son origine des « *informations [qui] se rapportent souvent à des faits déjà publics, comme l'évolution de la situation politique, économique ou sociale* » (1736). Il s'agit « *des faits qui sont susceptibles d'être connus par toute personne ou qui peuvent être connus par des sources généralement accessibles* » (1737). En ce sens, « *ces faits notoires ne requièrent aucune vérification* » (1738).

Le caractère notoire d'un fait est apprécié au cas par cas. La jurisprudence relative au contentieux de la marque communautaire offre des exemples éclairants. À cet égard, l'article 83 du règlement n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (1739) prévoit la possibilité pour l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) de se référer, dans son examen d'office des faits, à des « *principes généralement admis en la matière dans les États membres* ». Par exemple, la règle correspondante du précédent règlement a été interprétée par la jurisprudence comme la faculté pour l'OHMI de se référer à des faits notoires dont la qualification dépend du cadre factuel soumis devant ses chambres (1740).

La reconnaissance du caractère notoire à un fait relève donc de la libre appréciation du juge de premier degré. Ainsi, la Cour de justice, dans le cadre du pourvoi, s'est toujours refusée à examiner la décision du Tribunal sur le point de savoir si le caractère notoire d'un fait devait

(1735) CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99, *Rec. p.* I-4961, pt 52. Voy. également TPICE, 27 octobre 2007, *Carmela Lo Giudice c. Commission*, aff. T-154/05, *nepr.*, pt 99. L'on retrouve également une telle obligation à l'article 126 §1 d) du règlement de procédure du Tribunal aux termes duquel une demande de révision doit contenir en plus des exigences fixées par les articles 43 et 44 du règlement, « *les moyens de preuve tendant à démontrer qu'il existe des faits justifiant la révision et à établir que les délais prévus à l'article précédent ont été respectés* ». Une telle exigence est également prévue devant l'OHMI concernant l'exactitude matérielle des faits, voy. CJCE, 22 juin 2006, *August Storck KG c. OHMI*, aff. C-25/05 P, *Rec. p.* I-5719, pt 51.

(1736) TPICE, 7 février 2002, *Aldo Kuijjer c. Conseil*, aff. T-211/00, *Rec. p.* II-485, pt 63.

(1737) TPICE, 22 juin 2004, *Claude Ruiz-Picasso et autres c. OHMI*, aff. T-185/02, arr. préc., pt 29.

(1738) Voy. pt 64 des conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentée le 23 mars 2006, sous l'affaire, CJCE, 22 juin 2006, *August Storck KG c. OHMI*, aff. C-25/05 P, arr. préc.

(1739) JO n° L 78 du 24 mars 2009, p. 1. Ce règlement abroge et remplace le règlement n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire à compter du 13 avril 2009.

(1740) Parmi de nombreux exemples voy. à propos de jus de fruits et considéré comme notoire le fait que ces jus sont vendus dans des bouteilles de tailles différentes. TPICE, 29 avril 2004 *Eurocermex SA c. OHMI*, aff. T-399/03, *Rec. p.* 11-1391.

être ou non retenu. Elle estime à cet égard qu'il s'agit d'appréciations factuelles qui ne peuvent pas faire l'objet de son contrôle (1741).

Si la jurisprudence admet le fait notoire comme une dispense à l'obligation d'apporter la preuve des faits allégués, elle a encadré son régime de preuve de manière stricte afin de ne pas porter une atteinte substantielle aux règles gouvernant l'administration de la preuve dans le droit de l'Union. Ainsi, lorsque le fait notoire est invoqué, celui-ci doit être démontré en cas de contestation par l'autre partie. À cet égard, le requérant qui l'a invoqué doit fournir les éléments nécessaires pour que le juge puisse vérifier le caractère notoire de ce fait. C'est la contestation qui met fin au caractère dérogatoire de ce fait et fait jouer pleinement l'obligation d'en apporter la preuve (1742).

De même, le fait notoire ne constitue pas, de manière générale, une motivation satisfaisante des décisions des institutions, plus particulièrement lorsqu'elles les invoquent pour fonder une décision de refus. Ainsi, le Tribunal de l'Union a estimé, dans l'affaire *Aldo Kuijjer c. Conseil*, que si les données relatives à la protection des droits de l'homme dans un État donné étaient des faits notoires, elles ne pouvaient pas justifier le refus du Conseil pour communiquer les informations demandées parce que « leur exposé ne comporte pas d'appréciations politiquement sensibles de la part du Conseil » (1743). Dans cette affaire, le Tribunal n'a pas hésité à annuler la décision de refus pour erreur manifeste d'appréciation, en rappelant que ces faits notoires comme motifs de refus de communication ne correspondaient pas aux documents demandés (1744).

De plus, l'utilisation du fait notoire comme une dispense de preuve peut dans certains cas aboutir à une violation du droit de l'Union européenne par le renversement de l'administration de la preuve qu'il peut opérer devant les juridictions nationales. Ainsi, tel a été le cas de la législation italienne et de son interprétation par les juridictions italiennes en ce qui concerne la répétition de l'indu et le régime de preuve qu'elle instaurait. À l'origine de l'affaire *Commission c. Italie* (1745), était en cause le régime de l'article 29, §2, de la loi italienne n° 429/1990 dont l'interprétation aboutissait à considérer que la répercussion était

(1741) CJCE, 22 juin 2006, *August Storck KG c. OHMI*, aff. C-25/05 P, arr. préc., pt 53.

(1742) Sur ce point et sur l'étendue du contrôle juridictionnel, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. B. 1. de cette partie de la thèse.

(1743) TPICE, 7 février 2002, *Aldo Kuijjer c. Conseil*, aff. T-211/00, arr. préc., pt 63. Voy. comm. T. GRAFFIN, *RAE*, 2002, pp. 909 à 914.

(1744) Voy. pts 64 à 70 de cet arrêt.

(1745) CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc.

508 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

censée être toujours effectuée. Cette interprétation apparaissait comme un fait normalement connu par les opérateurs économiques, l'administration fiscale et les juges et ne pouvait pas être ignorée. De plus, la répercussion avait été qualifiée par la Haute juridiction italienne comme « *un fait économiquement normal, fait notoire ne nécessitant pas une preuve* » (1746). Une telle présomption à la différence d'une présomption simple est très difficile à renverser par la preuve contraire, d'autant plus qu'elle est fondée sur un fait notoire qui « *est un fait totalement admis [et] ne doit pas être prouvé* » (1747).

Le caractère particulièrement attentatoire au regard des règles de preuve de cette interprétation était mis en avant en raison de l'origine légale de la présomption instaurée. C'était la loi italienne elle-même qui considérait comme connu le fait de la répercussion des sommes par les entreprises sur les consommateurs. Dans cette affaire, la Commission qualifiait cette présomption de « *présomption légale fondée sur un fait notoire, à savoir que les impositions sont répercutées sur les clients* » (1748) qui aboutissait à faire peser systématiquement la charge d'administrer la preuve sur le contribuable. Un tel système de preuve avait déjà été condamné par la Cour de justice par une série d'arrêts en matière de répétition de l'indu (1749).

Si le fait notoire est admis dans le droit de l'Union comme une possible dispense à l'obligation d'apporter la preuve des faits allégués,

(1746) Voy. pt 21 des conclusions de l'Avocat général Geerlhoed, sous l'arrêt CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc.

(1747) Voy. la note 12 des conclusions de l'Avocat général Geerlhoed, sous l'arrêt CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, *op. cit.* : « *Lorsque le juge passe, sur la base d'un raisonnement inductif, de la connaissance du factum probans à celle du factum probandum. La jurisprudence italienne estime que le factum probans doit présenter un degré de certitude absolu et ne peut être fondé sur des présomptions. Une "présomption légale" (la "presunzione legale" au sens de l'article 2728 du codice civile) ne suppose pas un raisonnement logique du juge, mais rattache directement une conséquence juridique à un fait donné. Le régime de la "preuve contraire" (la "prova contraria") est très différent selon l'hypothèse dans laquelle on se trouve. Dans le cas de la présomption légale, la preuve contraire ne peut parfois pas du tout être apportée, et, lorsqu'elle peut l'être, c'est à la partie adverse qu'il incombe de la faire. La charge de la preuve est alors renversée. Une présomption simple laisse moins de place à la preuve contraire, de par sa nature (...). Il convient de distinguer la présomption du fait notoire ("fatto notorio")* ».

(1748) Voy. pts 19 et 104 des conclusions de l'Avocat général Geerlhoed, présentées le 3 juin 2003, sous l'arrêt, CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, arr. préc. Pour les conséquences de cet arrêt, voy. les développements de la Première partie de la thèse, plus particulièrement le Titre 2, Chapitre 2, Section 2, consacrée au contrôle juridictionnel en matière de preuve.

(1749) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., pt 14, solution qui a été confirmée par la suite voy. CJCE, 25 février 1988, *Les Fils de Jules Bianco SA*, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85, arr. préc., pt 17 ; CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb*, aff. jtes C-192/95 à C-218/95, arr. préc., pt 25 ; CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Italie*, aff. 104/86, *Rec. p.* 1799, pt 13 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, arr. préc., pts 32 et 33.

son régime est strictement encadré par le juge afin de limiter ses conséquences attentatoires aux règles de preuve. Le juge se réserve ainsi une liberté dans l'appréciation des effets sur l'administration de la preuve que le fait notoire peut provoquer et ce, soit pour tempérer les prétendues difficultés de preuves, soit, au contraire, pour y remédier (1750).

Dans le droit de l'Union, le fait notoire ne doit pas être considéré comme une dispense absolue à l'obligation d'apporter la preuve des faits. Cette solution est en cohérence avec la liberté de la preuve et avec le pouvoir d'appréciation reconnu au juge quant aux allégations des requérants (1751). Les effets du fait notoire sont ainsi modulés en fonction du cadre spécifique de chaque affaire. Cette modulation repose sur des considérations pragmatiques liées à la nécessité ou non d'alléger la preuve des faits afin de faciliter l'administration de la preuve. Une analyse similaire peut être observée pour les faits présumés dès lors que ceux-ci sont invoqués comme une dispense de preuve.

ii) *Les faits présumés*

Les faits présumés, comme les faits notoires, constituent une dispense à l'obligation d'apporter la preuve des faits allégués. Toutefois, cette dispense n'est pas absolue et, lorsque l'autre partie conteste le fait présumé ou apporte la preuve contraire, il incombe à la partie qui s'en prévaut de le démontrer.

La bonne foi dans le droit de l'Union européenne constitue un exemple d'un fait présumé (1752). Il est d'ailleurs admis que celui qui l'invoque est dispensé d'en apporter la preuve (1753). La Cour de justice condamne ainsi les dispositions juridiques nationales et du droit de l'Union qui font expressément obstacle à la prise en considération du requérant comme ayant agi de bonne foi (1754).

(1750) Voy. TPICE, 8 juillet 2008, *Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission*, aff. T-48/05, arr. préc. Dans cette affaire, le Tribunal a estimé que les fuites des informations confidentielles dans la presse, notoirement connues, suffisaient à dispenser les requérants de la preuve du comportement illicite de la part de la Commission. Pour une présentation de cet arrêt, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1. A. 1. b) de la première partie de la thèse.

(1751) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1. B. de cette partie de la thèse.

(1752) Pour une étude de la signification de la bonne foi, voy. M.-C. PUJOL-REVERSAT, « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, pp. 201 à 229.

(1753) Conclusions de l'avocat général Mischo présentées le 11 décembre 1986, sous l'affaire CJCE, 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commission*, aff. 15/85, *Rec.* p. 1005.

(1754) CJCE, 4 mars 1999, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, aff. C-87/97, *Rec.* p. I-1301, pt 35.

510 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Une telle position jurisprudentielle peut être rapprochée de celle retenue en matière de certificats d'origine. Jusqu'à une jurisprudence récente, ces certificats ont été considérés comme une preuve exclusive de tout autre moyen de preuve. La justification de cette jurisprudence tient essentiellement au système même des certificats et au régime particulièrement libéral de leur obtention et de leur production (1755).

Ce régime probatoire présentait un inconvénient majeur parce qu'il ne permettait pas de prendre en considération la bonne foi de l'opérateur économique lorsque celui-ci se trouvait dans l'impossibilité d'obtenir un certificat ou lorsque la validité de celui-ci était contestée en raison des informations erronées que celui-ci contenait. Non sans une certaine réserve, dans ce cas de figure, la juridiction de l'Union, sous l'impulsion du droit dérivé, a admis la possibilité pour l'opérateur économique d'apporter la preuve par d'autres moyens.

Toutefois, cette présomption de bonne foi ne joue que jusqu'à la preuve contraire. Cette possibilité d'apporter la preuve contraire s'explique également par la réticence des juridictions et du législateur de l'Union à instaurer des présomptions irréfragables (1756) qui peuvent avoir des conséquences préjudiciables sur la réalisation effective des droits de l'Union européenne par la généralité des situations qu'elles peuvent concerner (1757).

Dans le droit de l'Union, la bonne foi n'est donc pas appréhendée comme une dispense de preuve, mais comme une dérogation aux modes de preuve exigées et, qui, le cas échéant, peut exercer une influence sur la répartition de la charge de la preuve.

Dans le même sens, le recours à des présomptions permet au juge de remédier à une difficulté de preuve. Il opère ainsi un déplacement de l'objet de la preuve parce que, dans certaines hypothèses, il se contente d'une présomption ou d'indices suffisamment sérieux pour décider qu'il incombe au défendeur de s'acquitter de sa charge d'administrer la preuve.

La présomption, comme nous l'avons vu (1758), est un mécanisme par lequel un fait inconnu sera déduit d'un autre fait qui, lui,

(1755) Pour une présentation de cette jurisprudence, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A. 1. de cette partie de la thèse.

(1756) Dans ce sens pour le caractère irréfragable de la règle de *minimis* voy. CJCE, 13 juin 2002, *Pays-Bas c. Commission*, aff. C-382/99, *Rec.* p. I-5163, pts 22 à 28.

(1757) Sur les effets d'une telle présomption générale de la situation de l'opérateur économique au regard du droit de l'Union, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2. de la Première partie de la thèse.

(1758) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 A. 2. de cette partie de la thèse.

est généralement connu. Le déplacement de l'objet de la preuve est intrinsèque au déplacement du fait pertinent à prouver.

L'allègement de la charge d'administrer la preuve est souvent expliqué par la protection d'un intérêt particulier. Cet allègement peut résulter de la réglementation de l'Union elle-même qui instaure des présomptions. Ainsi, en matière de protection des consommateurs, en cas de conflit, il incombe au professionnel d'apporter la preuve qu'il s'est conformé aux exigences imposées par la réglementation de l'Union dès lors que le consommateur se trouve dans le champ d'application de cette dernière. De même, il lui incombe également de prouver le caractère individuel de la négociation ayant abouti à l'intégration dans le contrat d'une clause contractuelle. Un tel déplacement du fait à prouver est également prévu pour ce qui concerne la preuve de la non-conformité des biens de la consommation. Il s'agit d'une solution pragmatique car le professionnel est le mieux placé pour disposer des preuves nécessaires (1759).

Si les présomptions permettent de faciliter la preuve d'une partie qui se trouve dans une situation particulière au regard du fait à prouver, elles sont également acceptées par le juge lorsqu'il s'agit de la protection de l'intérêt de l'Union.

Ainsi, par exemple, en matière d'apurement des comptes au titre de FEAGA (ancien FEOGA), la Cour de justice a jugé que « *il appartient à la Commission, aux fins de prouver l'existence d'une violation des règles de l'organisation commune des marchés agricoles, non pas de démontrer d'une façon exhaustive l'insuffisance des contrôles effectués par les administrations nationales ou l'irrégularité des chiffres transmis par elles, mais de présenter un élément de preuve du doute sérieux et raisonnable qu'elle éprouve à l'égard de ces contrôles ou de ces chiffres* » (1760).

L'importance des présomptions en matière de concurrence a été récemment rappelée par la Cour de justice dans l'arrêt *T-Mobile Netherlands BV* (1761). Saisie à titre préjudiciel par la juridiction néerlandaise, la Cour de justice devait répondre à la question à savoir si la preuve du lien de causalité entre la concertation et le comportement des entreprises sur le marché devait être apportée selon les règles du droit

(1759) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1760) CJCE, 4 mars 2004, *Allemagne c. Commission*, aff. C-344/01, *Rec.* p. I-2081, pt 58.

(1761) CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, arr. préc. ; L. Inot, « Entente et échanges d'informations », *Europe*, 2009, comm. n° 323, pp. 33 à 34.

512 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

procédural national dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Or, dans l'arrêt *Commission c. Anic Partecipazioni* (1762), la Cour de justice avait déjà jugé que lorsque les entreprises demeuraient actives sur le marché, leur participation à l'entente était présumée.

Dans cette affaire, la Cour de justice a rappelé que pour « *la présomption de causalité formulée (...) dans le cadre de l'interprétation de l'article 81, paragraphe 1, CE, il convient, tout d'abord, de rappeler que la Cour a jugé que, comme cela résulte des termes mêmes de cette disposition, la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises concernées, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments (...). Il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché* » (1763).

La présomption ainsi dégagée allège la charge de la preuve, notamment par le déplacement de l'objet de la preuve qu'elle opère. Il s'agit, toutefois, d'une présomption simple qui peut être renversée par la preuve contraire apportée par les entreprises concernées. Cet arrêt permet également de rendre compte du rôle du juge national en sa qualité du juge de droit commun du droit de l'Union dans la détermination et l'application des règles de preuve. Il confirme que l'objet de la preuve ne dépend pas des règles de preuve nationales, mais bien au contraire de la règle applicable au fond, en l'occurrence l'article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE).

L'obligation d'apporter la preuve des faits dans le droit de l'Union est inhérente à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Celle-ci permet, en premier lieu, de justifier la compétence du juge à trancher un litige en application du droit de l'Union. Elle permet, en second lieu, de mieux comprendre le rôle actif reconnu au juge dans la détermination des faits pertinents, objet de preuve. L'étude de ce dernier point a démontré que, dans l'appréciation de la pertinence des faits, le juge recherche à garantir une répartition équilibrée de l'administration de la preuve. Une attention particulière est accordée à la nature du fait et à

(1762) CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, arr. préc.

(1763) CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, arr. préc. pt 51.

son incidence sur l'administration de la preuve. Une difficulté de preuve est en principe résolue par un déplacement de l'objet de la preuve, soit par le recours à une dispense de preuve, soit par le recours à une présomption. Dans certaines situations, l'exercice de la fonction juridictionnelle sera circonscrit par un cadre juridique bien spécifique. En ce sens, une obligation d'apporter la preuve de la règle juridique applicable ne saurait être exclue.

§2. – La preuve de la règle juridique applicable, conséquence de l'obligation d'apporter la preuve des faits

La question de la preuve de la disposition juridique applicable ne devrait pas se poser à première vue dans le droit de l'Union. Selon le principe *juria novit curia*, le juge est censé connaître le droit et les parties sont dispensées d'en apporter la preuve (1764). Toutefois, la question de la preuve de la disposition juridique applicable, et plus particulièrement de l'obligation des parties de l'apporter, peut se poser dans le droit de l'Union dans deux cas de figure : lorsque les juridictions de l'Union ont à connaître du droit non issu des traités et du droit dérivé (A) et lorsque la juridiction nationale a à connaître du droit de l'Union européenne (B).

A. La preuve du droit non issu des traités et du droit dérivé devant les juridictions de l'Union

La question de la preuve du droit non issu des traités et du droit dérivé peut se poser dans les cas exceptionnels où les juridictions de l'Union auront à trancher un litige au regard du droit national ou du droit international. Si un de ces cas se présente, ces dernières sont-elles censées connaître le contenu de la disposition juridique applicable ou bien les parties doivent-elles en apporter la preuve ? La jurisprudence apporte une réponse nuancée selon qu'il s'agit du droit national (1) ou du droit international (2).

(1764) L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français, op. cit.*, p. 363 ; voy. pour un exemple devant le Tribunal, TPICE, 20 avril 2005, *Atomic Austria GmbH c. OHMI*, aff. T-318/03, *Rec. p. II-1319*, pt 35 ; A. FOLLARD-MONGUIRAL, « TPICE, affaire Atomic Blitz : le juge doit-il connaître le droit étranger (Jura Novit Curia) ? », *Propriété industr.*, juin 2005, comm. 46.

1. La preuve du droit national devant les juridictions de l'Union

S'agissant du droit national, la juridiction de l'Union peut en connaître dans le cadre d'une question préjudicielle, du recours en manquement (a) et en vertu d'une clause compromissoire (b).

a) Le droit national dans la question préjudicielle et le recours en manquement

La question de la preuve du droit national ne se pose que pour permettre à la Cour de justice de donner une solution utile ou de décider du bien-fondé du recours. La connaissance du droit national par la Cour de justice s'impose alors au même titre que la connaissance du cadre factuel. Le droit national est donc considéré comme un fait et il doit être établi (1765).

S'agissant de la question préjudicielle, la connaissance du droit national par la Cour de justice s'impose en raison de l'utilité de la réponse que celle-ci doit fournir. Cette tendance était déjà perceptible dans les arrêts *Société Technique Minière* et *Henck* qui mettent en avant que « *la nécessité de parvenir à une interprétation utile des textes litigieux justifie l'énoncé par la juridiction nationale du cadre juridique dans lequel doit se placer l'interprétation demandée* » (1766). L'exigence de la détermination du cadre juridique par le juge national est aujourd'hui, selon la Cour de justice, une condition indispensable qui conditionne la recevabilité du renvoi préjudiciel. Au demeurant, ainsi qu'il a été précédemment exposé, cette exigence ne peut pas être assimilée à une obligation de preuve (1767).

S'agissant du recours en manquement, la connaissance du droit national par la Cour de justice est un élément indispensable pour l'appréciation du manquement allégué par la Commission (1768). Ainsi, cette dernière se trouve dans l'obligation d'apporter tous les éléments juridiques en sa possession pour pouvoir établir le manquement des États membres aux obligations qui leur incombent en vertu des traités. La

(1765) Pour une présentation de cette problématique, voy. G. C. RODRIGEZ IGLESIAS, « Le droit interne devant le juge international et communautaire » *in Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 597.

(1766) Voy. respectivement CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière*, aff. 56/65, *Rec.* p. 337, pt 2 ; CJCE, 14 juillet 1971, *Günther Henck*, aff. 12/71, *Rec.* p. 743, pt 3.

(1767) Sur ce point, voy. §1. A. 2. de cette section de ce chapitre.

(1768) D. SIMON, « Recours en constatation de manquement. Nature du manquement. », *J.-Cl. Europe*, fasc. 380, 2011 ; J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelle de l'Union européenne*, op. cit., pp. 164 et s.

Commission doit établir que le manquement résulte de manière concrète et précise de la législation nationale concernée (1769) et apporter à la Cour tous les éléments permettant à celle-ci de vérifier l'existence de ce manquement. Ainsi comme l'observait déjà le juge Koen Lenaerts, « *les finalités des dispositions législatives, réglementaires et administratives doivent être établies à la lumière de l'interprétation qu'en donnent les juridictions nationales. Si la Commission allègue que ces dispositions sont susceptibles d'aboutir à des interprétations divergentes, l'une allant dans le sens du [droit de l'Union], l'autre dans le sens contraire, il appartient à la Commission d'apporter la preuve que les juridictions nationales les interprètent de manière incompatible avec* » (1770) le droit de l'Union.

L'obligation de préciser le cadre juridique national à l'appui d'une situation factuelle concrète permet de considérer que le droit national pertinent constitue un élément de la notion de manquement. Par conséquent, il s'agit d'une véritable obligation de preuve qui pèse sur la Commission.

La situation est différente lorsque la connaissance du droit national se pose devant le juge de l'Union au titre d'une clause compromissaire.

b) *Le droit national contenu dans une clause compromissaire*

À la différence de la question préjudicielle et du recours en manquement dans lesquels le juge interprète et applique le droit de l'Union européenne au regard des dispositions juridiques nationales, le juge se voit reconnaître une compétence pour trancher un litige en application du droit national déterminé par les parties (1771).

Cette possibilité lui est conférée par l'article 272 TFUE (ex article 238 TCE) aux termes duquel la juridiction de l'Union (1772)

(1769) Pour une étude de l'exigence de preuve au regard d'une pratique administrative concrète, voy. Chapitre 2, de ce titre, Section 1, §2, A, 2. c).

(1770) K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, *op. cit.*, pp. 162 et s. (traduction libre).

(1771) Toutefois, la juridiction de l'Union considère que la compétence dont elle dispose en vertu d'une clause compromissaire est une compétence exceptionnelle, dérogatoire du droit commun. Par conséquent, cette « *compétence fondée sur une clause compromissaire doit être interprétée restrictivement* ». Voy. G. C. RODRIGEZ IGLESIAS, « Le droit interne devant le juge international et communautaire », *op. cit.*, p. 595. Voy. également, CJCE, 18 décembre 1986, *Commission c. Jan Zoubek*, aff. 426/86, *Rec.* p. 4057, pts 10 et 11 ; CJCE, 20 février 1997, *Intelligente Systemen c. Commission*, aff. C-114/94, *Rec.* p. I-803, pt 82 ; CJCE, 3 décembre 1998, *Commission c. Industrial Refuse & Coal Energy Ltd*, aff. C-337/96, *Rec.* p. I-7943, pt 49.

(1772) Voy. le commentaire de l'article 238 du traité CE (devenu article 272 TFUE) *in* J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelle de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 399.

516 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

« est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par l'Union ou pour son compte ». En vertu de l'article 340, alinéa 1^{er} TFUE (ex article 288, alinéa 1^{er}, TCE) du même traité « la responsabilité contractuelle de l'Union est régie par la loi applicable au contrat en cause ».

La lecture combinée de ces deux dispositions démontre que la juridiction de l'Union doit déterminer la loi applicable au litige. Dans la plupart des cas, celle-ci est expressément désignée par les parties et il s'agit en principe de l'application de la loi nationale. Toutefois, la question n'est pas tranchée sur le point de savoir si le juge de l'Union doit connaître et rechercher d'office le contenu du droit applicable ou s'il incombe aux parties d'en apporter la preuve.

La jurisprudence relative à la responsabilité contractuelle n'a pas pour l'instant tranché cette question. Il en est ainsi car, le plus souvent, les dispositions nationales pertinentes sont annexées au contrat (1773). De même, dans la majorité des cas, les contestations concernent la détermination du droit de l'Union ou du droit national comme la loi applicable (1774).

Malgré cette constatation, on peut néanmoins envisager quelle aurait été la solution apportée par les juridictions de l'Union en cas de contestation du contenu du droit national applicable. Cette solution peut trouver une assise théorique dans les principes dégagés en la matière par le droit international privé français. À cet égard, une présentation de ces principes est nécessaire.

Selon les théories classiques du droit international privé français, la loi étrangère est appréhendée comme un fait (1775). Par conséquent, la preuve de son contenu incomberait à celui qui l'invoque. Cette présentation théorique repose également sur l'idée que s'agissant des

Pour une application particulière de cette disposition quant à la compétence du Tribunal exclusivement désignée par une clause compromissoire voy. CJCE, 17 mars 2005, *Commission c. AMI Semiconductor Belgium BVBA et autres*, aff. C-294/02, *Rec.* p. I-2175.

(1773) J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions, Commentaire Mégret vol. 10, op. cit.*, p. 377 et s. Voy. pour un exemple de l'étendue de la compétence de la juridiction de l'Union fondée sur une clause compromissoire, CJCE, 1^{er} juillet 1982, *Teresita Porta c. Commission*, aff. 109/81, *Rec.* p. 2469, pt 10.

(1774) Pour une contestation de l'application de la loi belge voy. CJCE, 26 novembre 1985, *Commission c. CO.DE.MI. SpA*, aff. 318/81, *Rec.* p. 3693, pts 19 à 22 ; voy. également, CJCE, 27 avril 1999, *Commission c. SNUA Srl*, aff. C-69/97, *Rec.* p. I-2363, pts 18 et s.

(1775) Pour un exposé des divisions doctrinales et une critique de l'application des règles de preuve à la loi étrangère, voy. F. MÉLIN, *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, *op. cit.*, pp. 28 à 50.

situations exceptionnelles dérogoires aux règles de compétence juridictionnelle de droit commun, le juge ne devrait pas rechercher d'office le contenu de la loi étrangère applicable.

Cette présentation théorique a été critiquée par une majeure partie de la doctrine (1776). Sans pour autant remettre en question l'appréhension de la loi étrangère comme un fait, certains auteurs se sont fondés sur une évolution jurisprudentielle en la matière qui reconnaît un assouplissement à l'application des règles de preuve (1777). Cette dernière repose sur une conception plus dynamique de la mission du juge et l'oblige dans certaines hypothèses à rechercher et ce, d'office, le contenu de la loi étrangère applicable.

Cette dernière solution théorique est transposable devant les juridictions de l'Union parce qu'elle est en adéquation avec leurs pouvoirs d'intervention dans le déroulement du procès. En faisant jouer les règles de preuve sur le contenu du droit national applicable, elle offre la possibilité d'en tempérer l'application. Comme l'écrivait déjà le professeur Jacques Chevallier, le choix de l'une ou l'autre condition procédurale du droit étranger est souvent motivé par « *des considérations de convenances et d'utilité d'une incontestable valeur pratique* » (1778).

On peut dès lors conclure qu'en principe, en cas de contestation du contenu du droit national applicable au titre d'une clause compromissoire, rien ne s'oppose à ce que les juridictions de l'Union exigent la preuve de la partie qui l'invoque. S'agissant d'un fait, celle-ci doit donc satisfaire à cette obligation. En revanche, cette obligation peut être nuancée par la reconnaissance pour le juge de l'Union de rechercher d'office le contenu du droit national applicable.

2. La preuve du droit international devant les juridictions de l'Union

Concernant la connaissance du droit international par les juridictions de l'Union, il convient de distinguer selon qu'il s'agit du droit conventionnel liant l'Union ou du droit international ne la liant pas.

(1776) Voy. sur ce point, A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, op. cit., pp. 134 et s.

(1777) D. BUREAU, « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *JDI*, 1990, p. 317. Pour une présentation de l'évolution jurisprudentielle sur la question de la preuve de la loi étrangère devant la juridiction civile française, voy. P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2007, pp. 137 et s ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., pp. 477 et s.

(1778) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », Paris, Cours de droit 1958-1959, p. 15.

Lorsque ce droit est issu des accords internationaux conclus au nom et pour le compte de l'Union, le droit international fait « *partie intégrante (...) de l'ordre juridique* » (1779) de l'Union, dès l'entrée en vigueur de ces accords (1780). Source conventionnelle du droit de l'Union européenne, sa connaissance est présumée par le juge et n'impose pas aux parties une obligation d'apporter la preuve de son contenu. Le statut particulier du droit issu des accords internationaux explique la compétence des juridictions de l'Union pour l'interpréter et l'appliquer, et rechercher même d'office son contenu (1781).

S'agissant toutefois des accords internationaux qui ne lient pas l'Union, une place particulière est réservée à la Convention de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme (1782). L'avis relatif à l'adhésion éventuelle de la Communauté à la Convention a précisé que « *selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet égard, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré et adhéré* » (1783). De plus, les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 TUE précisent que « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...). Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

(1779) CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449, pt 5.

(1780) Sur la transformation des accords internationaux comme source du droit de l'Union, la question n'est pas tranchée sur le point de savoir si le droit de l'Union européenne privilégie une approche dualiste nécessitant une transposition de l'accord par un acte ou une approche moniste reposant sur la reconnaissance de l'intégration directe de l'accord dès sa conclusion régulière. Pour une présentation du débat et de la position doctrinale, voy. E. NEFRAMI, « Accords internationaux », *J-Cl. Europe*, fasc. 192, 2007, n° 89 à 91 ; voy. également J. RIDEAU, « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE. Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », *RGDIP*, 1990, pp. 308 à 312.

(1781) Voy. sur ce point, J. RIDEAU, « Accords internationaux », *in Rep. communautaire*, Dalloz, 2000, n° 255 et s.

(1782) Pour une reconnaissance textuelle, voy. la proposition de directive, du 9 mars 2010, relative au droit à interprétation et à traduction dans le cadre des procédures pénales : COM (2010)0082.

(1783) CJCE, 28 mars 1996, *Avis 2/94*, *Rec.* p. I-1759, pt 33.

La référence à la Convention européenne des droits de l'homme se fait de manière constante dans la jurisprudence des juridictions de l'Union. Ainsi, en matière de preuve, ces dernières se sont directement inspirées des solutions de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la détermination du régime de la preuve (1784). Les parties invoquent souvent devant le juge de l'Union les stipulations de la Convention sans qu'il soit nécessaire pour celles-ci d'apporter la preuve de leur contenu.

Dans le même sens, on peut également considérer que le droit issu de la Charte des Nations Unies est connu par le juge de l'Union qui s'y réfère de manière constante sans que les parties aient à en apporter la preuve du contenu des dispositions de la Charte. On songe ici aux affaires rendues récemment par le Tribunal dans lesquelles il a estimé que, même si la Communauté (désormais l'Union) n'était ni membre de l'ONU ni destinataire des résolutions du Conseil de sécurité, elle devait être considérée comme liée par les résolutions du Conseil de Sécurité en raison de la particularité des engagements qui découlent du traité instituant cette organisation (1785). En procédant ainsi, le Tribunal de l'Union européenne admet de contrôler la légalité des actes des institutions avec le droit international qui, *a priori*, ne lie pas l'Union et ce, dans le but de garantir et de protéger les droits des intéressés.

Cette position d'ouverture quant à la connaissance du droit international par le juge de l'Union doit être néanmoins nuancée en raison du statut particulier que les juridictions de l'Union réservent aux stipulations des traités instituant le GATT, puis l'OMC. Il s'agit d'une limite à l'obligation d'apporter la preuve lorsque les allégations sont fondées sur les stipulations issues des accords du GATT et de l'OMC en raison de leur invocabilité limitée. Cette position est tout à fait critiquable car elle aboutit à une absence de sanction juridictionnelle des actes des institutions pris en méconnaissance des obligations découlant de ces accords (1786).

(1784) Pour un exemple, voy. Cour EDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, Rec. 1997-II, §33 et §34 et pour la solution similaire retenue par la Cour de justice, CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, arr. préc., pt 80 ; CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland c. Commission*, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, arr. préc., pt 200. Pour une étude de la place des droits fondamentaux dans l'élaboration d'un régime de preuve, voy. les développements du Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2. B. 2. de la Première partie de la thèse.

(1785) TPICE, 21 septembre 2005, *Ali Yusuf et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, aff. T-306/01, Rec. p. II-3533, pt 243 ; TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi c. Conseil et Commission*, aff. T-315/01, Rec. p. II-3649, pt 193.

(1786) CJCE, 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, Rec. p. I-8395, pts 41 et 47 ; CJCE, 1^{er} mars 2005, *Léon Van Parys*, aff. C-377/02, Rec. p. I-1465, pts 41 à 48.

Si cette solution jurisprudentielle est pour le moins contestable dans la mesure où elle aboutit à une incohérence dans la protection juridictionnelle des opérateurs économiques concernés, elle a au moins le mérite de présenter la preuve de la règle juridique applicable comme résultant de la justiciabilité de cette dernière. Le lien intrinsèque qui existe entre la règle juridique et sa justiciabilité devant le juge est particulièrement mis en avant dans la jurisprudence lorsqu'il s'agit de la preuve du droit de l'Union devant le juge national.

B. *La preuve du droit de l'Union européenne devant le juge national*

Le droit de l'Union européenne, à la différence de la loi étrangère, « pénètre dans l'ordre juridique interne sans le secours d'aucune mesure nationale » (1787). La consécration du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union explique également que la preuve du contenu de la disposition du droit de l'Union applicable n'est pas une obligation à l'égard des justiciables. Le juge national est censé connaître le droit et, si besoin est, rechercher d'office son contenu. En tant que partie intégrante du droit interne, le droit de l'Union européenne bénéficie d'un traitement d'égalité sur le plan procédural avec le droit national. Dans la mesure où les particuliers sont dispensés de la preuve du droit national, ils doivent l'être aussi lorsqu'il s'agit du droit de l'Union européenne. Il convient néanmoins de s'interroger sur le point de savoir, si dans certaines hypothèses, le juge national est tenu de vérifier et ce, d'office, le contenu du droit de l'Union applicable en dépit de toute preuve de la part des parties en ce sens. L'énoncé du problème est identique à celui du relevé d'office dans la jurisprudence (1). La solution apportée à cette interrogation par la Cour de justice permet de mieux comprendre l'évolution de la position des juridictions nationales françaises (2).

1. La connaissance du contenu du droit de l'Union européenne et le relevé d'office

Le relevé d'office est appréhendé dans la jurisprudence de la Cour de justice comme un moyen pour le juge national, soit d'interpréter dans un sens conforme une disposition nationale (1788), soit de la laisser

(1787) CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei*, aff. 28/67, *Rec.* p. 211, p. 228.

(1788) CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jtes C-87/90, C-88/90, C-89/90, *Rec.* p. I-3757 : « Le droit communautaire n'empêche pas une juridiction nationale d'apprécier d'office la conformité d'une réglementation nationale avec les dispositions précises et inconditionnelles

inappliquée (1789). À cet égard, il dispose de la faculté la plus étendue d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice (1790).

Cela étant, se pose la question de savoir si le juge national est dans l'obligation de soulever d'office l'application du droit de l'Union, même lorsque les parties ne l'ont pas invoqué. Cette question peut se présenter dans deux cas de figure : lorsque les parties ne précisent pas directement la règle juridique applicable et lorsque les parties contestent la compatibilité de la disposition nationale avec le droit de l'Union, sans pour autant préciser le contenu de ce dernier.

Dans ces deux cas de figure, il s'agit alors de déterminer si, en l'absence d'une précision quant à l'applicabilité du droit de l'Union à une situation factuelle concrète, le juge national est tenu de rechercher le contenu de la disposition juridique applicable. Une telle interrogation est justifiée au regard du droit de la preuve pour deux raisons. Tout d'abord, le droit de l'Union n'est pas considéré comme une loi étrangère en raison de la spécificité des effets juridiques qu'il produit dans l'ordre juridique interne. Ensuite, la connaissance du droit de l'Union s'impose au juge national en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union.

La jurisprudence donne une réponse nuancée et indirecte à cette question. Elle l'envisage sous l'angle de la méconnaissance potentielle du droit de l'Union si le juge national ne soulève pas son application aux faits de l'espèce. Dans les affaires *Van Schijndel* et *Peterbroeck* (1791), la Cour de justice saisie à titre préjudiciel, devait se prononcer sur la question relative au pouvoir ou au devoir pour le juge national de relever d'office tout moyen tiré de la violation du droit de l'Union.

d'une directive ». La Commission, dans ses observations écrites, estimait que l'obligation pour le juge d'apprécier la compatibilité de son droit national éviterait « le danger d'une absence d'application uniforme » : Conclusions de l'Avocat général Darmon, présentées le 29 mai 1991, sous cette affaire, *Rec.* p. I-3768.

(1789) CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jtes C-87/90, C-88/90, C-89/90, arr. préc., plus particulièrement les questions posées dans l'affaire C-88/90-point 13 de l'arrêt ; CJCE, 14 décembre 2000, *Fazenda Pública*, aff. C-446/98, *Rec.* p. I-11435. Lorsque le juge national soulève une question du droit de l'Union, c'est parce qu'il estime qu'il y a lieu, soit d'appliquer la norme communautaire, soit de donner une interprétation conforme du droit national. voy. F. PICOD, J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2013, pp. 1-35.

(1790) CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jtes C-87/90, C-88/90, C-89/90, arr. préc.

(1791) CJCE, 14 décembre 1995, *Jeroen Van Schijndel*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.* p. I-4705 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599 ; Y. CANIVET, J.-G. HUGLO, « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, 1996, chron. 4 ; J.-G. HUGLO, « Voies et moyens d'application du droit communautaire », *J.-Cl. Europe*, fasc. 490, 2013, n° 23.

522 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Dans l'affaire *Jeroen Van Schijndel*, la Cour de cassation néerlandaise interrogeait la Cour de justice sur le point de savoir si le juge national, dans une procédure portant sur des droits et obligations civils, devait soulever les dispositions du droit de l'Union pertinentes, même si les parties qui avaient intérêt à leur application ne les avaient pas invoquées. En l'espèce, étaient en cause les règles de concurrence du traité. Dans l'affaire *Peterbroeck*, la Cour d'appel de Bruxelles interrogeait la Cour de justice sur la compatibilité d'une règle de droit procédural belge avec le droit de l'Union. La disposition en cause interdisait au juge national d'apprécier d'office un moyen nouveau, si le justiciable ne l'avait pas invoqué dans un certain délai. En l'espèce, le requérant disposait d'un délai de soixante jours pour déposer ses observations. Cette interrogation était suscitée par l'invocation tardive de l'article 43 du traité CE (devenu article 49 TFUE) sur la liberté d'établissement dans un litige relatif au taux d'imposition applicable en Belgique pour les non-résidents.

Pour répondre à ces questions, la Cour de justice a adopté un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, elle a rappelé que l'autonomie procédurale des États membres était de principe. Elle a précisé, ensuite, qu'en matière de procédure juridictionnelle, cette autonomie est assortie de deux limites : selon le principe d'équivalence, les modalités nationales doivent être les mêmes, tant pour les recours fondés sur le droit interne que pour ceux fondés sur le droit de l'Union ; selon le principe d'effectivité, ces modalités ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (1792).

De l'application de ces deux principes aux faits d'espèces découlent les conséquences suivantes. Selon le principe de parité juridictionnelle, le juge national doit soulever d'office les moyens tirés d'une règle contraignante du droit de l'Union, dès lors que le droit national prévoit une telle obligation pour les dispositions nationales. Cette solution se trouve d'emblée confortée par le principe de coopération énoncé à l'article 10 du traité CE, (devenu article 4 §3, TUE), même si le droit national ne prévoit qu'une possibilité. Par conséquent, le juge national doit soulever l'application du droit de l'Union. Cette obligation se trouve, cependant, relativisée en tenant compte des particularités de

(1792) Pt 12 de l'arrêt *Peterbroeck* ; point 17 de l'arrêt *Van Schijndel*. Pour les éléments à prendre en considération, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2. B. de la Première partie de la thèse.

la procédure nationale et des principes à la base des systèmes juridiques nationaux (1793).

La justification de l'obligation pour le juge national de rechercher d'office le contenu du droit de l'Union n'est pas convaincante. L'application des principes d'équivalence et d'effectivité à ces deux espèces ne fournit pas une explication satisfaisante à l'obligation du relevé d'office qui a donné lieu à une jurisprudence pour le moins ambiguë. En effet, les arrêts rendus ultérieurement démontrent que la Cour n'a pas explicitement tranché la question de savoir si le relevé d'office était une obligation ou faculté pour le juge national (1794).

De même, cette jurisprudence mêle à la fois des considérations relatives à l'autonomie procédurale des États membres encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité et au contenu de la règle du droit de l'Union européenne concernée. À notre sens, les considérations procédurales trouvent nécessairement une limite dans le principe d'effectivité lequel conditionne *in fine* la réalisation de la disposition juridique et, par conséquent, relève du fond du litige pendant devant le juge national. En ce sens, la référence expresse au contenu de la disposition juridique applicable aurait été souhaitable. Une telle méthode aurait eu au moins le mérite de trancher explicitement la question de l'obligation et/ou de la faculté pour le juge national de relever d'office l'application du droit de l'Union. La jurisprudence récente semble s'être engagée dans cette voie puisque désormais elle affirme de manière claire et, parfois implicite, que, en raison du caractère fondamental de certaines règles du traité, le juge national est tenu de vérifier et ce, d'office, leur application en l'espèce. Il s'agit plus particulièrement de la protection des consommateurs (1795) et des règles de concurrence.

(1793) Pt 19 de l'arrêt *Van Schijndel* ; point 14 de l'arrêt *Peterbroeck*. Dans l'affaire *Jeroen Van Schijndel*, c'est le principe de passivité selon lequel le juge national est tenu par l'objet du litige qui justifie la possibilité pour le juge national de ne pas appliquer d'office le droit de l'Union. Dans cette affaire, le juge néerlandais statuait dans une matière civile où les parties disposaient librement de leurs droits. Le rôle du juge était restreint par le principe de passivité et il se trouvait dans l'obligation de ne pas sortir des limites du litige. La Cour en a conclu que l'application du droit de l'Union ne devait pas y porter atteinte. En revanche, dans l'affaire *Peterbroeck*, tout en admettant qu'un tel délai n'est pas critiquable en soi, la Cour a déclaré l'incompatibilité de la règle nationale au motif que la particularité de la procédure ne permettait pas à une autre juridiction de se prononcer. La Cour de justice a ainsi tranché la question en faveur d'une obligation pour le juge de soulever d'office l'application du droit de l'Union.

(1794) CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, arr. préc. ; CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, arr. préc. ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA*, aff. C-473/00, arr. préc. ; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, aff. C-243/08, arr. préc., pt 35.

(1795) CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, arr. préc., pts 51 à 59 ; CJUE, 9 novembre 2010, *Schneider*, aff. C-137/08, arr. préc., pt 49 ; CJUE, (ord.), 16 novembre 2010, *Pohotovost s.r.o.*, aff. C-76/10, arr. préc., pts 40 à 54 ; CJUE, 15 mars 2012,

524 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Pour la première fois, dans l'affaire *Océano Grupo* (1796), la Cour de justice s'est appuyée sur l'objet et la finalité d'une disposition juridique du droit de l'Union, afin de consacrer le devoir du juge national de relever d'office son application. Saisie d'une question préjudicielle par la juridiction espagnole, la Cour devait interpréter la directive 93/13/CEE, du 5 avril 1993, relative aux clauses abusives incluses dans les contrats conclus avec les consommateurs (1797). La Cour a rappelé que le système de protection de la directive visait à compenser la situation d'inégalité entre le consommateur et le professionnel et, qu'à cet égard, l'intervention positive d'un tribunal est nécessaire.

L'intervention d'office du juge a une double finalité : d'une part, elle permet de garantir l'efficacité de la protection pour les consommateurs ; d'autre part, elle peut avoir des effets dissuasifs contre l'insertion de telles clauses dans les contrats conclus avec les consommateurs (1798). Ainsi, le juge doit pouvoir apprécier à tout moment le caractère abusif d'une clause, sans qu'une règle nationale de forclusion puisse l'empêcher d'agir (1799). Selon la Cour, le juge doit pouvoir se substituer au consommateur, lorsque celui-ci, soit par ignorance, soit par l'effet dissuasif des frais de justice, s'est abstenu de contester le caractère abusif d'une clause à temps. Alors, un délai de forclusion empêche non seulement le juge d'intervenir, mais aussi fait obstacle à la protection efficace des consommateurs (1800).

La Cour de justice est allée encore plus loin puisqu'elle impose l'obligation pour la juridiction nationale de considérer comme recevable tout moyen fondé sur l'incompatibilité du droit national avec le

Jana Pereničová et Vladislav Perenič, aff. C-453/10, arr. préc., pts 28 et 30 ; CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA*, aff. C-618/10, arr. préc., pts 42 et 43.

(1796) CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, arr. préc.

(1797) En l'espèce, le litige concernait le paiement des encyclopédies achetées à tempérament. Les sociétés vendeuses avaient inclus dans les contrats de vente des clauses attributives de juridiction. Ces clauses désignaient comme compétente, en cas de litige, la juridiction du lieu du siège desdites sociétés. Le juge national ne pouvait pas se déclarer incompétent, lorsqu'il était saisi par une telle clause. La Cour de justice a estimé que ces clauses remplissaient les caractéristiques d'une clause abusive interdite par la directive.

(1798) Point 24 des conclusions de l'Avocat général Saggio sous CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, arr. préc. En cas de non-transposition de la directive, le juge doit interpréter le droit national à la lumière de sa finalité. En l'espèce, le juge devait l'interpréter comme l'empêchant d'assumer sa compétence en vertu d'une telle clause.

(1799) CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA*, aff. C-473/00, arr. préc. En l'espèce, la législation française prévoyait un délai de deux ans pour contester le caractère abusif d'une clause. Dans cette affaire, la Cour de justice admet l'application de la directive 93/13/CEE, du 5 avril 1993, aux clauses financières des contrats de crédit à la consommation.

(1800) Pour une étude des limites à la constitution des conventions sur la preuve, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2. A. 2. de cette partie de la thèse.

droit de l'Union, nonobstant le délai de forclusion (1801). De plus, le juge national « *est tenu de prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si une clause attributive de compétence juridictionnelle territoriale exclusive figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur entre dans le champ d'application de la directive 93/13/CE et, dans l'affirmative, d'apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause* » (1802).

De même, dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de justice a récemment rappelé que « *l'article 81 CE, d'une part, produit des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendre des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder et que, d'autre part, il constitue une disposition d'ordre public, indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté européenne, qui doit être appliquée d'office par les juridictions nationales* » (1803).

La Cour de justice tranche ainsi de manière claire que, dans ces deux domaines, le juge doit vérifier et ce, d'office, le contenu des règles de concurrence et de protection des consommateurs. Il en résulte que la connaissance du droit applicable est une règle à destination de juge et non pas à destination des parties (1804). Celui-ci est tenu de vérifier le contenu du droit de l'Union applicable.

Cette position jurisprudentielle n'est pas pour autant étonnante. Dans les domaines du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs, la connexité matérielle de la preuve a donné lieu à l'adoption d'actes de droit dérivé (1805) qui ont particulièrement modifié le droit interne. Ces derniers donnent une assise textuelle à un régime de preuve spécifique articulé autour des notions mêmes de consommateur et de pratiques anticoncurrentielles de sorte que l'on ne peut plus les envisager indépendamment de la question de preuve. Par

(1801) CJCE, 27 février 2003, *Santex Spa*, aff. C-327/00, arr. préc., (à propos de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures).

(1802) CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA*, aff. C-618/10, arr. préc., pt 44.

(1803) CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, arr. préc., pt 49 de l'arrêt.

(1804) Sur cette distinction, voy. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 260. L'énoncé d'une règle à destination du juge, même en matière de preuve, désigne ici l'office du juge et non pas une charge probatoire.

(1805) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. de la Première partie de la thèse.

analogie, la même observation doit être retenue à l'égard de la notion de discrimination (1806).

Certes, ce régime de preuve est à destination des parties parce qu'il précise qui doit prouver quoi. Mais il n'a de sens que devant le juge dans la mesure où ce dernier doit répartir l'administration de la preuve et, en cas de doute, décider de l'attribution de la charge de la preuve. Il s'agit donc de prendre en considération les règles de la répartition de la charge de la preuve imposée par la notion elle-même.

La méconnaissance de ces dernières est considérée comme une question de droit susceptible d'entacher d'illégalité la décision juridictionnelle. Elle peut ainsi justifier un recours juridictionnel à l'encontre de cette décision et, le cas échéant, engager la responsabilité de l'État en raison de la méconnaissance du droit de l'Union du fait de l'activité juridictionnelle (1807).

Cette analyse du relevé d'office par le juge national permet d'appréhender la question de la justiciabilité de la disposition du droit de l'Union différemment. Cette question est tranchée par référence au contenu de la disposition du droit de l'Union et non pas par rapport aux effets juridiques qui s'attachent à la disposition elle-même. On peut dès lors mieux comprendre l'évolution de la position des juridictions nationales au regard du relevé d'office.

2. L'évolution de la position des juridictions nationales françaises

La position des juridictions nationales à l'égard du pouvoir qui leur est reconnu de rechercher d'office la disposition du droit de l'Union européenne applicable n'est pas uniforme (1808). Celle-ci diffère, en France, selon qu'il s'agit du juge judiciaire ou du juge administratif.

Devant le juge judiciaire français, la question a été déjà tranchée par référence aux règles du droit international privé. En effet, les règles du droit international privé ont permis d'envisager la preuve de la loi étrangère au-delà de toute considération de son statut devant le juge national. Il s'agit d'une évolution jurisprudentielle qui s'accompagne

(1806) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. de la Première partie de la thèse.

(1807) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. B. de la Première partie de la thèse.

(1808) I. DELICOSTOPOULOS, « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge national sur le fait et le droit », *Justices*, avril-juin, 1997, pp. 118 et s.

d'une reconsidération de l'office du juge (1809). Selon cette évolution, le juge peut rechercher d'office le contenu de la loi étrangère applicable.

Cela explique pourquoi la Cour de cassation française, dans un arrêt du 10 avril 1995 (1810), pose clairement l'obligation pour le juge répressif d'écartier « *l'application d'un texte d'incrimination de droit interne, lorsque ce dernier méconnaît une disposition du traité des Communautés européennes* ». La méconnaissance de cette obligation par les juges de premier degré entraîne la cassation de la décision. Cette solution semble d'emblée confortée par l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile (1811). Aux termes de cet article, le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. La Cour de cassation, en dépit de quelques hésitations jurisprudentielles (1812), affirme de manière constante qu'un requérant peut s'en prévaloir pour la première fois en cassation (1813). Ainsi, par exemple, la Haute juridiction française n'a pas hésité à examiner d'office la compatibilité du droit national avec les exigences de la jurisprudence en matière de répétition de l'indu (1814). Elle a jugé contraire au droit de l'Union la législation nationale imposant à la société demanderesse la preuve de la non-répercussion des taxes indûment perçues. Le fait que le litige se soit placé exclusivement sur le terrain du droit national ne l'a pas empêchée de se référer au régime de preuve tel qu'il a été dégagé par la Cour de justice en matière de répétition de l'indu (1815).

(1809) Voy. sur ce point, F. MÉLIN, *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, op. cit., pp. 266 et s. Voy. également, Cass. 1^{ère}, 28 juin 2005 et Cass. Com., 28 juin 2005.

(1810) Cass. Crim., 10 avril 1995, Bull. crim., n° 125, p. 425

(1811) Depuis la loi n° 2007-1787, du 20 décembre 2007, la dénomination du Nouveau code de procédure civile est remplacée par « Code de procédure civile ». Voy. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 71.

(1812) Cass. Com., 23 novembre 1993, Bull. IV, n° 424, p. 308. Désormais, comme le remarquent les professeurs Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « *la non-application de la loi étrangère faute de preuve devient une situation exceptionnelle, que le juge doit spécialement motiver, sous le contrôle de la Cour de cassation* P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., p. 140.

(1813) Cass. Com., 14 décembre 1999, Bull. IV, n° 229, p. 192 : « *la nécessité de rechercher la loi applicable à l'obligation litigieuse (...) au sens de l'article 5.1° de la Convention de Bruxelles est de pur droit et peut donc être soulevé pour la première fois en cassation* ».

(1814) Cass. Com., 23 novembre 1993, Bull. IV, n° 423, p. 306.

(1815) Cass. Com., 4 janvier 1994, inédit, pourvoi n° 91-18964. La taxe litigieuse était perçue sur la base des stipulations contractuelles du droit privé. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a sursis à statuer et renvoyé l'affaire à la Cour de justice. Ce renvoi a donné lieu à l'arrêt de la CJCE, 11 août 1995, *Édouard Dubois & Fils SA*, aff. C-16/1994, *Rec. p.* I-2421. La juridiction française a définitivement tranché le litige dans un arrêt du 27 février 1996 ; *Europe*, octobre, 1995, comm. 342, p. 8 (à propos de l'arrêt de la Cour de justice). Voy. comm., *A.J.D.A.*, 1995, p. 711.

La position des juridictions administratives françaises est plus délicate. L'étude de la jurisprudence révèle que la juridiction administrative opère une distinction selon la nature de la disposition du droit de l'Union concernée. S'agissant des traités, des règlements et des conventions internationales, le Conseil d'État a déjà admis qu'il appartenait au juge administratif de relever d'office l'existence de ces normes afin d'écarter les dispositions nationales contraires (1816).

En revanche, la juridiction administrative se montre plus réticente lorsqu'il s'agit des directives et reste fidèle à sa position dégagée dans l'arrêt *SA Morgane* (1817). Dans cet arrêt, le Conseil d'État s'est montré plus hostile à examiner d'office la compatibilité de la réglementation nationale avec les dispositions d'une directive (1818). Pourtant, le commissaire du gouvernement Hagelsteen (1819) avait suggéré cet examen d'office, puisque les faits de l'espèce laissaient supposer que la sixième directive constituait « *la loi applicable* » à l'imposition litigieuse (1820). Le Conseil d'État ne l'a pas suivi. Son refus est d'autant plus significatif que la directive n'était même pas mentionnée dans les visas de l'arrêt.

L'obligation faite aux juridictions nationales dans les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* de soulever d'office la violation du droit de l'Union n'a pas incité le Conseil d'État à revoir sa jurisprudence dans ce domaine. Au contraire, il l'a confirmée dans un arrêt, rendu à peine deux

(1816) Pour le droit primaire, voy. TA de Strasbourg, 19 mai 1993, *AFRPN du Bas-Rhin*, *Rec.* p. 507 ; CAA Paris, 23 mars 1995, *Comité interprofessionnel de l'horticulture florale et ornementale et des pépinières*, publié aux tables, *Rec. Leb.* ; CE, 16 février 2001, *APLERMNC et autres*, req. n° 193369 ; CE, 17 mai 2000, *Association nationale pour l'épargne retraite des fonctionnaires*, req. n° 190586 ; CE, 16 juin 2000, *Société Cegetel*, req. n° 190732 : *Jurisdata* n° 060762, *Europe*, janvier, 2001, comm. 27 ; CE, 7 juillet 2000, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, req. n° 198564, *Europe*, janvier, 2001 comm. 27 ; CE, 29 décembre 2000, *Ministre de l'Intérieur c. Olazabal*, req. n° 206913 ; pour les règlements, voy. CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, req. n° 213229 ; pour les conventions internationales, voy. CE, 23 février 1990, *Mlle Doyon*, req. n° 82250, publié aux tables, *Rec. Leb.* En l'espèce, sont déclarées contraires les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 à une convention conclue avec la Suisse.

(1817) CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, *Rec.* Était en cause la réintégration par le service fiscal du montant de la TVA que la société Morgane avait supporté sur certaines immobilisations et qu'elle avait déduit. L'Administration fiscale avait estimé que l'article 216 *bis* et suivants du code des impôts, permettant cette déduction, n'était pas applicable à la société, puisqu'elle n'était pas un preneur régulier.

(1818) CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, *Rec.*, Était en cause la réintégration par le service fiscal du montant de la TVA que la société Morgane avait supporté sur certaines immobilisations et qu'elle avait déduit. L'Administration fiscale avait estimé que l'article 216 *bis* et suivants du code des impôts, permettant cette déduction, n'était pas applicable à la société, puisqu'elle n'était pas un preneur régulier.

(1819) Commissaire du gouvernement Mme Hagelsteen, *RFDA*, juillet-août, 1991, p. 656

(1820) Conclusions de Commissaire du gouvernement Mme Hagelsteen, *op.cit.*

mois après les décisions de la Cour de justice (1821). La position de la Haute Juridiction est claire : il n'y a pas d'obligation pour le juge administratif de relever d'office la violation d'une directive européenne (1822).

Une telle position peut néanmoins se comprendre. Refuser de relever d'office l'application d'une directive repose sur la logique de justiciabilité propre aux directives. La difficulté résulte du fait que l'incorporation de la directive, dans l'ordre juridique interne, se fait par le mécanisme de transposition. En raison de cette particularité, le juge administratif français ne lui reconnaît pas une invocabilité directe horizontale (1823), mais se contente d'admettre ses effets dans des rapports verticaux (1824).

Cette position jurisprudentielle de la Haute juridiction administrative a été récemment remise en cause, de manière partielle, dans l'arrêt *Mme Perreux* (1825). Le Conseil d'État, suivant les conclusions de son rapporteur public Matthias Guyomar (1826), a admis la possibilité pour un justiciable de se prévaloir des dispositions claires, précises et inconditionnelles d'une directive dès lors que celle-ci n'était pas transposée dans le délai prévu à cet effet.

(1821) CE, 28 février 1996, *Megel et Petit*.

(1822) Certaines juridictions administratives inférieures ont déjà procédé d'office à l'examen d'une directive, voire interprété le droit national à la lumière des objectifs de celle-ci. Voy. TA de Strasbourg, 19 mai 1993, *AFRPN du Bas Rhin* : « Il y a lieu de relever d'office que le droit communautaire, constitué par les principes figurant dans le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant une Communauté européenne et par le droit dérivé, notamment les directives » ; CAA de Lyon, 26 novembre 1997, *Mr. Proner* : « Les dispositions de l'article 271-1 du code général des impôts doivent être interprétées (...) dès lors qu'aucune dérogation à l'article 17 de la sixième directive (...) n'était en vigueur au cours de la période litigieuse », publié aux tables, *Rec. Leb.* Cette décision démontre la difficulté pour les juridictions inférieures de respecter la jurisprudence Morgane; il s'agit d'un véritable contournement de ses effets puisque la Cour ne soulève pas la contrariété de la législation nationale, mais l'interprète avec une directive non invoquée. Voy. également dans ce sens, P. CASSIA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA*, janvier-février 2002, p. 28.

(1823) CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, *Rec. Leb.*, p. 524.

(1824) CE, Ass. 20 février 1998, *Ville de Vaucresson e.a. et Association syndicale autorisée des propriétaires du parc Malmaison*, req n° 159496 et 15950 ; Le Conseil d'État annule un décret au motif que celui-ci n'a pas été pris conformément aux règles de publicité prévues par la directive 89/440/CEE, voy. *Europe*, mars, 1998, comm.80 ; CE, 28 juillet 2000, *Association Force Ouvrière Comsommateurs e. a.*, req n°s 212115 et 212135 ; CE, 6 novembre 2000, *Auclair*, req n° 211100. Dans ces deux arrêts, le Conseil d'État confirme l'obligation pour l'Administration de respecter les objectifs d'une directive, même si ses dispositions sont de nature purement procédurale et formelle. Dans l'affaire *Auclair*, il a contrôlé le respect des exigences de consultation de la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux, dans l'affaire *Association force ouvrière*, il a annulé le décret ministériel pour non respect de l'obligation de motivation résultant des objectifs de la directive 92/59/CEE du 29 juin 1992 relative à la sécurité des produits.

(1825) CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, *Rec. Leb.*, p. 407.

(1826) Pour les conclusions, voy. *RFDA*, 2009, pp. 1125 à 1144.

530 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Si cette décision marque un tournant dans la position de la juridiction française quant à l'invocabilité des directives, elle tranche la question de la preuve de discrimination de manière tout à fait intéressante.

En effet, Mme Perreux, candidate à plusieurs reprises à un poste de formation professionnelle, a saisi le juge administratif d'une demande tendant à l'annulation des décrets de nomination de la candidate concurrente en raison d'une discrimination à son égard. Elle invoquait le bénéfice de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (1827), plus particulièrement son article 10 (1828). Or, le caractère conditionnel de cet article ainsi que la transposition après les faits de la directive ne permettaient pas au juge de tenir compte de l'aménagement de la preuve que ces derniers instaurent.

Le Conseil d'État tranche, dans cette affaire, la question de la preuve par référence à la notion de discrimination. Ainsi, le Conseil d'État précise-t-il, « *que, de manière générale, il appartient au juge administratif dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de faire présumer une atteinte à ce principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs*

(1827) JO n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

(1828) Aux termes de cet article, « [l]es États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. (...) Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente ». Lors de sa transposition par la loi du 27 mai 2008, le législateur a fait le choix de ne pas tenir compte de la réserve d'application que la directive prévoyait.

entachés de discrimination, se détermine au vue de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (1829).

Cette décision doit être rapprochée de celle que la Cour de justice a adoptée quelques années plus tôt pour consacrer un régime de preuve spécifique aux discriminations (1830). La démarche de la Haute juridiction administrative est fondamentalement similaire à celle de la Cour de justice, malgré le fait qu'elle n'ait pas utilisé la technique de l'interprétation conforme (1831).

Une lecture comparative de la position du Conseil d'État et de la Cour de justice en matière de relevé d'office (1832) permet alors de dégager une ligne directrice pour appréhender la question de la preuve de la disposition du droit de l'Union applicable. Tout d'abord, il apparaît désormais clair que la connaissance du contenu de cette dernière revient au juge. Il s'agit donc d'une règle à destination du juge. Ensuite, il semble qu'une difficulté de preuve puisse se résoudre par rapport au contenu d'une notion, indépendamment de la justiciabilité de la norme qui la contient.

Sans doute, cette ligne directrice aura-t-elle au moins le mérite de présenter les rapports entre le droit national et le droit de l'Union de manière plus dynamique en raison de la spécificité des interrogations que la preuve soulève.

La question de la preuve de la disposition juridique est tranchée par référence à la connaissance du contenu de cette dernière par le juge. La spécificité du système juridictionnel de l'Union permet d'envisager cette question comme une règle à destination soit des parties, soit du juge. Cette question est ainsi appréhendée comme une règle de répartition de l'administration de la preuve. En ce sens, elle débouche sur une obligation de collaborer à la preuve.

(1829) CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, arr. préc.

(1830) Pour une présentation de cette position et de ses conséquences au niveau de la preuve, voy. Titre 1, Section 2, §1, B. 2. b) i) de la Première partie de la thèse.

(1831) Sur la signification de cette technique en matière de preuve, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1832) Voy. les développements du B. 1. de ce paragraphe.

SECTION 2 – LA CONSÉCRATION D’UNE OBLIGATION DE COLLABORER
À LA PREUVE DANS LE DROIT DE L’UNION

La répartition équilibrée de l’administration de la preuve implique également une obligation de collaborer à la preuve. Cette obligation s’adresse aux justiciables qui doivent fournir tous les éléments de preuve pertinents afin que le juge puisse forger sa conviction. Dans le droit de l’Union, l’existence d’une telle obligation ne s’impose pas d’elle-même. L’obligation de collaborer à la preuve dans le droit de l’Union n’est consacrée textuellement ni par les traités, ni par le droit dérivé (1833), à la différence du droit international qui prévoit par le biais de la Convention de la Haye de 1975 « *une obligation générale d’assistance* » (1834) des juridictions internationales. Cette absence dans les textes trouve son explication dans la spécificité du système juridictionnel de l’Union reposant sur des voies de droit prévues par le traité et sur des voies de droit national. Cette obligation est consacrée par la jurisprudence (§1). L’étude de cette dernière révèle une conception dynamique de l’office du juge de telle sorte qu’elle lui reconnaît une intervention active dans l’administration de la preuve (§2).

§1. – La consécration prétorienne d’une obligation de collaborer
à la preuve

L’absence d’une obligation de collaborer à la preuve dans le droit écrit de l’Union permet de rendre compte de la spécificité de l’administration de la preuve. Celle-ci est nécessairement appréhendée comme une règle de procédure (A). Cette présentation de l’administration de la preuve ne peut pas être absolue. L’étude de la jurisprudence révèle qu’une obligation de collaborer à la preuve peut être déduite de l’obligation générale de coopération (B).

A. *L’administration de la preuve, une question de procédure
devant le juge*

L’administration de la preuve n’a en principe de sens que devant le juge. Elle permet ainsi de réunir tous les éléments de faits et de droit afin que celui-ci puisse trancher le litige soumis devant lui. L’administration de la preuve est déterminée devant chaque juridiction par référence

(1833) K.P.E. LASOK, *The European Court of justice: Practice and Procedure*, London, Butterworths, *op. cit.*, p. 364.

(1834) G. NIYUNGERO, *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 168.

aux règles de procédure applicables. Par conséquent, elle se présente de manière différente selon qu'il s'agit des juridictions de l'Union (1) ou des juridictions nationales (2).

1. L'administration de la preuve devant les juridictions de l'Union

Devant les juridictions de l'Union, une lecture attentive des règlements de procédure ainsi que des dispositions du traité relatives aux juridictions de l'Union nous permet de constater qu'aucune de ces dispositions ne prévoit une obligation pour les parties de collaborer à la preuve. Les règles de preuve qui y figurent s'expriment en termes de faculté. Ainsi, à titre d'exemple, l'article 38 §1, e), du règlement de procédure de la Cour de justice, l'article 44 §1, e), du règlement de procédure du Tribunal et l'article 35 §1, f), du règlement du Tribunal de la fonction publique n'imposent de présenter « *les offres de preuves [que] s'il y a lieu* ». Leur production peut encore se faire dans la réplique et dans la duplique (1835).

De même, l'article 24 du Statut de la Cour de justice prévoit la possibilité pour celle-ci de « *demander aux parties de produire tous documents et de fournir toutes informations qu'elle estime désirables. En cas de refus, elle en prend acte. La Cour peut également demander aux États membres et aux institutions qui ne sont pas parties au procès tous renseignements qu'elle estime nécessaires aux fins du procès* ».

Cet article a trait aux pouvoirs d'investigation dont disposent les juridictions pour instruire le procès. Les juridictions de l'Union ne sont pas liées par les preuves produites par les parties et peuvent ordonner des mesures d'instruction, même si ces dernières restent commandées par le cadre factuel déterminé par les parties.

Cette situation peut être expliquée par la volonté des auteurs du traité de laisser une marge de manœuvre importante aux juridictions de l'Union dans la direction du procès et de leur reconnaître une participation active dans l'administration de la preuve.

Une telle considération peut être également expliquée par le fait que les textes n'imposent pas une obligation pesant sur les parties d'apporter la preuve qui peut aller même à l'encontre de leur prétention et ce, pour contribuer à l'établissement de la vérité judiciaire devant les

(1835) Voy. également les développements consacrés à l'appréciation du caractère tardif des offres de preuves dans le Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, A. de cette partie de la thèse.

534 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

juridictions de l'Union (1836). Cette considération a trait au droit au silence dans le droit de l'Union dont le régime juridique sera progressivement précisé par les juridictions de l'Union en matière de concurrence. Comme nous le verrons, le droit au silence n'interviendra pas directement au moment de l'administration judiciaire de la preuve, mais il sera apprécié au titre d'une collaboration à la recherche des preuves en amont du procès (1837).

Une obligation de collaborer à la preuve devant les juridictions de l'Union peut être éventuellement décelée dans la reconnaissance du rôle actif du requérant et du défendeur dans l'administration de la preuve. Les juridictions de l'Union ont déjà mis en exergue l'incidence d'une attitude passive du défendeur qui ne conteste pas les arguments du requérant. Dans cette hypothèse, elles estimeront que les arguments sont établis à suffisance de droit. Par exemple, dans l'affaire *Acciaierie e Ferriere Pugliesi SpA*, la Cour de justice avait considéré qu'« *attendu que la défenderesse s'est abstenue de toute réponse spécifique aux arguments ainsi avancés et s'est bornée à invoquer (...) qu'elle n'a également apporté aucune justification précise des chiffres retenus (...) que les éléments avancés par la requérante n'ont donc fait l'objet d'aucune réfutation adéquate* » (1838).

Les relations entre le demandeur et le défendeur sont formalisées dans l'exigence d'une communication des pièces. Comme le remarquent les professeurs Ami Barav et Georges Vandersanden « *tout acte de procédure échangé entre les parties, est annexé un dossier contenant les pièces et documents invoqués à l'appui des prétentions alléguées. Les communications sont faites par le soin du greffier dans l'ordre et les délais déterminés par le règlement de procédure* » (1839).

Pour les juridictions de l'Union, la communication des pièces est un principe fondamental. Elles estiment que « *ce serait violer un principe élémentaire du droit que de baser une décision judiciaire sur des*

(1836) K.P.E. Lasok écrivait « *there is no duty to produce evidence which contradicts one's own case* ». K.P.E. LASOK, *The European Court of justice: Practice and Procedure*, op. cit., spéc. p. 364. Voy. également G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, op. cit., p. 50. Toutefois, l'absence de sanction est à nuancer, dans la mesure où les juridictions peuvent tenir compte du refus de collaborer dans l'arrêt. Voy. dans ce sens, commentaire de l'article 24 du Statut de la Cour in J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., p. 489.

(1837) Voy. sur ce point, B. 1. b) de ce paragraphe.

(1838) CJCE, 8 février 1966, *Acciaierie e Ferriere Pugliesi SpA c. Haute Autorité CECA*, aff. 8/65, *Rec.*, p. 1, p. 11. cité en exemple par Y. WEBER, « La preuve du détournement du pouvoir », op. cit., p. 535.

(1839) G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, op. cit., p. 50.

faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont pas été en mesure de prendre position » (1840).

La communication des pièces permet de garantir le caractère contradictoire de la procédure devant les juridictions de l'Union. À cet égard, ces dernières n'hésitent pas à ne pas prendre en compte les pièces et documents n'ayant pas pu être communiqués à l'une de parties et précèdent souvent à leur exclusion du débat judiciaire (1841).

Pour l'administration de la preuve devant les juridictions de l'Union, la place des parties apparaît d'une importance considérable. Cela explique pourquoi, la notion de partie est entendue de la manière la plus large possible. Pour le juge de l'Union, si l'administration de la preuve incombe logiquement au demandeur et au défendeur, elle s'adresse également aux parties intervenantes.

En effet, la procédure d'intervention permet aux personnes intéressées de formuler des observations devant les juridictions de l'Union. Son organisation et son régime sont prévus de manière détaillée dans les règlements de procédure (1842). Les juridictions de l'Union estiment, à cet égard, que les États et les institutions ne doivent pas démontrer un intérêt particulier pour pouvoir intervenir. En revanche, pour les particuliers, la question de leur intérêt à intervenir est tranchée au cas par cas. Comme l'observe le professeur Georges Vandensanden, c'est dans « *l'intérêt d'une bonne justice [qu']il importe d'éviter qu'un jugement affectant les intérêts d'une personne puisse être rendu sans que celle-ci ait eu l'occasion de faire valoir ses moyens et arguments* » (1843).

La procédure d'intervention présente un intérêt considérable en matière de preuve pour deux raisons. Tout d'abord, dès lors que la qualité d'intervenantes leur est reconnue, les parties peuvent formuler des observations et les étayer avec « *les offres de preuve et, en annexe, les pièces à l'appui* », même si elles doivent intervenir au soutien de l'une des deux prétentions et non en raison d'un droit propre. Elles peuvent ainsi soulever des moyens et des arguments propres que les

(1840) CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT*, aff. jtes 42 et 49/59, *Rec.* p. 103, p. 156.

(1841) K.P.E. LASOK, *The European Court of justice: Practice and Procedure*, *op. cit.*, p. 404 et s.

(1842) Voy. article 93 du règlement de procédure de la Cour de justice, article 115 et 116 du règlement de procédure du Tribunal, article 109 à 111 du Règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

(1843) G. VANDERSANDEN *in* G. VANDERSANDEN, J.-V. LOUIS, D. WAELEBROECK, M. WAELEBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions, Commentaire Mégret vol. 10, op. cit.*, pp. 441.

juridictions de l'Union peuvent prendre en considération (1844). Ensuite, elles peuvent demander au juge d'exclure certaines preuves du débat judiciaire en raison du caractère confidentiel des informations qu'elles contiennent (1845).

Si la procédure d'intervention présente un intérêt incontestable pour ceux qui en bénéficient, il n'en demeure pas moins qu'elle peut être très utile aux juridictions de l'Union. Il en est ainsi car les moyens de preuve apportés peuvent davantage éclairer le juge qui n'hésite pas à les prendre en considération pour forger sa conviction.

L'administration de la preuve devant les juridictions de l'Union doit donc être analysée comme la possibilité la plus large possible d'apporter des preuves. L'idée d'une collaboration à l'établissement des éléments de fait et de droit pertinents est sous-jacente, mais non directement affirmée au titre d'une véritable obligation. Une telle solution est en cohérence avec le respect de l'autonomie procédurale des États membres dès lors qu'il s'agit de l'administration de la preuve.

2. L'administration de la preuve devant les juridictions nationales

L'administration de la preuve devant les juridictions nationales est dominée par l'autonomie procédurale des États membres. Il est d'ailleurs admis que lorsqu'une question d'administration de la preuve se pose devant le juge national, celle-ci est régie par le droit procédural national à condition toutefois que cette règle d'administration de preuve ne soit pas moins favorable ou rend excessivement difficile ou pratiquement impossible l'exercice des droits tirés de ce droit (1846). L'administration de la preuve par les parties devant les juridictions nationales se fait selon les règles de droit interne.

Une étude des systèmes juridiques des États membres démontre qu'en ce qui concerne l'administration de la preuve, il existe dans les différents systèmes juridiques une obligation de collaborer à la preuve. L'existence d'une telle obligation dans les droits nationaux s'est accompagnée d'une évolution dans la conception de la charge de la preuve

(1844) Voy. G. VANDERSANDEN, « Le recours en intervention devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1969, p. 1-27, pp. 12 et s ; G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, *op. cit.*, pp. 446 et s.

(1845) Voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2, A. de cette partie de la thèse.

(1846) Voy. à cet égard les développements consacrés à l'articulation des compétences entre les États membres et l'Union européenne en matière de preuve, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, de la Première partie de la thèse.

de manière générale dans le procès (1847). En effet, d'une conception statique de l'administration de la preuve la présentant comme une charge pesant sur le demandeur, le procès est aujourd'hui marqué par une conception dynamique du juge et des parties dans l'établissement de la vérité judiciaire. Cette conception dynamique traduit un repositionnement de la place du demandeur et du défendeur dans l'administration de la preuve qui se trouve partagée entre les deux. Par conséquent, dès lors qu'un problème de preuve se pose, les deux parties doivent y remédier, même si cela peut aller à leur rencontre. Par cette obligation, il s'agit de la formation de la matière litigieuse sur laquelle le juge doit statuer. Pour faire, il a donc besoin de tous les éléments pertinents que les parties doivent lui apporter, soit spontanément, soit à sa demande.

L'exemple du droit civil français est à cet égard éclairant. Dominé par *nemo tenetur edere contra se*, selon lequel nul ne peut être tenu de plaider contre soi, les parties ne se trouvaient pas dans l'obligation de collaborer à la preuve, d'autant plus que le défendeur avait le droit de rester passif et que l'intervention du juge était exclue au regard du principe de neutralité qui présidait le procès civil. La loi du 5 juillet 1972 a modifié à cet effet les règles de procédure en insérant dans l'article 10 du code civil une obligation pour les parties « *d'apporter leur concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » (1848). Une telle obligation de collaborer trouve également sa justification dans la reconnaissance pour le juge civil de nouveaux pouvoirs sur l'administration de la preuve qui consistent en la possibilité pour celui-ci d'ordonner désormais des mesures d'instruction.

En droit administratif français, cette obligation de collaborer à la preuve s'est accompagnée d'une évolution de la conception de l'Administration comme partie à l'instance. Sa qualité de partie lui fait peser des obligations en matière de preuve, même si elle se trouve dans la majorité des cas contentieux comme partie défenderesse (1849). Annoncée par l'arrêt *Barel* (1850), dans lequel le Conseil d'État a imposé à l'Admi-

(1847) F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *op. cit.*, pp. 738 et s.

(1848) Voy. article 10 du Code Civil : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts* ».

(1849) Pour une étude de cette évolution voy. P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, pp. 11 et s. et pp. 32 et s ; J.-Ph. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 16 et s ; C. DEBBASCH, « La charge de la preuve devant le juge administratif », *D.*, 1983, chr. IX, pp. 44 et s.

(1850) CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec.* p. 308 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 470 et s.

nistration de communiquer toutes les pièces lui permettant de vérifier la légalité de sa décision, cette conception de l'Administration-partie a entraîné des conséquences importantes sur le régime de la preuve qui, dans certains cas, se trouve aménagé en faveur des administrés (1851).

Dès lors que la collaboration à l'administration de la preuve est appréhendée comme moyen d'équilibrer la répartition de la charge de la preuve, elle n'est pas qu'une question purement procédurale. Si elle traduit une conception plus dynamique des rapports contentieux devant un juge, elle permet de rendre compte d'une situation qui préexiste au procès. L'évolution considérable de la place du juge et des parties témoigne d'une volonté affichée de faciliter non seulement le recueillement des preuves en vue d'une instance judiciaire, mais aussi de permettre au juge de trancher une difficulté de preuve. Pour ce faire, le juge est nécessairement tenu d'apprécier le degré de difficulté d'une des parties à satisfaire à son obligation d'apporter la preuve de son allégation. En ce sens, il peut demander à la partie la mieux placée d'apporter cette preuve.

Cette façon de présenter l'administration de la preuve devant les juridictions nationales trouve un écho particulier dans le droit de l'Union. Attachée *a priori* à une difficulté de preuve qui se présente en amont de tout rapport contentieux, elle permet de fonder une obligation de collaborer à la preuve. La difficulté de preuve est alors tranchée dans la jurisprudence par référence aux obligations de coopération dont le juge de l'Union tient compte au titre de l'administration judiciaire de la preuve.

B. *L'obligation de collaborer à la preuve et l'obligation générale de collaborer*

Le lien entre l'obligation de collaborer à la preuve et l'obligation générale de collaborer dans le droit de l'Union européenne se présente de manière différente selon qu'il s'agit des États membres et des institutions et des particuliers. S'agissant des États membres et des institutions, c'est la coopération loyale de l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE) qui trouve une application processuelle (1). S'agissant des particuliers c'est la conciliation des intérêts en présence qui va justifier, dans certaines hypothèses, une telle obligation (2).

(1851) C. CADOUX-TRIAL, « La charge de la preuve devant le Conseil d'État », *EDCE*, 1953, pp. 86 à 87.

1. La coopération loyale entre les États membres et les institutions et l'administration de la preuve

Les rapports contentieux entre les institutions de l'Union et les États membres sont le terrain de prédilection de l'obligation de collaborer à la preuve au titre de la coopération loyale de l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE). Ces rapports contentieux opposent souvent la Commission aux États membres.

Cette configuration dans le procès devant les juridictions de l'Union s'explique par la mission de gardienne des traités que les traités confèrent à la Commission dans de nombreux domaines largement marqués par ses pouvoirs étendus de contrôle. Ne pouvant pas exercer ses pouvoirs directement sur le territoire national, la Commission demeure tributaire des éléments que les États membres vont lui communiquer. Il incombe donc à ces derniers aux termes de l'article 4 §3, TUE (ex article 10 TCE) de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission de gardienne des traités en lui fournissant toutes les informations nécessaires. Cette obligation générale peut également trouver une assise dans le droit dérivé qui instaure une collaboration étroite spécifique entre la Commission et les États membres dans l'application de la réglementation de l'Union dans certains domaines (1852).

Il convient dès lors de s'interroger sur le contenu de cette obligation et sur les conséquences qu'elle entraîne sur l'administration de la preuve dans le cadre d'une procédure contentieuse. S'agissant du contenu de cette obligation, celle-ci semble viser toutes les informations pertinentes dont disposent les États membres et faire peser sur eux un devoir d'information « *de toutes les circonstances de droit et de fait importantes* » (1853). Pour l'Avocat général Gulmann, « *ce devoir d'information vaut même lorsque les informations souhaitées peuvent être utilisée par la Commission comme preuve de ce que l'État membre a manqué à ses obligations de droit* » (1854) de l'Union.

S'agissant des conséquences sur l'administration de la preuve, cette obligation peut trouver un prolongement naturel devant les juridictions de l'Union dans deux hypothèses : le recours en annulation à l'encontre d'une décision de la Commission (a) et le recours en manquement (b).

(1852) On renvoie aux développements sur la coopération dans la recherche des preuves dans le Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 de la Première partie de la thèse.

(1853) Point 14 des Conclusions de l'Avocat général Gulmann présentées le 16 juin 1992, sous l'arrêt CJCE, 14 octobre 1992, *Commission c. Grèce*, aff. C-65/91, *Rec. p. I-5245*.

(1854) *Ibid.*, pt 14.

a) *Dans le cadre du recours en annulation*

Dans le cadre du recours en annulation, l'illustration la plus remarquable de la position jurisprudentielle est celle relative à la répartition de la charge de la preuve dans le domaine des aides d'État et dans le domaine de l'apurement des comptes de FEAGA (FEOGA).

Dans le domaine des aides d'État, il est de jurisprudence constante qu'il appartient à la Commission d'apporter la preuve de l'existence d'une aide et que la charge de la preuve de la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur pèse sur l'État membre concerné qui doit établir que les conditions des dérogations prévues sont réunies.

Toutefois, le juge de l'Union a estimé que « *cette répartition de la charge de la preuve est subordonnée au respect des obligations procédurales respectives pesant sur la Commission et l'État membre concerné, dans le cadre de l'exercice par cette institution du pouvoir dont elle dispose pour amener l'État membre à lui fournir toutes les informations nécessaires (...) en particulier (...) il appartient à l'État membre en vertu de son devoir de coopération envers la Commission résultant de l'article 10 CE, de fournir tous les éléments de nature à permettre à cette institution de vérifier que les conditions de la dérogation sont réunies* » (1855).

De même, le Tribunal de l'Union a rappelé, dans l'affaire *Hotel Cipriani SpA et autres c. Commission* (1856), qu'« *en particulier, il appartient à l'État membre concerné, en vertu de son devoir de collaboration avec la Commission, et aux tiers intéressés dûment invités à présenter leurs observations conformément à l'article 88, paragraphe 2, CE de faire valoir leurs arguments et de fournir à la Commission toutes les informations susceptibles de l'éclairer sur l'ensemble des données de l'affaire. (...) C'est précisément sur la base des arguments et des données qui lui ont ainsi été soumis que la Commission est tenue, dans le respect de ses obligations procédurales (...) de vérifier avec diligence et impartialité notamment si la mesure considérée est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et d'avoir une incidence sur la concurrence* ».

(1855) TPICE, 12 septembre 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commission*, aff. T-68/03, *Rec.* p. II-2911, pts 34 à 36 ; TPICE, 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani SpA et autres c. Commission*, aff. jtes T-254/00, T-270/00 et T-277/00, *Rec.* p. II-3259, pts 232 et 233 ; J. DERENNE, « Chroniques. Aides d'État », *Concurrences*, 2009, n° 1, pp. 154 à 157.

(1856) TPICE, 28 novembre 2008, *Hotel Cipriani SpA et autres c. Commission*, aff. jtes T-254/00, T-270/00 et T-277/00, *arr. préc.*, pts 232 à 234.

Cette position en matière d'aide d'État n'est pas étonnante. Comme nous l'avons vu (1857), l'existence d'une procédure de notification préalable dans ce domaine repose sur une exigence de preuve qui pèse de manière systématique sur l'État qui doit justifier les mesures nationales prises. Dans la répartition judiciaire de l'administration de la preuve, le juge tient donc compte des rapports précontentieux existant entre l'État membre et la Commission. Ces derniers sont sanctionnés expressément au titre d'une obligation de coopération loyale que sous-tend la procédure de notification préalable.

Le lien intrinsèque entre la coopération loyale et l'administration judiciaire de la preuve devant le juge de l'Union est particulièrement mis en avant dans le domaine de l'apurement des comptes FEAGA (ex FEOGA).

Dans l'affaire *Allemagne c. Commission* (1858), la Cour de justice a précisé que l'administration de la preuve dans un recours en annulation dépendait de la collaboration des parties dans la mise en œuvre de la réglementation du droit de l'Union applicable. La Cour de justice a, tout d'abord, rappelé que « *le principe de coopération loyale découlant de l'article 10 CE régit les relations entre les États membres et les institutions. Il entraîne une obligation pour les États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire et impose aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopérations loyales avec les États membres* » (1859). Ensuite, elle a précisé que le devoir de coopération loyale et réciproque « *trouve application, notamment dans les règles relatives à la répartition de la charge de la preuve, et qui, par la contribution active demandée aussi bien de la part de la Commission que des États membres, incitent à une coopération loyale entre ces instances dans l'établissement de l'existence ou de l'absence d'une violation des règles* » (1860) du droit de l'Union. La Cour en a conclu qu'« *une correcte application des règles de répartition de la charge de la preuve implique, en principe, le respect de l'article 10 du traité CE* » (1861).

(1857) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1858) CJCE, 4 mars 2004, *Allemagne c. Commission*, aff. C-344/01, *Rec.* p. I-2081 ; A. BOUVERESSE, « Charge de la preuve », *Europe*, 2004, comm. n° 148 p. 31.

(1859) Pt 79 de l'arrêt.

(1860) Pt 80 de l'arrêt.

(1861) Pt 81 de l'arrêt.

542 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Il résulte de cet arrêt que si la Commission est tenue de procéder à une enquête suffisante et de présenter un élément de preuve du doute sérieux et raisonnable qu'elle éprouve à l'égard des pratiques nationales, les États membres doivent « *présenter la preuve la plus détaillée et complète* » (1862) dès lors qu'ils sont les mieux placés pour recueillir et vérifier cette preuve (1863). Il leur incombe donc d'apporter la preuve de l'effectivité des contrôles opérés par les autorités nationales.

La position de la Cour de justice est intéressante également parce qu'elle affirme que l'obligation de coopération loyale ne peut pas être considérée de manière abstraite, mais au regard du règlement n° 729/70, du 21 avril 1970, relatif au financement de la politique agricole commune (1864) dont la mise en œuvre dépend de la coopération entre les États membres et la Commission (1865). Cette position jurisprudentielle rejoint ainsi la réticence du Tribunal de première instance de reconnaître les conséquences tirées de la méconnaissance du devoir de coopération loyale, en l'absence de concrétisation dans un acte juridique obligatoire (1866).

Les exemples en matière d'aides d'État et d'apurement des comptes dans le cadre du financement agricole démontrent cependant que l'obligation de collaboration n'a pas pour objectif de contribuer à la vérité judiciaire et d'éclairer le juge. Ce qui est sanctionné au titre de la coopération loyale dans l'administration judiciaire de la preuve, est la collaboration des États et des institutions dans l'application efficace et effective du droit de l'Union européenne. Une telle solution semble également se présenter pour le recours en manquement.

b) *Dans le cadre du recours en manquement*

À l'initiative quasi exclusive de la Commission (1867), le recours en manquement apparaît comme le contentieux le plus propice aux difficultés que peut poser la méconnaissance de l'obligation générale

(1862) CJCE, 6 mars 2001, *Pays-Bas c. Commission*, aff. C-278/98, *Rec. p.* I-1501, pts 49 à 41 ; CJCE, 19 juin 2003, *Espagne c. Commission*, aff. C-329/00, *Rec. p.* I-6103, pt 68.

(1863) CJCE, 9 janvier 2003, *Grèce c. Commission*, aff. C-157/00, *Rec. p.* I-153, point 17 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Pays-Bas c. Commission*, aff. C-293/00, *Rec. p.* I-2775, pt 35 ; CJCE, 4 mars 2004, *Allemagne c. Commission*, aff. C-344/01, arr. préc., pt 58.

(1864) JO n° L 94 du 28 avril 1980, p. 13.

(1865) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2. de la Première partie de la thèse.

(1866) TPICE, 12 décembre 2007, *Italie c. Commission*, aff. T-308/05, *Rec. p.* II-5089.

(1867) L'essentiel de l'initiative de ce recours revient à la Commission, sauf dans des cas rarissimes. Voy. par exemple, CJCE, 4 octobre 1979, *France c. Royaume-Uni*, aff. 141/78, *Rec. p.* 2923 ; pour un exemple récent, voy. CJCE, gd. ch., 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni et Irlande*, aff. C-145/04, *Rec. p.* I-7917.

de coopération au titre de l'administration de la preuve. La particularité de ce recours se présente dans sa phase précontentieuse largement dominée par l'échange d'informations entre les États membres et la Commission afin que celle-ci puisse décider s'il existe un manquement au droit de l'Union européenne et, le cas échéant, le faire constater par la Cour de justice.

Selon une jurisprudence constante, la Commission doit établir le manquement en apportant à la Cour tous les éléments nécessaires à la vérification de son existence. À cet égard, les États membres ne sont pas en principe tenus d'apporter une quelconque preuve, la charge d'administrer la preuve pesant entièrement sur la Commission (1868). Mais la collaboration des États membres avec la Commission pour établir le manquement ou constater la cessation de celui-ci demeure une étape primordiale dans la phase précontentieuse (1869). Ainsi, la Commission peut se trouver dans une difficulté particulière pour établir le manquement, dès lors que l'État membre concerné omet délibérément de lui fournir les informations demandées à la Commission (1870). Dans ce cas de figure, la Cour de justice sanctionne cette omission au titre de l'administration judiciaire de la preuve, l'État étant le plus à même de fournir la preuve.

Telle est la solution au moins qui résulte du célèbre arrêt *Commission c. Grèce* (1871). À l'origine, comme le soulignait l'Avocat général dans ses conclusions « *le principal problème soulevé dans cette affaire [tenait] à la preuve des faits qui seraient constitutifs d'une violation des articles 28 [ex article 30] et 29 [ex article 34] et du règlement (CEE) n° 136/66 (1872) »* (1873). En l'espèce, la Commission, saisie de plusieurs plaintes, avait décidé d'ouvrir une procédure en manquement à l'encontre de la Grèce. Plus particulièrement, était visée la procédure

(1868) Voy. commentaire de l'article 226 du traité CE (devenu article 258 TFUE) in J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., pp. 164 et s.

(1869) CJCE, 11 décembre 1985, *Commission c. Grèce*, aff. C-192/84, *Rec.* p. 3967, pt 19 ; CJCE, 12 septembre 2000, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-408/97, *Rec.* p. I-6417, pts 16 et 17 ; CJCE, gd. ch., 26 avril 2005, *Commission c. Irlande*, aff. C-494/01, *Rec.* p. I-3331, pts 42 et 43.

(1870) CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Grèce*, aff. 240/86, *Rec.* p. 1835, pts 23 et s.

(1871) CJCE, 22 septembre 1986, *Commission c. Grèce*, aff. 272/86, *Rec.* p. I-4875 (dit « huile d'olive » ; voy. V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire, *JDI*, 1989 pp. 390 à 392 ; C. J. BERR, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des marchandises », *JDI*, 1989 p. 415.

(1872) Règlement n° 136/66 du Conseil, du 22 septembre 1966, portant établissement d'une organisation commune des marchés dans le secteur des matières grasses, *JO* n° L 172, du 30 septembre 1966, p. 3025.

(1873) Pt 4 des conclusions de l'Avocat général Vilaça présentées le 28 avril 1988, sous l'affaire CJCE, 22 septembre 1986, *Commission c. Grèce*, aff. 272/86, *Rec.* p. I-4875.

544 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

administrative grecque d'autorisation d'importation et d'exportation des productions étrangères et productions nationales d'huile d'olive. Dans la phase précontentieuse de la procédure, la Commission avait à plusieurs reprises adressé aux autorités grecques des demandes de renseignement concernant les dispositions réglementaires ou administratives existant et les explications sur les points soulevés dans les plaintes. Les autorités grecques n'ayant pas donné suite à ces demandes d'information, la Commission avait adressé deux avis motivés.

Devant la Cour de justice, la Commission mettait en avant les difficultés qu'elle avait eues pour obtenir les informations et justifiait ainsi le manque de preuves pour étayer le manquement qu'elle établissait exclusivement sur des données fournies par les plaignants. Consciente des difficultés rencontrées, la Cour de justice a ordonné à plusieurs reprises, en vertu de l'article 24 du Statut, des mesures d'instruction visant à la production par la Grèce des dispositions réglementaires ou administratives relatives au traitement des demandes d'importation et d'exportation de la production litigieuse.

Face au refus répété de fournir les informations demandées et de collaborer avec la Commission, la Cour de justice a estimé que le « *gouvernement hellénique (...) a empêché cette institution de prendre connaissance d'une pratique administrative et de vérifier si elle entraînait des entraves aux échanges d'huile d'olive* » (1874). Elle a considéré en l'espèce que la Commission avait établi à suffisance le manquement de la Grèce, tout en tenant compte de la méconnaissance manifeste et intentionnelle de l'obligation de coopération loyale qui lui incombaient dans la phase précontentieuse.

Cet arrêt est également un exemple très significatif que cette obligation peut trouver un prolongement devant la Cour de justice. L'obligation de coopération peut donc trouver une signification processuelle au titre de l'obligation de collaborer à la preuve. La Cour de justice a tiré les conséquences du « *manque d'esprit de coopération des autorités helléniques* » (1875). La Cour de justice a estimé que « *ce manque de collaboration est d'autant plus grave qu'il persiste devant la Cour. Celle-ci ne peut accomplir la mission qui lui est dévolue par l'article 220 [ex. article 164] du traité, à savoir assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, lorsqu'un gouvernement ne donne pas suite à ses demandes. Le comportement*

(1874) CJCE, 22 septembre 1986, *Commission c. Grèce*, aff. 272/86, arr. préc., pt 31.

(1875) Point 83 des conclusions de l'Avocat général Vilaça présentées le 28 avril 1988, sous l'affaire CJCE, 22 septembre 1986, *Commission c. Grèce*, aff. 272/86, arr. préc.

du gouvernement hellénique a donc constitué, en l'espèce, une entrave sérieuse à l'exercice de la justice » (1876).

L'obligation de coopération loyale peut donc constituer le fondement d'une obligation de collaborer à la preuve devant la juridiction de l'Union qui peut tenir compte d'un refus de donner suite à des demandes d'instruction ordonnées. Elle peut également justifier le constat par la Cour de justice d'un manquement aux obligations des États membres caractérisé comme une « *entrave sérieuse à l'exercice de la justice* ».

La portée de cet arrêt reste néanmoins, à regret, limitée. Dans le dispositif de l'arrêt, le manquement de la Grèce n'a été retenu qu'au titre du devoir de coopération loyale.

La jurisprudence postérieure reste plus réservée sur le point de savoir si une obligation de collaborer à la preuve devant la Cour de justice peut résulter du devoir de coopération loyale (1877). Son étude démontre plutôt que la Cour sanctionne toute méconnaissance de l'obligation générale de collaboration et n'hésite pas à constater le manquement des États membres lorsqu'ils refusent (1878), négligent ou qu'ils omettent (1879) de communiquer à la Commission toutes les informations nécessaires pour qu'elle puisse « *exercer son contrôle du respect par les États membres de leurs obligations* » (1880).

La coopération loyale entre les États membres et les institutions de l'Union peut donc concerner la répartition de la charge de la preuve, plus particulièrement les exigences qui découlent de cette répartition à l'égard des parties. En effet, le juge face aux contestations des parties utilise non seulement les règles de l'administration de la preuve, mais aussi le devoir de coopération loyale pour en dégager une obligation de collaborer à la preuve.

(1876) CJCE, 22 septembre 1986, *Commission c. Grèce*, aff. 272/86, arr. préc., pt 31.

(1877) CJCE, 14 octobre 1992, *Commission c. Grèce*, aff. C-65/91, *Rec.* p. I-5245, point 16. Dans cette affaire, la Cour de justice a constaté le manque de collaboration de la République hellénique avec la Commission en n'ayant pas communiqué les informations demandées. Mais elle s'est bornée simplement à préciser qu'« *il est à noter que cette attitude a persisté devant* » elle, sans en tirer les conséquences comme dans l'affaire « *huile d'olive* ».

(1878) CJCE, 14 octobre 1992, *Commission c. Grèce*, aff. C-65/91, arr. préc., pts 12 à 17.

(1879) CJCE, 24 mars 1994, *Commission c. Royaume Uni*, aff. C-40/92, *Rec.* p. I-989, pts 31 et s.

(1880) D. SIMON, « *Recours juridictionnels. Recours en constatation de manquement. Nature de manquement. Procédures de constatation* », *J-Cl Europe*, fasc. 380, 2011, n° 12 ; voy. également, CJCE, 13 juin 2002, *Commission c. Espagne*, aff. C-474/99, *Rec.* p. I-5293.

2. L'obligation de collaborer à la preuve et les particuliers

La nécessité d'affirmer une telle obligation s'est imposée en raison des difficultés de preuve qui peuvent se poser lorsque les particuliers intentent un recours à l'encontre d'une institution. Par voie prétorienne, dans certaines hypothèses, est affirmée une véritable obligation pesant sur l'institution défenderesse d'apporter tous les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour prendre sa décision ou bien qui sont exclusivement en sa possession. Cette jurisprudence tend à concilier les intérêts des particuliers concernés par la décision et l'exercice du pouvoir décisionnel des institutions à leur rencontre.

Ainsi, l'Avocat général Lagrange dans ses conclusions dans l'affaire *Laminoirs Hauts fourneau c. Haute Autorité*, estimait que le caractère accusatoire de la procédure obligeait les parties « *de collaborer, en vue de permettre à la Cour de statuer sur le litige pendant devant elle, en apportant tous les faits et documents en sa possession* » (1881). Selon lui, cette obligation se manifestait dans l'exigence faite à l'institution auteur de l'acte, de produire tous les documents ou informations qui est seule à posséder en sa qualité d'autorité publique (1882). Néanmoins, cette obligation n'est pas affirmée par les juridictions de l'Union qui préfèrent utiliser la possibilité des mesures d'instruction, notamment la communication des pièces.

Seul un arrêt à notre connaissance, en matière de fonction publique, affirme une telle obligation. La Cour précise qu'« *il appartient à l'institution défenderesse, en tant qu'autorité investie du pouvoir de nomination, de collaborer avec les ayants droit d'un de ses agents en vue de la découverte de la vérité* » (1883).

La question de la collaboration à la preuve est ainsi inscrite dans la problématique d'une répartition équilibrée de l'administration de la preuve. On comprend dès lors la position jurisprudentielle adoptée pour le recouvrement *a posteriori* des droits de douane. En principe, les autorités douanières doivent apporter la preuve à l'appui de leur prétention « *que la délivrance des certificats incorrects est imputable à la présentation inexacte des faits par l'exportateur* » (1884). Toutefois, ce dernier doit établir que ces certificats sont basés sur une présentation exacte des faits dès lors que les autorités douanières se sont trouvées

(1881) Conclusions présentées le 14 mai 1964, Rec. CJCE 1965, p. 1123.

(1882) CJCE, 16 juin 1971, *Anne Duraffour c. Conseil*, aff. 18/70, Rec. p. 515, pt 31.

(1883) *Ibid.*, pt 31.

(1884) CJCE, 9 mars 2006, *Beemsterboer Coldstore Services BV*, aff. C-293/04, Rec. p. I-2263, pts 39 à 46.

dans une impossibilité de vérifier l'authenticité et l'exactitude des faits ayant donné lieu à la délivrance de ces certificats (1885). Cette solution est motivée par la nécessité de ne pas faire peser sur les autorités douanières la négligence de l'exportateur parce que l'Union « *ne saurait supporter les conséquences préjudiciables des agissements incorrects des fournisseurs* » (1886).

L'on retrouve exactement la même position en matière de concurrence. En principe, la charge de la preuve fait peser sur la partie ou l'autorité qui allègue une violation des règles de la concurrence d'apporter la preuve. Toutefois, « *cette répartition de la charge de la preuve est (...) susceptible de varier dans la mesure où les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la preuve a été apportée* » (1887).

Les exemples jurisprudentiels démontrent que la collaboration à la preuve est appréciée selon qu'une difficulté de preuve existe objectivement ou non.

En ce sens aussi, dans le domaine de la concurrence, le droit au silence reconnu aux entreprises permet à ces dernières de ne pas répondre aux questions posées par la Commission dès lors que ces réponses peuvent être analysées comme un aveu de l'infraction reprochée. Toutefois, la portée de ce « silence » relatif a été encadrée par la jurisprudence et le droit dérivé en ce sens que les entreprises sont tenues de communiquer tous les documents et de répondre à des questions factuelles. L'étude de la jurisprudence révèle que l'entreprise doit en principe coopérer avec la Commission. Ce n'est que, lorsque les réponses fournies sont de nature à « *admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* » (1888), que l'entreprise peut refuser de coopérer. La juridiction de l'Union tient compte de la coopération ou non de l'entreprise concernée pour apprécier la difficulté rencontrée par la Commission d'établir la preuve de la pratique anticoncurrentielle. De même, elle examine la nature des demandes de

(1885) Voy. également pour une position similaire en matière d'exonération de la TVA, CJCE, 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, arr. préc., pts 43 à 49; CJCE, 27 septembre 2007, *Twoh International*, aff. C-184/05, arr. préc., pts 26 et 28.

(1886) CJCE, 17 juillet 1997, *Pascoal*, aff. C-97/95, arr. préc., pt 59. Une telle exigence peut être nuancée dès lors que le particulier a agi de bonne foi. Voy. par exemple, CJCE, 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, aff. C-409/04, arr. préc., pt 50 et s. Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A. de cette partie de la thèse.

(1887) TPICE, 16 novembre 2006, *Peróxidos Orgánicos, SA c. Commission*, aff. T-120/04, *Rec. p. II-4441*, pt 53.

(1888) CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. 374/87, *Rec. p. 3283*, pt 35.

renseignements et d'informations adressées à la Commission afin de vérifier si ces demandes sont de nature à pousser l'entreprise à avouer l'infraction (1889). L'étude de cette position jurisprudentielle, qui est constamment rappelée, démontre une conception particulière du droit de ne pas témoigner contre soi-même en raison de la nature économique de la procédure menée par la Commission (1890).

La portée de ce droit a également été relativisée par l'instauration des procédures de clémence. Ces procédures permettent une diminution des montants d'amende dès lors que les entreprises contribuent activement à l'établissement des preuves d'une entente et coopèrent avec la Commission tout au long de la procédure d'investigation. La portée de cette collaboration a été précisée par le juge de l'Union. Ainsi, pour pouvoir bénéficier de cette procédure, l'entreprise doit déclarer « *expressément qu'elle ne conteste pas les allégations de fait sur lesquelles la Commission fonde ses griefs [et] peut être considérée comme ayant contribué à faciliter la tâche de la Commission consistant en la constatation et la répression des infractions aux règles communautaires de la concurrence. Dans ses décisions constatant une infraction à ces règles, la Commission est en droit de considérer un tel comportement comme constitutif d'une reconnaissance des allégations de fait et donc comme un élément de preuve du bien-fondé des allégations en cause. Dès lors, un tel comportement peut justifier une réduction de l'amende* » (1891).

L'obligation de collaborer à la preuve est appréhendée en fonction du cadre factuel de chaque espèce. Prenant en compte la situation concrète du justiciable, le juge tempère les difficultés que la preuve peut présenter par le jeu de l'obligation de collaborer à la preuve. Le droit de l'Union européenne lui reconnaît un rôle actif dans l'administration de la preuve.

(1889) TPICE, 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, aff. T-112/98, *Rec. p. II-729*.

(1890) Pour une présentation critique de cette position, voy. L. GOFFIN, « Le droit de ne pas s'incriminer soi-même fait-il partie du droit communautaire » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, pp. 1010 et s ; P. RAMBAUD, « Les nouveaux pouvoirs d'enquête de la Commission européenne » in F. BRUNET, G. GANIVET (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 339 et s.

(1891) TPICE, 14 mai 1998, *Cascades SA c. Commission*, aff. T-308/94, *Rec. p. II-925*, pt 256.

§2. – L'intervention active du juge dans l'administration de la preuve

L'intervention active du juge se manifeste également dans l'aménagement de l'administration de la preuve. Cet aménagement est nécessité non seulement par un souci d'équilibrer l'administration de la preuve entre les parties, mais aussi par l'obligation d'assurer une application effective de la disposition juridique applicable. Souvent imbriquées et difficilement dissociables dans la décision juridictionnelle, ces deux préoccupations fondent la possibilité pour le juge d'ordonner des mesures d'instruction. Celles-ci peuvent être ordonnées soit à la demande des parties, soit d'office. Il s'agit d'une véritable prérogative dont dispose le juge puisqu'il apprécie de manière souveraine l'opportunité d'une telle mesure (A). Toutefois, le droit de l'Union prévoit un régime juridique spécifique des mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées (B).

A. L'appréciation souveraine de l'opportunité d'ordonner des mesures d'instruction

La décision de recourir à une mesure d'instruction est une prérogative exclusive du juge que celui-ci utilise lorsqu'une difficulté de preuve se présente. Or, la possibilité même d'ordonner des mesures d'instruction rompt l'égalité entre les parties dans le procès puisqu'une telle mesure va en principe profiter soit au demandeur, soit au défendeur. De plus, elle ne doit pas avoir pour effet d'alléger inutilement l'effort probatoire des requérants et, partant, avoir pour conséquence la généralisation des mesures d'instruction en dépit des obligations qui découlent de l'administration partagée de la preuve. L'utilité d'une mesure d'instruction dépend donc de l'appréciation souveraine du juge qui doit prendre en considération les intérêts en présence dans le but d'un bon déroulement du procès. Toutefois, cette marge de manœuvre a une signification différente selon qu'il s'agit des juridictions de l'Union (1) ou des juridictions nationales (2).

1. Le pouvoir des juridictions de l'Union d'ordonner des mesures d'instruction

Devant les juridictions de l'Union, la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction traduit une volonté d'affirmer le rôle actif du juge dans le déroulement de la procédure.

550 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

En vertu de l'article 24 du Statut de la Cour, le juge de l'Union « *peut demander aux parties de produire tous documents et de fournir toutes informations* » qu'il estime nécessaire. Ainsi, dans l'affaire *Henri de Compte*, il a rappelé qu'il lui appartient « *d'apprécier l'utilité d'une telle mesure* » (1892).

Il ressort de la jurisprudence que le juge utilise ces pouvoirs pour opérer une répartition équilibrée de l'administration de la preuve en fonction des difficultés rencontrées par l'une des parties d'établir le fait qu'elle allègue (1893). Ainsi, une mesure d'instruction ne peut pas être ordonnée dans le cadre d'un pourvoi. La Cour de justice a rappelé, dans l'arrêt *Hoechst AG* (1894), que « *de telles mesures sortent du cadre d'un pourvoi, limité aux questions de droit [et] conduiraient nécessairement la Cour à se prononcer sur des questions de fait et modifieraient l'objet du litige soumis au Tribunal, en violation des dispositions de (...) règlement de procédure de la Cour* ».

L'examen d'une demande de mesure d'instruction ou de l'opportunité d'y recourir relève de l'appréciation souveraine du juge. Celui-ci est particulièrement vigilant et son examen porte sur la pertinence des moyens invoqués pour la solution du litige avant d'ordonner la mesure d'instruction demandée (1895).

En effet, la mesure d'instruction est une intervention exceptionnelle qui ne sera ordonnée que si des éléments objectifs font apparaître l'utilité d'une telle mesure (1896).

Pour que les juridictions de l'Union donnent satisfaction à une demande d'instruction, la partie ayant formulé une telle demande doit présenter un commencement de preuve suffisant. Dans l'ordonnance *Usinor et Sacilor c. Commission*, la Cour de justice a estimé que la « *requérante doit établir le caractère utile et nécessaire à la production des documents demandés, lesquels doivent présenter un aspect décisif pour la solution du litige et, en particulier, contenir la preuve*

(1892) TPICE, 17 octobre 1991, *Henri de Compte c. Parlement*, aff. T-26/89, *Rec. p. II-781*, pt 227.

(1893) K.P.E. LASOK, *The European Court of justice : Practice and Procedure*, op. cit., pp. 420 et s ; R. PLENDER, « Procedure in the European Courts : Comparison and Proposals », *RCADI*, 1997, t. 267, pp. 168 à 170.

(1894) CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst AG c. Commission*, C-227/92 P, *Rec. p. I-4443*, pts 79 et 80.

(1895) TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA c. Commission*, aff. T-17/02, *Rec. p. II-2031*, point 134 ; TPICE, 27 septembre 2006, *Haladjian Frères SA c. Commission*, aff. T-204/03, *Rec. p. II-3779*, pts 207 à 213.

(1896) CJCE, 28 avril 1966, *ILFO c. Haute Autorité CECA*, aff. 51/65, *Rec. p. 125*, p. 139 ; CJCE, ord., 18 juin 1986, *British American Tobacco Company Ltd c. Commission*, aff. Jtes 142 et 152/84, *Rec. p. 1899*, pt 4.

d'un fait pertinent » (1897). Tel n'est pas le cas lorsque le juge dispose de suffisamment de preuves pour prendre sa décision (1898).

Les demandes de production de documents pourront être présentées dans le cadre des articles 45 et 91 du règlement de procédure de la Cour, des articles 65 et 114 du règlement de procédure du Tribunal (1899) ou les articles 54 et 57 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique, soit à la demande des parties, soit d'office. La pratique judiciaire des juridictions de l'Union démontre qu'à la différence du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique, la Cour de justice recourt rarement à de telles mesures, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier l'exactitude matérielle des faits. La création du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique ainsi que le transfert à ceux-ci respectivement du contentieux de la concurrence et de la fonction publique expliquent en partie cette situation.

Les règlements de procédure du Tribunal de l'Union et du Tribunal de la fonction publique présentent une particularité puisqu'ils leur reconnaissent la possibilité de recourir également à des mesures d'organisation de procédure (1900). Ces mesures interviennent à titre complémentaire et permettent d'« *assurer, dans les meilleures conditions, la mise en état des affaires, le déroulement des procédures et le règlement des litiges* » (1901).

Définies à l'article 64 du règlement de procédure du Tribunal et à l'article 56 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique, les mesures d'organisation de procédure ont pour objet : « *a) d'assurer le bon déroulement de la procédure écrite ou orale et de faciliter l'administration des preuves; b) de déterminer les points sur lesquels les parties doivent compléter leurs argumentation ou qui nécessitent une instruction ; c) de préciser la portée des conclusions ainsi que les moyens et arguments des parties et de clarifier les*

(1897) CJCE, ord., 28 janvier 1987, *Usinor et Sacilor c. Commission*, aff. 171/86, cité in J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., p. 488.

(1898) CJCE, 2 octobre 2003, *Ensidesa c. Commission*, aff. C-198/99 P, *Rec. p. I-11111*, points 28 à 31 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Salzgitter AG c. Commission*, aff. C-182/99, *Rec. p. I-761*, pts 41 à 44.

(1899) D. LOUTERMAN, M. FEBVRE, « Les incidents de procédure au sens du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. Pal.* 1989, doct. p. 276.

(1900) Voy. article 49 du règlement de procédure de Tribunal: « *À tout stade de la procédure, le Tribunal, l'avocat général entendu, peut décider de toute mesure d'organisation de la procédure ou d'instruction visées aux articles 64 et 65 ou prescrire le renouvellement ou l'ampliation de tout acte d'instruction* ». (version identique de l'article 54 §2 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique).

(1901) Voy. article 64 du règlement de procédure du Tribunal. Voy. également article 55 et 56 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

points litigieux entre elles ; d) de faciliter le règlement à l'amiable des litiges ».

Moins contraignantes que les mesures d'instruction, ces mesures permettent au juge d'intervenir de manière plus informelle. Elles ont été également jugées par la doctrine comme « *particulièrement adaptées aux situations de faits complexes* » (1902) dans la mesure où le cadre factuel du litige peut être mieux circonscrit.

Destinée à éclairer le juge sur une question de fait, la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction trouve une signification particulière devant les juridictions nationales dès lors que l'application du droit de l'Union en dépend.

2. Le pouvoir des juridictions nationales d'ordonner des mesures d'instruction

L'appréciation souveraine du juge national pour décider d'ordonner des mesures d'instruction lorsqu'est en cause l'application du droit de l'Union européenne est la conséquence de la liberté dont il dispose pour écarter une règle de preuve nationale incompatible avec l'exercice effectif des droits tirés du droit de l'Union européenne. Cette liberté se manifeste dans la possibilité pour le juge national de recourir à des modes de preuve équivalents.

Cette possibilité permet au juge de ne pas être lié par la forme des modes de preuves présentés (1903). À cet égard, il peut exiger la communication non seulement des documents, mais également de toutes les informations qu'il jugerait nécessaire pour décider de l'application de la disposition du droit de l'Union invoquée (1904).

De même, le juge national peut utiliser « *tout moyen de contrôle approprié* » ainsi que « *toutes mesures qu'ils estiment nécessaires* » (1905) en vue de vérifier l'exactitude des documents fournis par le particulier. En cas de difficulté de fournir la preuve de sa demande, il appartient au juge national de prendre en considération tous les éléments présentés par l'intéressé et, si besoin est, d'accepter d'autres

(1902) J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 800 ; voy. également J. BIANCARELLI, « Le règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes : le perfectionnement dans la continuité », *RTDE*, 1991, p. 556.

(1903) CJCE, 9 novembre 2006, *Heinrich Schulze GmbH*, aff. C-120/05, *Rec.* p. I-10745, pt 26.

(1904) *Ibid.*, pt 25.

(1905) *Ibid.*, pt 25.

moyens de preuve jugés équivalents par son droit national (1906). Le juge peut « *prendre en compte d'autres moyens de preuve qui soient tout aussi satisfaisants au regard du contrôle, selon les modalités définies par le droit national, pour autant que celle-ci respectent la portée et l'efficacité du droit* » (1907) de l'Union. Le juge national peut également recourir à tous les pouvoirs d'instruction et d'investigation que lui octroie son droit national procédural (1908).

L'appréciation souveraine de recourir à des mesures d'instruction est toutefois encadrée. Elle ne lui est reconnue que pour garantir l'application effective et la protection des droits tirés du droit de l'Union dans le respect du cadre procédural national.

Le juge national est donc tenu, dans l'exercice de sa mission de juge de droit commun, de respecter « *les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* » (1909). La Cour de justice a, d'ailleurs, précisé que le droit de l'Union « *n'impose pas aux juridictions nationales (...) à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application [des dispositions en cause] a fondé sa demande* » (1910).

Ainsi, dans un premier temps, la Cour de justice a reconnu les limites de l'application des droits tirés du droit de l'Union, notamment en précisant que les règles procédurales devaient être appréciées en tenant compte du contexte particulier du litige et au cas par cas (1911). À cet égard, elle a également admis la possibilité qu'une disposition du droit de l'Union soit écartée, lorsque celle-ci était invoquée de manière abusive (1912).

Dans un second temps, la Cour de justice, faisant primer le droit à une protection juridictionnelle effective, a estimé que le juge national devait dans toute la mesure du possible assurer la conciliation entre le

(1906) CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, arr. préc., pts 43 et 48.

(1907) CJCE, 9 novembre 2006, *Heinrich Schulze GmbH*, aff. C-120/05, point 30 V ; dans ce sens, CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, pts 43 et 48.

(1908) CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, arr. préc., pt 57.

(1909) CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, arr. préc., pt 14.

(1910) CJCE, 14 décembre 1995, *Jeroen van Schijndel*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, arr. préc., point 22.

(1911) CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, arr. préc., pt 14.

(1912) CJCE, ord., 16 décembre 1999, *Clauni SA c. Commission*, aff. C-170/99 P (non publié), CJCE, ord., 20 janvier 2000, *Clauni SA c. Commission*, aff. C-171/99 (non publié), *Europe*, mars 2000, comm. 69.

554 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

droit de l'Union et le droit procédural national. Elle a précisé qu'il appartenait au juge national d'interpréter les voies de droit nationales afin d'assurer une protection maximale aux justiciables (1913). À cet égard, dans l'application des règles nationales de preuve, le juge national est tenu, si besoin est, de rechercher dans son droit national le moyen de preuve le plus approprié pour l'application du droit tiré de l'ordre juridique de l'Union invoqué devant lui (1914).

Une telle position n'est pour autant pas étonnante. Elle envisage les mesures d'instruction nationales comme un moyen efficace de réalisation des droits tirés du droit de l'Union (1915). En ce sens, ces dernières n'échappent pas à toute emprise du droit de l'Union qui prévoit un traitement spécifique aux mesures d'instruction qui peuvent être ordonnées.

B. Le régime juridique des mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées

Le droit de l'Union européenne prévoit diverses formes de mesures d'instruction pouvant être ordonnées par les juridictions de l'Union et par les juridictions nationales.

Ainsi, les règlements de procédure des juridictions de l'Union (1916) prévoient la possibilité d'ordonner comme mesure d'instruction la comparution personnelle des parties, la demande de renseignements et la production de documents, la preuve par témoins, l'expertise et la descente sur les lieux.

Pendant, l'étude du droit dérivé a démontré que le droit de l'Union ne se désintéresse pas totalement du régime juridique des mesures d'instruction. L'existence des actes de droit dérivé, même s'ils ne concernent que les rapports entre les juridictions nationales, exerce une influence certaine dans la détermination du régime juridique des mesures d'instruction. Ce dernier dépend du droit applicable à certaines mesures d'instruction, notamment l'expertise et le témoignage. Cette question peut se poser lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité d'expert

(1913) CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271, pt 44, voy. également à propos de cet arrêt, Cl. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP éd. G*, 2007, I-175, spéc. pp. 18 et s.

(1914) CJCE, 9 novembre 2006, *Heinrich Schulze GmbH*, aff. C-120/05, point 30 voy. dans ce sens, CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, pts 43 et 48.

(1915) Voy. sur ce point, Titre I, Chapitre 1, §2 de la Première partie de la thèse.

(1916) Voy. respectivement article 45 du règlement de procédure de la Cour de justice, article 65 du règlement de procédure du Tribunal et article 57 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

et de témoin tant devant les juridictions de l'Union que devant les juridictions nationales.

À cet égard, l'article 26 du statut de la Cour de l'Union précise que « *des témoins peuvent être entendus dans les conditions qui seront déterminées par le règlement de procédure* ». Les règlements de procédure prévoient à cet effet le régime juridique de cette mesure d'instruction. Ils disposent ainsi que « *les témoins sont tenus de déférer à la citation et de se présenter à l'audience, à défaut de quoi une sanction pécuniaire peut être infligée* » (1917).

De même, si l'expertise ne constitue pas la mesure d'instruction la plus fréquemment ordonnée par les juridictions de l'Union (1918), à la différence de la demande de renseignements et de communications des pièces, son utilisation tend à se généraliser, notamment dans le contentieux relatif à la concurrence. Aux termes de l'article 25 du Statut de la Cour de justice de l'Union, le juge peut à tout moment confier une expertise à toute personne, bureau, commission ou organe de son choix (1919).

Les règlements de procédure prévoient également la possibilité pour une partie de récuser un témoin ou un expert « *pour incapacité, indignité ou toute autre cause* ». Les motifs d'une telle récusation n'étant pas précisés, la doctrine reste controversée sur le point de savoir s'il faut se référer à la loi nationale du témoin ou de l'expert ou d'adopter une règle autonome et uniforme.

Pour le professeur Georges Vandensanden, « *il convient de distinguer selon les causes de récusation. S'il s'agit de l'incapacité, celle-ci se déterminera en fonction de la loi nationale qui est seule applicable en effet pour déterminer si une personne jouit de sa capacité d'exercice. De même la loi nationale doit être appliquée lorsqu'il s'agit de dire si une condamnation pénale entraîne l'indignité. En revanche, la question de savoir quelles sont les autres causes permettant de récuser un témoin ou un expert doit nécessairement recevoir*

(1917) G. VANDERSANDEN in J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK, M. WAELEBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions, Commentaire Mégret vol. 10, op. cit.*, p. 438.

(1918) Pour une étude de l'expertise comme mesure d'instruction devant les juridictions de l'Union, voy. É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Expert evidence before the EC Courts », *CML Rev.*, 2008, pp. 948 et s et pp. 968 et s.

(1919) Les modalités de recourir à cette mesure d'instruction sont prévues respectivement à l'article 49 du règlement de procédure de la Cour, à l'article 70 du règlement de procédure du Tribunal et à l'article 62 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique. M. OLIVIER, « L'expertise devant les juridictions communautaires », *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 291 ; O. LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, L.G.D.J., 2005.

556 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

une réponse uniforme pour toute la Communauté : il ne serait pas normal que si, dans une même affaire, des témoins de nationalités différentes sont cités, une cause de récusation donnée ne puisse être opposée qu'à l'encontre de l'un d'entre eux » (1920).

Le droit dérivé ne règle pas cette question. Devant les juridictions nationales (1921), le témoignage et l'expertise peuvent être ordonnés par les mécanismes de la coopération judiciaire dans l'obtention des preuves tant en matière civile et commerciale (1922) qu'en matière pénale (1923), mais dans les limites du champ d'application des mécanismes d'obtention instaurés (1924).

La question du droit applicable reste donc non tranchée. Néanmoins, il est possible d'identifier quelle sera éventuellement la démarche du juge pour décider de cette question.

Le renvoi au droit national inscrit le régime des mesures d'instruction dans la problématique de l'effectivité du droit de l'Union européenne résultant de l'application des principes d'équivalence et d'effectivité (1925). Ces principes aboutissent à considérer que lorsque le juge national ordonne des mesures d'instruction, il doit tenir compte de la protection juridictionnelle de l'ensemble des parties. Ainsi, dans l'arrêt

(1920) J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELEBROECK, M. WAELEBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions, Commentaire Mégret vol. 10, Bruxelles, op. cit.*, pp. 439 et s.

(1921) Les juridictions nationales peuvent également ordonner l'audition des fonctionnaires des institutions de l'Union européenne. CJCE, 18 février 1992, *Weddel & Co. BV c. Commission*, aff. C-54/90, *Rec. p.* I-871.

(1922) À condition toutefois que ces mesures d'instruction soient nécessaires à la décision judiciaire voy. article 9 du règlement n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, *JO* n° L 199 du 31 juillet 2007. Pour l'audition des témoins et l'expertise voy. article 4 et 17 du règlement n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JO* n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1. Sur la question de la possibilité d'ordonner une expertise dans le cadre de ce règlement à la différence de la Convention de la Haye de 1970, voy. A. NUYTS, « Le règlement (CE) n° 1206/2001 sur l'obtention de preuves et sa première interprétation communautaire par l'arrêt St Paul Dairy », in G. DE LAVAL, M. CANDELA SORIANO (COOR.), *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile, op. cit.*, pp. 295 et s.

(1923) Une protection particulière est toutefois accordée aux victimes entendues en qualité de témoins. Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JO* n° L 82 du 22 mars 2001, pp. 1-4.

(1924) Le législateur de l'Union n'a pas ainsi retenu la possibilité suggérée par l'Allemagne de généraliser la procédure d'expertise sans utiliser les conditions fixées à l'article 17 du règlement. Sur ce point, voy. C. BRUNEAU, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne-Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil, du 29 mai 2001 », *JCP éd. G.*, 2001, 1770, p. 1772. Pour une présentation des mécanismes de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A. et Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1. B. 1. de la Première partie de la thèse.

(1925) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B. de la Première partie de la thèse.

Joachim Steffensen, tout en reconnaissant l'autonomie procédurale des États membres, la Cour de justice a précisé que les résultats de l'expertise doivent pouvoir être contredits (1926). Il s'agit ici de l'affirmation du principe fondamental, celui du contradictoire, auquel le juge de l'Union accorde une importance particulière (1927). La jurisprudence consacre ainsi un véritable droit à une contre-expertise dont la sauvegarde revient au juge national.

De même, dans l'arrêt *Maria Pupino* (1928), la Cour de justice a estimé que les enfants mineurs entendus en tant que victimes devaient être considérés comme des personnes très vulnérables au sens de la décision-cadre (1929) et, par conséquent, devaient bénéficier d'une protection adéquate. Le soin de déterminer le niveau de cette protection revenait au juge national qui devait prendre en considération non seulement les principes affirmés dans la décision-cadre, mais aussi les droits fondamentaux (1930). À cet égard, le juge national doit « *s'assurer que, à supposer que le recours à la procédure incidente d'administration anticipée de la preuve et l'audition selon des modalités particulières prévues par le droit italien soient en l'occurrence possibles, compte tenu de l'obligation d'interprétation conforme du droit national, l'application de ces mesures ne soit pas de nature à rendre la procédure pénale dirigée contre M^{me} Pupino, considérée dans son ensemble, inéquitable au sens de l'article 6 de la convention, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme* » (1931).

L'étude de ces arrêts démontre que lorsque le juge recourt aux mesures d'instruction, il doit respecter le caractère équitable de la procédure. La possibilité qui lui est offerte d'intervenir dans l'administration judiciaire de la preuve ne doit en aucun cas rompre l'égalité des parties ni méconnaître les garanties d'un procès juste et équitable (1932).

(1926) Voy. les conséquences de l'arrêt de la CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, arr. préc.

(1927) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2. B. 2. de cette partie de la thèse. Cette importance a été récemment rappelée, voy. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c. Irlande et autres*, aff. C-89/09 P, nepr., point 50 et s ; CJCE, 17 décembre 2009, *M c. EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.* p. I-12033, pt 41 et s.

(1928) CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, *Maria Pupino*, aff. C-105/03, arr. préc.

(1929) Décision-cadre du Conseil, du 15 mars 2001, relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JO* n° L 82 du 2 mars 2001, p. 1.

(1930) Voy. pts 53 à 59 de l'arrêt.

(1931) Voy. pt 60 de l'arrêt, voy. Cour EDH, 20 décembre 2001, *P.S. c. Allemagne*; Cour EDH, 2 juillet 2002, *S.N. c. Suède*, Recueil des arrêts et décisions 2002-V ; Cour EDH, 13 février 2004, *Rachdad c. France*, et Cour EDH, 20 janvier 2005, *Accardi e.a. c. Italie*, cités par la Cour de justice au pt 60 de l'arrêt.

(1932) Dans l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice a érigé le droit à un procès équitable dans un « *délai raisonnable au rang d'un principe général du droit, s'inspirant*

558 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

L'affirmation de l'application de ces principes aux mesures d'instruction est révélatrice d'une double préoccupation. Il s'agit, tout d'abord, de garantir une protection juridictionnelle effective des droits tirés du droit de l'Union. Il s'agit, ensuite, d'affirmer des principes fondamentaux auxquels l'Union attache une importance particulière en matière de preuve (1933).

Ces deux arrêts sont également intéressants en raison de l'intervention à titre préjudiciel de la Cour de justice. Ils précisent que, dès lors que le droit de l'Union organise la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction, le juge national est tenu de donner une interprétation conforme aux règles procédurales nationales (1934). De même, en cas de doute, il peut adresser à la Cour de justice une question préjudicielle (1935).

La logique du droit de l'Union est ainsi transposée aux mesures d'instruction. Cette logique nous permet de conclure que le droit de l'Union encadre le régime juridique des mesures d'instruction à un point tel que son autonomie au regard du droit national à l'avenir n'est plus exclue.

ainsi de la *Convention européenne des droits de l'homme* », voy. CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow c. Autriche*, aff. C-299/95, *Rec.* p. I-2629, pt 14. comm. J. RIDEAU, *D.*, 1997, p. 364. Pour une illustration particulière, voy. CJCE, 19 février 2009, *Koldo Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlement*, aff. C-308/07 P, *Rec.* p. I-1059.

(1933) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1. B. 2. de la Première partie de la thèse.

(1934) Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2. A. 2. de la Première partie de la thèse.

(1935) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. A. 2. de la Première partie de la thèse.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Le droit de l'Union européenne donne une application particulière aux obligations découlant de l'administration de la preuve. Il érige en véritable obligation l'exigence d'apporter la preuve des allégations, et plus particulièrement, lorsqu'il s'agit de la preuve des faits. Cette obligation se justifie par la nécessité de vérifier la compétence juridictionnelle qui dépend de l'application du droit de l'Union à une situation de fait. La distinction entre le fait et le droit dans le droit de l'Union aboutit également à reconsidérer l'obligation d'apporter la preuve de la règle juridique applicable. Loin de n'être qu'une obligation pesant uniquement sur les justiciables, cette obligation est, dans certaines hypothèses, à destination du juge. Une telle présentation de l'administration de la preuve est en cohérence avec la place reconnue au juge dans la répartition équilibrée de l'administration de la preuve. Son intervention active est justifiée par la volonté de remédier à une difficulté de preuve que les faits peuvent présenter. En ce sens, une obligation de collaborer à la preuve peut être dégagée dans le droit de l'Union laquelle constitue une expression particulière de l'obligation générale de coopération. L'obligation de collaborer à la preuve s'adresse, en premier lieu, aux justiciables et, en second lieu, au juge. Ce dernier dispose de la liberté de recourir à des mesures d'instruction. Cette possibilité lui est reconnue dans l'objectif d'assurer une répartition équilibrée de la charge de la preuve et une protection juridictionnelle effective.

CHAPITRE 2

L'ATTRIBUTION DYNAMIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Le risque de la preuve ou la question de l'attribution de la charge de la preuve, se pose, dans le droit de l'Union, à l'issue de la phase de l'instruction dans le jugement. Un doute peut toujours subsister quant à l'établissement de tel ou tel fait. À la différence de l'administration de la preuve où juge et parties collaborent de manière active dans l'établissement des faits, le risque de la preuve n'est pas partagé et ne requiert aucune intervention du juge (1936). Le risque de la preuve désigne celle des parties qui n'a pas su convaincre et, par conséquent, doit succomber.

Une précision est toutefois nécessaire. La question de l'attribution de la charge de la preuve ou du risque de la preuve ne se pose qu'en cas de doute. Il n'y a pas de risque de la preuve lorsqu'aucun doute ne subsiste dans la représentation que le juge peut se faire des faits (1937). Ce doute peut subsister en raison des insuffisances des preuves auxquelles les efforts des parties, et éventuellement du juge, n'ont pas réussi à remédier. Dans cette situation, il incombe dès lors au juge de désigner celle des parties qui doit succomber dans sa prétention. En faisant ainsi, le juge donne gain cause à la prétention adverse. Cela ne signifie nullement que la prétention adverse est la manifestation de ce qui s'est réellement passé. Face à une insuffisance des preuves, le juge est dans une obligation de trancher cette difficulté de preuve afin de rendre sa décision, sous peine de commettre un déni de justice.

Il convient néanmoins d'admettre que le droit de l'Union européenne ne règle pas cette situation. Cette absence dans les textes ne doit pas être interprétée comme une absence d'un principe d'attribution de la charge de la preuve. Sur ce point, le droit de l'Union européenne n'apporte pas d'innovation majeure. La prise en compte de la réalisation

(1936) X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 204. ; T. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, op. cit., p. 319.

(1937) Comme l'observe le professeur Lagarde, « si la référence à cette notion est inutile lorsque le juge tranche sans difficulté une question de preuve, on se convaincra assez facilement de ce que cette notion n'a de réelle pertinence qu'en cas d'impossibilité d'établir une proposition de preuve ». X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 206.

562 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

effective des droits tirés du droit de l'Union européenne et des objectifs de l'Union n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause les principes classiques du droit de la preuve. L'affirmation de l'application des principes classiques ne doit pas néanmoins diminuer l'importance et le sens des solutions retenues en la matière. Elle contribue incontestablement à la consolidation d'un droit de la preuve dans le droit de l'Union européenne, notamment par les conséquences auxquelles elle aboutit dans l'exercice de la fonction juridictionnelle dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

C'est sous cet angle que doit être appréhendée l'application du principe classique *actori incumbit probatio* pour l'attribution de la charge de la preuve (Section 1). Cette application est révélatrice de la manière dont le juge procède pour l'évaluation des preuves (Section 2).

SECTION 1 – L'ATTRIBUTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE ET LE PRINCIPE
ACTORI INCUMBIT PROBATIO

L'attribution de la charge de la preuve dans le droit de l'Union européenne se fait selon le principe *actori incumbit probatio* (§1). Selon ce principe, il incombe à celui qui invoque un droit d'en apporter la preuve (1938). Son application se trouve nuancée au cas par cas et de manière pragmatique, en tenant compte de la particularité du système juridictionnel de l'Union (§2).

§1. – L'affirmation du principe *actori incumbit probatio*
dans le droit de l'Union

Le caractère universel du principe *actori incumbit probatio* explique logiquement sa transposition dans le droit de l'Union (A). Cette dernière est également rendue possible par les solutions de souplesse qu'offre l'interprétation de ce principe (B).

A. *La transposition du principe actori incumbit probatio*
dans le droit de l'Union

La transposition du principe *actori incumbit probatio* résulte incontestablement de son caractère commun à l'ensemble des systèmes juridiques nationaux et au contentieux international. Le principe *actori incumbit probatio* est de longue date reconnu comme un principe

(1938) L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, op. cit., p. 16.

d'attribution de la charge de la preuve dans les droits nationaux et dans le contentieux international. Dans les systèmes juridiques nationaux, ce principe est considéré comme la règle tant en ce qui concerne les juridictions judiciaires (1939) qu'en ce qui concerne les juridictions administratives (1940). Ce principe est également appliqué dans les pays de tradition anglo-saxonne, même s'il y trouve une application particulière dans le cadre de l'*adversory system* (1941). Son application a été également affirmée dans l'ensemble du contentieux international (1942) et devant la Cour européenne des droits de l'homme (1943).

La transposition de ce principe dans le droit de l'Union peut dès lors être expliquée par l'universalité de ce principe. Celle-ci se fait néanmoins de manière indirecte. Elle est affirmée dans la jurisprudence par référence au droit interne (1944). Cette référence au droit interne est constamment mise en avant par les Avocats généraux lorsqu'ils doivent se prononcer sur une difficulté de preuve. Pour justifier la solution qu'ils adoptent, les Avocats généraux rappellent que « *la répartition de la charge de la preuve, [doit se faire par] le principe selon lequel il incombe à la partie qui affirme certains faits d'identifier et de produire des éléments de preuve susceptibles de convaincre le juge de l'existence de ces faits* ». Ils voient dans cette règle « *un principe fondamental*

(1939) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 302 ; F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *op. cit.* ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, *op. cit.* pp. 87 et 88 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, spéc. pp. 208 et s.

(1940) P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, pp. 11 et s. et pp. 32 et s. ; J.-P. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 144 et s. ; C. DEBBASCH, « La charge de la preuve devant le juge administratif », *op. cit.*, pp. 44 et s.

(1941) J. KOKOTT, *The burden of proof in comparative and international human rights law : civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, *op. cit.* ; voy. également J. MANUEL LEBRE DE FREITAS, *Le droit de la preuve dans l'Union européenne The Law of Evidence in European Union*, The Hague, Kluwer Law international, 2004, 463 p. ; C. TAPPER, *Cross and Tapper on evidence*, London, Butterworths, 2010, pp. 119 et s.

(1942) J.-Ch. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op. cit.* ; G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 26 et s. ; M. KAZAZI, *Burden of proof and related issues : a study on evidence before international tribunals*, *op. cit.*, p. 221.

(1943) F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 369 ; H. TIGROUDJA, « La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme » in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 117.

(1944) Voy. les développements du Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1 de la Première partie de la thèse. Voy. pour la démarche analogue de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 369.

communément admis en matière procédurale, sous réserve de quelques nuances différentes, par l'ensemble des États membres » (1945).

Néanmoins, l'étude de la jurisprudence révèle une certaine réserve de la part des juridictions de l'Union à reconnaître explicitement le principe *actori incumbit probatio* comme principe d'attribution de la charge de la preuve. La maxime *actori incumbit probatio* est absente dans les arrêts de la juridiction de l'Union (1946). Une telle absence ne signifie nullement que les juridictions de l'Union n'appliquent pas ce principe. Elle est simplement révélatrice de leur réticence à consacrer un principe en matière d'attribution de la charge de la preuve (1947). Une telle démarche aurait eu pour conséquence de l'assortir de nombreuses exceptions compte tenu de la particularité du système juridictionnel de l'Union et, partant, elle aurait vidé ce principe de sa substance même (1948).

Ce constat résultant de l'étude de la jurisprudence ne doit pas néanmoins aboutir à une conclusion hâtive selon laquelle les juridictions de l'Union n'accordent pas d'importance aux règles de répartition et d'attribution de la charge de la preuve. Bien au contraire, ces questions

(1945) Voy. pt 26 des conclusions de l'Avocat général Tesaro, présentées le 5 juin 1997, sous l'affaire, CJCE, 16 septembre 1997, *Blackspur DIY Ltd c. Conseil et Commission*, aff. C-362/95, *Rec.* p. I-4775 ; voy. également dans le même sens, les conclusions de l'Avocat général Warner, présentées le 22 janvier 1974, sous l'affaire CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, aff. jtes 6 et 7/73, *Rec.* p. 223 ; voy. également la position de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire C-526/04 *Laboratoires Boiron SA*, présentées le 30 mars 2006, *Rec.* p. I-7529. On peut regretter le laconisme de la Cour de justice dans l'arrêt rendu dans cette affaire. En effet, était en cause la compatibilité avec le droit de l'Union de l'article 1315 du Code civil français aux termes duquel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». La Cour de justice a suivi l'Avocat général Tizzano quant à la compatibilité de cet article avec le droit de l'Union sans pour autant le qualifier de « fondamental » comme l'avait implicitement invitée l'Avocat général : CJCE, 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron SA*, aff. C-526/04, arr. préc.

(1946) Seul un arrêt du Tribunal en fait expressément mention. TPICE, 10 mai 1990, *Paul F. Sens c. Commission*, aff. T-117/89, *Rec.* p. II-185, pt 20. Toutefois, la juridiction communautaire a rappelé les conséquences de ce principe sur la nature même de la charge de la preuve. L'utilisation de ce principe par les juridictions de l'Union est justifiée par les conséquences sur la nature de la charge de la preuve que son application entraîne : « (...) Exiger de la Commission qu'elle prouve ne pas avoir reçu les fiches constituerait une violation du principe « actori incumbit probatio », selon lequel chaque partie a l'obligation de prouver uniquement les seuls faits positifs sur lesquels elle s'appuie ; en d'autres termes, ce principe interdit de faire peser sur une partie la charge d'une preuve de caractère purement négatif ».

(1947) Voy. également la même démarche devant la Cour européenne des droits de l'homme, F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 366 et 367.

(1948) Pour une situation similaire devant les juridictions administratives françaises voy. P. PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, *op. cit.*, pp. 11 et s. et pp. 32 et s ; J.-Ph. COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 186 et s. ; C. DEBBASCH, « La charge de la preuve devant le juge administratif », *op. cit.*, pp. 44 et s.

sont considérées à juste titre comme une question de droit. La méconnaissance de ses règles est susceptible de fonder un pourvoi (1949).

Cette solution renforce l'idée que l'attribution de la charge de la preuve présente des enjeux importants et qu'elle ne peut pas être cantonnée à l'application d'un principe qui la fige dans des considérations purement procédurales liées à la qualité de la partie dans l'instance judiciaire.

À cet égard, la démarche adoptée par les juridictions de l'Union consiste à rechercher, tout d'abord, dans les dispositions du droit de l'Union européenne applicables quelle doit être la répartition de la charge de la preuve pour en déduire, ensuite, que spécialement dans le domaine considéré l'attribution de la charge de la preuve obéit à une logique particulière. Dans la jurisprudence, cette démarche peut être décelée par la formule « *en matière de (...) la répartition de la charge de la preuve* » (1950) dont le principe *actori incumbit probatio* ne constitue qu'une illustration particulière (1951).

Cette jurisprudence est favorable à une attribution pragmatique de la charge de la preuve, au cas par cas, donnant au juge des indications importantes sur l'attitude à adopter en cas de doute. Loin d'être un principe absolu d'imputation du risque de la preuve, le principe *actori incumbit probatio* est utilisé dans la jurisprudence comme une directive pour le juge, tant national que celui de l'Union, lorsqu'il est en présence d'une insuffisance des preuves.

B. L'interprétation du principe *actori incumbit probatio*

L'interprétation du principe *actori incumbit probatio*, dans le droit de l'Union, doit, avant de s'attacher aux conséquences de son application pour l'imputation du risque de la preuve (2), faire l'objet de considérations générales relatives à la signification de ce principe (1).

1. La signification du principe *actori incumbit probatio*

La doctrine est aujourd'hui unanime à souligner que le principe *actori incumbit probatio* renvoie à deux conceptions du procès.

(1949) Sur ce point, voy. les développements Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, de la Première partie de la thèse.

(1950) Pour des exemples voy. la jurisprudence précitée en matière d'aide d'État, de concurrence, de discrimination, d'apurement de compte au titre de FEAGA (ex FEOGA), dans le chapitre 1 de ce titre.

(1951) Dans le même sens pour l'article 1315 du Code Civil, voy. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., pp. 223 et s.

566 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

La première conception repose sur une lecture littérale de la maxime selon laquelle le demandeur supporte la charge de la preuve. En effet, le terme « *actor* » est usuellement traduit en français par le terme « *demandeur* » qui renvoie classiquement au requérant, auteur de l'instance. Une interprétation stricte de la maxime aboutit à faire peser systématiquement le risque de la preuve sur le demandeur. Cette interprétation repose sur des considérations d'opportunité. La qualité de demandeur à l'instance rompt l'égalité entre les parties. Elle fait courir au demandeur le risque de la preuve parce que ce dernier « *serait alors la rançon de l'initiative de toute procédure contentieuse sauf à intervertir la charge de la preuve lorsque la nature du fait à prouver donnerait lieu de penser que par exception la charge de la preuve devrait être imposée au défendeur encore qu'il n'ait pas pris l'initiative du procès* » (1952). Or, comme le remarquait le professeur Jacques Chevallier, une telle interprétation, héritage du droit romain, n'est plus en cohérence avec l'évolution de la place du juge et des parties dans le procès (1953).

Selon la seconde conception, moins formaliste et plus révélatrice de l'évolution du droit positif, le principe *actori incumbit probatio* fait peser le risque de la preuve sur celui qui allègue un fait. Le risque de la preuve est fonction des allégations des parties, chacune en supportant le fardeau. Ce n'est pas alors le demandeur qui est seul visé par le risque de la preuve, mais également le défendeur en raison du jeu du débat probatoire et de la dialectique de la preuve (1954). La doctrine considère ainsi que par l'expression « *actor* » est visé non pas le demandeur à l'instance, mais le « *demandeur à la preuve* » (1955). Demandeur et défendeur deviennent successivement « *demandeur à la preuve* ». Cette conception tient compte de l'évolution de la place du défendeur dans le procès qui ne demeure pas passif face aux allégations du demandeur et participe activement à l'administration de la preuve (1956). Elle permet également de rendre compte de l'obligation de collaborer à l'administra-

(1952) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 195.

(1953) *Ibid.*, pp. 189 et s.

(1954) Sur la question de la dialectique de la preuve devant le juge administratif français en matière fiscale, voy. CE, 21 mai 2007, *Société Sylvain Joyeux*, req. n° 284719 (en matière d'exonération de TVA).

(1955) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 217 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, pp. 223 et s ; F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 366 et 367.

(1956) Pour une illustration de cette évolution dans le droit de l'Union voy. les développements consacrés à l'administration de la preuve dans le chapitre précédent.

tion de la preuve qui incombe aux parties. Ainsi, il n'est pas plus permis au demandeur qu'au défendeur de se soustraire à leurs charges probatoires. Par le jeu de la preuve, le défendeur se trouve exposé au risque de la preuve.

Ces deux conceptions se distinguent par le résultat auquel elles aboutissent pour l'imputation du risque de la preuve : l'une pesant systématiquement sur le demandeur, l'autre permettant de tenir compte des allégations des parties et de faire peser le risque de la preuve soit sur l'une, soit sur l'autre.

Dans le droit de l'Union, la question de savoir laquelle des deux conceptions est privilégiée n'est pas tranchée de manière expresse. Si la doctrine a pu déceler l'application du principe *actori incumbit probatio*, elle interprète la jurisprudence comme attribuant en principe la charge de la preuve au demandeur (1957). Or, comme nous l'avons déjà précisé une telle affirmation comporte deux inconvénients majeurs : d'une part, elle implique la consécration des exceptions à ce principe en fonction de la nature du fait à prouver ; d'autre part, elle ne tient pas compte des obligations qui découlent de l'administration de la preuve à l'égard du défendeur. De plus, de l'étude de la jurisprudence l'on peut constater que les juridictions de l'Union utilisent non seulement la formule « *il incombe à la partie requérante* », « *il incombe au requérant* », mais également la formule « *il incombe à la partie qui invoque* ». Ces formules permettent de déceler que l'attribution de la charge de la preuve en application de la maxime *actori incumbit probatio* peut être attribuée à l'une et l'autre partie en fonction des allégations.

L'on peut prendre pour exemple la position jurisprudentielle en matière de concurrence, selon laquelle il incombe non seulement à la Commission ou à l'autorité nationale de concurrence d'apporter la preuve dans sa décision de la violation des règles de concurrence, mais aussi à l'entreprise invoquant le bénéfice de l'article 81 §3, du traité CE (devenu article 101 §3, TFUE), d'en apporter la preuve. Cette position jurisprudentielle trouve une assise textuelle à l'article 2 du règlement n° 1/2003. Le demandeur n'est pas le seul visé par le risque de la preuve. En l'occurrence, c'est le défendeur, la Commission ou l'autorité

(1957) G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, op. cit., pp. 50 et s (position plus énoncée) ; K.P.E. LASOK, *The European Court of justice : Practice and Procedure*, op. cit., pp. 420 et s ; R. PLENDER, « Procedure in the European Courts : Comparison and Proposals », op. cit., pp. 168 à 170 ; F. PICOD, J. RIDEAU, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., p. 594 ; R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit. p. 176.

568 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

nationale compétente qui, pour prendre sa décision, doit s'appuyer sur une violation des règles de concurrence dont les preuves seront examinées en premier. Ce n'est qu'ensuite, lorsque la méconnaissance des règles de concurrence est établie, que le doute sur une éventuelle justification du comportement anticoncurrentiel sera imputé à l'entreprise concernée (1958).

Le domaine de la concurrence n'est pas un exemple isolé eu égard à la particularité de ce contentieux et aux pouvoirs d'investigation dont bénéficient la Commission et les autorités nationales compétentes. L'on retrouve cette conception de la maxime dans tous les recours dès lors que le défendeur entend invoquer le bénéfice d'une justification au comportement que lui reproche son adversaire. Ainsi, dans le cadre du recours en annulation, s'il incombe au demandeur d'apporter la preuve de l'illégalité de l'acte, en revanche, c'est à l'institution défenderesse d'apporter la preuve de la justification lorsque l'acte apporte une restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté reconnu par le droit de l'Union européenne. Il incombe donc à l'auteur de l'acte d'en apporter la preuve (1959).

De même, dans le cadre du recours en manquement, s'il incombe à la Commission d'apporter la preuve du manquement, c'est à l'État défendeur d'apporter la preuve que son comportement peut être justifié par les dérogations prévues par le traité (1960). Dans cet exemple, le principe *actori incumbit probatio* trouve son prolongement dans l'adage *reus excipiendo factor* (1961). Comme nous le verrons, dans l'hypothèse d'un renvoi aux dispositions nationales préexistantes pour la transposition d'une directive, il incombe à l'État de démontrer que ces dispositions permettent d'en assurer une transposition concrète et effective (1962).

Une telle présentation du principe *actori incumbit probatio* dans le droit de l'Union est en adéquation avec l'évolution qu'ont connue

(1958) J.P.E. LASOK, « Judicial review of issues of fact in competition cases », *op. cit.*, pp. 86 et s.

(1959) CJCE, 22 novembre 2007, *Espagne c. Commission*, aff. C-525/04 P, *Rec.* p. I-9947, pt 57 : « selon la jurisprudence de la Cour, le juge communautaire doit non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées ». TPICE, 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c. Conseil*, aff. T-256/07, arr. préc., pts 129 à 149.

(1960) Voy. également CJCE, 14 mars 1985, *Commission c. France*, aff. 269/83, *Rec.* p. 837, pts 9 et s ; CJCE, 19 mars 1991, *Commission c. Belgique*, aff. C-249/88, *Rec.* p. I-1275, pt 40.

(1961) L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. 817.

(1962) Sur ce point, voy. §2. A. 2. c) de cette section de ce chapitre.

les procès nationaux et internationaux. Ainsi, comme le remarque Fred Deshayes dans sa thèse, au sujet de la signification de cette maxime devant la Cour européenne des droits de l'homme, il ne peut en être autrement dans la mesure où le droit international et national « *n'accorde[nt] plus de valeur au sens littéral du principe actori incumbit probatio (...). L'imputation du risque de la preuve suit le mouvement dialectique du débat tel qu'il est censé se dérouler théoriquement* » (1963). Il résulte donc qu'il revient naturellement « *à celui qui émet une allégation (...) d'en démontrer le bien-fondé* » (1964).

L'application du principe *actori incumbit probatio* n'est pas statique et systématique parce qu'elle se déploie dans la dynamique du débat probatoire. En ce sens, elle permet d'identifier quelles sont les considérations liées à la charge de la preuve dans le droit de l'Union

2. Les considérations liées à l'application du principe *actori incumbit probatio* quant à la charge de la preuve dans le droit de l'Union

La doctrine a déjà essayé de systématiser les considérations qui doivent déterminer l'attribution de la charge de la preuve en application du principe *actori incumbit probatio*. Dans ses *Cours de droit civil approfondi*, le professeur Jacques Chevallier présentait de manière critique les différentes positions doctrinales relatives à l'attribution du fardeau de la preuve (1965). Selon lui, le principe *actori incumbit probatio* ne désigne pas obligatoirement le demandeur à l'instance (1966) ni celui qui doit « *faire la première preuve et produire le premier des éléments de conviction* » (1967). Le risque de la preuve est indépendant des règles relatives à la production des preuves dans la mesure où le juge se fonde sur l'ensemble des éléments fournis pour forger sa conviction.

(1963) F. DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 366 et 367.

(1964) F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 738.

(1965) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », *op. cit.*, pp. 191 et s.

(1966) Une telle affirmation reposait dans la doctrine sur l'idée selon laquelle, le demandeur par son action en justice modifiait le cours normal des choses. Pour une présentation critique de cette proposition en doctrine et en jurisprudence civiliste, F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *op. cit.*, p. 739 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 227

(1967) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 193.

570 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

L'attribution de la charge de la preuve renverrait ainsi à l'idée selon laquelle si « *le problème de la charge de la preuve tend à désigner le plaideur qui subira le risque de l'insuffisance des preuves, il faut bien qu'en tout litige et quel que soit le fait à prouver, soit déterminée, préalablement à toute preuve, celle des propositions contraires que le juge retiendra si l'autre proposition n'est pas établie* » (1968). La désignation du demandeur à la preuve dépendrait donc de l'existence d'une présomption ante-judiciaire (1969). Pour le professeur Jacques Chevalier, « *le seul effet de la présomption ante judiciaire est de désigner celui des plaideurs qui devant faire la preuve succombera si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante. Mais elle ne préjuge rien en ce qui concerne l'administration de la preuve elle-même (...). Entre les deux propositions contraires relativement au fait à prouver, elle indique a priori celle qui devra être prouvée de telle manière que l'autre sera retenue comme motif de la décision si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante (...). Comme ce choix est nécessairement préalable à l'examen de la preuve, elle ne comporte par elle-même et à elle-seule aucune indication sur le déroulement ultérieur de la preuve soit quant à la décomposition du fait à prouver, soit quant aux moyens qui seront recevables pour faire cette preuve* » (1970).

La détermination de cette présomption peut dépendre de considérations d'opportunité, de probabilité, ou bien de références à des standards. Mais la doctrine civiliste a principalement proposé de tenir compte, pour l'imputation du risque de la preuve, de la structure de la disposition juridique applicable. La démarche structurale s'intéresse ainsi au fait générateur, au fait pertinent pour l'application de la règle de droit. La charge de la preuve ne peut peser que sur celle des parties qui l'invoque (1971).

Dans le droit de l'Union, toutes ces considérations ne sont pas encore tranchées. Essayer de donner une réponse à chaque élément comporterait le risque d'aboutir à une systématisation artificielle des solutions jurisprudentielles d'autant plus que le juge se réfère aux différents éléments sans pour autant en préciser la portée. En ce sens, nous ferons nôtre l'analyse du professeur Xavier Lagarde, selon laquelle le principe *actori incumbit probatio* ne permet pas « *d'appréhender la*

(1968) *Ibid.*, 217.

(1969) Voy. également pour une acceptation de cette proposition dans une analyse critique du droit de la preuve, X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 214.

(1970) *Ibid.*, p. 219.

(1971) Sur ce point, H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, op. cit., pp. 87 et 88.

question du risque de la preuve » (1972). Il constitue une ligne directrice pour le juge lorsqu'il décidera de l'attribution du fardeau de la preuve.

Nous pouvons également déduire de l'application de ce principe des considérations relatives à la charge de la preuve. Dans le droit de l'Union européenne, le risque de la preuve est une charge positive. Cela signifie que le risque de la preuve pèse toujours sur celui qui allègue, qui affirme et qui ne nie pas. Se trouve ainsi consacré le principe *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (1973). Ce constat est en adéquation avec la position des juridictions de l'Union à l'égard des faits négatifs et des allégations négatives ainsi qu'avec le régime probatoire qui en découle (1974). En ce sens, le risque de la preuve ne sera jamais imputé à celui qui est confronté à une preuve négative. La jurisprudence relative à la répétition de l'indu soutient cette proposition. Le risque de la preuve sera supporté par l'administration nationale fiscale si cette dernière ne parvient pas à établir que les taxes perçues ont été répercutées.

L'application du principe *actori incumbit probatio* permet également de conclure que, dans le droit de l'Union, le risque de la preuve peut être imputé indépendamment de la qualité du requérant à l'instance. L'attribution de la charge de la preuve aboutit à l'effacement de la distinction entre demandeur et défendeur, chacun pouvant succomber et supporter en conséquence le fardeau de la preuve. En effet, en faisant jouer les règles du débat probatoire dans la phase d'administration de la preuve, chacune des parties se trouve à son tour en qualité de demandeur à la preuve et doit à son tour satisfaire à la charge qui lui incombe. Cette considération démontre que le juge tient compte des difficultés que peuvent rencontrer les parties. La charge de la preuve est donc une charge effective.

Enfin, l'application du principe *actori incumbit probatio* permet d'affirmer que, dans le droit de l'Union, l'attribution de la charge de la preuve est dépendante des allégations de chaque partie et des preuves que cette dernière avance à cet égard. Cette considération explique que le juge utilise ce principe pour fixer des niveaux de preuve différents en fonction de la règle juridique applicable. En ce sens, il s'agit d'un principe régulateur des allégations des parties, mais qui ne permet pas en tant que tel de décider de l'attribution du fardeau de la preuve. Ces

(1972) X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 213.

(1973) L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, op. cit., p. 193.

(1974) Voy. sur ce point les développements Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, de cette partie.

trois éléments ressortent d'une manière significative de la jurisprudence lorsqu'elle applique le principe *actori incumbit probatio*.

§2. – L'application du principe *actori incumbit probatio*
dans le droit de l'Union

Dans le droit de l'Union, l'application du principe *actori incumbit probatio* aboutit à des considérations différentes selon qu'il s'agit des juridictions de l'Union (A) ou des juridictions nationales (B).

A. *L'application du principe actori incumbit probatio devant
les juridictions de l'Union*

Les juridictions de l'Union appliquent le principe *actori incumbit probatio* tant au stade de la recevabilité de la requête (1) qu'au stade de l'appréciation au fond (2).

1. Le principe *actori incumbit probatio* et la recevabilité
de la requête

L'application du principe *actori incumbit probatio* au stade de la recevabilité de la requête fait peser sur le demandeur la charge de la preuve, notamment lorsqu'il s'agit pour celui-ci d'apporter la preuve de son intérêt à agir. Eu égard à la particularité du contentieux du droit de l'Union, cette charge ne s'adresse qu'aux particuliers qui doivent toujours démontrer qu'ils sont directement et personnellement concernées par un acte ou un dommage, qu'ils agissent dans le cadre d'un recours en annulation ou en indemnité (1975). C'est une jurisprudence constante qui met en exergue le caractère fondamental de l'intérêt à agir « *qui constitue la condition essentielle et première de tout recours en justice* » (1976).

En revanche, il incombe à la partie qui invoque la tardiveté du recours d'en apporter la preuve, soit celle qui conteste la recevabilité (1977). L'attribution de la charge de la preuve à la partie qui entend

(1975) Voy. à cet égard la position de la juridiction de l'Union quant à l'intérêt à agir en matière de preuve et les développements du Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, A. 1. de la Première partie de la thèse.

(1976) CJCE, ord. Prés., 31 juillet 1989, *S. c. Commission*, aff. C-206/89 R, *Rec. p. I-2841*, pt 8 ; TPICE, ord., 30 avril 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH c. Commission*, aff. T-167/01, *Rec. p. II-1873*, point 58 ; TPICE, 14 avril 2005, *Sniace, SA c. Commission*, aff. T-141/03, *Rec. p. II-1197*, pt 31.

(1977) Parmi une jurisprudence abondante et constante sur ce point, v. par exemple CJCE, 11 mai 1989, *Henri Maurissen c. Cour des comptes*, aff. jtes 193 et 194/87, *Rec. p. 1045* ; TPICE, 20 mars 1991, *Casariago c. Commission*, aff. T-1/90, *Rec. p. II-143*, pt 37. Voy. également,

s'en prévaloir est le résultat d'une construction jurisprudentielle fondée sur des considérations liées à la preuve de la date du commencement du délai du recours (1978). Cette situation est particulièrement présente dans le cadre du recours en annulation dont le délai de deux mois court à partir de la notification régulière de l'acte ou de sa publication (1979). C'est à l'auteur de l'acte à l'encontre de qui est intenté le recours d'apporter la preuve de la tardiveté de la requête, lorsque celui-ci conteste la recevabilité de celle-ci (1980). Il lui appartient dès lors de supporter les conséquences de l'impossibilité de fournir cette preuve, notamment en ne prévoyant pas un envoi adapté aux situations ayant donné lieu à l'adoption de l'acte. Ainsi, dans l'arrêt *Belfiore* (1981), la Cour de justice a reproché à la Commission de ne pas avoir prévu un envoi par lettre recommandée en ce qui concerne une décision d'une importance particulière, qualifiant, en l'espèce, une démission d'office. Par conséquent, elle doit en supporter les conséquences car « *le léger doute qui subsiste en ce qui concerne le moment où le délai de recours a commencé de courir doit profiter au requérant* » (1982).

La solution selon laquelle il incombe à l'expéditeur de fournir la preuve de la notification et de sa date, comme le souligne l'Avocat général Darmon, « *conjugue les vertus de la simplicité et de la certitude juridique* » (1983). En effet, une autre solution aurait eu pour conséquence de faire peser sur le requérant la négligence commise par l'auteur de l'acte et de l'empêcher ainsi d'exercer effectivement son droit au recours (1984).

H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, The Hague, London, New York, Kluwer Law international, 6^{ème} éd., 2001, p. 685.

(1978) Voy. également le commentaire de l'article 230 du traité CE (devenu article 263 TFUE) in J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, op. cit., pp. 250 et s; H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, op. cit., pp. 688 et s; K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, op. cit., pp. 313 et s.

(1979) Il est d'ailleurs de jurisprudence constante qu'une décision est dûment notifiée au sens du traité, dès lors qu'elle est communiquée à son destinataire et que celui-ci est en mesure d'en prendre connaissance. Voy. CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation c. Commission*, aff. 6/72, *Rec.* p. 215, pt 10.

(1980) Sous réserve toutefois qu'en l'absence d'une notification ou une publication, l'intéressé ayant connaissance de l'existence d'un acte qui le concerne doit en demander le texte intégral dans un délai raisonnable.

(1981) CJCE, 5 juin 1980, *Salvatore Belfiore c. Commission*, aff. 108/79, *Rec.* p. 1769, pt 7.

(1982) *Ibid.*, point 7.

(1983) Pt 71 des conclusions de l'Avocat général Darmon présentées le 12 avril 1989, sous l'arrêt CJCE, 11 mai 1989, *Henri Maurissen c. Cour des comptes*, aff. jtes 193 et 194/87, arr. préc.

(1984) TPICE, 20 mars 1991, *Casariago c. Commission*, aff. T-1/90, arr. préc. pt 49.

Or, la preuve de l'absence de réception, preuve négative, est quasi impossible à produire et appelle souvent des considérations d'ordre subjectif liées intimement au comportement du requérant pouvant le placer dans une situation présumée d'abus de droit (1985). Compte tenu des réticences des juridictions de l'Union à l'égard des faits subjectifs et négatifs, une telle solution permet aussi de régler de manière pragmatique des conflits d'intérêts qui peuvent se présenter dans le cadre du recours dès le stade de la recevabilité de la requête. C'est pour cette raison qu'« *il n'appartient pas au destinataire d'une lettre non recommandée d'établir les raisons d'un retard éventuel dans la transmission de celle-ci* » (1986). L'auteur de l'acte étant le mieux placé pour fournir cette preuve, il doit apporter la preuve « *complète* » de la réception de l'acte et ne peut pas se contenter de simples arguments ni des documents internes tels que des copies de son registre d'expédition du courrier qui doivent être écartées conformément au principe selon lequel « *nul ne peut se constituer preuve soi-même* » (1987). De même, lorsque l'acte n'est pas publié ou notifié, il appartient à la partie qui se prévaut de la tardiveté du recours de démontrer l'événement qui fait courir le délai (1988).

Les juridictions de l'Union font une application tempérée du principe *actori incumbit probatio*. Une telle observation peut être également faite lorsqu'il s'agit du fond de la requête.

2. Le principe *actori incumbit probatio* et l'examen au fond de la requête

L'application du principe *actori incumbit probatio* offre également des solutions de souplesse pour les juridictions de l'Union dans l'examen au fond de la requête. Sans se poser comme objectif l'exhaustivité des situations dans lesquelles les problèmes de preuve se posent, on attirera particulièrement l'attention sur l'application du principe *actori incumbit probatio* en ce qui concerne la preuve d'un préjudice (a), la preuve de l'illégalité d'un acte des institutions (b) et, enfin, la preuve du

(1985) CJCE, 12 mai 1998, *Alexandros Kefalas*, aff. C-367/96, *Rec.* p. I-2843.

(1986) CJCE, 26 novembre 1981, *Bernard Michel c. Parlement*, aff. 195/80, *Rec.* p. 2861, pt 11.

(1987) Voy. dans ce sens, point 65 des conclusions de l'Avocat général Darmon présentées le 12 avril 1989, sous l'arrêt CJCE, 11 mai 1989, *Henri Maurissen c. Cour des comptes*, aff. jtes 193 et 194/87, arr. préc.

(1988) Voy. également, TPICE, (ord.), 13 avril 2000, *GAL Penisola Sorrentina c. Commission*, aff. T-263/97, *Rec.* p. II-2041, pt 47.

manquement des États membres aux obligations qui leur incombent en vertu des traités (c).

a) *La preuve du préjudice*

Selon une jurisprudence constante, celui qui invoque un préjudice doit en apporter la preuve. Il en est ainsi car l'existence du préjudice conditionne l'octroi de mesures provisoires ou bien ouvre le droit à réparation du dommage subi. Dans le cadre du référé et du recours en indemnité, cette charge pèse donc sur le demandeur. Mais les exigences ne sont pas les mêmes, eu égard à la particularité des deux recours, le premier préservant un intérêt avant toute instance au fond (i), le second tranchant définitivement un litige (ii).

i) *La preuve du préjudice dans le cadre de référé*

Dans le cadre du référé, l'attribution de la charge de la preuve dépend de l'allégation du préjudice par l'une ou l'autre partie (1989). Il en est ainsi car si, en principe, la charge de la preuve pèse sur le demandeur (1990), le défendeur doit également en apporter la preuve dans le cadre de la balance des intérêts, lorsque celui-ci conteste l'octroi d'une mesure provisoire (1991). Dans ce cas, le défendeur doit prouver à son tour que l'octroi de la mesure provisoire lui causera un préjudice important. Une telle solution apparaît « *logique parce que la survenance d'un préjudice grave et irréparable dans le chef du défendeur en conséquence de l'octroi de mesures provisoires ôterait en effet toute portée à l'arrêt au principal et serait en contradiction avec le principe que les mesures octroyées dans le cadre d'un référé doivent être provisoires* » (1992).

Peut-on néanmoins interpréter l'exigence de la preuve d'un préjudice grave et irréparable de la part du défendeur comme un renversement de la charge de la preuve ? Une telle interprétation ne semble

(1989) Sur la controverse doctrinale relative à l'urgence et à l'existence d'un préjudice grave et irréparable comme conditions autonomes. Voy. G. VANDERSANDEN, « Référé », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2000 ; voy. également K.P.E. LASOK, *The European Court of justice. Practice and Procedure*, *op. cit.*, p. 250 et s.

(1990) Cette charge de la preuve pèse sur le demandeur indépendamment de sa qualité de particulier, d'État ou d'institution. Elle joue dès lors qu'un préjudice est allégué. CJCE, ord., 26 juin 1959, *Acciaieria e Tubificio di Brescia c. Haute Autorité CECA*, aff. 31/59 R, *Rec.* p. 209.

(1991) Voy. dans ce sens, H. G. SCHERMERS, D. F. WÆLBROECK, *Judicial protection in the European Union*, *op. cit.*, p. 700 ; G. BEBR, *Development of Judicial Control of the European Community*, Martinus Nijhoff, 1981, p. 139.

(1992) B. PASTOR, É. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, p. 611.

pas se dégager de la jurisprudence qui, au contraire, penche vers une application tempérée du principe *actori incumbit probatio* selon lequel celui qui invoque un droit ou un fait doit en démontrer l'existence.

Tel est l'enseignement qui peut être retenu de deux ordonnances (1993) de référé de la Cour de justice dans lesquelles cette dernière s'est fondée sur le fait que le défendeur n'a pas démontré que l'octroi de mesures provisoires causerait « *un préjudice appréciable* » aux intérêts économiques de la Communauté pour accueillir la demande de sursis à exécution (1994). Dans ces deux affaires, il s'agissait de demandes de sursis à l'exécution de l'article 3 du règlement (CEE) n° 1778/77 (1995). Il convient néanmoins de souligner que la constatation de l'absence de preuve de la part du défendeur pour démontrer un préjudice sur les intérêts économiques de l'Union européenne intervient dès lors qu'aucun doute ne subsiste quant aux « *circonstances dont découlent, en fait et en droit, l'urgence et la nécessité de l'adoption des mesures provisoires que [les requérantes] avaient sollicitées* ».

Le préjudice ayant été prouvé par les requérantes, il revenait à la Cour de justice de procéder à une balance des intérêts dans la mesure où ces mesures provisoires pourraient avoir des conséquences « *appréciables* » eu égard à la nature des faits de l'espèce sur les finances communautaires puisqu'était en cause la perception des montants douaniers au titre de l'article 3 du règlement précité.

Même si la juridiction de l'Union procède d'office à cet examen, il revient au défendeur de démontrer la survenance d'un préjudice par des éléments de preuve suffisants (1996). Il en est ainsi car la demande de mesures provisoires « *ne sera pas refusée pour le simple motif que l'octroi de la mesure sollicitée cause un préjudice ou une gêne au défendeur* » (1997).

Cette jurisprudence démontre que si la charge de la preuve incombe au requérant dans le cadre d'une demande de référé, il n'en

(1993) CJCE, ord. prés., 14 octobre 1977, *NTN TOYO Bearing c. Conseil*, aff. 113/77 R et 113/77 R-INT, *Rec.* p. 1721 ; CJCE, ord. prés., 9 novembre 1977, *Nachi Fujikoshi Corporation et autres c. Conseil*, aff. 121/77 R, *Rec.* p. 2107.

(1994) Pour une interprétation de ces deux ordonnances comme renversant la charge de la preuve voy. B. PASTOR, É. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *op. cit.*, p. 598, spéc. note de bas de page 110. Pour une proposition plus nuancée de la position de la Cour dans ses ordonnances voy. J.-G. HUGLO, « Cour de justice.-Référé », *J.-Cl. Europe*, fasc. 390, 2004, n° 49.

(1995) Règlement n° 1778/77 du Conseil, du 26 juillet 1977, portant institution d'un droit anti-«dumping» pour les roulements à billes et les roulements à rouleaux coniques, originaires du Japon, *JO* n° L 196 du 3 août 1977, p. 1.

(1996) J. RIDEAU, F. PICOD, « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *JTDE*, 1995, pp. 123 et s.

(1997) B. PASTOR, É. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *op. cit.*, p. 610.

demeure pas moins que cette charge peut peser également sur le défendeur lorsqu'il invoque un préjudice. L'on peut donc conclure que l'application du principe *actori incumbit probatio* permet d'appréhender l'attribution de la charge de la preuve comme dépendant de l'allégation du préjudice par l'une ou l'autre des parties.

ii) *La preuve du préjudice dans le cadre du recours en indemnité*

L'on observe également cette tendance dans le cadre du recours en indemnité parce que la charge de la preuve de l'existence du préjudice pèse sur la partie qui entend engager la responsabilité de l'Union (1998). Les juridictions de l'Union sont très exigeantes sur ce point (1999). Cette charge de la preuve est également renforcée par l'exigence d'un lien de causalité rattachant directement le dommage subi au comportement de l'institution de l'Union mise en cause, à tel point que le recours en responsabilité peut être rejeté « *pour le seul motif que le requérant n'a pas établi le lien de causalité entre le préjudice allégué et le comportement de l'institution (...) incriminé sans même examiner ni la recevabilité du recours ni la réunion des autres conditions d'engagement de la responsabilité* » (2000) de l'Union.

Néanmoins, dans le cadre du recours en indemnité, on peut déceler une application tempérée du principe *actori incumbit probatio* qui ne désigne pas toujours le requérant. En effet, les formules utilisées par les juridictions de l'Union démontrent que si en principe cette charge incombe à la partie requérante (2001), certains arrêts sont plus nuancés dans la mesure où ils affirment qu'« *il appartient au premier chef à la*

(1998) K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, *op. cit.*, pp. 400 et s.

(1999) Pour un exemple de l'appréciation scrupuleuse des preuves avancées par les requérant voy. TPICE, 30 septembre 1998, *Coldiretti c. Conseil et Commission*, aff. T-149/96, *Rec.* p. II-3841, pts 99 à 124.

(2000) Voy. également F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne : de la référence aux principes généraux communs à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, L.G.D.J., 1991 ; J.-G. HUGLO, « Recours en indemnité.-Conditions de fond.-Décision des juridictions communautaires », *J-Cl. Europe*, fasc. 371, 2007, n° 33. Pour des exemples parmi une jurisprudence abondante, voy. CJCE, 21 mai 1976, *Société Roquette Frères c. Commission*, aff. 26/74, *Rec.* p. 677, point 23 ; TPICE, 21 juin 2000, *Hervé Tromeur c. Conseil et Commission*, aff. T-537/93, *Rec.* p. II-2457, pt 36 ; TPICE, 1^{er} février 2001, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, aff. T-1/99, *Rec.* p. II-465, pts 55 et 81 ; voy. également le commentaire de l'article 235 du Traité CE (devenu article 268 TFUE) in J. RIDEAU, F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 367 et s.

(2001) TPICE, 14 septembre 1995, *Lefebvre frères et sœurs c. Commission*, aff. T-571/93, *Rec.* p. II-2379, pt 85 ; TPICE, 9 janvier 1996, *Casper Koelman c. Commission*, aff. T-575/93, *Rec.* p. II-1, pt 97 ; TPICE, 28 avril 1998, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Conseil et Commission*, aff. T-184/95, *Rec.* p. II-667, pt 60 ; TPICE, 17 mars 2005, *Agraz, SA et autres*

partie qui met en cause la responsabilité [de l'Union] d'apporter des preuves concluantes quant à l'existence ou à l'étendue du préjudice qu'elle invoque et d'établir le lien de causalité entre ce dommage et le comportement incriminé des institutions » de l'Union (2002).

De même, on peut également mentionner la position jurisprudentielle des juridictions de l'Union qui fait peser la charge de la preuve de la détermination du préjudice à la partie défenderesse lorsque cette dernière estime que le préjudice subi a été compensé par le requérant.

Le contentieux en matière agricole relatif aux règlements pris par le Conseil supprimant les restitutions pour certains produits agricoles (2003) constitue à cet égard un exemple éclairant. Saisie à titre préjudiciel, la Cour de justice avait constaté que ces règlements étaient incompatibles avec le principe d'égalité de traitement par rapport aux produits agricoles dont les producteurs continuaient à bénéficier des restitutions au détriment des autres producteurs. Saisie, par la suite, d'un recours en indemnité fondé sur le dommage subi du fait de l'absence de restitution, la Cour avait estimé dans une série d'arrêts, tout d'abord, que la responsabilité de la Communauté pouvait être engagée en raison du préjudice causé du fait de l'illégalité constatée des règlements, et, ensuite, avait précisé qu'il incombait à la partie défenderesse d'apporter la preuve que le préjudice causé avait été compensé par les requérants par une répercussion financière des désavantages résultant de la mesure incriminée sur les prix de ventes. Dans cette situation, comme le souligne Jean-Guy Huglo « *il appartient aux institutions communautaires d'apporter la preuve et faute pour celles-ci de prouver que les augmentations de prix résultent de la seule répercussion du préjudice subi, la Cour refuse alors de les prendre en considération* » (2004).

c. Commission, aff. T-285/03, *Rec.* p. II-1063, pt 71 ; TPICE, 26 juin 2008, *Alfonsius Alferink et autres c. Commission*, aff. T-94/98, *Rec.* p. II-1125, pt 60.

(2002) CJCE, 7 mai 1998, *Somaco SARL c. Commission*, aff. C-401/96 P, *Rec.* p. I-2587, pt 71 ; TPICE, 21 juin 2000, *Madeleine Amélie Le Goff et autres c. Conseil*, aff. T-429/93, *Rec.* p. II-2439, pt 45 ; TPICE, 21 juin 2000, *Hervé Tromeur c. Conseil et Commission*, aff. T-537/93, arr. préc., pt 36 ; TPICE, 1^{er} février 2001, *T. Port GmbH & Co. KG c. Commission*, aff. T-1/99, arr. préc., pt 55 ; TPICE, 10 mai 2007, *Monique Negenman c. Commission*, aff. T-255/04, (non publié), pt 73.

(2003) CJCE, 4 octobre 1979, *DGV, Deutsche Getreideverwertung et autres c. Conseil et Commission*, aff. jtes 241, 242, 245 à 250/78, *Rec.* p. 3017 ; CJCE, 4 octobre 1979, *Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG et Diamalt AG c. Conseil et Commission*, aff. jtes 261 et 262/78, *Rec.* p. 3045 ; CJCE, 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady GmbH c. Conseil et Commission*, aff. 238/78, *Rec.* p. 2955.

(2004) J.-G. HUGLO, « Recours en indemnité.-Conditions de fond.-Décision des juridictions communautaires », *J-Cl. Europe, op. cit.*, n° 30.

Dans cet exemple, la responsabilité de la Communauté a été engagée du fait des actes normatifs dont l'illégalité avait été constatée antérieurement par la Cour. L'existence d'un préjudice et l'engagement de la responsabilité de la Communauté étant non contestés, ces affaires posaient avant tout une difficulté de détermination des montants de la réparation. Cela explique également pourquoi la charge de la preuve ne se trouve pas imputée au requérant, son préjudice étant établi.

Cette solution est également en adéquation avec « *les principes généraux communs aux droits des États membres en matière de responsabilité non contractuelle. En ce qui concerne la question de la preuve du dommage, ces droits sont généralement caractérisés par la liberté pour le juge, d'apprécier tous les éléments de conviction qui lui sont présentés* » (2005) afin d'établir les montants de la réparation. Cette liberté d'appréciation du juge explique que le risque de la preuve est ici indépendant de toute considération liée à la qualité des parties à l'instance, chacune contribuant à la détermination des montants par les éléments qu'elle fournit (2006).

L'on peut rapprocher cette position jurisprudentielle de celle adoptée en matière de répétition de l'indu selon laquelle la preuve de la non-répercussion étant une preuve extrêmement difficile à apporter lorsqu'elle pèse sur le requérant, c'est à l'institution défenderesse d'en supporter la charge. En l'espèce, la partie défenderesse estimait que « *la requérante a ou aurait pu éliminer le préjudice en répercutant sur ses prix de vente le désavantage résultant de la suppression des restitutions (...) [et] qu'il appartiendrait à la requérante d'invoquer et de prouver le contraire pour que leurs recours puissent être considérés comme fondés* » (2007). La Cour de justice a jugé que, dans la mesure où « *les institutions défenderesses n'ayant produit aucun élément mettant en doute ces données et les conclusions qu'en tirent les requérantes, leur objection ne saurait donc être retenue* » (2008).

La preuve du préjudice incombe ainsi à la partie qui entend s'en prévaloir soit pour obtenir des mesures provisoires ou faire échec à un tel octroi, soit pour engager la responsabilité de l'Union.

(2005) CJCE, 6 octobre 1982, *Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG c. Communauté Économique européenne*, aff. 261/78, *Rec.* p. 3271, pt 11.

(2006) G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire, op. cit.*, p. 52.

(2007) CJCE, 18 mai 1983, *Pauls Agriculture Limited c. Conseil et Commission*, aff. 256/81, *Rec.* p. 1707, pt 8 ; CJCE, 13 novembre 1984, *Birra Wührer SpA et autres c. Conseil et Commission*, aff. jtes 256, 257, 265, 267/80, 5 et 51/81 et 282/82, *Rec.* p. 3693, pt 26.

(2008) CJCE, 13 novembre 1984, *Birra Wührer SpA et autres c. Conseil et Commission*, aff. jtes 256, 257, 265, 267/80, 5 et 51/81 et 282/82, *arr. préc.*, pt 28.

b) *La preuve de l'illégalité des actes des institutions*

La preuve de l'illégalité des actes des institutions constitue un autre exemple de l'application tempérée du principe *actori incumbit probatio*, en ce sens que la charge de la preuve pèse sur la partie qui entend se prévaloir de cette illégalité (2009). Une telle application est en adéquation avec les principes de sécurité juridique et de présomption de légalité (2010) dont bénéficient les actes du droit de l'Union européenne (2011).

Ainsi, il est de jurisprudence constante que cette charge incombe au requérant lorsque celui-ci conteste la validité des actes des institutions (2012). Cette position jurisprudentielle n'est pas remise en cause par l'allègement de l'administration de la preuve de cette illégalité opérée par les juridictions de l'Union lorsque ces dernières interviennent par le biais des mesures d'instruction (2013).

La présomption de légalité (2014) des actes des institutions ne dispense pas totalement l'institution auteur de l'acte de toute obligation de preuve. En cas de contestation de la légalité des actes, il lui incombe d'apporter la preuve des faits sur lesquelles elle s'est fondée pour prendre l'acte (2015). Ainsi, la légalité de l'acte incriminé s'apprécie à

(2009) Voy. pt 24 des conclusions de l'Avocat général Lenz, présentées le 5 février 1987, sous l'affaire, CJCE, 25 février 1987, *Teresa Banner c. Parlement*, aff. C-52/86, *Rec.* p. 979 : « [il appartient] à la personne qui critique une décision de prouver qu'elle est entachée d'un vice » ; TPICE, 5 avril 2006, *Degussa AG c. Commission*, aff. T-279/02, *Rec.* p. II-897, pts 421 et 422.

(2010) Parmi une jurisprudence abondante, v. pour des exemples récents, CJCE, ass. plén., 5 octobre 2004, *Commission c. Grèce*, aff. C-475/01, *Rec.* p. I-8923, pt 18 ; TPICE, 8 mars 2007, *France Télécom SA c. Commission*, aff. T-339/04, *Rec.* p. II-521, pt 129 ; CJCE, gd. ch., 12 février 2008, *CELF*, aff. C-199/06, *Rec.* p. I-469, pt 59.

(2011) TPICE, 26 avril 2005, *Jose Maria Sison c. Conseil*, aff. jtes T-110/03, T-150/03 et T-405/03, *Rec.* p. II-1429, pt 98 ; voy. dans ce sens, point 70 des conclusions de l'Avocat général Julianne Kokott, présentée le 10 mars 2009, sous l'affaire CJCE, gd. ch., 7 juillet 2009, *S.P.C.M.*, aff. C-558/07, *Rec.* p. I-5783.

(2012) Le principe selon lequel il incombe à celui qui se prévaut de l'illégalité d'un acte d'en rapporter la preuve ne constitue pas une preuve excessivement difficile et, par conséquent, ne prive pas le requérant d'une protection juridictionnelle effective. Voy. TPICE, 5 avril 2006, *Degussa AG c. Commission*, aff. T-279/02, arr. préc., pt 424 ; Une telle exigence est également transposée dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité voy. dans ce sens, CJCE, 13 juin 1996, *Binder GmbH & Co. International*, aff. C-205/94, *Rec.* p. I-2871, pt 20. Pour une étude de la contestation incidente, voy. L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

(2013) J. RIDEAU, « Recours en annulation.-Cas d'ouverture, pouvoirs du juge de l'annulation, contenu, effets et exécution des arrêts d'annulation », *J.-Cl. Europe*, fasc. 331, 2008, n° 161.

(2014) Comme le remarque Louis De Gastines, il ne s'agit pas d'une présomption, c'est-à-dire une règle de preuve. L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, op. cit., p. 13. Sur ce point, voy. également, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1. B. 2. de cette partie de la thèse.

(2015) J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, Commentaire Mégret vol. 10, op. cit., p. 435.

l'aune de l'exactitude matérielle des faits (2016) dont la preuve incombe à l'institution auteur de l'acte (2017). Il en est de même lorsqu'un doute sérieux existe sur la régularité de la procédure d'adoption de l'acte (2018). De même, lorsque le requérant apporte un commencement de preuve à l'encontre de la légalité de l'acte, il incombe à l'institution défenderesse de démontrer que sa décision est fondée « *sur un motif valable en droit* » (2019).

La conciliation des principes de sécurité juridique et de présomption de légalité des actes de droit de l'Union européenne aboutit également à une solution favorable pour le requérant lorsque l'institution a retiré l'acte au motif que celui-ci était entaché d'une illégalité. Dans cette hypothèse, la charge de la preuve de l'illégalité incombe à l'institution défenderesse lorsque cette dernière entend s'en prévaloir pour justifier le retrait de son acte. Cette solution résulte d'une construction jurisprudentielle relative au régime du retrait des actes créant des droits subjectifs ou des avantages similaires au profit du requérant.

Le point de départ de cette construction jurisprudentielle est la présomption de légalité des actes des institutions qui joue « *en l'absence de tout indice de nature à mettre en cause cette légalité* » (2020). La conséquence logique de cette présomption de légalité se trouve dans la considération selon laquelle tout retrait d'un acte légal « *est contraire au principes généraux du droit* » (2021).

Cette considération est néanmoins tempérée par la reconnaissance pour l'institution de la possibilité de retirer l'acte qu'elle vient d'adopter lorsqu'elle constate son illégalité. Le retrait d'un tel acte étant exceptionnel, celui-ci doit intervenir dans un délai raisonnable et être concilié avec « *la nécessité de respecter la confiance légitime du bénéficiaire de l'acte qui a pu se fier à la légalité de celui-ci* » (2022).

Eu égard au caractère exceptionnel du retrait d'un acte considéré comme illégal et aux conséquences de ce retrait pour le bénéficiaire de

(2016) Pour une présentation du contrôle extrêmement rigoureux en matière de preuve, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2 de cette partie de la thèse.

(2017) Voy. en matière de concurrence. Voy. §1, B. 1. de cette section de ce chapitre.

(2018) H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, op. cit., p. 730.

(2019) CJCE, 1^{er} mars 1962, *Mme Leda De Bruyn c. Assemblée parlementaire européenne*, aff. 25/60, *Rec.* p. 39, spéc. p. 60.

(2020) TPICE, 13 juillet 2000, *Helga Griesel c. Conseil*, aff. T-157/99, *Rec.* p. II-699, pt 25.

(2021) CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT*, aff. jtes 42 et 49/59, arr. préc., p. 149 ; CJCE, 22 septembre 1983, *Angélique Verli-Wallace c. Commission*, aff. 159/82, *Rec.* p. 2711, pt 8.

(2022) CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, aff. jtes 7/56 et 3 à 7/57, *Rec.* p. 81, spéc. p. 116 ; CJCE, 3 mars 1982, *Alpha Steel Ltd. c. Commission*, aff. 14/81, *Rec.* p. 749, pt 10 ; CJCE, 20 juin 1991, *Cargill BV c. Commission*, aff. C-248/89, *Rec.* p. I-2987, pt 20.

l'acte, la preuve de l'illégalité alléguée incombe dans cette hypothèse à l'institution défenderesse (2023). Les juridictions de l'Union estiment que dès lors que l'institution défenderesse « *n'a pas démontré l'illégalité de l'acte retiré* », son retrait ne peut pas intervenir de manière valable (2024).

Le régime du retrait d'un acte administratif se trouve ainsi enrichi d'une nouvelle condition préalable qui entraîne par conséquent l'obligation pour l'institution défenderesse de démontrer que « *les autres conditions pour le retrait rétroactif de l'acte sont satisfaites* » (2025). À cet égard, l'institution ne peut pas se contenter de simples allégations et, en l'absence de tout autre indice sérieux, le retrait de l'acte sera annulé.

c) *La preuve du manquement*

La charge de la preuve du manquement offre un exemple particulier de l'application du principe *actori incumbit probatio* que la juridiction de l'Union semble interpréter de manière stricte. Cette charge de la preuve pèse de manière significative sur le demandeur qui doit « *établir l'existence du manquement allégué et ne peut se fonder sur une présomption quelconque* » (2026). Elle impose également à la Commission ou à l'État demandeur « *d'apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement* » (2027). Par conséquent, la méconnaissance des obligations découlant du droit de l'Union ne peut pas résulter d'une présomption de violation du traité (2028). Elle doit être démontrée par la présentation d'éléments concrets (2029) et ne saurait être établie par un simple constat des pratiques contraires isolées (2030). Il en est de même

(2023) TPICE, 5 décembre 2000, *Anthony Gooch c. Commission*, aff. T-197/99, *Rec. p. II-1247*, pt 53.

(2024) TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA et Canal+ SA c. Commission*, aff. T-251/00, *Rec. p. II-4825*, pt 145.

(2025) *Ibid.*, point 141.

(2026) CJCE 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, aff. C-61/94, *Rec. p. I-3989*, pt 61.

(2027) CJCE, 14 décembre 2000, *Commission c. France*, aff. C-55/99, *Rec. p. I-11499*, pt 30 ; CJCE, 8 mars 2001, *Commission c. Allemagne*, aff. C-68/99, *Rec. p. I-1865*, pt 38 ; CJCE, 8 novembre 2001, *Commission c. Italie*, aff. C-127/99, *Rec. pt 47*.

(2028) Voy. CJCE, 9 septembre 1999, *Commission c. Allemagne*, aff. C-217/97, *Rec. p. I-5087*, pt 24, cité en exemple par D. SIMON, « *Recours juridictionnels. – Recours en constatation de manquement. – Procédure de constatation* », *J.-Cl. Europe*, fasc. 380-1, 2011, n° 39.

(2029) CJCE, 10 avril 1984, *Commission c. Belgique*, aff. 324/82, *Rec. p. 1861*, pt 35 (à propos des mesures nationales destinées à simplifier la perception de la TVA sur des voitures de direction, la Cour de justice a estimé que la référence aux prix de catalogue pratiqués ne permettait pas à la Commission d'établir le manquement allégué à suffisance de droit) ; CJCE, 3 mai 2001, *Commission c. Belgique*, aff. C-347/98, *Rec. p. I-3327*, pts 30 à 38.

(2030) CJCE, 8 mars 2001, *Commission c. Allemagne*, aff. C-68/99, arr. préc., point 37 ; CJCE, 12 juin 2003, *Commission c. Finlande*, aff. C-229/00, *Rec. p. I-5727*, pts 53 et 54.

lorsque, dans l'avis motivé, l'État s'est engagé à éliminer le manquement, la Commission devant alors démontrer que le manquement reproché s'était poursuivi après l'échéance fixée dans l'avis motivé (2031). Cette charge pèse sur la Commission qui ne peut pas demander à la Cour d'ordonner une expertise (2032).

De même, la Cour de justice a estimé que lorsque la Commission intente un recours en constatation de manquement pour défaut de transposition d'une directive, cette absence de transposition doit être démontrée et ne peut pas être déduite du fait que l'État concerné ne lui avait pas communiqué les informations qu'elle avait demandées (2033). De plus, la Commission ne peut pas demander à la Cour de justice de rechercher les dispositions nationales portant transposition d'une directive au motif qu'elle n'a pas pu procéder à la vérification de ces éléments en raison de leur communication tardive par l'État membre concerné (2034). En revanche, ce comportement de l'État peut, en lui-même, justifier l'initiative d'un recours en manquement pour méconnaissance de l'obligation générale d'information que lui impose l'article 10 du traité CE (devenu article 4 §3, TUE) (2035).

La charge de la preuve, qui pèse essentiellement sur la Commission ou l'État demandeur, désigne alors la partie qui doit avancer des moyens de preuve pour établir le manquement (2036). Elle désigne en principe le demandeur dans la mesure où l'existence du manquement détermine le bien-fondé du recours. On peut également rapprocher cette exigence de preuve de l'idée selon laquelle il incombe à celui qui invoque une violation des règles des traités d'en démontrer l'existence. Comme nous l'avons vu précédemment, c'est une position jurisprudentielle qui tend à se généraliser au-delà du cadre spécifique du recours en manquement (2037).

Il ne faut nullement l'interpréter comme plaçant l'État membre concerné dans un rôle passif. Dès lors que le manquement est allégué,

(2031) CJCE, 14 juillet 1988, *Commission c. Belgique*, aff. 298/86, *Rec.* p. 4343, pt 15.

(2032) CJCE, 25 avril 1989, *Commission c. Italie*, aff. 141/87, *Rec.* p. 943.

(2033) CJCE, 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, aff. 96/81, *Rec.* p. 1791, point 6 ; CJCE, 8 mars 2001, *Commission c. Allemagne*, aff. C-68/99, *arr. préc.*, pt 37.

(2034) CJCE, 13 juin 2002, *Commission c. Espagne*, aff. C-474/99, *Rec.* I-5293, pt 44.

(2035) *Ibid.*, pt 7. Voy. également les développements consacrés sur ce point Chapitre 1, Section 2, §1, B.1.b).

(2036) K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, *op. cit.*, p. 163.

(2037) Voy. sur ce point, le développement du Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, B. 2. a) de la Première partie de la thèse. L'illustration la plus éclairante de cette position est fournie par le contentieux de la concurrence, mais également par le contrôle de légalité des actes des institutions. Sur ce point, voy. les arrêts cités dans le §1 B. 1. de cette section du chapitre.

l'État doit à son tour satisfaire à la charge de la preuve qui lui incombe. Une telle charge va au-delà d'une simple négation de l'existence du manquement. Cette exigence en termes de preuve est constamment rappelée par la Cour de justice. La juridiction de l'Union estime que dès lors que la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître le manquement, l'État membre ne peut pas se contenter de nier l'existence. Il doit « *contester de manière substantielle et détaillée les données présentées et leurs conséquences* » (2038). Il ne peut pas se fonder sur le manque de caractère concret des éléments de droit et de pratiques nationales avancées par la Commission dès lors que ces éléments ont été largement détenus par l'État membre (2039). De plus, la Cour de justice a récemment rappelé que, « *lorsque la Commission invoque des plaintes faisant apparaître des manquements répétés au droit de l'Union, il incombe à l'État membre concerné de contester de manière concrète les faits allégués de ces plaintes* » (2040).

La charge de la preuve, qui pèse alors sur l'État membre, doit permettre à la Cour de justice de décider si son comportement peut éventuellement être justifié. Cette position juridictionnelle est particulièrement significative lorsque l'État membre invoque, pour justifier son comportement, des dérogations en vertu du traité, du droit dérivé ou de la jurisprudence. Il lui incombe en vertu du principe *reus excipiendo factor* (2041) de démontrer que les conditions sont bien remplies pour pouvoir s'en prévaloir. Or, cette charge est particulièrement lourde car elle se combine souvent avec l'interprétation stricte des dérogations et exceptions à l'application des règles du droit de l'Union européenne et semble incompatible avec un comportement passif de la part de l'État (2042). De plus, lorsque l'État membre estime que la durée excessive de la procédure précontentieuse porte atteinte aux droits de la défense en rendant plus difficile la réfutation des arguments avancés par la Commission, il lui appartient d'apporter la preuve d'une telle incidence (2043).

(2038) CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c. Grèce*, aff. 272/86, *Rec.* p. 4875, pt 21.

(2039) CJCE, 12 septembre 2000, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-408/97, *Rec.* p. I-6417, pt 17.

(2040) CJUE, 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec.* p. I-3713, pt 94.

(2041) L. BOYER, H. ROLAND, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. 817.

(2042) CJCE, 17 novembre 1992, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-157/91, *Rec.* p. I-5899, pts 7 à 9 ; voy. également dans ce sens, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 620 et s.

(2043) CJCE, 21 janvier 1999, *Commission c. Belgique*, aff. C-207/97, *Rec.* p. I-275, pt 25 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Autriche*, aff. C-475/98, *Rec.* p. I-9797, pt 36.

Dans le même sens, il convient également d'apporter une certaine nuance à l'interprétation stricte du principe *actori incumbit probatio*. En effet, dans la jurisprudence de la Cour de justice deux tendances semblent se dégager à l'égard de la preuve du manquement : l'une traduisant la conception classique que l'on vient d'évoquer ; l'autre moins rigoureuse traduisant une application plus tempérée du principe *actori incumbit probatio*. Cette systématisation de la jurisprudence en ce qui concerne la preuve du manquement a été possible par l'observation de l'exigence de la Cour en termes de preuves suffisantes. En effet, l'étude de jurisprudence révèle que l'intensité des preuves exigées varie selon que le manquement allégué concerne une pratique administrative concrète ou qu'il vise une situation plus générale du système juridique national, notamment dans le cas particulier de la non-transposition ou de la non-application de la réglementation de l'Union.

En ce qui concerne la preuve d'une pratique administrative, la Cour de justice semble exiger de la Commission une preuve complète et concrète (2044). Ainsi, à titre d'exemple, on peut mentionner les arrêts *An Post* (2045) et *DCC* (2046) de la Cour de justice rendus sur conclusions contraires de l'Avocat général Stix-Hackl en matière de marchés publics. Dans ces deux affaires, il était reproché à l'Irlande d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 du traité CE (devenu article 49 TFUE) et 49 du traité CE (devenu article 56 TFUE) parce que la passation du marché de services avec *An Post* lequel permettait aux bénéficiaires de retirer les sommes qui leurs sont dues dans les bureaux de poste et du marché de services de transport d'urgence en ambulance confié à *DCC* n'avaient pas été effectuées avec une publicité préalable.

Or, la Commission, ni dans phase orale ni dans la phase écrite, n'étayait de manière précise en quoi la passation des deux marchés constituait une violation aux règles du traité et au principe de non-discrimination dont découle une obligation de transparence. L'insuffisance des preuves avancées par la Commission dans ses deux affaires était flagrante.

En dépit du caractère général des allégations de la Commission et de l'absence d'éléments précis pour démontrer la violation du droit de

(2044) Voy. à propos de la pratique administrative française d'affranchissement postal, CJCE, 9 mai 1985, *Commission c. France*, aff. 21/84, *Rec.* p. 1355, pts 10 à 14.

(2045) CJCE, gd. ch., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777.

(2046) CJCE, gd. ch., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-532/03, *Rec.* p. I-11353.

l'Union par l'absence de publicité préalable pour la passation des deux marchés, l'Avocat général Stix-Hackl proposait toutefois à la Cour de ne pas transposer les règles strictes en matière de preuve pesant sur la Commission. En effet, compte tenu de l'enjeu et de l'ampleur des questions posées dans ces deux affaires, l'Avocat général invitait la Cour à saisir l'occasion pour préciser le régime des marchés de services non prioritaires et à ne pas rejeter les recours comme non fondés malgré l'absence d'éléments précis (2047).

Dans les deux affaires, le manquement n'a pas été retenu et les deux recours ont été rejetés pour insuffisance de preuves. La Cour de justice a ainsi confirmé, en matière de marchés publics, sa position jurisprudentielle relative à la charge de la preuve du manquement. Comme l'avait également remarqué l'Avocat général Stix-Hackl, lorsque le manquement résulte d'une pratique concrète, d'un marché concret, la Commission doit démontrer « *au sens d'une analyse du marché, pour quels acteurs économiques le marché envisagé est intéressant eu égard à la concurrence potentielle, la valeur et l'objet du marché jouant à cet égard un rôle déterminant* » (2048). Par conséquent, la Commission ne peut pas se contenter de développements abstraits.

En ce qui concerne la preuve d'un manquement en raison des effets d'une réglementation ou législation nationale, de manière exceptionnelle, la Cour accepte que la charge de la preuve puisse être renversée ou alléguée. Cette situation, dans la jurisprudence, apparaît dans l'hypothèse d'absence ou de mauvaise transposition des directives. Ainsi, pour démontrer que la transposition d'une directive est insuffisante ou inadéquate, la Commission n'est pas tenue d'établir les effets réels de la législation nationale de transposition. Celle-ci peut démontrer les effets dommageables qu'une telle législation peut produire (2049). Eu égard à l'importance de la transposition de la directive pour son application dans le droit interne, dans ce cas de figure, « *il importe peu que les*

(2047) Pour fonder son argument, l'Avocat général mettait en exergue qu'en matière de marchés publics, la Cour ne s'était jamais prononcée sur les exigences qui pèsent sur la Commission en matière de preuve. De plus, selon l'Avocat général, la Cour de justice admettait dans de ce domaine une application moins stricte du principe selon lequel c'est à la Commission d'apporter tous les éléments à la Cour pour qu'elle puisse vérifier l'existence du manquement allégué. Voy. point 81 des conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl, présentées le 14 septembre 2006, sous CJCE, gd. ch., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-532/03, arr. préc.

(2048) Pts 74 et 75 des conclusions de l'avocat général Stix-HACKL, présentées le 14 septembre 2006, sous CJCE, gd. ch., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, arr. préc., pts 78 et 79 des conclusions présentées le 14 septembre 2006, sous CJCE, gd. ch., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-532/03, arr. préc.

(2049) CJCE, 21 septembre 1999, *Commission c. Irlande*, aff. C-392/96, *Rec. p. I-5901*, pts 60 à 62.

éléments de preuve fournis par la Commission à l'appui du recours soient de simples plaintes n'ayant pas encore fait l'objet d'une instruction » (2050). De même, la charge de la preuve pèse, certes exceptionnellement, sur l'État membre qui se trouve dans l'obligation de « *démontrer qu'il ne s'est pas mis en situation d'infraction* » (2051). Dans le cadre spécifique de la transposition d'une directive, la jurisprudence assouplit l'exigence de preuve qui pèse sur la Commission. En effet, lorsque l'État membre transpose la directive par référence aux dispositions nationales existantes (2052), il lui revient de démontrer que ces dispositions garantissent une transposition complète et effective de la directive. Ainsi, le risque de la preuve pèse sur l'État s'il ne démontre pas qu'il a satisfait à l'obligation de transposition qui lui incombe (2053).

Le raisonnement de la Cour de justice est intéressant. La Cour n'examine pas les preuves avancées par la Commission, mais se livre à un examen des allégations de l'État membre afin de décider si ce dernier a effectivement satisfait à l'exigence de transposition. Comme le remarque le professeur Denys Simon, pour qu'un État puisse « *invoker la situation de « conformité spontanée* » » (2054), il doit démontrer que le droit national « *assure effectivement la pleine application de la directive* » (2055).

Voie de droit autonome et spécifique, le recours en manquement obéit à une logique qui lui est propre en ce qui concerne l'application du principe *actori incumbit probatio*. L'interprétation stricte de ce principe pour l'attribution de la charge de la preuve démontre que celle-ci pèse systématiquement sur la Commission ou sur l'État demandeur. Une telle solution n'est pas très étonnante compte tenu de la spécificité du recours en manquement dans le système juridictionnel de l'Union européenne et de la présomption de légalité dont bénéficient les États membres au regard de leurs obligations découlant du droit de l'Union (2056).

(2050) *Ibid.*, pt 63.

(2051) D. SIMON, « Recours juridictionnels. – Recours en constatation de manquement. – Procédure de constatation », *op. cit.*, n° 39.

(2052) Tel est notamment le cas en matière de preuve, Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A. 2. de la Première partie de la thèse.

(2053) CJCE, 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, aff. 102/79, *Rec.* p. 1473 ; D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, p. 37.

(2054) *Ibid.*, p. 37.

(2055) CJCE, 27 avril 1988, *Commission c. France*, 252/85, *Rec.* p. 2243, pt 5.

(2056) J. MERTENS DE WILMARS, I.M. VEROUGSTRATE, « Proceedings against Member States for failure to fulfill their obligations », *CML Rev.*, 1970, p. 385 ; J.-V. LOUIS, « Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation de manquement » in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 225 à 239 ;

Les infléchissements jurisprudentiels démontrent toutefois que la preuve du manquement est fonction du comportement étatique incriminé. À cet égard, certains arrêts peuvent étonner par la rigidité de l'application du principe *actori incumbit probatio*. Mais ces arrêts soulèvent une autre question qui interfère également avec le risque de la preuve : l'évaluation des preuves et la gestion du doute par le juge (2057).

B. *L'application du principe actori incumbit probatio devant les juridictions nationales*

La question de l'attribution de la charge de la preuve devant les juridictions nationales n'est pas explicitement tranchée dans la jurisprudence qui souvent élude le débat par un renvoi aux règles procédurales nationales. L'application du principe *actori incumbit probatio* devant les juridictions nationales résulterait, par conséquent, de la reconnaissance de l'autonomie procédurale des États membres. Toutefois, une telle solution, pour aisée qu'elle soit, est pourtant critiquable. Pour l'attribution de la charge de la preuve, le renvoi aux droits nationaux n'est pas opérationnel (1). L'attribution de la charge de la preuve est déterminée par la règle de droit de l'Union applicable, l'application du principe *actori incumbit probatio* contribuant à en garantir l'effectivité (2).

1. Le caractère non opérationnel du renvoi aux droits nationaux pour l'attribution de la charge de la preuve

Deux précisions doivent, à titre liminaire, être apportées pour démontrer que le renvoi aux droits nationaux pour l'attribution de la charge de la preuve n'est pas un critère opérationnel : l'une portant sur la définition même de la charge de la preuve, l'autre sur sa fonction.

S'agissant, tout d'abord, de la définition de la charge de la preuve, il convient de rappeler que la notion de charge de la preuve recouvre, d'une part, l'administration de la preuve et, d'autre part, le risque de la preuve qui sont déterminés par l'objet de la preuve qui les rattache au contenu de la règle juridique applicable. Ainsi, le renvoi au

D. DE BELLESCIZE, « L'article 169 du Traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur le manquement des États membres », *RTDE*, 1977, pp. 173 à 213 ; P. CAHIER, « Les articles 169 et 171 du traité instituant la Communauté économique et européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *CDE*, 1974, pp. 3 à 38 ; L. GOFFIN, « Le manquement d'un État membre selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 211 à 218 ; J.-V. LOUIS, « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 387 à 409.

(2057) Cette question sera étudiée dans la Section 2, de ce chapitre.

droit national pour les règles relatives à la charge de la preuve n'est justifié que dans l'hypothèse où ces règles revêtent un caractère purement procédural. Tel est notamment le cas des modalités procédurales qui concernent l'administration judiciaire de la preuve dans une acception très générale (2058).

S'agissant, ensuite, de la fonction de la charge de la preuve, il convient de rappeler son lien étroit avec le fond du droit. Pour le professeur André Huet, « *la réglementation de la charge de la preuve revient à un aménagement du droit lui-même* » (2059) et qu'« *elle dépend encore de l'effet de droit attaché au fait allégué puisque [le fardeau de la preuve] pèsera successivement sur le demandeur et le défendeur au fur et à mesure que le dossier s'enrichira d'allégations et de répliques, et d'après l'influence qu'exerce sur le droit déduit en justice le fait allégué* » (2060). Cela explique que la charge de la preuve est considérée comme conditionnant l'effectivité de la règle juridique. À cet égard, le professeur Xavier Lagarde observait que la Cour de cassation, pour régler un problème de preuve, se prononçait systématiquement sur le contenu du droit applicable. Il a également observé une telle position en matière de conflits de loi lorsqu'il s'agissait de déterminer laquelle des parties devait supporter le risque de la preuve de la loi étrangère. Il concluait que l'attribution de la charge de la preuve pesait sur celle des parties qui avait intérêt à l'application de la loi étrangère (2061).

Ces deux précisions nous permettent de conclure que la question de l'attribution de charge de la preuve par renvoi au droit national devant les juridictions nationales est un faux débat. Il en est ainsi car le renvoi au droit national s'accompagne systématiquement dans la jurisprudence de deux limites découlant du principe d'équivalence et d'effectivité que la doctrine interprète comme l'encadrement de l'autonomie procédurale, mais en ce qui concerne les modalités procédurales nationales d'administration de la preuve (2062). Eu égard à ce qui a été

(2058) Par exemple, la production des modes de preuve, les mesures d'instruction. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1 de cette partie de la thèse.

(2059) A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, *op. cit.*, p. 79.

(2060) *Ibid.*, p. 78.

(2061) X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op.cit.*, p. 160. ; T. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques procesuels », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, *op. cit.*, p. 329. Voy. également dans ce sens, A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, *op. cit.*, p. 80.

(2062) O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire....*, *op. cit.*, pp. 267 et s. ; P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *op. cit.*, pp. 78 et s. Voy. également les conséquences de l'application de ces principes à l'obligation de mise en œuvre nationale en matière de preuve, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1, B. de la Première partie de la thèse.

590 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

dit plus haut, ces principes ne concernent pas le risque de la preuve et sont donc sans effet sur son imputation dès lors que l'on pose la prémisse théorique selon laquelle cette imputation se fait en fonction de la disposition juridique du droit de l'Union applicable. L'effectivité de l'application du droit de l'Union européenne dépendra ainsi d'une autre considération qui est intrinsèque à l'interprétation que va donner le juge national à la disposition du droit de l'Union applicable.

2. L'effectivité du droit de l'Union européenne et le principe *actori incumbit probatio*

Dès lors que la preuve est appréhendée comme instrument effectif de réalisation du droit de l'Union, l'attribution de la charge de la preuve ne peut pas être analysée sans considérer la relation qu'elle entretient avec l'effectivité du droit de l'Union. A cet égard, l'application du principe *actori incumbit probatio*, qui détermine jusqu'à un certain point l'attribution de la charge de la preuve, va constituer pour le juge national une ligne directrice lorsqu'est en cause l'application du droit de l'Union afin de garantir l'effectivité des droits conférés à ses destinataires.

À cet égard, l'analyse doit rester prudente et prendre comme point de départ la jurisprudence qui renvoie aux droits nationaux la question de l'attribution de la charge de la preuve.

En premier lieu, pour le justiciable, la preuve comme instrument effectif de la réalisation du droit de l'Union, consiste en la possibilité de faire valoir ses droits, soit devant un juge (2063), soit devant une autorité nationale (2064). Les modalités nationales créant des présomptions extrêmement difficiles ou impossibles à renverser qui empêchent le justiciable de bénéficier effectivement de ses droits (2065) ont été considérées comme incompatibles avec le droit de l'Union européenne. Cette jurisprudence repose ainsi sur la conciliation entre l'autonomie procédurale et l'encadrement de celle-ci par les principes d'équivalence et d'effectivité.

(2063) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, arr. préc ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne, op. cit.*, pp. 145 et s.

(2064) CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, arr. préc., point 17 ; A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1981, pp. 507 à 538 ; D. SIMON, « Répétition de l'indu », *Rép. communautaire Dalloz*, 2012.

(2065) Voy. également la jurisprudence relative aux législations nationales créant une situation trop générale et les développements dans le Titre I, Chapitre 2, de la Première partie de la thèse.

En second lieu, la possibilité reconnue aux destinataires des droits tirés du droit de l'Union européenne leur permet non seulement d'invoquer le bénéfice de ce droit, mais aussi de faire la preuve de leur allégation en dépit de règles procédurales contraignantes (2066). Est ainsi consacrée, certes de manière implicite, une application particulière du principe *actori incumbit probatio* à travers l'effet direct et la primauté du droit de l'Union européenne. Or, faire la preuve de son allégation suppose également d'en supporter le risque : « *celui qui invoque un droit doit en apporter la preuve* », et le cas échéant, succomber.

La position de la juridiction de l'Union relative à la charge de la preuve de la discrimination indirecte est de loin l'illustration la plus éclairante de cette analyse pour deux raisons. Tout d'abord, parce que le régime de la preuve de la discrimination indirecte est aménagé par le législateur de l'Union et, ensuite, parce que ce régime probatoire spécifique découle de la notion même de discrimination (2067).

Le régime de la preuve de la discrimination repose sur une présomption qui implique en soi un renversement de la charge de la preuve. C'est d'ailleurs la question du renversement de la charge de la preuve qui a suscité l'intervention de la Cour dans une série d'arrêts (2068) rendus à l'occasion de questions préjudicielles adressées par les juges nationaux. Plus particulièrement, ces questions portaient en substance sur le point de savoir comment interpréter les dispositions du droit dérivé relatives à la charge de la preuve et comment déterminer la partie sur laquelle cette charge pesait.

Pour répondre à cette question, la juridiction de l'Union rappelle qu'« *il appartient normalement à la personne qui allègue des faits au soutien d'une demande d'apporter la preuve de leur réalité. La charge de prouver l'existence d'une discrimination (...) incombe en principe [à la personne] qui, s'estimant victime d'une telle discrimination, engage une action juridictionnelle (...) en vue d'obtenir la disparition de cette discrimination* » (2069). Par conséquent, il incombe à la personne qui allègue des faits au soutien de sa demande d'établir devant

(2066) Sur ce point, Titre 1, Chapitre 1, Section 1 et Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1. A. 2. de cette partie de la thèse.

(2067) Voy. à cet égard les développements du Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1, de la Première partie de la thèse.

(2068) CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99, *Rec.* p. I-4961 ; CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02, *Rec.* p. I-1789 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Nadine Paquay*, aff. C-460/06, *Rec.* p. I-8511 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn NV*, aff. C-54/07, *Rec.* p. I-5187 ; CJCE, gd. ch., 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06, *Rec.* p. I-5603.

(2069) CJCE, 26 juin 2001, *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99, arr. préc., pt 52 ; CJCE, 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi*, aff. C-196/02, arr. préc., point 68 ; CJCE, 11 octobre 2007,

592 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

le juge national les conditions permettant de présumer l'existence d'une discrimination. Elle doit ainsi apporter devant le juge tous les faits dont elle dispose afin de le persuader de l'existence d'une présomption de discrimination.

Ce n'est que lorsque cette présomption est établie que la charge de la preuve peut être renversée et nécessite alors de la part de la partie adverse de démontrer, afin de ne pas succomber, qu'il n'y a pas eu de discrimination.

La précision apportée par la Cour de justice dans ces affaires sur le régime probatoire de la discrimination indirecte met l'accent sur la distinction entre l'administration de la preuve et le risque de la preuve. Elle précise que l'administration de la preuve peut être aménagée et, elle doit l'être, lorsqu'il s'agit de garantir une protection juridictionnelle effective des droits tirés du droit de l'Union européenne. Cet aménagement consiste dans la plupart des cas à faciliter la preuve, notamment par la reconnaissance de la possibilité de faire cette preuve et par le recours à des présomptions. Il autorise également le juge à intervenir par des mesures d'instruction, si cela se révèle nécessaire.

Toutefois, cet aménagement de l'administration de la preuve ne libère pas le justiciable du risque que celui-ci supporte si son allégation n'est pas établie. Ainsi, il doit s'acquitter de sa charge probatoire, fût-elle minime, compte tenu de l'aménagement de son administration parce que le juge national doit pouvoir décider de l'existence d'une telle présomption (2070).

À l'appui de cette analyse, deux éléments peuvent être avancés. Tout d'abord, le risque de la preuve n'est jamais à destination du juge, mais à destination des parties. Le doute qui subsiste doit être imputé à l'une et à l'autre partie en fonction des preuves avancées. Ensuite, ce risque subsiste même si le juge dispose de larges pouvoirs d'instruction. Il n'utilisera ses pouvoirs que pour remédier à une difficulté de preuve de la part du requérant.

Ainsi, l'ambiguïté qui peut être entretenue par des dispositions du droit dérivé en matière de discrimination (2071) doit être dissipée.

Nadine Paquay, aff. C-460/06, arr. préc., pt 37 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Firma Feryn NV*, aff. C-54/07, arr. préc. pt 30 ; CJCE, gd. ch., 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06, arr. préc., pt 52.

(2070) Voy. la même observation quant à l'attribution de la charge de la preuve en droit international privé en dépit du fait que la connaissance du contenu de la loi étrangère est une règle à destination du juge, M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, op. cit., pp. 480 et s.

(2071) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, B. 1. de la Première partie de la thèse.

Les pouvoirs d'instruction du juge ne font pas échec à l'existence d'un fardeau de preuve. Bien au contraire, même lorsque le juge dispose de tels pouvoirs, celui-ci doit trancher le litige en fonction des allégations des parties et, en cas de doute, désigner celle des parties qui doit succomber.

Toutefois, cette question n'a pas été tranchée par la Cour de justice, même si cette dernière avait déjà été saisie à ce propos dans le cadre de renvois préjudiciels (2072). Récemment, le juge administratif français, dans l'arrêt *Mme Perreux* (2073), a précisé, au sujet des pouvoirs d'instruction du juge, qu'il s'agissait d'une règle à destination du juge. En tant que telle, cette dernière ne s'adressait pas aux parties (2074). Par conséquent, elle ne les dispensait pas de l'obligation qui leur incombait d'apporter la preuve de leurs allégations et, le cas échéant, d'en supporter le risque.

C'est en ce sens que le principe *actori incumbit probatio* peut être appréhendé comme une directive pour le juge national dans l'application du droit de l'Union européenne lorsqu'il est confronté à une difficulté de preuve pour trancher le litige pendant devant lui. Une telle appréhension permet ainsi d'envisager de manière moins conflictuelle les rapports entre le droit national et le droit de l'Union européenne. La reconnaissance d'une possibilité de faire valoir un droit tiré du droit de l'Union européenne ne préjuge en rien l'application de ce droit, la charge de la preuve incombant à celui qui a intérêt à son application.

(2072) La Cour a considéré la question préjudicielle comme irrecevable. CJCE, 23 octobre 2003, *Hilde Schönheit*, aff. jtes C-4/02 et C-5/02, *Rec.* p. I-12575. Dans sa troisième question sous l'affaire C-4/02, la juridiction de renvoi recherchait à savoir si « les conditions de justification auxquelles est soumise une mesure de discrimination indirecte mais identifiable fondée sur le sexe, prévues par l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80/CE aux fins de l'application de l'article 119 du traité CE et de l'article 141, paragraphes 1 et 2, CE, ainsi que de la directive 86/378/CEE, sont (...) applicables indépendamment de savoir si la question d'un allègement de la charge de la preuve se pose dans le cadre de la procédure juridictionnelle ou si cette question est dénuée de pertinence eu égard au caractère inquisitorial de cette procédure ». La Cour a reformulé la question car elle a estimé que « par ses troisième et neuvième questions (...) la juridiction de renvoi demande en substance (...) dans quelles conditions une législation pourrait être regardée comme justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ». Par conséquent, elle ne s'est pas prononcée sur la question de la charge de la preuve que sous-tendait la troisième question formulée par la juridiction de renvoi. De plus, dans l'affaire *Gustav Schneider*, (CJCE, 5 février 2004, *Gustav Schneider*, aff. C-380/01, *Rec.* p. I-1389), la Cour a adressé à la Commission, partie intervenante à l'instance, une question écrite « si les exigences en matière de charge de la preuve en vertu de la directive 97/80 peuvent (...) être satisfaites dans le cadre d'un contentieux de légalité ». (Voy. les conclusions sous cette affaire de l'Avocat général Siegbert Alber, présentées le 10 décembre 2002, *Rec.* p. I-1389).

(2073) CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*.

(2074) Sur ce point et les observations suscitées par cet arrêt en matière de preuve, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B. 2. de cette partie de la thèse.

L'application du principe *actori incumbit probatio* dans le droit de l'Union ne donne qu'un aperçu parcellaire de l'attribution de la charge de la preuve. Si ce principe permet d'envisager la question du risque de la preuve comme une charge positive et effective et apparaît, dans la jurisprudence, comme régulateur des allégations des parties dans la mesure où il leur indique ce qu'il faut prouver au regard de la règle juridique applicable, toutefois, il n'appréhende pas la question de l'attribution de la charge de la preuve. Cette dernière dépend de la façon dont le juge procède pour évaluer les preuves.

SECTION 2 – L'ATTRIBUTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE ET L'ÉVALUATION DES PREUVES PAR LE JUGE

La question de l'attribution de la charge de la preuve dans le droit de l'Union n'est que le reflet des incertitudes relevées à l'issue de l'administration de la preuve dont les conséquences se font ressentir dans le jugement lui-même. Dans le droit de l'Union européenne, cette corrélation s'exprime par le recours du juge à la technique de standard de preuve (§1). Néanmoins, l'étude de la jurisprudence démontre que cette technique ne peut pas constituer à elle seule une réponse efficace dès lors que, *in fine*, la fonction première de la preuve est d'emporter la conviction du juge (§2).

§1. – Le recours à la technique de standard de preuve

Non prévue par les traités et par le droit dérivé, la technique de standard de preuve est consacrée par voie prétorienne dans le droit de l'Union européenne. Il s'agit d'une technique fonctionnelle que le juge utilise pour l'évaluation des preuves (A). Toutefois, le standard de preuve a une application limitée qui résulte du contenu et de l'objet même de cette notion (B).

A. *Le standard de preuve, une technique fonctionnelle*

Lorsqu'on parle de « *standard* » de manière générale, l'on fait référence à un « *étalon, type, modèle* » (2075) de conduite fixé par un

(2075) C. BLOUD-RAY, « Standard », in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1439.

texte ou par le juge « *qui exprime une norme du contrôle* » (2076). Dans un système de preuve libre, le recours à la technique de standard de preuve a pour objectif d'indiquer aux parties quelle sera l'attitude du juge à l'égard des éléments de preuves qu'elles soumettent et, par conséquent, quelles sont les exigences probatoires qui pèsent sur elles, faute de quoi leur demande ne pourrait pas aboutir. Le recours à la technique de standard de preuve dans le droit de l'Union européenne remplit donc une fonction de régulation (1). Cette fonction de régulation est d'une intensité variable en raison des différents standards de preuve appliqués (2).

1. La fonction de régulation du standard de preuve

La fonction de régulation du standard de preuve se décèle dans la jurisprudence par référence aux vocables utilisés lorsque les juridictions de l'Union appliquent un standard de preuve (2077). De manière générale, l'on retrouve la référence à l'exigence d' « *une preuve complète* » (2078), de « *présomptions sérieuses* » (2079), de « *preuves concluantes et intégrales* », de « *présomptions suffisamment graves, précises et concordantes non contredites par des présomptions contraires* » (2080).

Dans certains arrêts, les juridictions de l'Union exigent « *un degré de certitude raisonnable* » (2081), un haut degré de probabilité des indices graves ou bien « *un degré de probabilité suffisant* » (2082). Dans d'autres arrêts, elles vérifient si les preuves avancées permettent d'établir les allégations « *à suffisance de droit* » (2083). Les juridictions de l'Union n'hésitent pas à « *annuler les décisions (...) de la Commission lorsque ces dernières sont fondées sur des preuves insuffisantes* »

(2076) A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 689.

(2077) *Ibid.*, p. 743 ; voy. D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings : a common law perspective », *op. cit.*, pp. 847 et s.

(2078) CJCE, 21 mars 1955, *Pays-Bas c. Haute Autorité CECA*, aff. 6/54, *Rec.* p. 201.

(2079) CJCE, 12 décembre 1956, *Miranda Mirosevich c. Haute Autorité CECA*, aff. 10/55, *Rec.* p. 365.

(2080) CJCE, 16 juin 1971, *Anne Duraffour c. Conseil*, aff. 18/70, *Rec.* p. 515, pt 31.

(2081) CJCE, 8 février 1966, *Acciaierie e Ferriere Pugliesi SpA c. Haute Autorité CECA*, aff. 8/65, *Rec.* p. 1.

(2082) CJCE, 28 février 1984, *Ford of Europe Incorporated c. Commission*, aff. jtes 228/82 et 229/92, *Rec.* p. 1129.

(2083) CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie c. Commission*, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* p. 1663.

ou sur un raisonnement inapproprié et, par conséquent, ne satisfait pas » (2084) le niveau de preuve requis.

L'emploi de ces différents vocables permet de considérer que la technique de standard de preuve régule la production des preuves et l'évaluation de ces dernières par le juge. Par l'exigence d'« un niveau de preuve et [d]une qualité de preuve » (2085), le standard de preuve impose aux parties de satisfaire à des obligations probatoires. Le recours à cette technique prescrit l'obligation aux parties d'apporter une preuve de qualité dont la force probante est considérée par le juge comme suffisamment concluante au regard du niveau de preuve requis.

L'intensité de cet effort probatoire dépend du fait pertinent à prouver. Ceci explique que cet effort probatoire peut connaître lui-même différents niveaux de preuve dans un même recours (2086). En ce sens, le standard de preuve débouche sur la notion de charge de la preuve parce qu'il fixe une exigence d'intensité de preuve en termes de force probante.

Comme l'ont déjà constaté Éric Barbier de la Serre et Anne-Lise Sibony, « certains arrêts précisent la valeur de différents types de preuves. Souvent, cela revient, pour les juridictions, à préciser si une preuve et ou non suffisante et, de ce fait, à exprimer une règle se rapprochant d'un standard de preuve. Tel est le cas (...), de la règle selon laquelle des déclarations d'entreprise, en particulier celles qui sont produites dans le cadre de demandes de clémence, constituent de simples indices qui doivent, en cas de contestation, être corroborés par d'autres éléments de preuve » (2087).

Comme nous l'avons vu, l'appréciation de la force probante dépend de la crédibilité des informations que le moyen de preuve contient (2088). Cette crédibilité dépend du cadre factuel de chaque espèce.

Il ne faut pas néanmoins confondre le standard de preuve et la charge de la preuve. En effet, ces deux règles de preuve s'adressent aux parties, mais poursuivent néanmoins des finalités différentes. La charge

(2084) D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective », *op. cit.*, p. 848 (traduction libre).

(2085) CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc., pt 37.

(2086) K.P.E. LASOK, « Judicial review of issues of fact in competition cases », *op. cit.*, pp. 85 à 96.

(2087) É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 214.

(2088) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1 de cette partie de la thèse.

de la preuve désigne en général ce qui doit être prouvé et sur qui pèse l'obligation d'apporter la preuve. Autrement dit, la charge de la preuve détermine qui doit prouver quoi. Elle s'adresse essentiellement aux parties du litige et fait peser sur elles des obligations probatoires découlant de l'objet du recours et de la règle de droit applicable qui forment ainsi l'objet de la preuve. La charge de la preuve n'impose pas un mode de preuve déterminé et n'a pas trait à la qualité des preuves exigée pour établir l'objet de la preuve. Il s'agit simplement d'une répartition des preuves entre les parties au regard de l'objet à prouver.

En revanche, c'est le standard de preuve qui désigne à partir de quel moment en fonction des preuves avancées, l'objet de la preuve est établi à suffisance de droit. Il détermine le niveau que les preuves apportées par chaque partie doivent atteindre afin de démontrer les éléments déterminés par la charge de la preuve que chacune des parties doit prouver (2089).

Le standard de preuve se distingue ainsi de la charge de la preuve parce qu'il fixe une exigence en termes de qualité des preuves. La charge de la preuve précise qui doit prouver quoi, tandis que le standard de preuve détermine comment et par quels moyens l'objet de la preuve déterminé est établi à suffisance de droit.

On peut dès lors conclure que le standard de preuve est intrinsèque à l'attribution de la charge de la preuve parce qu'il permet au juge de décider que les preuves avancées sont suffisamment concluantes (2090). Pour ce faire, le juge recourt à différents standards de preuve.

2. Une fonction régulatrice variable : les différents standards de preuve

La fonction régulatrice de la technique de standard de preuve est d'une intensité variable qui dépend du standard de preuve appliqué. De manière générale, il existe trois types de standards de preuve. En fonction de la nature du recours et des faits à prouver, les juridictions examinent les preuves avancées devant elles au regard des standards « *proof beyond reasonable doubt* » (preuve au-delà du doute raisonnable (standard pénal), « *proof on the balance of probabilities* » (indices graves,

(2089) J. KOKOTT, *The burden of proof in comparative and international human rights law: civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, op. cit., spéc. pp. 196 et s.

(2090) *Ibid.*, p. 24.

précis et concordants), « *manifest error /unreasonableness standard* » (erreur manifeste) (2091).

Ces trois standards de preuve se caractérisent par les différents niveaux de certitude qui découlent des preuves avancées. En d'autres termes, l'utilisation de ces trois standards de preuve par le juge est révélatrice du degré de persuasion exigé afin que le juge considère que les preuves avancées sont suffisantes pour établir les faits comme établis.

La distinction entre ces trois standards de preuve est fonction de la nature même de la procédure et du domaine concerné. Ainsi, le standard « *au-delà du doute raisonnable* » consiste à déterminer le niveau de doute à partir duquel il n'est plus raisonnable de considérer que la preuve du fait avancé n'est pas établie. C'est un niveau de preuve élevé et le plus exigeant à l'égard des parties. Il en est ainsi car lorsque le juge impose un tel standard il estime que les preuves apportées doivent lui permettre avec certitude suffisante de considérer que les faits allégués sont établis. Par exemple, un tel standard de preuve est constamment utilisé dans les procédures pénales parce que, pour établir la culpabilité, l'accusation doit apporter des éléments de preuve les plus convaincants possibles. La raison de cette exigence probatoire trouve une justification dans les sanctions qui peuvent être prises à l'issue de la procédure, notamment celles qui sont privatives de liberté (2092). Dans le droit de l'Union européenne, ce standard de preuve ne trouve pas application dans la mesure où les sanctions prononcées par la Cour de justice de l'Union ne revêtent pas un caractère pénal (2093).

Les deux autres standards de preuve appliqués par le juge consistent à vérifier si les éléments de preuve sont des « *indices graves, précis et concordants* » ou lui permettent de déceler une erreur manifeste d'appréciation. Le standard de preuve de l'erreur manifeste d'appréciation est en principe utilisé pour contrôler la décision d'une institution de

(2091) B. VESTERDORF, « Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts », *op. cit.*, p. 6.

(2092) Pour une étude de l'utilisation de ce standard de preuve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. F. DESHAYES, *La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, *op. cit.*, pp. 215 et s. ; H. TIGROUDJA, « La preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme » in H. RUIZ FABRU, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 134 et s. L'application de ce standard de preuve, en matière de protection internationale des droits de l'homme, est considérée comme le corollaire de la présomption d'innocence. Voy. dans ce sens, J. KOKOTT, *The burden of proof in comparative and international human rights law: civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, *op. cit.*, pp. 124 et s, particulièrement p. 126.

(2093) Toutefois, la question de l'utilisation de ce standard peut se poser devant les juridictions nationales dès lors que celles-ci peuvent prononcer des sanctions pénales à l'égard d'une méconnaissance au droit de l'Union.

l'Union qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (2094). L'exigence d'un tel niveau de preuve, qui est « faible », permet de concilier l'exercice du pouvoir discrétionnaire avec la nécessité de procéder à un contrôle juridictionnel.

Toutefois, il ne faut pas aboutir à la conclusion hâtive que ce standard de preuve se confond avec l'étendue du contrôle juridictionnel. L'étendue du contrôle juridictionnel ne préjuge en rien le niveau de preuve exigé. En effet, le niveau de preuve peut être élevé même si le contrôle juridictionnel opéré par le juge est limité à la constatation d'une erreur manifeste d'appréciation. Comme nous l'avons vu, l'exactitude matérielle des faits s'inscrit dans l'exercice du contrôle minimum. Son étude a révélé l'attitude stricte des juridictions de l'Union dans l'examen des preuves. De même, le niveau de preuve peut être allégé lorsque le juge opère un contrôle juridictionnel normal. Tel est notamment le cas lorsque le juge se contente des présomptions.

Lorsque le juge applique le standard de preuve, il opère un contrôle sur l'intensité des preuves qui s'inscrit dans le contrôle juridictionnel normalement exercé dans le cadre du litige dont il est saisi. À cet égard, l'analyse de l'arrêt *Tetra Laval c. Commission* rend bien compte de cette distinction. Dans cette affaire, le Tribunal de l'Union a estimé que la décision de la Commission constatant l'effet anti-concurrentiel de la position dominante de Tetra Laval sur le marché de carton n'était pas étayée par des preuves suffisamment solides. Ainsi, il a annulé la décision de la Commission.

Cette dernière s'est pourvue devant la Cour de justice au motif que le Tribunal avait outrepassé les limites de son contrôle en ne se contentant pas de vérifier si la décision de la Commission était étayée par des éléments « suffisamment significatifs et concordants » (2095). Selon la Commission, le Tribunal devait estimer que son appréciation économique s'imposait dès lors que celle-ci n'apparaissait pas manifestement erronée. Se fondant sur cette considération, la Commission estimait en l'espèce que le Tribunal lui avait imposé un niveau de preuve inégal en exigeant que l'appréciation de celle-ci devait être étayée par des éléments particulièrement convaincants dès lors qu'il s'agit d'une décision d'interdiction de la concentration (2096).

(2094) Voy. par exemple, l'article 33 du traité CECA.

(2095) CJCE, 31 mars 1998, *SCPA et EMC c. Commission*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, *Rec.* p. I-1375, pt 228.

(2096) Voy. pt 67 des Conclusions de l'Avocat général Tizzano, sous CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc.

600 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Dans le cadre du pourvoi, la Cour de justice a rejeté les arguments de la Commission. Elle a estimé que la Commission dispose d'« *une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge (...) doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge (...) doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Un tel contrôle est d'autant plus nécessaire s'agissant d'une analyse prospective requise par l'examen d'un projet de concentration produisant un effet de conglomerat* » (2097). Pour la Cour de justice, l'exigence de « *preuves solides («convincing evidence»), des circonstances prétendument constitutives desdits effets, il n'a en aucune manière ajouté une condition relative au degré de preuve requis, mais a simplement rappelé la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou, comme en l'espèce, d'une décision en matière de concentrations* ».

La position de la Cour de justice dans l'affaire *Tetra Laval* met ainsi en exergue que la technique de standard de preuve est un moyen parmi d'autres pour le juge dans l'évaluation des preuves (2098). Elle apporte des éclaircissements sur l'intensité du contrôle sur les preuves avancées qui varie en fonction du cadre factuel de l'espèce. L'incertitude

(2097) CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc., point 39. En précisant ainsi que lorsqu'il s'agit d'une analyse prospective le juge doit pouvoir vérifier l'interprétation des données économiques par la Commission, la Cour de justice considère que « *c'est à bon droit que (...) le Tribunal a relevé, que (...) l'analyse de la Commission à l'égard d'une concentration produisant un effet de conglomerat est conditionnée par des exigences analogues à celles définies par la jurisprudence en ce qui concerne la création d'une situation de dominance collective et qu'elle présuppose un examen attentif des circonstances qui se révèlent pertinentes aux fins de l'appréciation de cet effet sur le jeu de la concurrence sur le marché de référence* » (point 40 de l'arrêt). Ainsi, « *une analyse prospective, telle que celles qui sont nécessaires en matière de contrôle des concentrations, nécessite d'être effectuée avec une grande attention, dès lors qu'il ne s'agit pas d'examiner des événements du passé, au sujet desquels on dispose souvent de nombreux éléments permettant d'en comprendre les causes, ni même des événements présents, mais bien de prévoir les événements qui se produiront dans l'avenir, selon une probabilité plus ou moins forte, si aucune décision interdisant ou précisant les conditions de la concentration envisagée n'est adoptée. (...) [Elle] consiste à examiner en quoi une opération de concentration pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective. Une telle analyse requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte* » (points 42 et 43 de l'arrêt).

(2098) D. HOWARTH, « *Tetra Laval/Sidel : Microeconomics or microlaw ?* », *ECLR*, 2005, p. 370.

subsiste sur le point de savoir quel sera le niveau de preuve exigé. La doctrine (2099) a vu à juste titre un problème de sécurité juridique qui met en évidence les limites à l'utilisation du standard de preuve et à sa consécration comme critère d'attribution de la charge de la preuve.

B. *Les limites tenant à l'application du standard de preuve*

La technique de standard de preuve dans le droit de l'Union européenne est un moyen pour le juge d'apprécier les preuves qui lui sont soumises. Toutefois, la notion de standard de preuve ne peut pas à elle seule apporter des explications suffisantes aux solutions jurisprudentielles relatives à l'attribution de la charge de la preuve dans le droit de l'Union européenne. Cette reconnaissance se heurte à l'absence de caractère universel de la notion de standard de preuve.

L'absence d'universalité de la notion de standard de preuve tient, en premier lieu, à la divergence conceptuelle quant à la notion même de standard de preuve. Cette divergence trouve sa justification dans l'opposition qui existe entre les systèmes juridiques de *common law* et ceux de tradition civiliste (2100). Largement utilisée dans les systèmes de tradition juridique anglo-saxonne, la technique de standard de preuve n'est pas d'usage dans les systèmes juridiques continentaux (2101).

L'absence d'universalité de la notion résulte, en second lieu, de l'incertitude tenant à l'utilisation d'un standard de preuve en particulier (2102). Cette incertitude est liée, comme le remarque David Bailey, à l'indétermination de ce qui est précisément le niveau de preuve requis auquel le juge se réfère pour décider que les preuves avancées sont suffisantes ou non. Cette indétermination fait de la notion de standard de preuve une notion insaisissable, vague et ambiguë (2103) dépendant de

(2099) A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 689.

(2100) M. M. COLLINS, «The burden and the standard of proof in competition litigation and problems of judicial evaluation», *ERA-forum*, 2004, pp. 70 et s.

(2101) É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 206.

(2102) J. MACLENNAN, « Evidence, standard and burden of proof and the use of experts in procedure before the Luxembourg Courts », in F. WEISS (éd.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issue and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, London, Cameron May, 2001, pp. 268 et s ; B. VESTERDORF, « Standard of proof in merger cases : reflections in the light of recent case law of the Community Courts », *op. cit.*, p. 25.

(2103) D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective », *op. cit.*, p. 850.

l'appréciation souveraine du juge au cas par cas (2104), ce qui constitue le plus grand inconvénient que présente cette notion (2105).

L'arrêt *Tetra Laval* de la Cour de justice a donné ainsi l'occasion à certains auteurs d'estimer que ce n'est pas le standard de preuve qui varie, mais bien l'effort probatoire qu'il faut déployer pour convaincre le juge (2106). L'intensité de cet effort probatoire est fonction de la nature des faits et surtout de leur caractère exceptionnel « *pour satisfaire un standard constant* » (2107). Ce dernier est contenu dans la disposition juridique applicable déterminée par l'interprétation du juge.

Admettre néanmoins l'existence d'un standard constant, c'est introduire une nouvelle conception de la notion de standard de preuve. Cette dernière repose sur l'idée que le standard de preuve n'est pas librement déterminé par le juge (2108). En effet, le juge ne fait qu'appliquer les exigences probatoires découlant de la disposition du droit de l'Union européenne applicable. Présenté ainsi, le standard de preuve permettrait de concilier l'exigence d'un niveau de preuve nécessaire à la correcte application de la disposition juridique pertinente. Prenant en compte la fonction et la finalité de la disposition juridique applicable, sa structure et ses prescriptions, le juge fixerait alors un niveau de preuve constant qui lui permettrait d'évaluer l'effort probatoire que les parties doivent déployer pour atteindre ce niveau.

Or, à notre sens, une telle affirmation repose sur une prémisse erronée. Elle emploie la notion de standard de preuve en dehors de sa fonction première et décisive : fixer le stade à partir duquel le juge retient les preuves avancées comme suffisantes pour tenir les faits comme établis. Le standard de preuve ne dépend pas de la disposition

(2104) Pour un exemple, voy. CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec. p.* I-8417, point 58 : « *A cet égard, pour autant que ce grief ne porte pas sur l'appréciation des faits effectuée par le Tribunal, il convient de rappeler que, en cas de litige sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, il appartient à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction* ».

(2105) D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective », *op. cit.*, p. 850 ; dans le même sens v. la présentation de l'évolution du contrôle juridictionnel en matière de concentrations, R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 176.

(2106) D. BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings: a common law perspective », *op. cit.*, p. 849.

(2107) É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 235.

(2108) À contrario voy. E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, spéc. pp. 288 et s.

juridique applicable, mais des faits allégués et des preuves avancées en vue de l'application d'une disposition particulière. Fixer en avance un standard de preuve constant aurait pour conséquence de figer la libre appréciation du juge dans des considérations préétablies en dépit des faits allégués.

L'exemple de la jurisprudence en matière de concurrence permet de considérer que l'utilisation de la technique de standard de preuve n'a de sens que pour indiquer aux parties l'attitude du juge dans l'appréciation des preuves au regard du fait à démontrer. Mais au-delà de cette fonction, la technique du standard de preuve ne prédétermine pas le niveau concret. Ce dernier sera déterminé en fonction des faits de chaque espèce.

À cet égard, il convient de rappeler que, pour l'application de l'article 81 du traité CE (devenu article 101 TFUE), les juridictions de l'Union ont forgé tout un système de preuve articulé autour de la notion même de l'infraction et des exemptions dont bénéficient certaines ententes (2109). Si le principe de liberté de la preuve remédie à certaines difficultés liées à l'impossibilité d'apporter la preuve directe d'une infraction par la preuve indirecte pouvant résulter du raisonnement développé par la Commission ou des indices ou appréciations économiques (2110), il n'en demeure pas moins que ces preuves doivent convaincre le juge qu'une pratique anticoncurrentielle s'est produite ou qu'elle a des chances de se produire. La notion de standard de preuve permet seulement au juge de fixer des exigences en termes de preuve afin, d'une part, de limiter l'utilisation par l'autorité de concurrence compétente de divers procédés de preuve et, d'autre part, de concilier la bonne application des règles de concurrence avec les intérêts des entreprises incriminées. Les moyens de preuve doivent alors être suffisamment sérieux, concluants et concordants (2111).

Ainsi, en matière de concentrations, le juge applique un standard de preuve particulièrement exigeant parce que la Commission ou l'autorité nationale compétente recourt essentiellement à des preuves indirectes pour démontrer l'effet anticoncurrentiel. L'exigence d'une preuve

(2109) Ce système de preuve a été récemment rappelé par le juge, voy. sur ce point, CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands BV*, aff. C-8/08, arr. préc.

(2110) Voy. également sur l'admission des preuves indirectes pour établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle les développements dans le Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, B. 2. de cette partie.

(2111) J. M. JOSHUA, «Proof in Contested EEC Competition cases. A Comparison with the rules of evidence in common law», *op. cit.*, p. 321. Voy. sur ce point, l'attitude du juge lorsqu'il apprécie le caractère pertinent des preuves. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, B.

604 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

suffisamment concluante, grave et concordante doit être interprétée en liaison avec les modes de preuves utilisés. Le standard de preuve est lié à la question de la pertinence des preuves au regard des faits (2112) et non pas au regard de la disposition juridique applicable. Si la Commission peut se fonder sur une analyse prospective pour démontrer les effets futurs d'une concentration, elle doit s'appuyer sur des preuves particulièrement concluantes et solides dans la mesure où le fait allégué ne s'est pas produit. L'effort probatoire formulé en termes de standard de preuve est ici une illustration du doute que peut susciter le fait allégué dans l'esprit du juge (2113). En ce sens, le standard de preuve n'est pas constant. Il dépendra des faits allégués de chaque espèce (2114).

Il en est de même lorsque la Cour de justice exige, dans un recours en indemnité, que « *les reproches avancés devaient être étayés par des précisions beaucoup plus nettes que les affirmations générales auxquelles la requérante s'est bornée pour pouvoir être prises en considération comme preuves de l'existence d'une faute de service* » (2115). Il en résulte que la faute de service ne peut pas résulter de simples allégations, mais des agissements de la part de l'institution mise en cause. Il s'agit donc d'éléments concrets pour démontrer l'existence d'une faute de service, mais cela ne préjuge en rien l'évaluation des preuves par le juge.

L'utilisation d'un standard de preuve constant en fonction de la disposition juridique applicable aurait également abouti à l'idée d'une hiérarchisation des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Or,

(2112) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, B. 2. de cette partie de la thèse. Voy. également dans ce sens, G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 480 pp. 429 à 441.

(2113) TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric Company c. Commission*, aff. T-210/01, Rec. p. II-5575, pts 69 à 76 ; TPICE, 13 juillet 2006, *Independent Music Publishers c. Commission*, aff. T-464/04, Rec. p. II-2289, pt 523 : « *Cela est d'autant plus vrai « qu'il ne s'agit pas d'examiner des événements du passé, au sujet desquels on dispose souvent de nombreux éléments permettant d'en comprendre les causes, ni même des événements présents, mais bien de prévoir les événements qui se produiront dans l'avenir, selon une probabilité plus ou moins forte, si aucune décision interdisant ou précisant les conditions de la concentration envisagée n'est adoptée* » (arrêt *Commission/Tetra Laval*, pt 232 supra, pt 42). Ainsi, « *une telle analyse requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte* » (arrêt *Commission/Tetra Laval*, point 232 supra, point 43) » ; A. McDONNELL, P. J. G. KAPTEYN, K. MORTELMANS, C. W. A. TIMMERMANS (éd.), *The Law of the European Union and the European Communities: with reference to changes to be made by the Lisbon Treaty*, op. cit., p. 839.

(2114) Point 188 des conclusions de l'Avocat général Mengozzi présentées le 6 novembre 2008. C-511/06 P, sous l'affaire CJCE, 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland Co. c. Commission*, aff. C-511/06 P, arr. préc.

(2115) CJCE, 16 mars 1971, *Simet c. Commission*, aff. 67/69, Rec. p. 197, point 49 ; CJCE, 16 mars 1971, *Feram c. Commission*, aff. 70/69, Rec. p. 227, pt 34.

les règles de preuve n'aboutissent pas à une telle hiérarchisation. Bien au contraire, ces dernières reposent sur une autre logique: celui qui entend se prévaloir d'un droit tiré du droit de l'Union doit en apporter la preuve et celui qui invoque une violation au traité doit en apporter la preuve (2116). C'est le niveau de preuve exigé pour établir les faits, invoqués à l'appui des allégations, comme établis qui évolue en fonction du cadre factuel propre à chaque affaire et des modes de preuve fournis et, partant, le standard de preuve exigé.

Interprétant la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Tetra Laval*, la doctrine est même encline à penser que cet arrêt « *marque un certain rejet de la notion même de standard de preuve* » (2117). En effet, dans l'arrêt *Tetra Laval*, comme l'ont souligné à juste titre Eric Barbier de la Serre et Anne-Lise Sibony, « *la Cour de justice a déplacé la question en se situant sur le terrain de la fonction de la preuve [parce qu'elle a jugé] que 'le Tribunal [avait] simplement rappelé la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien fondé d'une thèse ou, comme en l'espèce, d'une décision en matière de concentrations'* » (2118). En l'espèce, la Commission se fondait sur une analyse prospective pour démontrer l'effet anticoncurrentiel de la concentration. Or, de tels effets n'étant pas certains et « *particulièrement difficiles à connaître que la Commission a le devoir d'être particulièrement convaincante* » (2119).

La technique de standard de preuve est révélatrice ainsi des limites de son utilisation pour l'attribution de la charge de la preuve. Elle est un élément important dans l'appréciation des preuves et de leur caractère suffisant, mais ne permet pas d'expliquer l'imputation du doute qui en résulte.

La technique de standard de preuve est utilisée par le juge dans l'évaluation des preuves. Elle lui permet de décider si les preuves avancées établissent les faits allégués en vue de l'application d'une

(2116) Pour une illustration, voy. CJCE, 24 mars 1988, *Royaume-Uni et Irlande c. Commission*, aff. 347/88, *Rec.* p. 1749, pts 7 à 16. (en matière d'apurement de compte, il appartient à la Commission de démontrer la violation de la pratique nationale avec les règles en la matière ; en revanche, il incombe à l'État de démontrer que les conditions pour obtenir le remboursement sont réunies). Voy. également dans ce sens, TPICE, 24 octobre 1991, *Rhône-Poulenc SA c. Commission*, aff. T-1/89, *Rec.* p. II-867, pt 32 ; TPICE, 24 octobre 1991, *Petrofina SA c. Commission*, aff. T-2/89, *Rec.* p. II-1087, pt 58.

(2117) É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 234.

(2118) *Ibid.*, p. 235.

(2119) *Ibid.*, p. 235.

606 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

disposition du droit de l'Union. En revanche, cette technique ne peut pas constituer à elle seule l'indicateur de l'attribution de la charge de la preuve. En effet, l'étude sur ce point a démontré que le standard de preuve est porteur de limites à sa propre application en raison des incertitudes liées à l'indétermination de la notion elle-même et à son régime juridique qui est librement appréciée par le juge.

§2. – L'attribution de la charge de la preuve et la conviction du juge

L'arrêt *Tetra Laval* a affirmé que « *la fonction essentielle de la preuve (...) est de convaincre du bien-fondé d'une thèse* » (2120). La preuve doit convaincre le juge : les efforts probatoires déployés par les parties doivent le persuader non pas d'une réalité, mais au moins du bien-fondé d'une prétention (2121) à laquelle le juge donnera gain cause. À cet égard, la formule utilisée dans l'arrêt *Tetra Laval* permet de dégager deux idées essentielles pour l'attribution de la charge de la preuve. Tout d'abord, cette formule met en exergue la corrélation qui existe entre l'insuffisance des preuves et l'imputation du risque de la preuve (A). Ensuite, elle permet d'affirmer que, dans le droit de l'Union, l'imputation du risque de la preuve est une manière pour le juge de gérer le doute qui subsiste (2122). Cette affirmation soulève le problème de la justification de la décision juridictionnelle au regard de l'insuffisance des preuves constatée (B).

A. *L'insuffisance des preuves et l'imputation du risque de la preuve*

De l'idée selon laquelle la fonction première de la preuve est de convaincre le juge, il est possible de considérer que, dans le droit de l'Union européenne, l'imputation du risque de la preuve est le résultat d'une insuffisance de preuves. L'imputation du risque de la preuve

(2120) CJCE, gd. ch., 15 février 2005, *Commission c. Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, arr. préc., pt 41.

(2121) H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, op. cit., p. 15 : La preuve « est un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain ».

(2122) Comme l'observe à juste titre le professeur Cesaro, « *pourtant, accepter l'incertitude dans la décision de justice n'est pas facile. C'est au nom de la vérité et non du doute que le juge devrait pouvoir trancher le procès. Le lien entre le vrai et le juste n'est pas aisé à distendre : le droit, qui ne peut se passer ni totalement de l'un, ni totalement de l'autre, est contraint de composer avec ces deux impératifs. C'est pourquoi se mettent en place des mécanismes permettant la décision dont, aujourd'hui encore, il n'a pas été pleinement rendu compte : tout l'art juridique consiste à composer avec le doute afin qu'il n'apparaisse pas comme une faille dans la motivation. Le droit opère une véritable gestion du doute* ». J-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 181, spéc. n° 115.

peut être présentée comme un balancier entre les preuves avancées par chaque partie (2123). Autrement dit, il s'agit de désigner la partie dont les preuves se sont révélées moins convaincantes que celles de son adversaire (2124).

La corrélation entre l'insuffisance des preuves et l'imputation du risque de la preuve est clairement affirmée dans la jurisprudence. Ainsi, le Tribunal de l'Union répond que, lorsque la Commission entend ne pas utiliser les réponses fournies par les entreprises qui contredisent les allégations de l'institution dans une demande de renseignement, il s'agira « *de preuve insuffisante des infractions alléguées* » (2125) dans l'examen au fond de la décision. Il en est de même lorsque le juge de l'Union estime que « *la requérante demande qu'il soit déterminé si la Commission a établi à suffisance ce qu'elle entendait prouver via, notamment, le document Heineken et si, dans la mesure où ledit document était nécessaire à l'établissement de cette preuve, la véracité des propos qu'il rapporte est suffisamment établie* » (2126).

On comprend mieux alors la référence systématique dans la jurisprudence à l'expression que le fait allégué est « *établi à suffisance de droit* » (2127). Cette expression signifie que le juge accepte de trancher en faveur de la prétention dont les preuves n'apparaissent pas insuf-

(2123) Pour un exemple, voy. CJCE, 25 novembre 1980, *Belgique c. Commission*, aff. 820/79, *Rec. p.* 3537, points 11 à 15 ; TPICE, 26 septembre 2000, *Starway SA c. Conseil*, aff. T-80/97, *Rec. p.* II-3099, pts 104 à 120. En l'espèce, le Tribunal a mis en balance les preuves avancées par le Conseil et la requérante, pour conclure que l'insuffisance des preuves devait être retenue à l'égard du Conseil.

(2124) La Cour de justice, à propos de la preuve des pratiques anticoncurrentielles, a ainsi jugé que « *compte tenu des données fournies par les parties, qu'au cours de l'année 1964, et notamment à partir du mois de mai, un membre de l'entente a appliqué, dans un nombre croissant de cas, des prix qui s'écartent des prix courants à l'exportation, sans que la défenderesse ait été en mesure d'expliquer d'une manière convaincante comment ce fait pourrait se concilier avec le maintien en vigueur de l'accord dont il s'agit. (...) que le défaut de communication aux intéressés des résultats des vérifications effectuées (...) qui a empêché toute possibilité de clarification et de discussion au stade de la procédure administrative, paraît susceptible d'avoir contribué à maintenir dans l'ombre des faits qui auraient dû être mis en lumière (...) que, dans ces conditions, il n'a pas été établi à suffisance de droit que la requérante a pratiqué, de commun d'accord avec les autres producteurs des prix uniformes* ». CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV c. Commission*, aff. 41/69, *Rec. p.* 661, pts 141 à 143 ; CJCE, 15 juillet 1970, *Buchler & Co. c. Commission*, aff. 44/69, *Rec. p.* 733, pts 35 et 36 ; CJCE, 15 juillet 1970, *Boehringer Mannheim GmbH c. Commission*, aff. 45/69, *Rec. p.* 769, pts 39 à 40.

(2125) TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line AB et autres c. Commission*, aff. jtes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, *Rec. p.* II-3275, pt 310 ; L. Idot, *Europe*, 2003, comm. n° 411, pp. 22 à 23.

(2126) TPICE, 25 octobre 2005, *Groupe Danone c. Commission*, aff. T-38/02, arr. préc., pt 44.

(2127) CJCE, 4 février 1959, *Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité CECA*, aff. 1/58, *Rec. p.* 43 ; CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c. Haute Autorité CECA*, aff. 14/59, *Rec. p.* 445, spéc. p. 479.

608 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

fisantes à l'égard des faits allégués. Ainsi, il n'hésite pas à contrôler, comme nous l'avons vu (2128), si à chaque fait allégué correspond une preuve suffisamment probante afin de décider que celui-ci est établi. À cet égard, le juge tient compte des contradictions qui peuvent subsister entre les preuves avancées et de l'absence d'explication d'éventuelles contradictions. Cela explique pourquoi l'insuffisance des preuves sera imputée à l'une ou l'autre partie en fonction des preuves avancées.

Ainsi, dans l'arrêt *Europemballage Corporation c. Commission* (2129), la Cour a constaté à plusieurs reprises l'incertitude relevée par la requérante dans les preuves avancées par la Commission. La Cour a estimé qu'il s'agissait d'une insuffisance de preuves qui devait être imputée à la Commission (2130). De même, dans l'arrêt *Pierre Guillot c. Commission*, la Cour a conclu qu'« *il ressort de l'ensemble de ces considérations que les inexactitudes et contradictions qui se sont révélées progressivement dans les arguments du requérant, ne font que renforcer la version des faits litigieux qui (...) confirment la valeur probatoire des rapports déposés par la Commission et, en particulier, ceux établis par les experts* » (2131). En l'espèce, l'insuffisance des preuves a été imputée au requérant qui a succombé dans sa prétention (2132).

De même, dans le cadre du recours en manquement, la Cour de justice a déjà estimé que le manquement n'était pas établi à suffisance de droit dans la mesure où l'État membre avait étayé ses allégations par plusieurs décisions juridictionnelles pour démontrer l'interprétation de la législation nationale que la Commission n'avait contestées par aucun élément de preuve (2133).

(2128) Voy. sur ce point, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2. A. 2. de cette partie de la thèse.

(2129) CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation c. Commission*, aff. 6/72, Rec. p. 215.

(2130) Pt 37 de l'arrêt: « *Il résulte de l'ensemble de ces considérations que cette décision n'a pas établi à suffisance de droit les faits et appréciations sur lesquelles elle est fondée* ». Par conséquent, la décision de la Commission a été annulée. Voy. également dans le même sens, CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company c. Commission*, aff. 27/76, Rec. p. 207, pt 267 : « *La Commission n'a pas établi à suffisance de droit les faits et appréciations sur lesquels elle s'est fondée* » en raison de la non-contestation des négations de la requérante.

(2131) CJCE, 7 juillet 1977, *Pierre Guillot c. Commission*, aff. 43/74, Rec. p. 1309.

(2132) Pt 105 de l'arrêt : « *la Commission a donc établi à suffisance de droit que le comportement du requérant justifiant les accusations portées contre lui par son supérieur hiérarchique* ».

(2133) CJCE, 10 juillet 1986, *Commission c. Italie*, aff. 235/84, Rec. p. 2291, pts 14 et 15 ; CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Finlande*, aff. C-246/08, Rec. p. I-10605, pts 50 et s.

Il résulte de ces exemples jurisprudentiels que le risque de la preuve est imputé à l'une ou l'autre des parties selon que l'insuffisance des preuves peut leur être reprochée.

Cette solution est de bon sens dans la mesure où elle se réfère à un critère neutre qui consiste pour le juge de décider de l'imputation du risque de la preuve. Comme le remarquait déjà le professeur Jacques Chevallier, pour « attribuer l'aléa de la preuve à l'un des plaideurs plutôt qu'à l'autre, n'est-il pas opportun de rechercher d'où peut provenir le risque de l'insuffisance de la preuve ? » (2134). À cet égard, il proposait de prendre en considération divers éléments concernant le mode de preuve lui-même, notamment son élaboration. La prise en compte de ces éléments trouve une signification particulière dans le droit de l'Union européenne. Comme nous l'avons vu, l'étude de la jurisprudence a démontré que ce qui compte est la crédibilité des informations contenues qui peuvent emporter la conviction du juge à suffisance de droit (2135).

Le lien intrinsèque entre l'imputation du risque de la preuve et l'insuffisance des preuves dans le droit de l'Union permet d'adopter une approche plus dynamique de la charge de la preuve. À cet égard, le professeur Xavier Lagarde a démontré dans sa thèse que le recours à la notion d'insuffisance de preuve par le juge introduisait une distinction entre l'attribution de la charge de la preuve et l'imputation du risque du doute (2136). Selon lui, l'attribution de la charge de la preuve permet de désigner la partie qui a failli dans son effort probatoire. Quant à l'imputation du risque du doute, cette notion concerne les conséquences d'une insuffisance de preuves. Pour le professeur Xavier Lagarde, il est plus approprié de parler du risque du doute dans la mesure où l'attribution de la charge de la preuve renvoie à l'idée d'une difficulté de preuve à laquelle le juge aurait pu remédier (2137). En ce sens, le recours à la notion d'insuffisance de preuves aurait eu au moins le mérite de ne pas reprocher au juge l'inefficacité des mesures d'instruction et, par

(2134) J. CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 194.

(2135) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1 de cette partie de la thèse.

(2136) Pour un exposé de la position de la doctrine, voy. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, *op. cit.*, pp. 204 et s.

(2137) À cet égard, comme nous l'avons vu, le juge dispose de larges pouvoirs d'ordonner des mesures d'instruction et, par conséquent, de remédier à une difficulté de preuve. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 de cette partie de la thèse.

610 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

conséquent, de faire peser cette inefficacité au titre de la charge de la preuve sur l'une des parties (2138).

L'étude de la jurisprudence révèle également la réserve des juridictions de l'Union à employer l'expression de « risque de la preuve » (2139). La référence au doute auquel est confronté le juge, tant national que de l'Union, est significative. Elle permet ainsi de mettre en exergue l'impossibilité de déterminer, à ce stade de l'évolution du droit de l'Union, un principe d'attribution de la charge de la preuve. En revanche, elle donne des indications utiles au juge de la démarche qu'il doit adopter lorsqu'il doit gérer le doute en raison d'une insuffisance de preuves.

B. *L'insuffisance des preuves et la justification de la décision juridictionnelle*

Lorsque le juge constate l'insuffisance des preuves, il est confronté à un doute qu'il doit imputer à l'une ou à l'autre des parties, sous peine de commettre un déni de justice. Pour décider que telles ou telles preuves sont insuffisantes, le juge décide selon son intime

(2138) Comme le remarquait le professeur Xavier Lagarde, « *en imputant l'échec de leurs prétentions à leur défaillance dans l'accomplissement d'une charge à laquelle elles étaient tenues, le juge fait plus que priver les parties d'un argument permettant de critiquer sa décision. Il donne à ces parties une raison de justifier leur défaite. De fait, l'idée de charge évoque celle de responsabilité, ce qui, permettra le raisonnement suivant : si les parties se sont révélées incapables d'assumer une charge qui leur avait été attribuée, il est normal qu'elles en supportent les conséquences. Finalement, tout se passe comme si le rejet de la prétention trouvait sa cause non pas dans la décision du juge mais dans l'attitude même de la partie qui succombe. On trouve ainsi, à travers la notion de charge de la preuve, l'illustration même de ce principe selon lequel une institution détentrice de la contrainte légitime, à tout intérêt, et met en œuvre les moyens pour ce faire, à se comporter comme si elle ne détenait pas les pouvoirs qui lui sont octroyés* ». X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, op. cit., p. 271. Pour une critique de cette position doctrinale, voy. J-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, op. cit., p. 208, spéc. n° 156 : « *à cet égard, lorsqu'on affirme qu'on ne dispose pas de la preuve de l'existence d'un fait, on reconnaît simplement que son existence est douteuse. Changer les mots ne change rien à la signification des formules. Prétendre encore que l'institution judiciaire « a les moyens de surmonter » une insuffisance de preuve n'est pas convaincant. En effet, même si le juge a recours à tous les moyens d'instruction à sa disposition, il n'est pas certain qu'il parviendra à lever tous les doutes que le litige pouvait soulever. Et il nous semble que simuler une conviction dans ce cas n'est pas nécessairement la « meilleure solution ». Le juge pourrait être conduit à formuler une décision visiblement erronée* ». En effet, l'une ou l'autre des parties au litige (ou les deux) sont susceptibles de constater l'erreur qui vicie le jugement ».

(2139) Cette notion se retrouve néanmoins dans trois conclusions d'Avocats généraux. Voy. Conclusions de l'Avocat général Van Gerven présentées le 8 avril 1992, sous CJCE, 25 juin 1992, *Federazione italiana dei consorzi agrari*, aff. C-88/91, *Rec. p. I-4035*, pt 16 ; Conclusions de l'Avocat général Trstenjak présentées le 8 septembre 2009, sous CJUE, 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur SA*, aff. C-358/08, *Rec. p. I-11305* ; Conclusions de l'Avocat général Trstenjak, présentées le 12 janvier 2010, sous CJUE, 11 mars 2010, *Wood Floor Solutions*, aff. C-19/09, *Rec. p. I-2121*.

conviction. Si le mécanisme probatoire consiste alors à persuader le juge (2140), celui-ci reste néanmoins libre pour former son jugement selon son intime conviction. Juger selon son intime conviction implique la liberté dans l'appréciation des preuves. Comme le remarque Clara Tournier dans sa thèse, « (...) *l'intime conviction est la recherche de la vérité dans le jugement par la conscience. (...) Il s'agit de démontrer que la conviction découle d'une logique probatoire à distinguer de l'intime conviction, qui en étant consubstantielle au jugement, découle d'une logique de responsabilité. Il demeure évident qu'une mauvaise appréciation des preuves se répercute sur la formation de l'intime conviction du juge* » (2141).

Une telle solution, même si elle s'impose à l'évidence, est pour le moins paradoxale parce que la logique des solutions jurisprudentielles en matière de preuve repose sur la recherche d'une sécurité juridique et d'une protection juridictionnelle effective. Or, conclure que l'imputation du risque de la preuve n'est qu'une manière pour le juge de gérer le doute, c'est réduire l'importance des règles de preuve à une considération d'appréciation subjective dans le jugement. Cette conclusion n'est pas sans soulever certaines réserves quant à la légitimité des solutions adoptées en la matière parce qu'elle soulève la question de l'arbitraire (2142). Mais, comme le remarque le professeur Rostane Mehdi, « *au regard du droit de la preuve, toute l'ambiguïté de l'évolution jurisprudentielle est là* » (2143).

Ainsi, la liberté d'appréciation des preuves par le juge se prête à des critiques. L'exemple du recours en manquement est à cet égard éclairant. Comme nous l'avons vu, l'effort probatoire de la Commission dépend du contexte du manquement et de sa nature. Comment expliquer que le juge exige de la part de la Commission, dans un cas, une preuve complète (2144) tandis que, dans d'autres cas, il se contente d'une seule preuve avancée pour conclure que le manquement est établi à suffisance de droit (2145) ? Sur ce point le professeur Denys Simon écrivait qu'« *il*

(2140) H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, op. cit., p. 15 : La preuve « *est un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain* ».

(2141) C. TOURNIER, *L'intime conviction du juge*, op. cit., pp. 22 et 23.

(2142) E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., pp. 327 et s.

(2143) R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 180.

(2144) Sur ce point, voy. Section 1, §2. A. 2. c) de ce chapitre.

(2145) Par exemple, CJCE, 29 novembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. C-281/87, *Rec. p. I-4015*, pt 19 : « *Étant donné que le manquement est établi à suffisance de droit au vu de la seule circulaire précitée* ».

612 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

y a tout de même une difficulté en matière de preuve dans le système [de l'Union] qui tient précisément à un contentieux différent, qui est celui du manquement. (...) La jurisprudence de la Cour, fluctuat et mergitur, en particulier sur l'évaluation dans les arrêts récemment rendus sur recours en constatation de manquement, de la preuve de la pratique des États membres. L'Italie est accusée de pratiques contraires au droit communautaire, à propos desquelles on ne peut rapporter une preuve significative que pour un seul cas répertorié, ce qui n'apparaît pas à la Cour comme justifiant le rejet du recours de la Commission pour insuffisance preuve. Inversement, l'Allemagne en matière de police des étrangers se voit opposer quinze ans, dont les trois quarts sont reconnus par les autorités allemandes et la Cour conclut paradoxalement à l'absence de preuve suffisante. Je dois dire que sur l'évaluation de la preuve de la pratique, il y a des flottements qui sont assez considérables dans la période récente » (2146).

La jurisprudence récente démontre néanmoins, qu'en ce qui concerne le recours en manquement, la position de la Cour de justice reste constante. Les arrêts *An Post* (2147) et *DCC* (2148) révèlent que, lorsqu'il s'agit d'une pratique des autorités nationales, la Commission doit la démontrer par des preuves particulièrement complètes. Ces arrêts démontrent également que le juge ne recourt pas systématiquement à la technique de la charge de la preuve pour éluder une question au fond. La lecture de ces deux arrêts permet de rendre compte de ce que la Cour de justice formule des réponses au fond en consacrant la notion d'intérêt transfrontalier certain sans pour autant remettre en cause sa position en matière de preuve (2149).

Il ne faut donc pas donner une importance exagérée à l'inconvénient que présente la notion d'insuffisance des preuves pour la gestion du doute. Cet inconvénient ne vient que conforter l'idée de l'impossibilité d'énoncer une règle et, qu'en matière de preuve, il s'agit d'une pluralité de principes que le juge prendra en compte dans son jugement au titre de l'attribution de la charge de la preuve. Comme le remarque également le professeur Cesaro, « *la gestion du doute consiste à employer les règles de droit pour traiter une question d'existence non résolue.*

(2146) D. SIMON, « Intervention » in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales, op. cit.*, p. 190.

(2147) CJCE, gd. ch., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, arr. préc.

(2148) CJCE, gd. ch., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-532/03, arr. préc.

(2149) Cette position peut être également rapprochée de celle adoptée dans le cadre de la question préjudicielle pour les situations purement internes. Sur ce point, voy. Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1. A. de cette partie de la thèse.

En amont, s'opère une sélection des questions qui peuvent être posées : la qualification, la légalité de la preuve permettant de rejeter certains doutes hors du procès. Seuls les doutes finalement admis font l'objet d'un débat probatoire. Si le juge parvient à une conviction, les mécanismes de gestion du doute n'auront aucun rôle à jouer. Si l'incertitude subsiste sur certains faits, le juge devra rechercher s'il existe, dans les règles applicables au litige, des motifs pour en attribuer la responsabilité à l'une ou l'autre des parties » (2150). C'est ainsi, comme le remarquent également Eric Barbier De la Serre et Anne-Lise Sibony, « le juge se trouve presque toujours en présence de preuves qui rendent les allégations contradictoires plus ou moins probables, mais rarement certaines. En pareil cas, il est essentiel de savoir à qui doit profiter le doute. C'est à cette question que répond l'adage in dubio pro reo, qui est un corollaire de la présomption d'innocence : le doute doit profiter à l'entreprise » (2151). Le juge mobilise ainsi non seulement les principes classiques du droit de la preuve tels qu'ils sont déduits des systèmes nationaux, mais aussi les principes que lui impose la disposition du droit de l'Union applicable au litige pendant devant lui (2152).

Autrement dit, lorsqu'il décidera de l'insuffisance de preuves, le juge tient compte des principes que le droit de l'Union lui impose (2153). Plus particulièrement, il s'agit de la cohérence dans l'application de la règle de droit applicable (2154), la protection juridictionnelle

(2150) J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé, op. cit.*, pp. 238 et 239, spéc. n° 201 : « *Celles-ci participent à cette recherche par leur argumentation : il est dans l'intérêt de chacune d'imputer à l'autre les conséquences négatives d'un doute subsistant. Cette recherche conduit le juge à fixer certaines affirmations à certaines prétentions : les premières sont alors qualifiées de conditions d'obtention des secondes. La partie qui poursuit la réalisation de la prétention dont les affirmations sont demeurées douteuses devra succomber faute d'avoir réussi à apporter la preuve positive de leur existence. Lorsque les règles applicables ne permettent pas au juge de faire état d'un doute, celui-ci devra avoir une conviction, la mieux étayée possible. Il n'est pas interdit au juge, sous cette conviction de façade, de recourir à l'équité en privilégiant la cause qui lui paraît la meilleure.* »

(2151) É. BARBIER DE LA SERRE, A.-L. SIBONY, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *op. cit.*, p. 225. Une telle observation doit être également faite lorsque le droit de l'Union européenne instaure une protection spécifique à l'une des parties qui est considérée comme « faible ». Par analogie, l'on peut penser à la protection du consommateur, du salarié et, enfin de toute personne qui bénéficie d'un régime probatoire fondé sur des présomptions.

(2152) Sur ce point, voy. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B. de la Première partie de la thèse.

(2153) Sur ce point, voy. la Première partie de la thèse.

(2154) Conclusions du juge VESTERDORF exerçant en tant qu'Avocat général dans l'affaire *Rhône-Poulenc*, présentées le 10 juillet 1991, p. 869. Voy. également, CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie c. Commission*, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* p. 1663 ; TPICE, 8 juillet 2004, *JFE Engineering c. Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.* p. II-2501.

614 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

effective (2155) et les exigences découlant d'un procès juste et équitable (2156). Et en cas de doute quant à l'interprétation à donner à ces principes, le juge de l'Union invite le juge national à s'adresser à lui par le biais du renvoi préjudiciel.

Le droit de l'Union européenne reconnaît ainsi « un droit du doute » (2157). Mais cette reconnaissance ne signifie nullement que le juge est libre dans la gestion du doute.

La notion d'insuffisance de preuves et le doute qu'elle suppose imposent au juge de motiver sa décision. Si cette notion lui reconnaît une liberté d'appréciation des preuves, le juge est tenu, pour éviter des critiques quant à la légitimité de sa décision, de présenter les éléments qui lui ont permis de décider d'imputer le doute. Comme l'observait déjà Tony Sauvel, « *les motifs bien rédigés doivent nous faire connaître avec fidélité toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui. Ils sont la meilleure, la plus haute des garanties, puisqu'ils protègent le juge à la fois contre tout raisonnement qui pourrait s'offrir à son esprit et contre toute pression qui voudrait agir sur lui* » (2158). La motivation de la décision juridictionnelle est d'une importance considérable dès lors qu'il s'agit de la question de l'attribution du doute. Elle est « *ce passage du subjectif, de ce qui persuade un sujet, à l'objectif, à ce qui devrait convaincre tous les autres* » (2159).

Dans le droit de l'Union, « *la motivation est une exigence générale* » (2160). Elle s'impose tant à l'égard des institutions de l'Union qu'à

(2155) H. LÉGAL, « Commentaire » in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales, op. cit.*, p. 185.

(2156) A. BARAV, « The European Court of Justice and the Use of Judicial Discretion », in O. WINKLUD, (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 146 et s; R. NAZZINI, « The wood began to move : an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 EC cases », *EL Rev.*, 2006, p. 536.

(2157) J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé, op. cit.*, p. 392, spéc. n° 372.

(2158) T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5 et 6.

(2159) C. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 415 à 426. On peut également soulever que l'exigence de motivation de la décision juridictionnelle s'accompagne nécessairement d'une évolution du régime de preuve et des garanties que le système juridique entend accorder à ses sujets. Ainsi, par exemple, les ordalies dispensaient le juge de motiver sa décision. Or, « *les juges n'y ont recours semble-t-il, qu'en cas soit de difficulté de la preuve des faits, soit de difficulté de la preuve du droit, c'est-à-dire lorsqu'ils ne savent pas quelle règle juridique appliquer* ». J. GILISSEN, « Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne », in C. PERELMAN (éd.), *Les problèmes des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 205.

(2160) A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, op. cit.*, p. 647.

l'égard du juge. Elle permet ainsi d'exercer un contrôle effectif de la façon dont le juge a décidé de l'insuffisance des preuves (2161).

L'obligation de motivation circonscrit la liberté d'appréciation du juge dans l'exigence d'un examen effectif des preuves. En ce sens, l'utilisation de la notion d'insuffisance des preuves est encadrée, même si elle a trait à une question de fait. Ainsi, la Cour de justice a jugé que, lorsque les requérants avaient mis en présence tous les éléments devant le Tribunal à l'appui d'une demande de production de pièces, il « *ne pouvait se contenter de rejeter les allégations des parties pour insuffisance de preuve, alors qu'il dépendait de lui, en faisant droit à la demande des requérants d'ordonner la production de pièces de lever l'incertitude qui pouvait exister quant à l'exactitude de ces allégations ou d'expliquer les raisons pour lesquelles un tel document ne pouvait, en tout état de cause et quel que soit son contenu, être pertinent pour la solution du litige* » (2162).

L'exigence de motivation permet de contrôler les conséquences d'une insuffisance des preuves sur les règles de preuve elles-mêmes (2163). Elle permet de contrôler la façon dont le juge a appliqué les règles de preuve (2164). L'obligation de motivation permet ainsi de justifier la décision juridictionnelle (2165). Le juge est également tenu

(2161) Sur la signification de la motivation dans le droit de l'Union, voy. P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires » *in* H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pp. 138 et s. En ce sens aussi, l'exigence de la motivation s'inscrit dans l'affirmation d'un contrôle juridictionnel effectif en matière de preuve et, plus particulièrement, du moyen tiré d'une dénaturation des éléments de preuve et de l'importance de la motivation de la décision juridictionnelle à cet égard. Voy. sur ce point, les développements de Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2. B. 2. de la Première partie de la thèse.

(2162) CJCE, 4 mars 1999, *Ufex c. Commission*, aff. C-119/97 P, *Rec.* p. I-1341, pt 111.

(2163) Sur ce point, voy. la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la motivation des décisions des juridictions d'assises, Cour EDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique* ; Cour EDH, gd. ch., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique* ; pour la position des juridictions françaises, Cass. Crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86480 ; CC, 1^{er} avril 2011, déc. n° 2011-113/115 QPC [*Motivation des décisions des Cours d'assises*] ; C. GUÉRY, doyen des juges d'instruction à Nice, « Peut-on motiver l'intime conviction ? », *JCP ed. G*, 2011, ét. n° 28.

(2164) Comme nous l'avons vu, la recevabilité d'un pourvoi devant la Cour de justice à l'encontre des décisions du Tribunal pour méconnaissance des règles de preuve démontre qu'il s'agit d'une question de droit. Dans le cadre du pourvoi, la Cour de justice contrôle si ces preuves n'ont pas été obtenues irrégulièrement, si les principes généraux du droit et les règles de procédure, notamment celles qui touchent à la répartition de la charge et à l'administration de la preuve ont été respectés. Elle contrôle également si l'appréciation faite par le Tribunal n'aboutit pas à une dénaturation des éléments de preuve. De même, devant le juge national, l'importance des règles de preuve a été affirmée par la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de l'activité juridictionnelle. Sur ce point, voy. Titre 2, Section 2, §2. B. 2. de la Première partie de la thèse.

(2165) D. RITLENG, « Commentaire » *in* H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 163.

616 LA RÉGULATION PRAGMATIQUE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

de préserver la cohérence de la disposition juridique qu'il applique, notamment en tenant compte de l'uniformité du droit de l'Union et de la protection juridictionnelle effective des droits des justiciables (2166).

Une telle présentation de l'attribution de la charge de la preuve est en cohérence, d'une part, avec le système de preuve libre qui se forge dans le droit de l'Union et, d'autre part, avec la logique intégrative sur laquelle repose ce système.

(2166) Voy. également dans ce sens, R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 181.

CONCLUSION CHAPITRE 2

La dynamique de l'attribution de la charge de la preuve dans le droit de l'Union résulte du contexte normatif et factuel particulier dans lequel cette question s'inscrit. La recherche d'un principe d'attribution de la charge de la preuve permet d'affirmer que, dans le droit de l'Union, les principes du droit de la preuve ne sont qu'une directive pour le juge lorsqu'il est confronté à un doute. Ainsi, le principe *actori incumbit probatio* permet au juge de désigner qui doit prouver quoi en fonction des allégations des parties. De même, la technique de standard de preuve est utilisée pour indiquer aux parties quelle sera son attitude face aux preuves avancées au regard du fait à prouver, en déterminant le niveau de preuve à partir duquel les faits avancés seront tenus pour établis.

Mettant l'accent sur la « *fonction essentielle de la preuve* », la jurisprudence reconnaît explicitement la liberté du juge dans l'évaluation des preuves. L'insuffisance des preuves est ainsi un moyen de justification de la décision du juge. Eu égard aux enjeux que cette dernière peut présenter pour la protection des droits conférés par le droit de l'Union, cette possibilité est encadrée. Cet encadrement trouve une expression particulière dans l'obligation de motivation de la décision juridictionnelle qui contraint le juge à inscrire sa décision d'espèce en cohérence avec le droit de l'Union qu'il applique.

CONCLUSION TITRE 2

La régulation pragmatique de la charge de la preuve est une réponse efficace à l'absence de règles de preuve dans les dispositions textuelles du droit de l'Union. Elle permet ainsi de moduler les règles de la charge de la preuve en fonction de chaque espèce et ce, dans l'objectif de garantir une application uniforme du droit de l'Union et une protection juridictionnelle effective. Ainsi, la répartition équilibrée de l'administration de la preuve répond à une double préoccupation : d'une part, permettre au juge de trancher un litige en application du droit de l'Union et, d'autre part, permettre au juge d'exercer un contrôle juridictionnel effectif.

L'importance de la place du juge dans la régulation pragmatique de la charge de la preuve se manifeste incontestablement dans l'attribution du fardeau de la preuve.

Sur ce point, l'étude a révélé le caractère particulièrement intégratif de la charge de la preuve. Il en est ainsi en raison de la reconnaissance de la gestion du doute qui subsiste à l'issue de l'administration de la preuve. Loin d'être une particularité du droit de l'Union européenne l'imputation du doute qui subsiste par le juge oblige ce dernier à tenir compte des principes du droit de l'Union lui-même et à contribuer par la même à leur évolution.

CONCLUSION PARTIE 2

Au terme de cette seconde partie, l'on peut affirmer qu'il existe un droit de la preuve dans le droit de l'Union européenne. Ce droit de la preuve a pu être dégagé à partir de l'approche fonctionnelle appliquée à la preuve. L'analyse, fondée sur cette approche, a permis de rendre compte de ce que ce droit de la preuve se forge en raison des principes qui sont à la base du droit de l'Union européenne.

Le contexte normatif et factuel particulier dans lequel l'application du droit de l'Union se pose a conduit au constat que le système de preuve est guidé par des considérations d'adaptabilité des règles de preuve. À cet égard, la liberté de la preuve s'est imposée en raison des solutions de souplesse qu'elle offre tant à l'égard des justiciables qu'à l'égard du juge. Pour le justiciable, la liberté de la preuve signifie que tous les modes de preuve sont en principe admissibles, leur valeur probante étant déterminée par rapport à leur crédibilité. Pour le juge, cette liberté se manifeste dans l'appréciation des preuves tant au regard de leur caractère tardif qu'au regard de leur pertinence.

Cette liberté dans l'appréciation des preuves permet au juge de réguler de manière pragmatique et, au cas par cas, la charge de la preuve. Cette régulation pragmatique de la charge de la preuve se manifeste, tout d'abord, dans la répartition équilibrée de l'administration de la preuve. Il est permis d'affirmer que cette collaboration est le prolongement de l'obligation générale de collaborer qui soutient les rapports entre les différents sujets du droit de l'Union. De la sorte, le juge est également tenu de remédier à une difficulté de preuve selon les exigences qui s'imposent à lui au titre d'un procès juste et équitable et d'une protection juridictionnelle effective.

La régulation pragmatique de la charge de la preuve résulte, ensuite, de l'impossibilité d'identifier un seul principe pour l'attribution de la charge de la preuve. Cette attribution se fait, au cas par cas, en fonction de l'imputation de l'insuffisance de preuves, soit à l'une, soit à l'autre partie. Si cette solution est critiquable en termes de sécurité juridique parce qu'elle reconnaît au juge un pouvoir d'appréciation étendu, elle est néanmoins révélatrice du caractère particulièrement intégratif de l'attribution de la charge de la preuve. En effet, pour décider d'imputer l'insuffisance de preuves constatée, le juge doit tenir compte d'une pluralité de principes qui sont à la base du droit de l'Union lui-même dans la recherche d'effectivité des droits que ce dernier confère.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude a eu pour objet de tenter de présenter de manière ordonnée les solutions apportées en matière de preuve par le droit de l'Union européenne. Cet essai de systématisation démontre que, au-delà de la diversité des domaines relevant du droit de l'Union, il est toutefois possible de dégager une cohérence d'ensemble en matière de preuve.

À cet égard, l'approche fonctionnelle nous a permis d'envisager la preuve dans une double dimension : la preuve en tant qu'instrument de réalisation du droit de l'Union et la preuve en tant que garantie des droits conférés par le droit de l'Union. Cette double dimension de la preuve se présente de manière spécifique dans le système juridique de l'Union en raison de son intégration dans les droits internes dont découlent des droits et des obligations pour l'ensemble des sujets de droit. Cette approche a ainsi conduit à appréhender la preuve au regard des principes fondamentaux qui structurent l'ordre juridique de l'Union et a permis, ce faisant, de dégager les lignes directrices forgeant l'établissement et la concrétisation des règles de preuve. L'approche fonctionnelle rend ainsi compte de la formation d'un cadre spécifique de la preuve dans le droit de l'Union.

L'analyse en termes de système au travers de l'étude de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres rend compte de ce qu'en raison de leur nature procédurale, les règles de preuves relèvent par principe de la compétence des États membres. Instrument de réalisation du droit de l'Union européenne et de garantie des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union, l'action normative des États membres en matière de preuve est nécessairement encadrée. Cet encadrement s'opère à un double niveau. Tout d'abord, la compatibilité de principe des règles nationales de preuve avec le droit de l'Union ne doit pas aboutir à compromettre l'exercice effectif des droits tirés du droit de l'Union. Ensuite, cette compatibilité de principe ne doit pas permettre aux États membres de porter une atteinte à la réalisation du marché intérieur et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Par ailleurs, une intervention normative de l'Union n'est pas exclue dès lors qu'un rapprochement des règles nationales de preuve se révèle nécessaire en raison des disparités engendrées. À cet égard, en

l'absence d'une base juridique explicite, l'Union ne peut intervenir que pour appuyer et coordonner l'action des États membres.

Dans ce cadre, le droit de l'Union européenne a mis en œuvre la technique de la coopération administrative et judiciaire dans la recherche des preuves, laquelle permet de mettre en place des procédures de contrôle et de sanctions efficaces. Notre étude démontre que la coopération administrative et judiciaire, fondée sur l'obligation de collaboration et sur le principe de reconnaissance mutuelle, a permis à l'Union de mettre en œuvre un cadre cohérent de nature à garantir une libre circulation et une libre utilisation des preuves recueillies en posant l'exigence d'une preuve loyale et d'un examen juridictionnel effectif. L'évolution progressive du droit l'Union européenne intervenant par domaine (la fraude, la réalisation du marché intérieur, la réalisation de l'espace judiciaire européen) et par touches successives a abouti à une modulation graduelle des règles nationales de preuve dans la logique intégrative.

Le cadre spécifique, dans lequel évolue la question probatoire, est ainsi marqué par une relation réciproque entre le droit national et le droit de l'Union. En raison de cette relation ascendante et descendante par le truchement de l'effet direct et de la primauté des principes structurels du droit de l'Union, il a été possible de déceler l'émergence d'un droit de la preuve.

Le contexte factuel et normatif particulier dans lequel s'inscrit la preuve permet de constater que le système de preuve de l'Union est guidé par des considérations d'adaptabilité et de flexibilité des règles de preuve. Par la souplesse qu'elle offre, la preuve est libre. Pour le justiciable, le système de preuve libre lui permet de faire valoir ses droits de manière effective au regard du principe de libre admissibilité des modes de preuve et de voir apprécier par le juge leur force probante par rapport à leur crédibilité. Pour le juge, le système de preuve libre implique une libre appréciation des preuves, notamment en ce qui concerne leur production et leur pertinence, et lui permet de réguler de manière pragmatique, au cas par cas, la charge de la preuve.

La qualification d'une régulation pragmatique de la charge de la preuve se justifie à deux points de vue. Tout d'abord, elle procède de l'analyse de la répartition de l'administration de la preuve dont l'étude a mis en évidence son caractère équilibré. Ce caractère équilibré de l'administration de la preuve s'explique par l'obligation générale de collaborer et par les exigences d'un procès juste et équitable et d'une protection juridictionnelle effective. Ensuite, la régulation de

la charge de la preuve peut être qualifiée de pragmatique dès lors qu'il est impossible d'identifier en termes processuels un seul principe pour l'attribution de la charge de la preuve. L'analyse a mis en évidence que l'attribution se fait, au cas par cas, en fonction de l'imputation de l'insuffisance de preuves, soit à l'une, soit à l'autre partie. Cette solution est certes critiquable en termes de sécurité juridique. Toutefois, elle révèle le caractère particulièrement intégratif de l'attribution de la charge de la preuve et met l'accent sur l'effet structurant des principes du droit l'Union combinés avec les exigences tirées d'une protection juridictionnelle effective des droits conférés, la nature des droits mis en cause et les exigences d'une bonne administration de la justice.

Les résultats auxquels aboutit la recherche relative à la preuve dans le droit de l'Union européenne soulèvent deux catégories d'observations complémentaires. La première catégorie d'observations est d'ordre spécifique et concerne le droit de l'Union européenne. L'étude de la preuve a permis de dégager deux tendances lourdes, qui sont inhérentes à l'évolution du système juridique de l'Union lui-même, que la question probatoire n'a fait que révéler.

La première tendance relève d'une préoccupation « ancienne » propre à tout ordre juridique libéral. Elle est relative à la protection des « droits fondamentaux » dans le droit de l'Union européenne. L'étude de la question probatoire a mis en exergue la nécessité de remédier aux incohérences du contrôle juridictionnel, marqué par la dualité des voies de droit et ce, dans l'objectif d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, fondé sur la confiance mutuelle entre les systèmes juridiques des États membres. À la coopération administrative particulièrement aboutie doit correspondre une coopération judiciaire de plus en plus intégrée permettant une protection effective des garanties procédurales accordées dès l'enquête préalable. Aussi, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, donnant force obligatoire à la Charte des droits fondamentaux et prévoyant la création d'un Parquet européen, est-elle susceptible de remédier aux « zones d'ombre » constatées dans la protection juridictionnelle.

De plus, l'étude de la jurisprudence récente relative à la protection des victimes dans les procédures pénales, aux pouvoirs du juge dans l'exclusion des preuves et dans la répartition de l'administration judiciaire de la preuve permet également de s'interroger sur la portée du droit à un procès juste et équitable dans le droit de l'Union européenne,

dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. Consacré désormais par la Charte des droits fondamentaux, ce droit est utilisé par la jurisprudence afin de, d'une part, tempérer, les conséquences de l'autonomie procédurale reconnue aux États membres en matière de preuve et, d'autre part, indiquer au juge la façon dont il doit exercer ses pouvoirs dans la conduite du procès. La question qui reste actuellement en suspens, dans la jurisprudence, est celle du respect du contradictoire et d'égalité des armes et de la place du juge. Elle nécessite une conciliation des principes du droit de l'Union européenne avec les exigences posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et est susceptible d'exercer une influence sur la jurisprudence des juridictions nationales. L'évolution de la jurisprudence sur ce point contribuera certainement à préciser le contenu du droit à un procès juste et équitable, mais aussi sa portée dans la consolidation des principes communs du droit de la preuve au niveau européen.

La seconde tendance est plus récente et relève d'une prise en considération de la situation concrète du particulier, opérateur économique ou citoyen de l'Union, des droits que le droit de l'Union européenne lui confère. Cette tendance jurisprudentielle est concomitante à l'évolution de la citoyenneté européenne et aux conséquences qui s'y attachent pour les ressortissants des États membres dès lors qu'ils entendent se prévaloir des règles régissant les libertés de circulation. Cette tendance jurisprudentielle a pu être constatée à l'occasion des questions de preuve au regard des libertés de circulation, notamment au sujet des législations nationales aboutissant à créer une présomption générale de situation du particulier vis-à-vis de la réglementation nationale. Cette présomption a une incidence sur l'utilisation des règles relatives aux libertés de circulation par le particulier en raison de l'obligation qui pèse systématiquement sur lui de démontrer sa situation ou bien parce qu'il se trouve empêché de la démontrer. La jurisprudence sur ce point tient ainsi compte de la préoccupation de lui permettre de pouvoir toujours apporter de manière concrète la preuve des droits qu'il tire des règles relatives aux libertés de circulation.

La reconnaissance pour le particulier de pouvoir toujours faire valoir son droit et, partant, fournir des informations aux autorités nationales/juridictions nationales, s'accompagne en contre partie, dans la jurisprudence, de la liberté d'appréciation des éléments fournis par les autorités nationales ou juridictions nationales. La jurisprudence justifie

cette liberté d'appréciation par un mécanisme très spécifique du droit de l'Union européenne qui est la coopération administrative, voire de manière plus récente la coopération judiciaire tant dans l'échange d'informations que dans l'obtention des preuves. Si l'analyse *in concreto* et au cas par cas n'apparaît pas *a priori* fournir une explication globale et générale du système juridique de l'Union, elle offre une perspective très intéressante d'envisager l'évolution de la construction européenne. En effet, cette façon d'analyser la situation individuelle du ressortissant d'un État membre opère une conciliation constante entre les droits accordés et les limites de l'action normative des États membres. De plus, elle place la situation individuelle du ressortissant d'un État membre au centre de la jurisprudence. En ce sens, elle possède une dimension fortement intégrative, certes, la moins visible, mais la plus concrète.

Cette tendance jurisprudentielle traduit une conception plus dynamique des rapports entre le droit national et le droit de l'Union et invite à considérer la preuve comme une notion inhérente à l'évolution de la construction européenne.

La seconde catégorie d'observations est d'ordre général et concerne la preuve. L'étude de la preuve dans le droit de l'Union européenne a permis de s'interroger à nouveau sur la façon dont il convient de s'intéresser à la question probatoire dans un système juridique donné. Se construisant en marge de l'idée de vérité judiciaire, le droit de la preuve repose sur des choix guidés par les exigences du système juridique lui-même. La preuve remplit ainsi une fonction de justification des solutions apportées aux questions liées à l'élaboration des règles de preuve, aux garanties accordées, à la sanction de leur méconnaissance et à la place du juge. Cette fonction de justification permet d'envisager les solutions apportées ou à apporter, dans une continuité ou dans une rupture, compte tenu des enjeux que la preuve peut présenter pour la garantie des droits accordés.

Cette façon d'étudier la preuve au regard de sa fonction n'est pas spécifique au droit de l'Union européenne. Elle peut être transposée tant au niveau national qu'au niveau international parce qu'elle permet de considérer la question probatoire non pas de manière concrète à l'occasion d'un contentieux précis, mais de manière plus abstraite et générale en fonction des nécessités d'un système juridique donné. La preuve constitue ainsi un indicateur utile du degré d'évolution du système juridique et de l'état du droit.

Tous ces éléments ouvrent les perspectives de l'évolution de la question probatoire dans le droit de l'Union européenne. Néanmoins, son étude ne doit pas oublier que la preuve se situe dans les plis du droit. Elle n'est pas à son fondement mais participe à sa fondation ; elle contribue à la réalisation du droit, elle en conditionne l'effectivité. À cet égard, un système juridique n'est pas neutre, la conciliation opérée entre les exigences d'une bonne administration et la garantie des droits des justiciables marque une prise de position, *in fine* en termes de valeurs. Le système de preuve n'est pas figé et il n'est pas donné *a priori*. Il se forge dans l'histoire, exprimant une culture juridique par nature évolutive et variable tant dans le temps que dans l'espace.

**BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE
(SÉLECTIVE)**

I. Droit civil, droit pénal, droit administratif, droit international et européen, théorie du droit

1°) Dictionnaires et ouvrages

2°) Articles et contributions

II. Droit de l'Union européenne

1°) Ouvrages généraux

2°) Ouvrages spéciaux et collectifs

3°) Thèses

4°) Articles, cours et contributions

• **Droit institutionnel, principes généraux, sources**

• **Droit de l'Union et droits nationaux**

• **Droits fondamentaux**

• **Relations extérieures**

• **Espace de liberté, de sécurité et de justice**

• **Libertés de circulation et citoyenneté**

• **Fiscalité et douane**

• **Concurrence**

• **Actions et politiques communes**

• **Droit international privé de l'Union**

III. Droit du contentieux de l'Union européenne

1°) Ouvrages

2°) Articles et contributions

IV. Théorie et droit de la preuve

A. Théorie de la preuve

1°) Ouvrages

2°) Articles et contributions

B. Droit de la preuve

1°) Ouvrages

• **Droits internes**

• **Droit international public et droit européen des droits de l'homme**

• **Droit international privé**

630 LA PREUVE DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

- **Droit de l'Union européenne**
- 2°) **Articles et contributions**
- **Droits internes**
- **Droit international public et droit européen des droits de l'homme**
- **Droit de l'Union européenne**

I. Droit civil, droit pénal, droit administratif, droit international et européen, théorie du droit*1°) Dictionnaires et ouvrages*

Philippe ARDANT, *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1956, 291 p.

André-Jean ARNAUD (éds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, 758 p.

Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, 1992, 284 p.

Bernard AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2008, 971 p.

Jules BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.

Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, 408 p.

Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, 346 p.

Jean-Claude BONICHOT et al., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2009, 1274 p.

Jacques BORÉ, Louis BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, 798 p.

Sabine BOUSSARD, *L'étendu du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, thèse, Paris II, Dalloz, 2002, 470 p.

Laurent BOYER, Henri ROLAND, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, 1021 p.

Laurent BOYER, Henri ROLAND, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2002, 664 p.

Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 2003, 347 p.

Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2004, 401 p.

Loïc CADJET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.

Jean-Marie CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2002, 310 p.

Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 9^{ème} éd., 1998, 447 p.

Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1995, 318 p.

André CASTALDO, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, 459 p.

Olivier CAYLA (éd.), Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ (éd.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, 239 p.

René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 13^{ème} éd., 2008, 1540 p.

Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, éd. Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2007, 986 p.

Jean DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1935, 367 p.

Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2008, 313 p.

Charles DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.

René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir de l'introduction à l'étude des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1911, 681 p.

David DEROUSSIN (dir.), Florent GARNIER (dir.), « L'ordalie : modalités et rationalités d'une épreuve judiciaire », in *Passé et présent du droit*, n° 3, Paris, éd. Le manuscrit, 2008, 179 p.

Adhémar ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1910, 828 p.

Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, reprod., Paris, éd. de l'Université Panthéon-Assas, 2010, 596, p.

Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2006, 537 p.

Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), William BARANÉS (dir.), *De l'injuste au juste. Actes du colloque du 27 et 28 juin 1995*, Paris, Dalloz, 1997, 126 p.

Denis James GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 537 p.

Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2006, 389 p.

François GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, L.G.D.J., 1995, 446 p.

Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1982, 747 p.

Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 30^{ème} éd., 2010, 1583 p.

Serge GUINCHARD (dir.) et al., *Droit processuel : droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, 1307 p.

Serge GUINCHARD (dir.), *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 2009, 1104 p.

Guy HAARSCHER (dir.), Léon INGBER (dir.), Raymond VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, 374 p.

Denis JACQUEMART, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1957, 287 p.

Louis JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Sirey, 1938, 1128 p.

Walid J. KASSIR, *Réflexion sur le renvoi en droit international privé comparé : contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, 123 p.

Marceau LONG (dir.), Prosper WEIL (dir.), Guy BRAIBANT (dir.), Pierre DELVOLVÉ (dir.), Bruno GENEVOIS (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 17^{ème} éd., 2009, 980 p.

Pierre MAYER, Vincent HEUZE, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2007, 794 p.

François MELIN, *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 379 p.

Marie-Laure NIBOYET, Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2009, 792 p.

Chaïm PERELMAN, Paul FORIERS (dir.), *Les présomptions et fictions en droit : études*, Bruxelles, Bruylant, 1974, 350 p.

Chaïm PERELMAN, Raymond VANDER ELST (éd.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p.

Chaïm PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, 203 p.

Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 825 p.

Chaïm PERELMAN, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, éd. ULB, 2008, 740 p.

Pierre PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, 523 p.

Marcel PLANIOL et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, vol. VII, Paris, L.G.D.J., 1954, 1111 p.

Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2002, 821 p.

Stéphane RIALS, Denis ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.

Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND, Nicolas DERASSE, Bruno DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2010, 1305 p.

Frédéric SUDRE (dir.) et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2009, 854 p.

Jean-Louis THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, coll. Champs Université, 3^{ème} éd., 2009, 386 p.

Jean TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, L.G.D.J., 1964, 280 p.

2°) Articles et contributions

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, 230 p., pp. 69-108

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles technologies », *Pouvoirs*, 2009, pp. 65-79

Loïc CADIEU, Serge GUINCHARD, « Le double degré de juridiction », *Justices*, 1996, pp. 1-8

Charles DE VISSCHER, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *RGDP*, 1958, pp. 601-609

Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Vers le droit processuel économique », *Justices*, 1995, pp. 91-106

Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La procédure injuste », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), William BARANÈS (dir.), *De l'injuste au juste. Actes du colloque du 27 et 28 juin 1995*, Paris, Dalloz, 1997, 126 p., pp. 77-87

Antoine GARAPON, « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 1999, pp. 43-54

Guy GANIVET, « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in Marie-Anne FRISON-ROCHE, William BARANÈS (dir.), *De l'injuste au juste. Actes du colloque du 27 et 28 juin 1995*, Paris, Dalloz, 1997, 126 p., pp. 101-109

Serge GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, pp. 91-130

Serge GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? » in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, 586 p., pp. 139-173

Pierre HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couziner*, Université de sciences sociales Toulouse, pp. 329-371

Pierre GANNAGE, « La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois », in *Mélanges Paul Roubier*, Paris, Dalloz, t. 1, 1961, 476 p., pp. 228-240

Jean-Michel JACQUET, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *RCADI*, 2001, pp. 154-248

Herni MOTULSKY, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 972 p., pp. 681-706

Horatia MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Lousouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p., pp. 303-309

Petros G. VALLINDAS, « La structure de la règle de conflit », *RCADI*, 1960, pp. 333-376

II. Droit de l'Union européenne

1°) Ouvrages généraux

Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2012, 805 p.

Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2010, 828 p.

Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1997, 407 p.

Jean Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 4^{ème} éd., 2006, 779 p.

Marianne DONY, *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Études européennes, 2010, 762 p.

Gérard DRUESNE, *Droit de l'Union européenne et politique communautaire*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2006, 629 p.

Marc FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème}, 2002, 902 p.

Walter Jean GANSHOF VAN DER MEERSCH, Michel WAELBROECK, (dir.), *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, 1194 p.

Guy ISAAC, Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Sirey Université, 9^{ème} éd., 2006, 539 p.

Koen LENAERTS, Pieter VON NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet and Maxwell, 2005, 2d ed., 969 p.

Alison MCDONNELL, Paul J.G. KAPTEYN, Kamiel MORTELMANS, Christiann W. A. TIMMERMANS (éd.), *The Law of the European Union and the European Communities : with reference to changes to be made by the Lisbon Treaty*, The Hague, Kluwer, 2008, 1644 p.

Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, réimp., 2006, 315 p.

Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 6^{ème} éd. 2010, 1420 p.

Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2008, 698 p.

Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2001, 779 p.

Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, Oxford EC Law Library, 2d ed., 2006, 591 p.

Sean VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Louvain-la-Neuve, Larcier, 4^{ème} éd., 2005, 768 p.

2°) Ouvrages spéciaux et collectifs

Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations. Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes les 22 et 23 novembre 1993, Luxembourg, OPOCE, 1994, 136 p.

Jean-Bernard AUBY, Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p.

Jill AUSSANT, Raffaello FORNASIER, Jean-Victor LOUIS, Jean-Claude SECHE (dir.), Sean VAN RAEPENBUSCH (dir.), *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux, transports*, in Commentaire Mégret, *Le droit de la CEE*, vol. 3, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 1990, 408 p.

Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, 441 p.

Loïc AZOULAI, Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 274 p.

Loïc AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, 362 p.

Ami BARAV (dir.), Christian PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, 11180 p.

Emmanuel BARBE, Hervé BOULLANGER, *Justice et affaires intérieurs dans l'Union européenne. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, Paris, La documentation française, coll. Réflexe Europe, 2002, 190 p.

Jean-Sylvestre BERGÉ, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres, actes du colloque international, Université de Nanterre*, 28 janvier-1er février 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, 316 p.

Claude BERR, Henri TREMEAU, *Le droit douanier, communautaire et national*, Paris, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 6^{ème} éd., 2006, 621 p.

Christian BIGAUT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son intégration dans un traité constitutionnel : quelles implications pour les citoyens européens ?*, Paris, Journaux officiels, 2002, 693 p.

Richard BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, tome II B, Paris, Publisud, 2005, 663 p.

Guy BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Edition du seuil, Inédit Essais, 2001, 329 p.

Laurence BURGORGUE-LARSEN, Anne LEVADE, Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 p.

Laurence BURGORGUE-LARSEN, Anne LEVADE, Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaires article par article. Parties I et IV*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1106 p.

Daniel CALLEJA, Daniel VIGNES, Rolf WÄGENBAUR, *Dispositions fiscales. Rapprochement des législations, Commentaire Mégret. Le droit de la C.E.E.*, vol. 5, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 1993, 427 p.

Jean-Yves CARLIER, Olivier DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 304 p.

Jean-Yves CARLIER, Elisabeth GUILD (dir.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E. The future of free movement of persons in the EU*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 322 p.

Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 145 p.

Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER, Denys SIMON (dir.), *Traités d'Amsterdam et de Nice. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2007, 1024 p.

Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER, Valérie MICHEL (dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, PUS, 2005, 462 p.

Vlad CONSTANTINESCO, Robert KOVAR, Jean Paul JACQUÉ, Denys SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p.

Jean-Eric DE COCKBORNE, Lucette DEFALGUE, Claire-Françoise DURAND, Hasso PRAHL, Georges VANDERSANDEN (dir.), *Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises, Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 3, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 1992, 508 p.

Gilles DE KERCHOVE, Anne WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 305 p.

Gilles DE KERCHOVE, Anne WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 337 p.

Gilles DE KERCHOVE, Anne WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 373 p.

Georges DE LAVAL, Joël HUBIN (dir.), *Espace judiciaire et social européen. Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2001*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, 744 p.

Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, 256 p.

Bruno DE WITTE, Caroline FORDER (éd.), *The common law of Europe and the future of the legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, Kluwer, 1992, 764 p.

Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris*, Paris, Economica, 1997, 179 p.

Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 372 p.

Marianne DONY, *Contrôle des aides d'État*, in Commentaire J. Mégret, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2007, 529 p.

Marianne DONY, Emmanuelle BRIBOSIA, *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'ULB, Coll. Études européennes, 2005, 452 p.

Marianne DONY, Catherine SMIT (dir.), *Aides d'État*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Études européennes, 2005, 240 p.

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, 298 p.

Gabriel ECKERT, Yves GAUTIER, Robert KOVAR, Dominique RITLÉNG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, 460 p.

Richard FENTIMAN, Arnaud NUYS, Henri TAGARAS, Nadine WATTE (dir.), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale. The European judicial area in civil and commercial matters*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 350 p.

Hélène GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 2002, 563 p.

Doris HILDEBRAND, *The role of economic analysis in the EC Competition rules, The Netherlands, Kluwer Law international*, 2009, 596 p.

Laurence IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 351 p.

Laurence IDOT, Catherine PRIETO (dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles – Le règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 331 p.

Dominik LASOK, *The professions and Services in the European Economic Community*, Deventer, Kluwer, 1986, 376 p.

Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, réimp. 2007, 321 p.

Marc LEJEUNE, *Un droit des temps de crises : les clauses de sauvegarde de la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 385 p.

Anne-Marie LEROYER, Emmanuel JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Paris, Dalloz, 2004, 181 p.

Miguel Poiaras MADURO, Loïc AZOULAI (éd.), *The past and Future of EU law. The classics of EU law revisited on 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Portland, Hart Publishing, 2010, 512 p.

Alfonso MATTERA, *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 2^{ème} éd., 1990, 775 p.

Joël MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2005, 280 p.

Pierre-Yves MONJAL, Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, 237 p.

Peter OLIVIER, *Free movement of goods in the European Community: under articles 30 to 36 of the EC treaty*, London, Sweet and Maxwell, 2003, 570 p.

Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, réimp. 2005, 100 p.

Fabrice PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, 186 p.

Isabelle PINGEL, Dominique ROSENBERG (dir.), *Sanctions contre les États membres en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, 158 p.

Pierre RANCE, Olivier DE BAYNAST, *Europe judiciaire*, Paris, Dalloz, 2001, 124 p.

Catherine RÉGNIER-HELDMAIER, Philippe JOURET, Antonio DE LECEA FLORES DE LEMUS, Laurent NUNEZ, Dominique DISCORS, Xenophon YATAGANAS, *Les finances de l'Union européenne, in Commentaire Mégret. Le droit de la C.E.E.*, vol. 5, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2ème éd., 1999, 483 p.

Joël RIDEAU (dir.), *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations-Mutations-Résistances*, Paris, L.G.D.J., 1997, 540 p.

Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, 230 p.

Joël RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J., 1999, 276 p.

Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000, 515 p.

Joël RIDEAU (dir.), *Union européenne. Commentaire des Traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, CEDORE, Paris, L.G.D.J., 2001, 511 p.

Francesca RUGGERI (dir.), *La protection des intérêts financiers de l'Union et le rôle de l'OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d'entreprises et admissibilité mutuelle des preuves. Actes des journées d'études de Inverigo*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 260 p.

Henry G. SCHERMERS, Denis F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, The Hague, London, New York, Kluwer Law international, 6^{ème} éd., 2001, 889 p.

Marcel STORME (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne. Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht, Kluwer, 1993, 224 p.

Frédéric SUDRE, Henri LABAYLE (dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p.

François URBINO-SOULIER, *L'entreprise et la douane face au grand marché européen*, Paris, PUF, 1992, 280 p.

Micaela VAERINI JENSEN, *Exécution du droit communautaire par les États membres. Méthode communautaire et nouvelles formes de gouvernance*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2007, 305 p.

Georges VANDERSANDEN, Marianne DONY (dir.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p.

John A.E. VERVAELE, *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen/Oxford, 2005, 318 p.

Louis VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988, 427 p.

Michel WAELBROECK (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. ULB, 1976, 195 p.

Anne WEYEMBERGH, Serge DE BIOLLEY (éd.), *Comment évaluer le droit pénal européen ?*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2006, 242 p.

Ola WIKLUND (éd.), *Judicial Discretion in European perspective*, Stockholm, Norstedts Juridik, Kluwer Law International, 2003, 169 p.

Jacques ZILLER, *La nouvelle Constitution européenne*, Paris, Éditions la Découverte, coll. Repères, 2004, 115 p.

Jacques ZILLER (dir.), *L'Union européenne : édition Traité de Lisbonne*, Paris, La documentation française, 2008, 215 p.

3°) Thèses

Loïc AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, Thèse dactylographiée, Institut européen de Florence, 2000, 635 p.

Antoine BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint Louis, 2009, 733 p.

Ami BARAV, *La fonction communautaire des juridictions nationales*, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 1983, 608 p.

Frédéric BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, 611 p.

Emma BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, Université Paris II. Panthéon-Assas, Thèse dactylographiée, 2003, 575 p.

Elsa BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2010, 643 p.

Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, thèse, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, 1136 p.

David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, éd. Apogée, 2001, 476 p.

Marie BLANCHARD, *L'égalité de traitement entre entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2004, 650 p.

Marc BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, thèse, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque droit international et communautaire, 1994, 502 p.

Kosmas BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 876 p.

Cécile BRUNET, *La protection des intérêts financiers des Communautés européennes : pour une nouvelle dimension de la lutte contre la fraude*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 2003, 698 p.

Paul CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, thèse, Paris, Dalloz, 2000, 1045 p.

Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p.

Ludovic COUDRAY, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2005, 734 p.

Laurent COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2008, 872 p.

Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, 577 p.

Olivier DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p.

Charlotte DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2004, 684 p.

Delphine DERO, *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 571 p.

Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, thèse, Paris, Dalloz, 2001, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 1015 p.

Édouard DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2006, 845 p.

Valérie FAURÉ, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, thèse, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, 765 p.

Francette FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne : de la référence aux principes généraux communs à l'édification jurisprudentielle d'un système autonome*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1991, 501 p.

Ingrid FOURNOL, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*, Université Paris II-Panthéon Assas, Thèse dactylographiée, 1999, 470 p.

Stéphanie FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2005, 722 p.

Delphine GARCIN, *La répression de la fraude au préjudice du budget communautaire*, Paris, La documentation française, 2004, 449 p.

Marie GAUTIER, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2003, 705 p.

Christine HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 619 p.

Vassilis HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 567 p.

Rémy HERNU, *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 2001, 555 p.

Virginie HOLDERBARCH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, Université de Nice-Sophia Antipolis, Thèse dactylographiée, 2001, 835 p.

Anastasia ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2007, 795 p.

Julien JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, thèse, Marseille, PUAM, 2001, 687 p.

Anne MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, thèse, Limoges, PULIM, 2000, 509 p.

Denys MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p.

Rostane MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, l'exemple français*, Thèse, Rennes I, 1994, 572 p.

Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2003, 783 p.

Pierre-Yves MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes en droit communautaire*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2000, 629 p.

Bélig NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne : étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire : le cas français*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, 669 p.

Élisabeth NATAREL, *Construction communautaire et mutations du droit national : le code des douanes français en question*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2004, 401 p.

Eleftheria NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2007, 711 p.

Antoinette PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, L.G.D.J., 2001, 412 p.

Fabrice PICOD, *Réglementations nationales et libre circulation intra-communautaire des marchandises*, Thèse microfichée, Strasbourg, 1994, 517 p.

Asteris PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987, 468 p.

Maiténa POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 754 p.

Eugénie PREVEDOUROU, *Évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne : recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, London, Esperia Publications, 1999, 289 p.

Dominique RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 1998, 725 p.

Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, 552 p.

Magali SABATIER, *La coopération policière européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, 510 p.

Anne-Lise SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2008, 883 p.

Denys SIMON, *Interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, thèse, Paris, Pedone, 1981, 936 p.

Muriel TAILLENS-DESSALLE, *Contribution à l'étude des clauses de sauvegarde et des régimes dérogatoires du droit communautaire*, Lille, ANRT, 2003, 648 p.

Romain TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2008, 708 p.

François VIANGALLI, *La théorie des conflits des lois et le droit communautaire*, thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 515 p.

Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, thèse, Bruxelles, éd. ULB, 2004, 404 p.

4°) *Articles, cours et contributions*

- Droit institutionnel, principes généraux, sources

Philip ALLOTT, « The crisis of European constitutionalism: reflections on the revolution in Europe », *CML Rev.*, 1997, pp. 439-490

Gerhard BEBR, « Les dispositions de droit communautaire directement applicable ». Développement d'une notion communautaire », *CDE*, 1970, pp. 3-49

Maurice-Christian BERGERÈS, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTDE*, 1989, pp. 395-683 (deux parties)

Roland BIEBER, Bettina KAHIL-WOLFF, Laurence MULLER, « Cour général de droit communautaire », *RCADE*, 1994, pp. 49-179

Claude BLUMANN, « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, 507 p., pp. 61-76

Jean BOULOUIS, « Interprétation (méthode) », in *Rép. Communautaire*, Dalloz, 1992, pp. 1-5

Henri BRIBOSIA, « La répartition des compétences entre l'Union et ses États membres », in Marianne DONY, Henri BRIBOSIA (dir.) *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 2005, 451 p., pp. 47-52

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, 2006, pp. 373-390

Nicola CATALANO, « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTDE*, 1966, pp. 272-382

Marie-France CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Les principes généraux du droit communautaire », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, 207 p., pp. 83-96

Léontin CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE*, 1966, pp. 1-30

Vlad CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp. 97-114

Vlad CONSTANTINESCO, Valérie MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. Communautaire*, Dalloz, 2011, pp. 1-44

Vlad CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, pp. 305-317

Deidre CURTIN, « The constitutional structure of the Union : a Europe of bits and pieces », *CML Rev.*, 1993, pp. 17-69

Stéphane DE LA ROSA, « Le Traité de Lisbonne et la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Clarification ou régression ? », *ADE*, 2006, pp. 101-122

Prodromos D. DAGTAGLOU, « La nature juridique de la Communauté européenne », in *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, OPOCE, coll. Perspectives européennes, 1982, 536 p., pp. 35-44

Eugène DANIEL CROSS, « Pre-emption of member state law in the European Economic Community: a framework for analysis », *CML Rev.*, 1992, pp. 447-472

Frédéric DUMON, « La notion de « disposition directement applicable » en droit européen », *CDE*, 1968, pp. 369-394

Ulrich EVERLING, « Reflections on the structure on the European Union », *CML Rev.*, 1992, pp. 1053-1077

Francette FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *RAE*, 1998, pp. 95-101

Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI*, 1975, pp. 1-433

Hélène GAUDIN, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité », *RAE*, 1998, pp. 10-27

Hélène GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, p. 7-20

Marie GAUTIER, Fabrice MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, pp. 27-36

Yves GALMOT, « L'apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridiques français », *CDE*, 1997, pp. 67-79

Jean GROUX, « Territorialité » et droit communautaire », *RTDE*, 1987, p. 5-33

Christian HEN, « La motivation des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1977, p. 49

Jean Paul JACQUÉ, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, 1990, pp. 235-361

Robert KOVAR, « L'ordre juridique communautaire », *J-Cl. Europe*, fasc. 411, 1994, pp. 1-14

Charles LEBEN, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, pp. 61-72

Robert LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés européennes sans les arrêts de 1963 et 1964 ? » in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulovis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 349-361

Paul LELEUX, « Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *CDE*, 1968, n° 2, pp. 129-164

Koen LENAERTS, Patrick VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *CDE*, 1994, pp. 3-83

Koen LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, n° 1-2, 1991, pp. 3-41.

Koen LENAERTS, « Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *CDE*, 2009, pp. 711-745

Henry LESGUILLONS, « L'extension des compétences de la C.E.E par l'article 235 du Traité de Rome », *AFDI*, 1974, pp. 886-904

Jean-Victor LOUIS, « Compétences des États membres dans la mise en œuvre du règlement », *CDE*, 1971, pp. 627-640

Jean-Victor LOUIS, « Principes de base et modalités de l'action de l'Union européenne », *CDE*, 1985, pp. 530-552

Giandomenico MAJONE, « The European Community as a regulatory State », *RCADE*, 1994, pp.

J. BEUVE-MERY, « Le rapprochement des législations », *RTDE*, 1967, pp. 845-858

Valérie MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, pp. 17-86

Valérie MICHEL, « Institutions et compétences. Que reste-t-il de la réforme ? », *ADE*, 2006, pp. 81-100

Joël MOLINIER, « Principes généraux », in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2008, pp. 1-28

Pierre-Yves MONJAL, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *RTDE*, 2004, pp. 443-475

David O'KEEFFE, « General course in European Community law. The individual and European Law », *RCADE*, 1996, pp. 55-150

Zoobiah PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, pp. 473-482

Alain PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADE*, 1997, pp. 193-271

Pierre PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 1972, 976 p., pp. 325-363

Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Proposals for a new constitution for the European Union : building-blocks for a constitutional theory and constitutional law of the EU », *CML Rev.*, 1995, pp. 1123-1175

Fabrice PICOD, « Principes généraux de droit », in Ami BARAV, Christian PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 858-868

Fabrice PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in Joël RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, 230 p., pp. 141-170

Fabrice PICOD, « La coopération juridictionnelle », in Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, 441 p., pp. 199-232

Jörn PIKORN, « Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte unique européen », *RCADE*, 1990, pp. 197-235

Jean-Pierre PUISSOCHET, Hubert LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CCC*, 2001, pp. 149-159

Joël RIDEAU, « Le rôle communautaire des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903

Joël RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.*, 1974, p. 149-157

Joël RIDEAU, « La responsabilité de la puissance publique », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, 207 p., pp. 97-121

Joël RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne-Sources écrites », *J-Cl. Europe*, fasc. 190, 2011

Joël RIDEAU, « Sources non écrites du droit de l'Union européenne », *J-Cl. Europe*, fasc. 191, 2011

René RODIERE, « L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la C.E.E », *RTDE*, 1965, pp. 336-357

Ivo E. SCHWARTZ, « De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *RDT eur.*, 1967, pp. 238-268

Denys SIMON, « Y a-t-il des principes généraux de droit communautaire ? », *Droits*, 1991, pp. 73-84

Denys SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, pp. 84-94

Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Jean-Claude GAUTRON (dir.), Loïc GRARD (dir.), *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, 445 p., pp. 207-249

Francis SNYDER, "General course on constitutional law of the European Union", *RCADE*, 1995, pp. 41-155

Josephine STEINER, « EC Law problems of enforcement », *RCADE*, 1994, pp. 241-288

Denis TALLON, « Droit communautaire et droit comparé », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, tome 2, Paris, LGDJ, 1972, 976 p., pp. 943-956

Antonio TIZZANO, « Les compétences de la Communauté européenne », in *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, OPOCE, coll. Perspectives européennes, 1982, 536 p., pp. 45-72

Antonio TIZZANO, « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *Pouvoirs*, 1989, pp. 81-94

A. G. TOTH, « The principle of subsidiarity in the Maastricht treaty », *CML Rev.*, 1992, pp. 1079-1105

Jonkheer H.F. VAN PANHUYLS, « Conflicts between the law of the European communities and other rules of international law », *CML Rev.*, 1966, pp. 420-449

Raymond VANDER ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne » in Michel WAELBROECK (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd de l'ULB, 1976, 195 p., pp. 1-14

- Droit de l'Union et droits nationaux

Ghislaine ALBERTON, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne. Les autorités administratives françaises obligations de faire ou de ne pas faire », *RFDA*, 2002, pp. 1-19

Ami BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1981, pp. 507-538

Ami BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 1-20

Elsa BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », in Gabriel ECKERT (dir.), Yves GAUTIER (dir.), Robert KOVAR (dir.), Dominique RITLÉNG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, 460 p., pp. 91-127

Henri BLAISE, « L'emprise de la jurisprudence européenne sur le droit social applicable en France », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p., pp. 81-92

Dominique BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle », *RTDE*, 2001, pp. 397-438

Marc BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in Josiane AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, 441 p., pp. 115-175

Albert BLECKMANN, « Le droit européen commun dans le domaine du droit administratif », in Bruno DE WITTE (éd.), Caroline FORDER (éd.), *The common law of Europe and the future of the legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, Kluwer, 1992, 764 p., pp. 161-170

Claude BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP éd. G*, 2007, I-175

Pierre BONNASSIES, « Une nouvelle source doctrinale du droit français : la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, t. 1, 1979, 499 p., pp. 43-63

Jacques BORÉ, « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, 468 p., pp. 25-50

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La coopération interinstitutionnelle. Approche comparative et tentative de systématisation », in Josiane AUVRETFINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour des coopérations*, Paris, L.G.D.J., 2002, 441 p., pp. 13-28

John BRIDGE, « Procedural aspects of the enforcement of European Community law through the legal systems of the member States », *EL Rev.*, 1984, pp. 28-42

Roberto CARANTA, « Judicial protection against member states : a new jus commune takes shape », *CML Rev.*, 1995, pp. 703-726

Dominique CARREAU, « Droit communautaire et droit nationaux : concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal », *RTDE*, 1978, pp. 381-418

Paul CASSIA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA*, 2002, pp. 20-32

Paul CASSIA, « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA*, 2005, pp. 465-472

Colette CONSTANTINIDES-MEGRET, « Le rôle des pouvoirs publics nationaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *RMC*, 1967, pp. 213-220

Laurent COUTRON, « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux semblant ? », *RAE*, n° 4, 2005, pp. 659-686

Marie-France Christophe TCHAKALOFF, « Les obligations communautaire des États membres en matière de transparence », in Joël RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, L.G.D.J., 1999, 276 p., pp. 175-194

Jean-François DELAVENNE, « Y a-t-il une “autonomie procédurale” des États membres en matière d'attribution de la charge de la preuve ? », *Gaz. du palais*, mai-juin 2003, doctr., pp. 1640-1644

Ioannis DELICOSTOPOULOS, « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge national sur le fait et le droit », *Justices*, avril-juin, 1997, pp. 117-133

Frédéric DIEU, « Le Conseil d'État face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel », *RTDE*, 2007, pp. 473-490

A. DONNER, « National law and the case law of the Court of justice of the European Communities », *CML Rev.*, 1963, pp. 8-16

A. DONNER, « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes », *RCADI*, 1965, pp. 1-61

Édouard DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE*, 2007, pp. 427-443

Francette FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? », *RTDE*, 1997, pp. 69-101

Michel FROMONT, « La récupération des aides versées en violation du droit communautaire », *RAE*, 1993, pp. 5-14

Pascal GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, pp. 75-102

Fernand GREVISSE, Jean-Claude BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres, in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 297-310

Catherine HAGUENAU-MOIZARD, « Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif (contrôle, sanctions) », in Jean-Bernard AUBY (dir.), Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p., pp. 775-792

Jean-Guy HUGLO, « La répétition de l'indu communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation française », *RTDE*, 1995, pp. 1-10

Jean-Guy HUGLO, « Voies et moyens d'application du droit communautaire », *J.-Cl. Europe*, fasc. 490, 2005, pp. 1-42

Constantinos N. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », in *État-Loi-Administration, Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 545 p., pp. 159-175.

Constantinos N. KAKOURIS, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp. 319-345

Michaël KARPENSCHIF, « La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n° 659/1999 : du mythe à la réalité » ?, *RTDE*, 2001, pp. 551-596

Robert KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire. Rapport » in *La Communauté et ses États membres : actes du 6ème colloque*, Liège, 1973, pp. 325-351

Robert KOVAR, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », in *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, OPOCE, coll. Perspectives européennes, 1982, 536 p., pp. 115-156

J.L. Martinez LOPEZ-MUNIZ, « Vers un droit administratif commun européen », in Bruno DE WITTE (éd.), Caroline FORDER (éd.), *The common law of Europe and the future of the legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, Kluwer, 1992, 764 p., pp. 149-159

Bertrand MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *RFDC*, 2007, pp. 675-694

Rostane MEHDI, « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 1 et 2, 2004, pp. 615-636

Rostane MEHDI, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, 523 p., pp. 225-237

Josse MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE*, 1981, 379-407

Josse MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, 556 p., pp. 391-408

Christophe MAUBERNARD, « Union européenne et Convention des droits de l'homme : équivalence procédurale », *RAE*, 2006, pp. 65-81

Peter OLIVER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE*, 1992, pp. 348-374

Martin PIETRI, Denys SIMON, « La jurisprudence en matière de répétition de l'indu : confirmations, précisions, inflexions », *Europe*, nov. 1998, étude 8

Marie-Charlotte PINIOT, « Le juge français face à la fraude aux intérêts financiers de la Communauté », in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 372 p., pp. 149-161

Hjalte RASMUSSEN, « Les États membres et l'inexécution des obligations communautaires », *Pouvoirs*, n° 48, 1989, pp. 39-56

Gil Carlos RODRIGEZ IGLESIAS, « Le droit interne devant le juge international et communautaire » in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp. 583-600

Denys SIMON, « Répétition de l'indu », *Rép. communautaire*, Dalloz, 1994, pp. 1-10

Denys SIMON, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire. La jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas... », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 489-499

Walter VAN GERVEN, « Bridging the gap between community and national laws: towards of homogeneity in the field of legal remedies », *CML Rev.*, 1995, pp. 679-702

Georges VANDERSANDEN, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire », in Georges VANDERSANDEN (dir.), Marianne DONY (dir.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p.

Melchior WATHELET, Sean VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire, vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *CDE*, 1997, pp. 13-63

- Droits fondamentaux

Claude BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE*, 2006, pp. 11-30

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La force de l'évocation ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, 966 p., pp. 77-104

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2004, pp. 863-890.

Olivier DE SCHUTTER, « Article II-68-La protection des données à caractère personnel », in Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), Anne LEVADE (dir.), Fabrice PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article . Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 p., pp. 122-152

Emmanuel DECAUX, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *International Law forum du droit international*, 2000, pp. 239-242

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J-CI Europe*, 2007, fasc. 160

Anastasia ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, pp. 422-478

Henri LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 75-91

Koen LENAERTS, Jan VANHAMME, « Procedural rights of private parties in the Community administrative process », *CML Rev.*, 1997, pp. 531-569

Koen LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1739 p., pp. 423-457

Federico MANCINI, Vittorio DI BUCCI, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie intégrante du droit communautaire », *RCADE*, 1990, pp. 29-52

Christophe MAUBERNARD, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE*, 2006, pp. 65-81

Caroline MORGAN, « Procedural safeguards and cross-border litigation », *ERA forum*, 2005, pp. 527-535

Pierre PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *CDE*, 1968, pp. 629-657

Joël RIDEAU, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne », *RAE*, 2007-2008, pp. 185-208

Henry G. SCHERMERS, Christof R.A. SWAAK, « Public access to Commission documents : what about Commission letters to national courts? », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. 1, 1739 p., pp. 553-575

Frédéric SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme », *JCP éd. G*, 1998, I-100, pp. 9-16

A. G. TOTH, «The European Union and human rights : the way forward», *CML Rev.*, 1997, pp. 491-529

- Relations extérieures

Alexandre ADAM, « L'échanges de données à caractère personnel entre l'Union européenne et les États-Unis. Entre souci de protection et volonté de protection », *RTDE*, 2006, pp. 411-437

Jean BOULOUIS, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relatives aux relations extérieures des Communautés », *RCADI*, 1978, pp. 342-

Jean BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, 1992, pp. 9-80

Eleftheria NEFRAMI, « Accords internationaux », *J.-Cl. Europe*, fasc. 192, 2007

Pierre PESCATORE, « Les relations extérieures des Communautés européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales », *RCADI*, 1961, pp. 1-244

Pierre PESCATORE, « L'apport du droit communautaire au droit international public », *CDE*, 1970, pp. 501-525

Joël RIDEAU, « Accords internationaux », in *Rep. communautaire*, Dalloz, 2002, pp. 1-53

- Espace de liberté, de sécurité et de justice

Serge BIOLLEY, « Panorama des mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle dans l'espace européen dans l'espace européen de justice pénale » in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 337 p., pp. 175-204

Serge BRAMMERTZ, « Eurojust : parquet européen de la première génération ? », in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 373 p., pp. 105-117

Hervé BRIBOSIA, « Liberté, sécurité et justice : l'imbroglio d'un nouvel espace », *RMUE*, 1998, pp. 27-54

Sébastien COMBEAUD, « L'OLAF et les autorités judiciaires : quelle répression contre la fraude communautaire ! », *RMC*, 2001, pp. 695-702

Francesco DE ANGELIS, « Vers un espace judiciaire européen ? : Un corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne », *RMUE*, 1997, pp. 121-137

Serge DE BIOLLEY, « Eurojust », *J.-Cl. Europe*, fasc. 2710, 2008, pp. 1-14

Daniel FLORE, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2000, 373 p., pp. 79-96

Daniel FLORE, « D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale », in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 305 p., pp. 9-30

Daniel FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne » ?, in Gilles DE KERCHOVE [éd.], Anne WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 337 p., pp. 19-28

Jean-Claude FOURGOUX, « La fraude aux intérêts financiers de la Communauté : obligations des États membres et action de la Communauté », in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 372 p., pp. 142-148

Jean-François KRIEGK, « Quel ministère public européen pour quel espace judiciaire européen ? », *LPA*, 25 avril 2001, n° 82, p. 4

Roland GENSON, « Une confiance mutuelle qui ne se limite pas au processus de la reconnaissance mutuelle », in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 337 p., pp. 69-74

Sabine GLESS, « What kind of judicial control do the new protagonists need ? », in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal*

européen : enjeux et perspectives, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 305p., pp. 31-45

Lorna HARRIS, « Mutual recognition from a practical point of view : cosmetic or radical change ? », in Anne WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 305 p., pp. 105-111

André HUET, « Droit pénal », *Rép. communautaire*, Dalloz, 1997, pp. 1-15

Guy ISAAC « Le pilier communautaire de l'Union européenne, un « pilier » pas comme les autres », *CDE*, 2001, pp. 45-89

Pierre JUND, « Les origines du mandat d'arrêt européen », *ERA-forum*, 2003, pp. 25-33

Lothar KUHLMANN, « Les pouvoirs d'enquête de l'OLAF », in Francesca RUGGIERI (dir.), *La protection des intérêts financiers de l'Union et le rôle de l'OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d'entreprises et admissibilité mutuelle des preuves. Actes des journées d'études de Inverigo*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 260 p., pp. 85-94

Henri LABAYLE, « Coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », *Rép. communautaire*, Dalloz, 1998, pp. 1-13

Henri LABAYLE, « Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques. Audition devant le groupe de travail JAI de la Convention pour l'avenir de l'Europe », *Europe*, 2003, pp. 3-8

Henri LABAYLE, « La cohérence institutionnelle de l'espace judiciaire européen. Propos introductifs », in Anne-Marie LEROYER (dir.), Emmanuel JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Paris, Dalloz, 2004, 181 p., pp. 15-30

Henri LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et de justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46

Henri LABAYLE, Rostane MEHDI, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTDE*, 2009, pp. 231-267

Henri LABAYLE, « Espace de liberté, de sécurité et de justice.-Cadre général », *J-CI Europe*, 2009, fasc. 2620

Anne MARMISSE – D'ABBADIE D'ARRAST, « Coopérations civile et pénale », in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2005, pp. 1-26

David O'KEEFE, "Recasting the third pillar", *CML Rev.*, 1995, pp. 893-920

Étienne PATAUT, « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent ? » in Anne-Marie LEROYER (dir.), Emmanuel JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Paris, Dalloz, 2004, 181 p., pp. 31-48

Caroline PICHERAL, « Espace de liberté, sécurité et justice et champ d'application du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, pp. 95-108

Philippe PREVEL, « L'application du mandat d'arrêt européen », *CDE*, 2007, pp. 695-731

Raluca TRASÇA, « La place de l'Office européen de lutte antifraude dans la répression de la fraude au budget communautaire », *CDE*, 2008, pp. 9-82

Françoise TRAVAILLOT, « L'assistance mutuelle dans l'Union européenne-La pratique française », *ERA-forum*, 2005, pp. 76-84

Gisèle VERNIMMEN, « La confiance mutuelle, un processus dynamique, un apprentissage et un facteur de progrès », in Gilles DE KERCHOVE (éd.), Anne WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, 337 p., pp. 205-208

John A.E. VERVAELE, « Compétences communautaires normatives et opérationnelles en matière d'enquête administrative et judiciaire. Recueil des preuves et utilisation des preuves dans le domaine des intérêts financiers de l'Union européenne », *Rev. sc. crim.*, juill-sept. 1999, pp. 473-496

John A.E. VERVAELE, « Procédures communautaires : enquête et mise en œuvre des sanctions », in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 372 p., pp. 215-256

Anne WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », in Gilles DE KERCHOVE [éd], Anne WEYEMBERGH [éd], *Vers un espace judiciaire pénal. Towards a European Judicial Criminal Area*, Bruxelles, éd. Université de libre de Bruxelles, 2005, pp. 141-171

Anne WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *J-Cl. Europe*, 2007, fasc. 2720

Anne WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire pénale », *J-Cl. Europe*, 2009, fasc. 2700

- Libertés de circulation et citoyenneté

Claude BLUMANN, « Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, pp. 73-82

Jean-Yves CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38 », *CDE*, 2006, pp. 13-34

Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « La libre circulation des services et les ressortissants des pays tiers : quelques réflexions au sujet de l'arrêt Vander Elst », *RMUE*, 1995, n° 2, pp. 131-158

Nicole CATALA, « Citoyenneté européenne. Libre circulation des travailleurs (déplacements, séjour, exceptions) », *J-Cl. Europe*, fasc. 601, 2003

Carlos CLOSA, « The concept of citizenship in the treaty on European Union », *CML Rev.*, 1992, pp. 1137-1169

Jean-Pierre DE CRAYENCOUR, « Propos sur le droit d'établissement dans le Traité de Rome », *CDE*, 1968, pp. 420-435

Olivier DE SCHUTTER, Stéphanie FRANCO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *CDE*, 2005, pp. 603-660

Alexandre DEFOSSEZ, « L'histoire d'une divergence et d'une possible réconciliation : l'article 29 CE », *CDE*, 2009, pp. 410-461

Olivier DUBOS, « Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers ? », *RAE*, 2003-2004, n° 1, pp. 83-94

Louis DUBOIS, « L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres États membres de la Communauté européenne. Le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel », *RFDA*, 1991, pp. 903-919

Christophe FOUASSIER, « Le système général de reconnaissance des diplômes : la confiance mutuelle et ses limites », *RAE*, 2005, pp. 31-42

Giorgio GAJA, « Les discriminations à rebours un revirement souhaitable », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, pp. 993-1000

Pierre GARONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE*, 1994, pp. 425-449

Pascal GILLIAUX, « Les entraves à la libre circulation des personnes », *CDE*, 2008, pp. 405-477

Jean-Michel GRAVE, « L'interdiction des taxes d'effet équivalant à un droit de douane : un élément fondateur de l'union douanière au service du marché intérieur et la politique commerciale commun », *RAE*, 2005, pp. 621-635

Vassilis HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impératives : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTDE*, 1998, pp. 191-236

Vassilis HATZOPOULOS, « Que reste-t-il de la directive sur les services », *CDE*, 2007, pp. 300-358

Francis HERBERT, « La discrimination indirecte », *Revue du travail*, 1990, pp. 655-680

Francis HUBEAU, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire. Étude de la jurisprudence de la Cour de justice », *CDE*, 1981, pp. 207-256

Jean-Guy HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services », *J.-Cl. Europe*, fasc. 710, 2005

Patrick JUILLARD, « Libre circulation des capitaux. Le principe de libre circulation. », *J.-Cl. Europe*, fasc. 900, 2003

Vassili LELAKIS, « La libre circulation des capitaux au sein de la Communauté », *RMCUE*, 1991, pp. 47-62

Denis MARTIN, « Réflexions sur le champ d'application matériel de l'article 48 du traité CE. (À la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice). », *CDE*, 1993, pp. 555-596

Jean-Claude MASCLÉ, « Libre circulation des marchandises. Exceptions. Harmonisation des législations. », *J.-Cl. Europe*, fasc. 551, 1997

Alfonso MATTERA, « Les principes de « proportionnalité » et de la « reconnaissance mutuelle » dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet » et « Dennemeyer », *RMCUE*, 1991, pp. 191-202

Alfonso MATTERA, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de reconnaissance mutuelle, instrument au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales », *RMCUE*, 1992, p. 13-71

Elisa PÉREZ VERA, « Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers », *RCADI*, 1996, pp. 243-424

Fabrice PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE*, 1998, pp. 169-189

Fabrice PICOD, « Libre circulation et situation interne », *RAE*, 2003-2004, pp. 47-56

Fabrice PICOD, « Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE », *Europe*, 2007, pp. 10-13

Fabrice PICOD, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement », *J.-Cl. Europe*, 2010, fasc. 890

Fabrice PICOD, « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une denrée communautaire », in *Mélanges Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1030 p., pp. 635-652.

Astéris PLIAKOS, « Citoyenneté », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2005, pp. 1-13

Cyril RITTER, « Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and article 234 », *EL Rev.*, 2006, pp. 690-710

Denys SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 1-35

Josephine SHAW, « Citizenship of the Union : Towards post-national membership ? », *RCADE*, 1994, pp. 237-347

Haris TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement interne » », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, 1739 p., pp. 1498-1538

Peter VAN ELSUWEGE, Stanislas ADAM, « Situations purement internes, discriminations à rebours et collectivités autonomes après l'arrêt sur l'Assurance soins flamande », *CDE*, 2008, pp. 655-711

Philippe VIGNERON, Philippe STEINFELD, « La Communauté européenne et la libre circulation des capitaux : les nouvelles dispositions et leurs implications », *CDE*, 1996, pp. 401-441

Daniel WILSCHER, « Does Keck discrimination make any sense ? An assessment of the non-discrimination principle within the European Single Market », *EL Rev.*, 2008, pp. 3-22

- Fiscalité et douane

Dominique BERLIN, « Surveillance communautaire des droits fiscaux nationaux. Champ d'application. Contenu », *J-Cl. Europe*, fasc. 1610, 2005, pp. 1-28

Claude J. BERR, « Les litiges douaniers et des changes : solutions nationales ou communautaires », *RFFP*, 1983, pp. 237-247

Claude J. BERR, « Union douanière », *RTDE*, 2001, pp. 627-638

Claude J. BERR, « L'avenir de l'Union douanière », *RAE*, 2005, pp. 575-585

Pierre FAUCHERAND, « La lutte contre la fraude douanière : un impératif pour l'Union européenne », *RMUE*, 1995, n° 1, pp. 75-100

Michel LUX, Pierre-Jacques LARRIEU, « La réforme du code des douanes communautaires, tentative réussie de concilier progrès technique et simplification du droit ? », *RAE*, 2005, pp. 553-574

Émile MENNENS, « La fraude aux intérêts financiers de la Communauté », in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 372 p., pp. 121-141

José Carlos MOTTINHO DE ALMEIDA, « Le droit fiscal national, la libre circulation des travailleurs, le droit d'établissement et la libre prestation des services », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, 1739 p., pp. 1327-1355

Elisabeth NATAREL, « Le phénomène douanier dans le marché intérieur : à propos de l'exemple français », *RAE*, 2005, pp. 637-646

Lorenzo PICOTTI, « La lutte contre la fraude communautaire », in Francesca RUGGIERI (dir.), *La protection des intérêts financiers de l'Union et le rôle de*

l'OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d'entreprises et admissibilité mutuelle des preuves. Actes des journées d'études de Inverigo, Bruxelles, Bruylant, 2005, 260 p., pp. 39-86

Jean SCHMIDT, « L'internationalisation du droit fiscal interne en raison de l'introduction de notions communautaires relevant du droit privé », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p., pp. 355-365

Henri TREMEAU, « La dette douanière : une notion en pleine évolution », *RFFP*, 1983, pp. 225-235

Gisèle VIGNAL, « La signification de l'Union douanière de la C.E.E », *RFFP*, 1983, pp. 21-49

• Concurrence

Jean-Bernard BLAISE, Laurence IDOT, « Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 (1^{er} janvier 2002-31 mars 2003) », *RTDE*, 2003, pp. 287-339

Silke BRAMMER, "Concurrent jurisdiction under regulation 1/2003 and the issue of case allocation", *CML Rev.*, 2005, pp. 1383-1424

Emmanuel COULON et Mario TODINO, « Subsidiarité et sécurité juridique dans les règles communautaires de concurrence », *RAE*, 1993, n° 4, pp. 17-40

Niel Christian ERSBØLL, "The European Commission's enforcement powers : an analysis of the exclusion of tramp vessel services from regulation 4056/86 and regulation 1/2003", *ECL Rev.*, 2003, pp. 375-383

Ian S. FORRESTER, "Due process in EC competition cases : a distinguished institution with flawed procedures", *EL Rev.*, 2009, pp. 817-843

Charles-Etienne GUDIN, « Le droit d'être entendu dans les procédures communautaires », *RAE*, 1994, pp. 42-48

Laurence IDOT, « La plainte en droit de la concurrence : opposition ou convergence du système français et communautaire ? » in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 831 p., pp. 255-281

Laurence IDOT, « Les bases communautaires d'un droit international privé », in Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, 256 p., pp. 22-35

Laurence IDOT, « Les droits de la défense », in Frédéric SUDRE (dir.), Henri LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p., pp. 213-251

Laurence IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de texte d'application) », *CDE*, 2003, pp. 283-371

Laurence IDOT, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, 840 p., p. 431 et s.

Bernard JANSEN, « Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence », *RMCUE*, n° 342, décembre 1990, pp. 696-701.

Fernand-Claude JEANTET, « Les droits de la défense devant la Commission de la Communauté Economique Européenne dans le contentieux de la concurrence », *JCP* éd. G, n° 1-2, 1963, pp. 32-38.

Fernand-Claude JEANTET, « La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence », *RTDE*, n° 1, janvier-mars 1986, pp. 53-67.

Oswald JANSEN, "The system of international cooperation in administrative and criminal matters in relation to regulation EC 1/2003", *Revue européenne de droit public*, 2004, pp. 355-416

Santiago Martinez LAGE, « La décentralisation du droit communautaire de la concurrence et le rôle de la Commission », *CDE*, 2001, pp. 208-210

John Temple LANG, "The powers of the Commission to order interim measures in competition cases", *CML Rev.*, 1981, pp. 49-61

John Temple LANG, "Commitment decisions under regulation 1/2003: a legal aspects of a new kind of competition decision", *ECL Rev.*, 2003, pp. 347-356

K.P.E. LASOK, "Judicial review of issues of fact in competition cases", *ECLR*, 1983, pp. 85-96

Ioannis LIANOS, « La confusion des infractions de l'article 81 §1 : quelques interrogations sur la notion d'infraction unique », *RTDE*, 2000, pp. 239-271

Emmanuelle MIGNON, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *A.J.D.A.*, 2001, n° spécial, pp. 99-104

Peter OLIVER, « Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence », *CDE*, 2005, pp. 351-394

Astéris PLIAKOS, « La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission », *RTDE*, 1995, pp. 449-469

David ROITMAN, "Legal uncertainty for vertical distribution agreements : the block exemption regulation 2799/1999 ("BER") and related aspects of the new regulation 1/2003", *ECL Rev.*, 2006, pp. 261-268

Robert SAINT-ESTEBEN, « Les droits de la défense dans l'application aux entreprises de droit communautaire de la concurrence », *RAE*, 1994, pp. 49-65

Silke BRAMMER, « Concurrent jurisdiction under regulation 1/2003 and the issue of case allocation », *CML Rev.*, 2005, pp. 1383-1424

Hans-Christoph VON HEYDEBRAND UND DER LASA, "Confidential information in antidumping proceedings before United States courts and the European court", *EL Rev.*, vol. 11, 1986, pp. 331-349

Denis WAELBROECK, « Le juge communautaire en matière de concentrations : 'censeur pédagogue' ou juge de la légalité? », *Concurrences*, n° 2, juin 2005, pp. 1-2

- Actions et politiques communes

Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, vo. 1, Paris, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, 522 p., pp. 121-136

Nicolas DE SADELEER, « Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du traité CE », *RTDE*, 2002, pp. 53-73

Jean Paul JACQUÉ, «La communautarisation des politiques nationales », *Pouvoirs*, 1989, pp. 29-38

Philippe ICARD, « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire », *RTDE*, 2002, pp. 471-497

Roger JAMBU-MERLIN, « La loi applicable aux accidents du travail en droit international et en droit communautaire », *RCADI*, 1983, pp. 245-291

Julian J.E. SCHUTTE, « La coopération administrative », in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 372 p., pp. 194-210

Michael SCHILLING, « Inequality of bargaining power versus market of lemons : legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms », *EL Rev.*, 2008, pp. 336-358

Silvana SCIARRA, « European Social Policy and Labour Law-challenges and perspectives », *RCADE*, 1995, pp. 301-340

- Droit international privé de l'Union

Danièle ALEXANDRE, André HUET, « Compétence, reconnaissance et exécution (matières civile et commerciale) », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2007, pp. 1-85

Bernard AUDIT, « L'arbitre, le juge et la convention de Bruxelles », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p., pp. 15-29

Giorgio BADIALLI, « Le droit international privé des Communautés européennes », *RCADI*, 1985, vol. II, pp. 19-150

Alegria BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI*, 2005, t. 317, pp. 323-536

Octavian CAPATINA, « L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale », *RCADI*, 1983, pp. 305-412

Marc FALLON, « Les conflits de loi et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, pp. 9-282

Hélène GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », in *Liber amicorum Georges Droz*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 580 p., pp. 85-104

Trevor HARTLEY, « Introduction to the Brussels jurisdiction and judgments convention », *RCADI*, 1994, pp. 229-265

Étienne PATAUT, « « Qu'est-ce qu'un litige « intracommunautaire » ? Réflexions autour de l'article 4 du règlement Bruxelles I », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, 523 p., pp. 365-385

Marta PERTEGAS SENDER, « article 24 of the Brussels Convention : a particular reading for patent infringement disputes ? », in Richard FENTIMAN (dir.), Arnaud NUYS (dir.), Henri TAGARAS (dir.), Nadine WATTÉ (dir.), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale. The European judicial area in civil and commercial matters*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 350 p., pp. 277-289

François RIGAUX, « Droit international privé et droit communautaire », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Lous-souarn*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p., pp. 341-353

Fernand SCHOKWEILER, « La codification du droit international privé dans la Communauté européenne », in *Liber amicorum Georges Droz*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 580 p., pp. 391-404

A.V. STRUYCKEN, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *RCADI*, 1992, vol. I, pp. 267-379

Haris TAGARAS, « La révision et communautarisation de la Convention de Bruxelles par le règlement 44/2001 », *CDE*, 2003, pp. 399-432

III. Droit du contentieux de l'Union européenne

1°) Ouvrages

Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University, Press, 1999, 593 p.

Maurice-Christian BERGÈRES, *Contentieux communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} éd. 1998, 399 p.

Jean BOULOUIS, Marco DARMON, Jean-Guy HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2001, 435 p.

Massimo CONDINANZI, Roberto MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009, 562 p.

Grainne DE BURCA (éd.), J.H.H. WEILER, *The European Court of justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 233 p.

Marianne DONY (dir.), Emmanuelle BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, Coll. Études européennes, 2002, 289 p.

K.P.E. LASOK, *The European Court of justice : Practice and Procedure*, London, Butterworths, 2^{ème} éd., 1994, 739 p.

Koen LENAERTS, Dirk ARTS, Ignace MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, Sweet and Maxwell, 2th coll., 2006, 790 p.

Joël RIDEAU, Fabrice PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2002, 914 p.

John A. USHER, *European Court Practice, London*, Sweet and Maxwell, 1983, 357 p.

Georges VANDERSANDEN, Ami BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p.

2°) *Articles et contributions*

Anthony ARNULL, "Owning up to fallibility: precedent and the Court of justice", *CML Rev.*, 1993, pp. 247-266

Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, pp. 29-45

Julio BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in Loïc AZOULAI (dir.), Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 245

Ami BARAV, "Preliminary censorship ? The judgement of the European court in *Foglia v. Novello*", *EL Rev.*, 1980, pp. 443-468

Ami BARAV, « Imbroglia préjudiciel. À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire *Foglia c. Novello* », *RTDE*, 1982, pp. 431-483

Ami BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire », *Justices*, 1997, pp. 1-14

Eric BARBIER DE LA SERRE, Anne-Lise SIBONY, « Expert evidence before the EC Courts », *CML Rev.*, 2008, pp. 941-985

Gerhard BEBR, "The existence of a genuine dispute : an indispensable precondition for the jurisdiction of the court under article 177 EEC treaty ?", *CML Rev.*, 1980, pp. 525-537

Gerhard BEBR, "The possible implications of Foglia v. Novello II", *CML Rev.*, 1982, pp. 421-441

Mario BERRI, "The special procedures before the court of justice of the European community", *CML Rev.*, 1971, pp. 5-61

Mario BETTATI, « Le law-making power de la Cour », *Pouvoirs*, 1989, pp. 56-70

Jacques BIANCARELLI, « Le règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes : le perfectionnement dans la continuité », *RTDE*, 1991, pp. 543-564

Jacques BIANCARELLI, Bernard GENESTE, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridictionnelles des entreprises en droit de la concurrence et des concentrations », *RAE*, 1994, pp. 23-32

Stéfano BONI, « La procédure devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : principales innovations introduites par son règlement de procédure », *CDE*, 2007, pp. 733-775

Jean BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges Marcel Walline*, Paris, LGDJ, 1974, 858 p., pp. 149-162

Jean BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère « préjudiciel » de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 530 p., pp. 23-31

Paul CAHIER, « Les articles 169 et 171 du traité instituant la Communauté économique et européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *CDE*, 1974, pp. 3-38.

Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, pp. 395

Roger-Michel CHEVALLIER, « Methods and reasoning of the European Court in its interpretation of Community Law », *CML Rev.*, 1964, pp. 21-35

Roger-Michel CHEVALLIER, « La procédure devant la Cour de justice », in *Les Nouvelles : Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, pp. 391-405

Jasen COPPEL, Aidan O'NEILL, « The European Court of justice : taking rights seriously », *CML Rev.*, 1992, pp. 669-692

André DE LAUBADÈRE, « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *RCADI*, 1964, pp. 526-601

Frédéric DUMON, « La responsabilité extracontractuelle des Communautés européennes et de leurs agents. Articles 40 CECA, 215 CEE et 188 CEEA », *CDE*, 1969, pp. 3-48

Joseph GAND, « Composition, organisation, fonctionnement et rôle de la Cour », in *Les Nouvelles : Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, pp. 295-308

Jean-Guy HUGLO, « Cour de justice.-Référé », *J.-Cl. Europe*, fasc. 390, 2004

Jean-Guy HUGLO, « Recours en indemnité.-Conditions de fond.-Décision des juridictions communautaires », *J.-Cl. Europe*, fasc. 371, 2007

Robert KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, 1993, pp. 15-122

Robert LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Études de droit des Communautés européennes, Études de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 223-237

Koen LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, pp. 500-527.

Koen LENAERTS, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire », *CDE*, 2000, pp. 323-411

Kurt LIPSTEIN, « Foglia v. Novello-some unexplored aspects », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp. 373-385

Jean-Victor LOUIS, « Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation en manquement » in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, tome 2, Paris, LGDJ, 1972, 976 p., pp. 225-239

Jean-Victor LOUIS, « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp. 387-409

Denise LOUTERMAN, M. FEBVRE, « Les incidents de procédure au sens du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. pal.*, 1989, doct. p. 276

Lord MACKENZIE STUART, « La Cour de justice des Communautés européennes et le contrôle du pouvoir discrétionnaire », *RIDC*, 1974, pp. 61-72

Pierre MATHIJSEN, « Nullité et annulabilité des actes des institutions européennes », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, 976 p., pp. 271-283

Alain MATERA, « La procédure en manquement et la protection des droits des citoyens et des opérateurs lésés », *RMCUE*, 1995, pp. 123-165

Alistair McDONAGH, « Pour un élargissement des conditions de recevabilité des recours en contrôle de la légalité par des personnes privées en droit communautaire : le cas de l'article 175 », *CDE*, 1994, pp. 607-637

Josse MERTENS DE WILMARS, I.M. VEROUGSTRAETE, « Proceedings against Member States for failure to fulfill their obligations », *CML Rev.*, 1970, p. 385-406

Josse MERTENS DE WILMARS, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *CDE*, 1976, pp. 135-148

Riccardo MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des Communautés européennes, in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, 534 p., pp. 217-227

Élisa NOVIC, « La Cour de justice des Communautés européennes face aux carences de l'ordre juridique international », *CDE*, 2009, pp. 375-408

David O'KEEFE, "Appeals against an order to refer under article 177 of the EEC treaty", *EL Rev.*, 1984, pp. 87-104

Peter OLIVER, "Limitation of actions before the European Court", *EL Rev.*, 1978, pp. 3-13

Blanca PASTOR, Eric VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, pp. 561-621

Pierre PESCATORE, « Le recours de la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, pp. 337-359

Pierre PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Mélanges Léontin Jean Constantinesco*, Köln, Heymanns, 1983, 984 p., pp. 559-580

Fabrice PICOD, « Cour de justice (Procédure) » in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2009, pp. 1-34

Richard PLENDER, « Procedure in the European Courts : Comparison and Proposals », *RCADI*, t. 267, 1997, pp. 9-343

Hjalte RASMUSSEN, « The European court's acte clair strategy in C.I.L.F.I.T. Or : Acte clair, of course ! But what does it mean ? », *EL Rev.*, 1984, pp. 242-259

Hjalte RASMUSSEN, « Between self-restraint and activism : a judicial policy for the European Court », *EL Rev.*, 1988, pp. 28-38

Paul REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, 534 p., pp. 263-283

Joël RIDEAU, Fabrice PICOD, « Renvoi préjudiciel », in *Rép. communautaire*, Dalloz, 2006, pp. 1-35

Joël RIDEAU, Fabrice PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *RMC*, 1995, pp. 584-601

Joël RIDEAU, Fabrice PICOD, « Mesures provisoires », *JTDE* 1995, pp. 121-129

François RIGAUX, « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des faits », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 1972, 976 p., pp. 365-380

Fernand SCHOKWEILER, « La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire », *A.J.D.A.*, 1990, pp. 435-443

Denys SIMON, « Les effets dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges », in *Du droit international au droit de l'intégration-Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 869 p., pp. 651-674

Denys SIMON, « Recours en constatation de manquement. Nature du manquement. », *J-Cl. Europe*, fasc. 380, 2010

Denys SIMON, « Recours en constatation en manquement », *J-Cl. Europe*, « Procédure de constatation » *J-Cl. Europe*, fasc. 380, 2010

Frédéric TRAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », *RAE-LAE*, 1998, pp. 102-112

Georges VANDERSANDEN, « Référé », *Rép. communautaire*, Dalloz, 2000, pp. 1-11

Michel WAELBROECK, Olivier SPELTDOORN, « Responsabilité (de la Communauté) », *Rép. communautaire*, Dalloz, 1998, pp. 1-9

Jean-Pierre WARNER, "Some aspects of the European court of justice", *JSPTL*, 1976, pp. 15-30

IV. Théorie et droit de la preuve

A. Théorie de la preuve

1°) Ouvrages

Théorie de la preuve, Colloque international de logique, Bruxelles, Bruylant : Revue internationale de philosophie, 1954, 186 p.

Jérémie BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, tome 1 et tome 2, fascimilé, Elibron Classics, 2007.

Fernando GIL, *Preuves*, Paris, Aubier, 1988, 232 p.

Jean-Philippe LEVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-âge. Depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^{ème} siècle*, Paris, Sirey, 1939, 175 p.

Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, 388 p.

Henry MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, ouvrage réédité par Marie-Anne FRISON-LAROCHE, Paris, Dalloz, 2002, 183 p.

Chaïm PERELMAN (dir.), Paul FORIERS (dir.), *Le fait et le droit*, Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, 278 p.

Chaïm PERELMAN (dir.), Paul FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 364 p.

Aly RACHED, *De l'intime conviction du juge : vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Paris, Pedone, 1942, 324 p.

Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, thèse, Paris II, 1978, 581 p.

Jean THEVENET, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, Lyon, Anciens établissements Legendre, 1921, 285 p.

Clara TOURNIER, *L'intime conviction du juge*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2003, pp. 451

A. TROUSSOV, *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Mouscou, éd. Langues étrangères, 1964, 269 p.

Eve TRUILHE-MARENCO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2010, 358 p.

2°) Articles et contributions

Pierre BOURETZ, « La preuve, rationalisation et désenchantement : autour de Max Weber », *Droits*, 1996, pp. 99-106

Jean-Denis BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, 1996, pp. 21-29

R.N. GOODERSON, « Some general principles of the English law of evidence » in *La Preuve*, vol. 4, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1963, 447 p., pp.125-140

R. DEKKERS, « Le fait et le droit : problèmes qu'ils posent », in Chaïm PERELEMAN (dir.), Paul FORIERS (dir.), *Le fait et le droit*, Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, 278 p., pp. 7-11

Éric DESMONS, « La preuve des faits dans la philosophie moderne », *Droits*, 1996, pp. 13-20

W. HALLEMANS, « Le juge devant la distinction du fait et du droit » *in* Chaïm PERELMAN (dir.), Paul FORIERS (dir.), *Le fait et le droit*, Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, 278 p., pp. 78-88

Jean HEMARD, « La preuve en Europe occidentale continentale aux XIX^e et XX^{ème} siècle » *in* *La Preuve*, vol. 4, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1963, 447 p., pp. 19-48

Georges LANGROS, « La preuve dans la procédure administrative non contentieuse » *in* *La Preuve*, vol. 4, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1963, 447 p., pp. 259-287

Jean LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.*, 1953, pp. 1-48

Henri LEVY-BRUHL, « La preuve judiciaire chez les 'primitifs' » *in* *La Preuve*, vol. 3, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1963, 534 p., pp. 5-13

Richard M. MOSK, "The role of facts in international dispute resolution", *RCADI*, 2003, t. 304, pp. 17-179

Chaïm PERELMAN, « La distinction du fait et du droit : le point de vue du logicien », *in* *Le fait et le droit*, Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, 278 p., pp. 269-278

Chaïm PERELMAN, « La preuve en droit, essai de synthèse », *in* Chaïm PERELMAN (dir.), Paul FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 357-364

Jean J.A. SALMON, « Le fait dans l'application du droit international », *RCADI*, 1982, vol. II, pp. 267-414

Nigel SIMMONDS, « La causalité et la preuve », *Droits*, 1996, pp. 107-114

Raymond VERDIER, « Signes de vérités et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale », *Droits*, 1996, pp. 91-98

Glanville L. WILLIAMS, "Language and the law", *LQR*, 1945, pp. 385-406

B. Droit de la preuve

1°) Ouvrages

- Droits internes

La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles : 3^{ème} colloque du département des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant 1977, 241 p.

Le rôle respectif du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, colloque, Poitiers, 1975, Paris, PUF, 1976, 283 p.

Raymond BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1942, 304 p.

- Aurélie BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, thèse, Bordeaux IV, 2007, 713 p.
- Daniel BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale : à la recherche d'un procès équitable*, thèse, Paris, coll. Bibliothèque de droit social, Paris, L.G.D.J., 2002, 682 p.
- Marie-Emma BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, 527 p.
- Philippe BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse, Grenoble, 1993, 523 p.
- Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2003, 772 p.
- Marcelle COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Toulouse, Impr. De Basuyau, 1933, 120 p.
- Jean-Philippe COLSON, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1970, 220 p.
- Philippe CONTE, *Le secret des correspondances*, Aix-Marseille, PUAM, 1999, 732 p.
- Louis DE CASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1991, 140 p.
- J. DARGENT, « *La doctrine de l'estoppel* » : *une théorie originale du droit anglais en matière de preuve*, Thèse, Grenoble, 1943, 260 p.
- Jean DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse, Toulouse, 1980, 753 p.
- Patricia HENNION, *La preuve pénale et droits de l'homme*, thèse, Nice, 1999, 534 p.
- Safaï HOSSEIN, *La valeur du témoignage en droit civil=The probative value of testimony in private law, XIV^{ème} congrès international du droit comparé. 31 juillet-6 août 1994 Athènes*, London, Kluwer Law international, 1995, 231 p.
- Hélène HOUBRON, *Loyauté et vérité. Étude de droit processuel*, thèse dactylographiée, Reims, 2004, 628 p.
- Phils HUXLEY, *Evidence : the Fundamentals*, London, Sweet and Maxwell, 2008, 243 p.
- Robert LE BALLE, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, 1923, 140 p.
- Xavier LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, 448 p.
- Sophie LAMBERT-WIBER, *Contribution du droit civil à une approche renouvelée de la charge de la preuve en droit fiscal*, thèse, Rouen, 1996, 504 p.

Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, L.G.D.J., 2005, 471 p.

Raymond LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil : « permanences et transformations »*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1955, 260 p.

Bruno LEMESLE (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, 271 p.

Henri LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Librairie Marcel Rivière, 1964, 152 p.

Françoise LORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, L.G.D.J., 1985, 380 p.

Christophe MACONE, *Nouveaux regards sur le témoignage en procédures civile et pénale*, thèse, Université Aix-Marseille, 2007, 572 p.

Olivier MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime. Éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse dactylographiée, Lyon III, 1990, 855 p.

Dominique MOUGENOT, *La preuve : droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 3^{ème} éd., 2002, pp. 421

Olivia ODIC, *Les fonctions du document en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2004, 505 p.

Pierre PACTET, *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952, 206 p.

Sindey Lovell PHIPSON, Malek HODGE, *Phipson on evidence*, London, Sweet and Maxwell, 2005, 1855 p.

Patricia PIJOT, *Nouvelles techniques et droit de la preuve*, thèse, Montpellier, 1995,

François PINCHON, *L'expertise judiciaire en Europe : études des systèmes allemand, anglais, espagnol, français et italien en matière de procédure civile*, Paris, éd. de l'Organisation, 2002, 449 p.

Alain PLANTEY, *La preuve devant le juge administratif*, Paris, Economica, 2003, 382 p.

Catherine PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, 246 p.

René RODIERE, *Forme et preuve du contrat*, Paris, Pedone, 1979, 111 p.

Anne TAILLIEZ, *La signature électronique face au droit privé*, thèse, Aix-Marseille, 2005, 320 p.

Colin TRAPPER, *Cross and Tapper on evidence*, London, Butterworhts, 2007, 725 p.

Pierre VAN DEN EYNEDE, *Authenticité et informatique. Authenticiteit en Informatica*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 496 p.

Nicole VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, 455 p.

Jose Antonio VILLEGAS-LOPEZ, *Étude pour une théorie de la charge de la preuve en droit civil*, Paris, 1951

- Droit international public et droit européen des droits de l'homme

Fred DESHAYES, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Montpellier, 2002, 523 p.

Mojtaba KAZAZI, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 406 p.

Julianne KOKOTT, *The burden of proof in comparative and international human rights law : civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 291 p.

Gérard NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p.

Hélène RUIZ-FABRI, Jean-Marc SOREL (dir), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, 253 p.

Friedl WEISS (éd.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issue and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, London, Cameron May, 2001, 430 p.

- Droit international privé

Éric FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, thèse, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2004, 354 p.

Thomas HABU GROUD, *La preuve en droit international privé français*, thèse Nanterre 1999, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2000, 422 p.

André HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, thèse, Paris, Dalloz, 1965, 395 p.

Olivier MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse, Université de Neuchâtel, 1993, 219 p.

- Droit de l'Union européenne

José Manuel Lebre DE FREITAS (éd.), *Le droit de la preuve dans l'Union européenne. The law of evidence in European Union*, Hague, Kluwer law international, 2004, 463 p.

2°) *Articles et contributions*

• Droits internes

Denis BARENGER, « La preuve en droit constitutionnel anglais », *Droits*, 1996, pp. 67-78

François BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.*, 1966, pp. 736-754

Pierre BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommages à Louis Huguency*, Paris, Sirey, 1964, p. 172

Antoine BULLIER, Frédéric-Jérôme PANSIER, « Proof and evidence : la preuve pénale en droit français et anglais », *Gaz. Pal.*, doct., 1993, pp. 886-890

Christine CADOUX-TRIAL, « La charge de la preuve devant le Conseil d'État », *EDCE*, 1953, pp. 85-86

Jacques CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de Cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, chr. p. 37

Jacques CHEVALLIER, « Cours de droit civil approfondi : La charge de la preuve », Paris, *Cours de droit*, 1958-1959, 302 p.

Hervé DE GAUDEMAR, « La preuve devant le juge administratif », *DA*, 2009, pp. 12-20

Charles DEBBASCH, « La charge de la preuve devant le juge administratif », *D.* 1983, chr. IX, pp. 43-49

Mireille DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits*, 1996, pp. 52-65

Louis DUBOIS, « Les rôles respectifs du juge administratif et du technicien dans l'administration de la preuve » in *Le rôle respectif du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, colloque, Poitiers, 1975, Paris, PUF, 1976, 283 p., pp. 83-123

Frédérique FERRAND, « Preuve », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2006, p. 1-188

Aldo FRIGNANI, « L'utilisation des preuves économiques dans les litiges anti-trust », *Foro Padano*, 1986, pp. 233-244

Thomas P. GALLANIS, « La preuve en « common law » : Wigmore aujourd'hui », *Droits*, 1996, pp. 79-90

José Luis GONZALES MONTES, « La preuve illégalement obtenue en violation d'un droit constitutionnel : le droit constitutionnel à la preuve et ses restrictions », in *Judicial protection of human rights et the national and international level, International congress on procedural law for the ninth centenary of the University of Bologna*, Milano, A. Giuffrè Editore, 1991, vol. II, pp. 633-648

Nathalie JALABERT-DOURY, « Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infractions peut-elle se satisfaire de « certitudes probables » ?, *Concurrences*, 2005, pp. 41-47.

Xavier LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 1996, pp. 31-39

Thierry LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mélanges en l'honneur de Gilles Goubeaux*, Paris, L.G.D.J., 2009, 610 p., pp. 319 -329

Jeanne LEMASURIER, « La preuve dans le détournement du pouvoir », *RDP*, 1959, pp. 36-66

Ken MACDONALD, "The reform of procedures for dealing with foreign evidence: a practitioner's agenda", *ERA-forum*, num. spec., 2005, pp. 9-16

Clémence MOULY-GUILLEMAUD, « La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ.*, 2007, pp. 253-280

Jean-Louis MOURALIS, « Preuve », *Rép. civ.*, Dalloz, 2002, pp. 1-191

Bruno OPPETIT, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », in *Le rôle respectif du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, colloque, Poitiers, 1975, Paris, PUF, 1976, 283 p., pp. 53-81

Bernard PACTEAU, « Preuve », in *Rép. cont. Adm.*, Dalloz, 2003, pp. 1-25

Raphaëlle RIVIER, « La preuve devant les juridictions interétatiques », in Hélène RUIZ-FABRI (dir.), Jean-Marc SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, pp. 9-54

Philippe THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, 1996, pp. 41-52

- Droit international public et droit européen des droits de l'homme

Joseph-Charles WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *RCADI*, vol. 56, 1936, pp. 1-105

Henry G. SHERMERS, "Factual mergers of the European Court and Commission of Human Rights", *EL Rev*, vol. 11 1986, p. 350-352

- Droit de l'Union européenne

Achim ANDRE, "Evidence before the European court of justice, with special reference to the GRUNDIG/CONSTEN decision", *CML Rev.*, 1967, pp. 35-49

David BAILEY, « Standard of proof in EC merger proceedings : a common law perspective », *CML Rev.*, 2003, pp. 845-888

Mark BREALEY, "The burden of proof before the European Court", *EL Rev.* n° 4, 1985, pp. 250-262

Chantal BUNEAU, « L'obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne. Règlement CE n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 », *JCP éd. G*, 2001 ; I 349, pp. 1767-1772

Michael M. COLLINS, «The burden and the standard of proof in competition litigation and problems of judicial evaluation», *ERA-FORUM*, 2004, pp. 66-83

Peter J. CULLEN, « Dealing with European evidence: national practice and European Union policy », *ERA-forum*, 2005, pp. 4-16

Olivier DE SHUTTER, « Prouver la discrimination », *ERA-forum*, 2003, n° 3, pp. 45-54

Sabine GLEISS, "Free movement of evidence in Europe," in : Deu / Inchausti / Hernan (Hrsg.), *El Derecho Procesal Penal en la Union Europea*, Madrid 2006, S. 121-130

Charles-Etienne GUDIN, « Réflexions sur la définition et la preuve de l'entente en droit communautaire (jusqu'où peut-on faciliter la preuve de l'entente compte tenu de l'exigence de sécurité juridique des entreprises?) », *RAE-LAE*, 1996, pp. 117-135

Thomas HABU GROUND, « Obtention des preuves en matière civile et commerciale. Coopération entre les juridictions des États membres. Règlement (CE) n° 1206/2001, du 28 mai 2001 », *J-Cl. Europe*, fasc. 2800, 2004, pp. 1-13

Julian Mathic JOSHUA, « Proof in contested EEC competition cases : a comparison with the rules of evidence in common law », *EL Rev.*, 1987, pp. 315-353

Marie-Thérèse LANQUETIN, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Drt. Soc.*, 1995, pp. 435-441

Marie-Thérèse LANQUETIN, « Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Drt. soc.*, 1998, p. 688

Daniel LEBEAU, Marie-Laure NIBOYET, « Regards croisés du processualiste et de l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. pal.*, 2003, doctr., pp. 221-233

Maude LEBOIS, « L'amorce d'un droit procédural européen : les règlements 1348/2000 et 1206/2001 en matière de signification, notification et de preuves face au procès social », in Georges DE LAVAL (dir.), Joël HUBIN (dir.), *Espace judiciaire et social européen. Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2001*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, pp. 327-345

Koen LENAERTS, « Réflexions sur la preuve et la procédure en droit communautaire de la concurrence », in *Liber Amicorum en l'honneur de/ in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 475-507

Jacquelin MACLENNAN, « Evidence, standard and burden of proof and the use of experts in procedure before the Luxembourg Courts », in Friedl WEISS (éd.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issue and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, London, Cameron May, 2001, pp. 265-301

Rostane MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in Hélène RUIZ FABRI (dir.), Jean-Marc SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pédone, coll. *Contentieux international*, 2007, 253 p., p. 165-181

Renato NAZZINI, « The wood began to move : an essay on consumer welfare, evidence and burden of proof in article 82 EC cases », *EL Rev.*, 2006, pp. 518-539

Michel OLIVIER, « L'expertise devant les juridictions communautaires », *Gaz. pal.*, 1994, doct., p. 291

Michel OLIVIER, « De l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par le juge français ; le principe de la territorialité et la nouvelle réglementation communautaire. Règlement (CE) n° 1206/2001 (JOCE n° L 174, du 27 juin 2001) », *Gaz. pal.*, 2002, doct., pp. 1302-1309

Alberto PERA, Vito AURICCHIO, « Consumer welfare, standard of proof and the objectives of competition policy », *ECJ*, 2005, pp. 153-177

Anne-Lise SIBONY, Eric BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective », *RTDE*, n° 2, avr.-juin 2007, pp. 205-252

Rosaria SICURELLA, "Towards a european legal area : a few guidelines for European rules of evidence in criminal proceedings", in Frank HÖPFEL (dir.), Barbara HUBER (dir.), *Beweisverbote in Ländern der EU und Vergleichbaren Rechtsordnungen : Exclusion of evidence within the EU and beyond, Euröpäisches Kolloquium Wien*, 18-20 september 1997, éd. Iuscrim, Freiburg im Breisgan, 1999, 341 p., pp. 23-36

John SPENCER, « The concept of « european evidence » », *ERA-forum*, 2003, n° 2, pp. 29-38

John SPENCER, "An academic critique of the EU acquis in relation to trans-border evidence-gathering", *ERA-forum*, 2005, pp. 28-40

J.A.E. VERVAELE, "Gathering and use evidence with regard to the infringement of EC financial interests, Community regulation and operational application of investigative powers", in Frank HÖPFEL (dir.), Barbara HUBER (dir.),

Beweisverbote in Ländern der EU und Vergleichbaren Rechtsordnungen : Exclusion of evidence within the EU and beyond, Euröpäisches Kolloquium Wien, 18-20 september 1997, éd. Iuscrim, Freiburg im Breisgan, 1999, 341 p., pp. 243-283

Bo VESTERDORF, « Standard of proof in merger cases : reflections in the light of recent case law of the Community Courts », *ECJ*, 2005, pp. 3-33

Yves WEBER, « La preuve du détournement du pouvoir », *RTDE*, 1967, pp. 507-552

Charles WILLIAMS, « The European Evidence Warrant : the proposal of the Commission », *ERA-forum*, n° spécial, 2005, pp. 17-27

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Accords internationaux, 516
Acte de transmission des preuves, 297
Acte d'instruction, 217
Acte d'instruction in futurum, 218, 220, 221
Actes de transmission des informations, 296
Actes juridiques, 104, 389
Administration de la preuve, 479, 537
Administrations nationales fiscales, 198
Admissibilité des preuves, 154
Admissibilité mutuelle des preuves, 103
Aides d'État, 160, 166, 167, 179, 337, 422, 500, 538, 540
Allégations négatives, 569
Application du droit de l'Union (mise en œuvre), 50, 68, 71, 115, 183, 191, 307, 314, 423
Apurement des comptes (FEAGA), 354, 509, 538, 539, 540
Assistance demandée, 232
Assistance mutuelle, 229
Assistance spontanée, 232
Audition, 227, 239, 331, 378, 379, 413
Autorisations administratives préalables, 135
Autorité de la chose jugée, 420
Autorités douanières, 199, 271, 354, 544

B

Balance des paiements (difficultés dans la), 160
Bonne foi, 364
Budget de l'Union, 198, 360

C

Certificat de circulation, 82, 84, 354, 358
Certificats d'origine, 199, 353, 362, 363, 508
Certificats phytosanitaires, 354
Certificats sanitaires, 129
Charge de la preuve, 494, 495, 587

Charge effective, 569
 Charge positive, 569, 592
 Charte des droits fondamentaux de l'Union, 65, 274
 Citoyenneté européenne, 138, 139
 Clause de sauvegarde, 166
 Code des douanes communautaire, 366
 Cohérence des contrôles fiscaux, 151, 152
 Cohérence des systèmes fiscaux, 151
 Communautarisation, 212
 Communication des pièces, 62, 372, 443, 532, 544
 Communication directe, 237, 238
 Compétences étatiques, 79
 Compétences exclusives, 58, 82, 109
 (des États membres), 200
 Concentrations, 375, 602
 Contre-expertise, 318, 555
 Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, 470
 Contrôle des dépenses au budget de l'Union, 198
 Convention sur la preuve, 427, 428, 430
 Coopération administrative, 153, 154, 194, 196, 197, 199, 201, 203, 204, 205, 206,
 207, 208, 251, 253, 258, 264, 296, 299, 356, 357, 360, 385
 Coopération douanière et fiscale, 201
 Coopération judiciaire en matière pénale, 54, 100, 111, 223, 226, 228
 Coopération policière et judiciaire en matière pénale, 385
 Coordination des enquêtes judiciaires, 223
 Corpus Juris (projet), 100
 Cour de justice (règlement de procédure), 413
 Cour de justice (statut), 324, 531, 542, 547, 552
 Crédibilité, 280, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 400, 401, 402,
 403, 405, 595, 607, 619
 Criminalité transnationale, 223, 224

D

Décision de gel de fonds, 293, 295, 303, 327, 425
 Décision de rejet d'une plainte, 289, 292
 Déclaration préalable, 136, 137
 Délai raisonnable, 322, 419
 Dénaturation des preuves, 324, 325, 460
 Dépérissement des preuves, 222
 Détournement de pouvoir, 381, 496, 497
 Discrimination indirecte, 306
 Discriminations à rebours, 482, 483

Droit au juge, 311
 Droit à une enquête, 289
 Droit de circuler et de demeurer, 138
 Droit de la concurrence, 93, 284, 374, 378, 396, 454, 523
 Droit de séjour, 138, 139, 140, 141, 143, 183
 Droit pénal, 222, 228, 236
 Droit pénal (matière pénale), 223, 224, 225, 249, 331, 554
 Droits de douane, 83, 353, 354, 358, 360, 362, 544
 Droits de la défense, 67, 226, 239, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 284, 294, 295, 297, 300, 322, 380, 416, 443, 583
 Droits fondamentaux, 64, 65, 66, 67, 95, 268, 298, 300, 317, 318, 319, 433, 555

E

Enquêtes administratives, 193, 202, 209, 257, 267
 Enquêtes pénales, 202, 209
 Ententes, 601
 Entrave aux libertés de circulation, 118, 145, 189, 370
 Erreur manifeste, 469, 470, 596
 Erreur manifeste d'appréciation, 460, 470, 505, 597
 Espace de liberté, de sécurité et de justice, 97, 105, 213, 223
 Eurojust, 224, 225, 226, 228
 Europol, 225
 Évasion fiscale, 151, 205
 Exactitude matérielle des faits, 458, 459, 460, 461, 463
 Exclusion des preuves, 424, 426, 430, 433
 Exigence de preuve, 76, 78, 149, 158, 167, 170, 172, 173, 177, 178, 179, 180, 181, 184, 185, 538, 582, 585
 Exigence impérative d'intérêt général, 165, 171
 Exigences minimales, 110, 259
 Expertise, 412, 552, 553, 554, 581

F

Fait discriminatoire, 92, 93, 107, 108
 Fait notoire, 468, 503, 505, 506, 507
 Faits négatifs, 499, 569
 Faits objectifs, 496
 Faits positifs, 176, 499, 501
 Faits présumés, 507
 Faits subjectifs, 496, 498, 572
 Force probante, 351, 372, 387, 389, 395, 448, 452, 455, 594, 595
 Fraude douanière, 199, 201
 Fraude fiscale, 151, 152, 199, 202, 205, 297

G

Garanties procédurales, 67, 235, 268, 276, 280, 316, 319, 321, 338, 380

I

Impôts directs et indirects, 201, 233
 Imputation du risque de la preuve, 563, 565, 568, 605, 607, 609
 Indices graves, précis et concordants, 596, 597
 Insuffisance de preuves, 584, 605, 606, 608, 612
 Intérêt économique, 159, 160, 166, 167
 Intérêt non économique, 167, 180
 Intime conviction, 28, 609
 Inviolabilité du domicile, 268

L

Liberté d'établissement, 131, 132, 135, 520
 Libre appréciation de l'admissibilité des preuves, 410
 Libre circulation des capitaux, 135, 136, 137
 Libre circulation des marchandises, 82, 84, 126, 128, 129, 146, 147, 153, 161, 162,
 165, 174, 177, 371, 401, 483
 Libre prestation des services, 132, 134, 135, 148
 Libre production des preuves, 382, 409, 420, 436, 439, 458
 Loyauté de la preuve, 263, 267, 268, 269, 270, 341
 Lutte contre la fraude, 197, 202, 203, 208
 (fiscale), 151, 201

M

Mandat d'obtention de preuves, 249, 251
 Manquement judiciaire, 245, 333, 334
 Marché intérieur, 97, 99, 101, 102, 104, 105
 Marchés publics, 383, 403, 431, 432, 583, 584
 Marque communautaire, 397, 453, 504
 Matière civile et commerciale, 52, 100, 103, 212, 213, 214, 215
 Mécanisme d'exécution directe d'une mesure d'instruction, 239
 Mécanismes d'obtention et de recherche des preuves, 193
 Mesure de conservation des preuves, 222
 Mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, 127, 129, 484
 Mesure d'instruction, 238, 239, 240, 547, 548, 552
 Mesures coercitives, 238, 240, 241
 Mesures conservatoires, 218, 220, 221
 Mesures de sauvegarde, 160
 Mesures d'organisation de procédure, 549

Mesures provisoires, 218, 573, 574, 578
Méthode comparative, 367, 368
Méthode empirique, 372, 374, 375, 377
Méthode statistique, 371
Mise en balance, 172, 184, 431, 433
Mode de preuve préconstitué, 119
Moyen inopérant, 442, 443, 446
Moyens manquant en fait, 444
Moyens nouveaux, 413

O

Objet de la preuve, 156, 182, 437, 438, 446, 460, 477, 489, 490, 492, 493, 495, 508, 510, 587, 595
Obligation de collaborer à la preuve, 270, 529, 532, 534, 536, 542, 543
Obligation de coopération loyale, 153, 180, 198, 230, 232, 253, 255, 360, 539, 540, 542
Obligation de motivation, 292, 321, 323, 359, 613, 614
Obligation d'information, 252, 253, 254, 255
Obligation d'interprétation conforme, 327, 328, 329, 331, 332
Offres de preuve, 411, 412, 413, 416, 420, 435, 437, 438, 441, 446
OLAF, 225, 283, 296, 297, 299, 300, 302, 303
Ordalies, 31, 613

P

Parallélisme de comportement, 375, 454, 465, 501, 502
Parquet européen, 210, 211, 225, 286
Pertinence des faits, 437, 490, 491, 493, 510
Pertinence des preuves, 327, 436, 437, 438, 439, 440, 443, 448, 449, 452, 456, 457, 458, 460, 461, 465, 466, 467, 468, 470, 602
Politique agricole commune, 200, 385, 540
Politique commerciale commune, 159
Politique sociale, 91, 110
(Accord sur la), 102
Position dominante, 455, 597
Pourvoi, 315, 323, 324, 325, 393, 460, 461, 504, 548, 562
Pratiques anticoncurrentielles, 96, 196, 205, 266, 290, 396, 457, 523
Préjudice, 297, 303, 337, 425, 573, 574, 575, 576, 577
Prélèvement agricole, 354
Prescriptions minimales, 110, 111
Présomption de légalité, 578, 579, 586
Présomption de répercussion, 149, 329, 330, 334, 502
Présomption d'innocence, 67, 283, 377, 456, 457
Présomption générale, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152

- Présomptions irréfragables, 508
- Preuve au-delà du doute raisonnable, 596
- Preuve de l'illégalité des actes des institutions, 578
- Preuve de l'intérêt à agir, 570
- Preuve des faits, 447, 463, 467, 469, 480, 481, 482, 483, 484, 487, 489, 496, 503, 507, 557, 579
- Preuve documentaire, 352, 366, 367, 368, 373, 374, 462
- Preuve du droit de l'Union, 518
- Preuve du droit national, 512, 518
- Preuve du manquement, 566, 580, 583, 584, 586
- Preuve d'un préjudice grave et irréparable, 573
- Preuve écrite, 124, 135, 352, 355
- Preuve électronique, 383
- Preuve négative, 88, 149, 500, 501, 502, 569, 572
- Preuves directes, 452, 453, 457, 463
- Preuves empiriques, 374, 375
- Preuves indirectes, 377, 452, 454, 455, 456, 457, 469, 602
- Preuves orales, 378, 382
- Preuves scientifiques nouvelles, 167
- Principe *actori incumbit probatio*, 560, 563, 564, 566, 567, 568, 569, 572, 575, 580, 586, 588, 592
- Principe d'assimilation, 236, 238
- Principe d'effectivité, 74, 313, 501, 520, 588
- Principe de finalité, 278, 280
- Principe d'égalité de traitement, 93, 368, 576
- Principe de la crédibilité des preuves, 392, 393
- Principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, 45
- Principe de non-discrimination, 584
- Principe de proportionnalité, 78, 108, 109, 110, 111, 113, 184
- Principe de protection juridictionnelle, 297, 300
- Principe d'équivalence, 73, 520, 588
- Principe de reconnaissance mutuelle, 52, 100, 258, 259, 401, 402, 403
- Principe de subsidiarité, 105, 106
- Principe de territorialité, 51, 222, 240, 256
- Principe du contradictoire, 170, 414, 416, 430
- Principe *non bis in idem*, 284, 285, 286
- Principes généraux de droit, 61, 62, 64
- Procédure de codécision, 104
- Procédure de notification préalable, 180, 538
- Procédure d'intervention, 533
- Procédure d'urgence, 166
- Procès juste et équitable, 306, 416, 430, 555, 612, 619

Procureur européen, 210
 Propriété industrielle (politique de la), 494
 Protection de la correspondance, 268
 Protection de l'environnement, 162, 168, 208
 Protection des consommateurs, 154, 164, 371, 428, 509
 (Politique de), 86, 87, 521, 523
 Protection des données à caractère personnel, 270
 Protection des intérêts financiers de l'Union, 100, 197, 201, 202, 203, 210, 225
 Protection sociale, 91

R

Raison impérieuse d'intérêt général, 151, 161, 162, 165, 171
 Rapprochement des règles nationales de preuve, 97, 100, 101, 102, 106, 108, 109, 110, 111
 Recours en annulation, 180, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 300, 304, 322, 327, 359, 459, 468, 537, 539, 570, 571
 Recours en indemnité, 300, 301, 303, 323, 573, 575, 576
 Recours en manquement, 181, 211, 254, 255, 414, 415, 512, 513, 540, 566, 581, 582, 586, 607, 610
 Référé, 573, 574, 575
 Régularité des preuves, 259, 275, 295, 315, 317, 319, 321
 Relevé d'office, 429, 518, 521, 524, 529
 Renvoi préjudiciel, 221, 304, 305, 306, 487, 512
 Répétition de l'indu, 149, 313, 330, 502, 505, 506, 525, 569, 577
 Responsabilité de l'État, 331, 332, 335, 336, 337, 338, 339, 524
 Responsabilité extracontractuelle de l'Union, 283, 300, 301, 323
 Ressortissants des États membres, 138, 142
 Ressortissants des États tiers, 141, 143
 Ressources propres, 199, 360
 (Système de), 198
 Risque de la preuve, 466, 477, 559, 564, 565, 567, 569, 577, 585, 587, 588, 590, 592, 607

S

Saisie-contrefaçon, 221
 Situations purement internes, 482
 Standard de preuve, 465, 593, 594, 595, 596, 597, 599, 600, 601, 602, 603
 Système d'échange d'informations, 153, 254
 Système de coopération administrative, 359

T

- Tarif douanier commun, 200
- Témoignage, 378, 379, 382, 395, 554
- Théorie de la connexité matérielle, 79
- Théorie des compétences implicites, 79, 80
- Titres nationaux de qualification professionnelle, 132
- Titulaire de marque, 494
- Traité d'Amsterdam, 52, 100, 159, 210, 212
- Traité de Lisbonne, 22, 49, 54, 100, 103, 111, 159, 193, 196, 210, 225, 226, 258, 293
- Traité de Maastricht, 65, 97, 100, 102, 138
- Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 196, 210
- Transfert de compétences, 51
- Tribunal de la fonction publique, 296, 297, 299, 411, 412, 413, 414, 433, 531, 549
- Tribunal de l'Union, 93, 279, 298, 299, 315, 323, 410, 412, 414, 425, 433, 442, 453, 463, 517, 549, 597, 605

U

- UCLAF, 223, 298
- Union économique et monétaire, 166, 179

V

- Valeur probante, 71, 155, 169, 227, 259, 280, 383, 386, 387, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 403, 406, 413, 441, 451, 458, 475

INDEX DE JURISPRUDENCE

Cour de justice

- « *Les Rapides Savoyards* » et autres (CJCE, 12 juillet 1984, aff. 218/83), 356
- A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Commission* (CJCE, 31 mars 1993, aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85), 454, 465, 502
- Aalborg Portland c. Commission* (CJCE, 7 janvier 2004, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P), 66, 317, 320, 443, 517
- Acciaieria e Tubificio di Brescia c. Haute Autorité CECA* (CJCE, ord., 26 juin 1959, aff. 31/59 R), 573
- Acciaierie e Ferriere Pugliesi SpA c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 8 février 1966, aff. 8/65), 532, 594
- Accor SA* (CJUE, 15 septembre 2011, aff. C-310/09), 157
- ACF Chemiefarma NV c. Commission* (CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69), 603
- AEG c. Commission* (CJCE, 25 octobre 1983, aff. 107/82), 317, 460
- Aéroports de Paris c. Commission* (CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01 P), 458
- Aguirre Zarraga* (CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-491/10 PPU), 244
- Akrich* (CJCE, 23 septembre 2003, aff. C-109/01), 140
- Akzo Nobel c. Commission* (CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P), 46, 424
- Akzo Nobel NV c. Commission* (CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-97/08 P), 375, 454
- Albatros* (CJCE, 4 février 1965, aff. 20/64), 485
- Aldo Bordessa* (CJCE, 23 février 1995, aff. jtes C-358/93 et C-416/93), 133, 149
- Alexandros Kefalas* (CJCE, 12 mai 1998, aff. C-367/96), 570
- Alfredo Grifoni c. La Communauté* (CJCE, 3 février 1994, aff. C-308/94), 410
- Algera* (CJCE, 12 juillet 1957, aff. jtes 7/56 et 3 à 7/57), 59, 578
- Allemagne c. Commission* (CJCE, 21 janvier 2003, aff. C-512/99), 167
- Allemagne c. Commission* (CJCE, 4 mars 2004, aff. C-344/01), 507, 538

- Alo Heinemann c. Commission* (CJCE, 13 juillet 1972, aff. 79/81), 394
Alpha Steel Ltd. c. Commission (CJCE, 3 mars 1982, aff. 14/81), 578
AM & S c. Commission (CJCE, 18 mai 1982, aff. 155/79), 266, 267, 424
Amsterdam Bulb (CJCE, 2 février 1977, aff. 50/76), 46
Andre Huybrechts c. Commission (CJCE, 5 février 1987, aff. 306/85), 445
Andrew Owusu (CJCE, gd. ch., 1er mars 2005, aff. C-281/02), 388
Angélique Verli-Wallace c. Commission (CJCE, 22 septembre 1983, aff. 159/82), 577
Anne Duraffour c. Conseil (CJCE, 16 juin 1971, aff. 18/70), 542, 592
Annibale Culin c. Commission (CJCE, 7 février 1990, aff. C-343/87), 396
Annunziata Matteucci (CJCE, 27 septembre 1988, aff. 235/87), 228
Anton Adriaan Fietje (CJCE, 16 décembre 1980, aff. 27/80), 126
Antonissen (CJCE, 26 février 1991, aff. C-292/89), 180
Archer Daniels Midland Co. c. Commission (CJCE, 9 juillet 2009, aff. C-511/06 P), 278, 391, 396, 600
Arcor (CJCE, 24 avril 2008, aff. C-55/06), 55, 477
Artur Weryński (CJUE, 17 février 2011, aff. C-283/09), 220, 240, 305
Asociación Española de Banca Privada et autres (CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-67/91), 276, 277
Association Église de scientologie de Paris (CJCE, 14 mai 2000, aff. C-54/99), 134
Asturcom Telecomunicaciones (CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08), 427, 519
Athinaiki Techniki AE c. Commission (CJCE, 3 avril 2008, aff. C-521/06 P), 381
ATRAL (CJCE, 8 mai 2003, aff. C-14/02), 173
August Storck KG c. OHMI (CJCE, 22 juin 2006, aff. C-25/05 P), 502, 503
Aventis Pasteur SA (CJUE, 2 décembre 2009, aff. C-358/08), 606
Avis 2/91 (CJCE, 19 mars 1993), 110
Avis 2/94 (CJCE, 28 mars 1996), 514
B.S. Levez (CJCE, 1er décembre 1998, aff. C-326/96), 73, 311
Bacardi GmbH (CJCE, 27 septembre 2001, aff. C-253/99), 361
Bachmann (CJCE, 28 janvier 1992, aff. C-204/90), 149, 153
Balbino (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-560/07), 55, 477
Banco Español de Crédito SA (CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10), 427, 520, 521
Baumbast (CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-413/99), 137, 138

- Baustahlgewebe GmbH c. Commission* (CJCE, 17 décembre 1998, aff. C-185/95 P), 321, 411, 598
- Baxter* (CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-254/97), 148, 149, 154
- Beemsterboer Coldstore Services BV* (CJCE, 9 mars 2006, aff. C-293/04), 359, 542
- Belgique c. Commission* (CJCE, 11 septembre 2003, aff. C-197/99 P), 323
- Belgique c. Commission* (CJCE, 25 novembre 1980, aff. 820/79), 352, 401, 603
- Belgique c. Commission* (CJCE, ord., 8 novembre 2007, aff. C-242/07 P), 409
- Belgique c. Espagne* (CJCE, 16 mai 2000, aff. C-388/95), 152
- Bernard Michel c. Parlement* (CJCE, 26 novembre 1981, aff. 195/80), 570
- Bernhard Pfeiffer* (CJCE, gd. ch., 5 octobre 2004, aff. jtes C-397/01 à C-403/01), 326
- Besix* (CJCE, 19 février 2002, aff. C-256/00), 218
- Bilka* (CJCE, 13 mai 1986, aff. 170/84), 91, 496
- Binder GmbH & Co. International* (CJCE, 13 juin 1996, aff. C-205/94), 576
- Birra Wührer SpA et autres c. Conseil et Commission* (CJCE, 13 novembre 1984, aff. jtes 256, 257, 265, 267/80, 5 et 51/81 et 282/82), 575, 756
- Blackspur DIY Ltd c. Conseil et Commission* (CJCE, 16 septembre 1997, aff. C-362/95), 560
- Boehringer Mannheim GmbH c. Commission* (CJCE, 15 juillet 1970, aff. 45/69), 603
- Bond van Adverteerders et autres* (CJCE, 26 avril 1988, aff. 352/85), 119
- Bonn Fleisch* (CJCE, 28 juin 2007, aff. C-1/06), 55, 70, 75, 180, 312, 313, 392, 548, 549, 550
- Bouchereau* (CJCE, 27 octobre 1977, aff. 30/77), 163
- Brasserie du Pêcheur SA* (CJCE, 5 mars 1996, aff. jtes C-46/93 et C-48/93), 333
- Brinkmann Tabakfabriken GmbH* (CJCE, 24 septembre 1998, aff. C-319/96), 333
- British American Tobacco Company Ltd c. Commission* (CJCE, ord., 18 juin 1986, aff. jtes 142 et 152/84), 556
- British Telecommunications* (CJCE, 26 mars 1996, aff. C-392/93), 333
- British-American Tobacco Company c. Commission* (CJCE, 17 novembre 1987, aff. jtes 142 et 156/84), 288
- Bruno Schnitzer* (CJCE, 11 décembre 2003, aff. C-215/01), 131

- Buchler & Co. c. Commission* (CJCE, 15 juillet 1970, aff. 44/69), 603
- Budějovický Budvar (Bud II)* (CJCE, gd. ch., 8 septembre 2009, aff. C-478/07), 369
- C. Mackprang c. Commission* (CJCE, 26 octobre 1971, aff. 15/71), 352
- C.A.S. SpA c. Commission* (CJCE, 25 juillet 2008, aff. C-204/07 P), 361, 362
- Cadbury Schweppes* (CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04), 149
- Carbonati Apuani Srl* (CJCE, 9 septembre 2004, aff. C-72/03), 483
- Cargill BV c. Commission* (CJCE, 20 juin 1991, aff. C-248/89), 578
- Carlo Albertini et Mario Montagnani c. Commission* (CJCE, 17 mai 1984, aff. 338/82), 389
- Carlo Tedeschi* (CJCE, 5 octobre 1977, aff. 5/77), 163, 485
- Celanese Chemical Compagny Inc. c. Conseil et Commission* (CJCE, ord., 30 mars 1982, aff. 236/81), 431
- CELF* (CJCE, gd. ch., 12 février 2008, aff. C-199/06), 576
- Christelle Deliège* (CJCE, 11 avril 2000, aff. jtes C-51/96 et C-191/97), 486
- CILFIT* (CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81), 331
- Class International BV* (CJCE, 18 octobre 2005, aff. C-405/03), 492
- Clauni SA c. Commission* (CJCE, ord., 16 décembre 1999, aff. C-170/99 P), 549
- Clauni SA c. Commission* (CJCE, ord., 20 janvier 2000, aff. C-171/99), 549
- Coditel* (CJCE, 18 mars 1980, aff. 62/79), 160
- Codorníu SA c. Conseil* (CJCE, 18 mai 1994, aff. C-309/89), 286
- Cofidis SA* (CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00), 88, 427, 519, 520
- Coleman* (CJCE, gd. ch., 17 juillet 2008, aff. C-303/06), 108, 588
- Collins* (CJCE, (ass. plén.), 23 mars 2004, aff. C-138/02), 138
- Comateb* (CJCE, 14 janvier 1997, aff. jtes C-192/95 à C-218/95), 74, 147, 311, 328, 332, 504
- Comet* (CJCE, 16 décembre 1976, aff. 45/76), 73, 416
- Commission c. Allemagne* (CJCE 10 septembre 1996, aff. C-61/94), 179, 578
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 15 novembre 2007, aff. C-319/05), 145, 172
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 27 avril 2006, aff. C-441/02), 413
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 29 avril 2004, aff. C-387/99), 145, 153
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 29 novembre 2007, aff. C-404/05), 131, 152
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 29 septembre 1998, aff. C-191/95), 13, 414
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 5 octobre 2006, aff. C-105/02), 412, 414
- Commission c. Allemagne* (CJCE, 8 mars 2001, aff. C-68/99), 179, 578, 579

- Commission c. Allemagne* (CJCE, 9 septembre 1999, aff. C-217/97), 579
- Commission c. Allemagne* (CJUE, 10 juillet 2010, aff. C-442/08), 358
- Commission c. Allemagne* (CJUE, 29 avril 2010, aff. C-160/08), 580
- Commission c. AMI Semiconductor Belgium BVBA et autres* (CJCE, 17 mars 2005, aff. C-294/02), 504
- Commission c. Anic Partecipazioni SpA* (CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92 P), 93, 96, 508
- Commission c. Augusto Brazzelli Lualdi* (CJCE, 1er juin 1994, aff. C-136/92 P), 324
- Commission c. Autriche* (CJCE, 21 septembre 2006, aff. C-168/04), 141, 142
- Commission c. Autriche* (CJCE, 22 décembre 2008, aff. C-161/07), 146
- Commission c. Autriche* (CJCE, 23 janvier 2003, aff. C-221/00), 153
- Commission c. Autriche* (CJCE, 29 avril 2004, aff. C-150/00), 145
- Commission c. Autriche* (CJCE, 29 novembre 2007, aff. C-393/05), 152
- Commission c. Autriche* (CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-475/98), 581
- Commission c. Autriche* (CJCE, 7 juillet 2005, aff. C-147/03), 173
- Commission c. Autriche* (CJUE, 10 octobre 2010, aff. C-535/07), 412
- Commission c. Belgique* (CJCE, 10 avril 1984, aff. 324/82), 575
- Commission c. Belgique* (CJCE, 12 mai 2005, aff. C-287/03), 131
- Commission c. Belgique* (CJCE, 13 mars 2008, aff. C-227/06), 175
- Commission c. Belgique* (CJCE, 14 juillet 1988, aff. 298/86), 581
- Commission c. Belgique* (CJCE, 14 juin 2007, aff. C-422/05), 412
- Commission c. Belgique* (CJCE, 19 mars 1991, aff. C-249/88), 556
- Commission c. Belgique* (CJCE, 21 janvier 1999, aff. C-207/97), 574
- Commission c. Belgique* (CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-478/98), 130, 146
- Commission c. Belgique* (CJCE, 28 janvier 1992, aff. C-300/90), 146
- Commission c. Belgique* (CJCE, 3 mai 2001, aff. C-347/98), 572
- Commission c. Belgique* (CJCE, 5 juillet 1990, aff. C-304/88), 122
- Commission c. Belgique* (CJCE, 6 mai 1980, aff. 102/79), 576
- Commission c. Belgique* (CJCE, 7 juin 2007, aff. C-254/05), 170
- Commission c. Belgique* (CJCE, 9 juillet 1992, aff. C-2/90), 157
- Commission c. CO.DE.MI. SpA* (CJCE, 26 novembre 1985, aff. 318/81), 512
- Commission c. Conseil (AETR)* (CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70), 80
- Commission c. Conseil* (CJCE, gd. ch., 13 septembre 2005, aff. C-176/03), 86, 206
- Commission c. Danemark* (CJCE, 23 septembre 2003, aff. C-192/01), 145, 152, 174

- Commission c. Danemark* (CJCE, 30 janvier 2007, aff. C-150/04), 153
- Commission c. Danemark* (CJCE, 31 mars 1992, aff. C-52/90), 331
- Commission c. Espagne* (CJCE, 13 juin 2002, aff. C-474/99), 541, 579
- Commission c. Espagne* (CJCE, 13 mai 2003, aff. C-436/00), 134
- Commission c. Espagne* (CJCE, 14 avril 2005, aff. C-157/03), 140
- Commission c. Espagne* (CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-186/06), 413
- Commission c. Espagne* (CJCE, 5 mars 2009, aff. C-88/07), 151
- Commission c. Espagne* (CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-153/08), 151
- Commission c. Espagne* (CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-562/07), 154, 413
- Commission c. Espagne* (CJUE, 15 juin 2010, aff. C-211/08), 131
- Commission c. Finlande* (CJCE, 12 juin 2003, aff. C-229/00), 579
- Commission c. Finlande* (CJCE, 15 mars 2007, aff. C-54/05), 126
- Commission c. Finlande* (CJCE, 29 octobre 2009, aff. C-246/08), 605
- Commission c. France* (CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-55/99), 179, 578
- Commission c. France* (CJCE, 14 mars 1985, aff. 269/83), 564
- Commission c. France* (CJCE, 15 juin 2006, aff. C-255/04), 146
- Commission c. France* (CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-344/90), 128
- Commission c. France* (CJCE, 22 mars 1983, aff. 42/82), 128, 152, 228, 229
- Commission c. France* (CJCE, 26 février 1991, aff. C-154/89), 131
- Commission c. France* (CJCE, 27 avril 1988, 252/85), 583
- Commission c. France* (CJCE, 30 juin 1988, aff. 318/86), 91, 495
- Commission c. France* (CJCE, 4 mars 2004, aff. C-334/02), 149
- Commission c. France* (CJCE, 5 février 2004, aff. C-24/00), 129, 145, 174
- Commission c. France* (CJCE, 9 mai 1985, aff. 21/84), 581
- Commission c. France* (CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-333/08), 129, 146
- Commission c. Frédéric Daffix* (CJCE, 20 février 1997, aff. C-166/95 P), 380
- Commission c. Grèce* (CJCE, 11 décembre 1985, aff. C-192/84), 253, 539
- Commission c. Grèce* (CJCE, 2 juillet 1996, aff. C-290/94), 172
- Commission c. Grèce* (CJCE, 21 septembre 1989, aff. 68/88), 78, 197
- Commission c. Grèce* (CJCE, 22 septembre 1986, aff. 272/86), 539, 540, 580
- Commission c. Grèce* (CJCE, 22 septembre 1988, aff. 272/86), 539, 540, 580
- Commission c. Grèce* (CJCE, 24 mars 1988, aff. 240/86), 539
- Commission c. Grèce* (CJCE, 29 novembre 1989, aff. C-281/87), 608
- Commission c. Industrial Refuse & Coal Energy Ltd* (CJCE, 3 décembre 1998, aff. C-337/96), 511
- Commission c. Irlande* (CJCE, 21 juin 2001, aff. C-30/99), 151

- Commission c. Irlande* (CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-392/96), 583
- Commission c. Irlande* (CJCE, gd. ch., 13 novembre 2007, aff. C-507/03), 582
- Commission c. Irlande* (CJCE, gd. ch., 18 décembre 2007, aff. C-532/03), 581, 582, 6081
- Commission c. Irlande* (CJCE, gd. ch., 26 avril 2005, aff. C-494/01), 539
- Commission c. Irlande et autres* (CJCE, 2 décembre 2009, aff. C-89/09 P), 553
- Commission c. Italie* (CJCE, 10 décembre 1968, aff. 7/68), 119
- Commission c. Italie* (CJCE, 10 juillet 1986, aff. 235/84), 605
- Commission c. Italie* (CJCE, 13 février 2003, aff. C-131/01), 131
- Commission c. Italie* (CJCE, 16 décembre 1997, aff. C-316/96), 413
- Commission c. Italie* (CJCE, 16 octobre 2003, aff. C-455/01), 127
- Commission c. Italie* (CJCE, 21 mars 2002, aff. C-298/99), 129, 139
- Commission c. Italie* (CJCE, 24 mars 1988, aff. 104/86), 74, 504
- Commission c. Italie* (CJCE, 25 avril 1989, aff. 141/87), 579
- Commission c. Italie* (CJCE, 25 mai 1993, aff. C-228/91), 173
- Commission c. Italie* (CJCE, 5 février 2004, aff. C-270/02), 127, 153
- Commission c. Italie* (CJCE, 8 novembre 2001, aff. C-127/99), 179, 578
- Commission c. Italie* (CJCE, 9 décembre 2003, aff. C-129/00), 74, 306, 327, 328, 334, 335, 503, 504
- Commission c. Jan Zoubek* (CJCE, 18 décembre 1986, aff. 426/86), 511
- Commission c. Jégo-Quéré* (CJCE, 1er avril 2004, aff. C-263/02 P), 286
- Commission c. Luxembourg* (CJCE, 10 mars 1993, aff. C-111/91), 119
- Commission c. Luxembourg* (CJCE, 21 octobre 2003, aff. C-445/03), 143
- Commission c. Luxembourg* (CJUE, 29 juin 2010, aff. C-526/08), 418
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-408/97), 539, 580
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 17 novembre 1992, aff. C-157/91), 581
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 2 décembre 2004, aff. C-41/02), 145
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 20 septembre 2007, aff. C-297/05), 400
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-353/89), 159
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 25 mai 1982, aff. 96/81), 579
- Commission c. Pays-Bas* (CJCE, 5 octobre 1989, aff. 290/87), 60
- Commission c. Portugal* (CJCE, 10 novembre 2005, aff. C-432/05), 399
- Commission c. Portugal* (CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-457/07), 413
- Commission c. Portugal* (CJCE, 12 juin 2008, aff. C-462/05), 418
- Commission c. Portugal* (CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98), 133

- Commission c. Royaume Uni* (CJCE, 24 mars 1994, aff. C-40/92), 541
- Commission c. Royaume-Uni et Irlande* (CJCE, 22 avril 1999, aff. C-340/96), 414
- Commission c. Royaume-Uni et Irlande* (CJCE, 5 mai 1981, aff. 804/79), 79, 82
- Commission c. Royaume-Uni et Irlande* (CJCE, 8 février 1983, aff. 124/81), 126, 414
- Commission c. Royaume-Uni et Irlande* (CJCE, gd. ch., 21 juillet 2005, aff. C-349/03), 231
- Commission c. SNUA Srl* (CJCE, 27 avril 1999, aff. C-69/97), 512
- Commission c. Suède* (CJCE, gd. ch., 8 avril 2008, aff. C-167/05), 368
- Commission c. Tetra Laval BV* (CJCE, gd. ch., 15 février 2005, aff. C-12/03 P), 28, 60, 62, 321, 374, 460, 592, 596, 602
- Compagnie royale asturienne des mines SA et Rhein zinc GmbH c. Commission* (CJCE, 28 mars 1984, aff. jtes 29/83 et 30/83), 373, 374, 453, 462, 463
- Conorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commission* (CJCE, 26 février 1987, aff. 15/85), 505
- Conorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola* (CJCE, 4 mars 1999, aff. C-87/97), 505
- Coop de France bétail et viande et Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et al. c. Commission* (CJCE, 18 décembre 2008, aff. jtes C-101/07 et C-110/07 P), 391
- Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons* (CJCE, 26 mars 1987, aff. 58/86), 361
- Costa c. ENEL* (CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64), 48
- Courage* (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/09), 45
- Cowan* (CJCE, 2 février 1989, 186/87), 136
- Dachsberger* (CJCE, 19 mars 2009, aff. C-77/08), 78
- Dalmine c. Commission* (CJCE, 25 janvier 2007, aff. C-407/04 P), 272
- Danemark c. Commission* (CJCE, 20 mars 2003, aff. C-3/00), 167
- Danfoss* (CJCE, 17 octobre 1989, aff. 109/88), 91, 496
- Danielle Roux* (CJCE, 5 février 1991, aff. C-363/89), 122, 136, 180
- Dassonville* (CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74), 127, 171, 482
- De Gezamenlijke c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 23 février 1961, aff. 30/59), 79
- De Haan Beheer BV* (CJCE, 7 septembre 1999, aff. C-61/98), 363

- Demo-Studio Schmidt c. Commission* (CJCE, 11 octobre 1983, aff. 210/81), 288
- Denkavit International BV* (CJCE, 17 octobre 1996, aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94), 333
- Denkavit italiana Srl* (CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79), 72
- Denkavit Nederland* (CJCE, 17 mai 1984, aff. 15/83), 77
- Dereci* (CJUE, gd. ch., 15 novembre 2011, aff. C-256/11), 140, 141, 180, 482
- Desquenne & Giral* (CJCE, 3 février 1982, aff. jtes 62 et 63/81), 142
- Deutsche Milchkontor* (CJCE, 21 septembre 1983, aff. jtes 205 à 215/82), 69, 71
- Deutsche Renault AG* (CJCE, 30 novembre 1993, aff. C-317/91), 331
- Deville* (CJCE, 29 juin 1988, aff. 240/87), 73
- DGV, Deutsche Getreideverwertung et autres c. Conseil et Commission* (CJCE, 4 octobre 1979, aff. jtes 241, 242, 245 à 250/78), 574
- Diana Elisabeth Lindman* (CJCE, 13 novembre 2003, aff. C-42/02), 173
- Dieter Krauss* (CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92), 160, 171
- Dillexport* (CJCE, 9 février 1999, aff. C-343/96), 74, 327, 328, 504
- Dillenkofer* (CJCE, 8 octobre 1996, aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94 à C-190/94), 333
- Distillers Company Limited c. Commission* (CJCE, 10 juillet 1980, aff. 30/78), 318
- Ditta Angelo Celestini* (CJCE, 5 juin 1997, aff. C-105/94), 152
- Doris Salzmann* (CJCE, 15 mai 2003, aff. C-300/01), 134
- Dorsch Consult c. Conseil et Commission* (CJCE, 15 juin 2000, aff. C-237/98 P), 458
- Dow Benelux NV c. Commission* (CJCE, 17 octobre 1989, aff. C-85/87), 280
- Dow Chemical c. Commission* (CJCE, 17 octobre 1989, aff. jtes 97/87, 98/87 et 99/87), 267
- Duales System Deutschland GmbH c. Commission* (CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-385/07 P), 321, 322
- Eco Swiss* (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97), 417, 419, 426, 519
- Eddy Amelynck* (CJCE, 25 septembre 1997, aff. C-237/96), 84, 85
- Edis* (CJCE, 15 septembre 1998, aff. C-231/96), 73
- Edmond Huygen et autres* (CJCE, 7 décembre 1993, aff. C-12/92), 357
- Édouard Dubois & Fils SA* (CJCE, 11 août 1995, aff. C-16/1994), 523

- EFMA c. Conseil et Commission* (CJCE, 21 septembre 2000, aff. C-46/98 P), 439
- Eftalia Dafeki* (CJCE, 2 décembre 1997, aff. C-336/94), 392, 401
- Elchinov* (CJUE, gd. ch., 5 octobre 2010, aff. C-173/09), 132, 154, 491
- Elf Aquitaine SA c. Commission* (CJUE, 29 septembre 2011, aff. C-521/09 P), 375, 454
- Elide Gottardo* (CJCE, 15 janvier 2002, aff. C-55/00), 228
- ELISA* (CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-451/05), 149, 154
- Elliniko* (CJCE, 19 février 2004, aff. jtes C-361/02 et C-362/02), 229
- Elsie Rita Johnson* (CJCE, 6 décembre 1994, aff. C-410/92), 416
- Ensidesa c. Commission* (CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-198/99 P), 546
- Espagne c. Commission* (CJCE, 19 juin 2003, aff. C-329/00), 538
- Espagne c. Commission* (CJCE, 22 novembre 2007, aff. C-525/04 P), 564
- Espagne c. Commission* (CJCE, 29 juin 1995, aff. C-135/93), 444
- Espagne c. Royaume-Uni et Irlande* (CJCE, gd. ch., 12 septembre 2006, aff. C-145/04), 538
- Estonie c. Commission* (CJUE, (ord.), 23 mars 2011, *Rec.* p. I-535/09 P), 368
- Eurocontrol* (CJCE, 14 octobre 1976, aff. 29/76), 212, 213, 214
- Europemballage Corporation c. Commission* (CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72), 569, 604
- Ewald Burtscher* (CJCE, 1^{er} décembre 2005, aff. C-213/04), 135
- Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman BV* (CJCE, 19 février 1981, aff. 130/80), 126
- Fallimento Olimpiclub Srl* (CJCE, 3 septembre 2009, aff. C-2/08), 46, 422
- Fantask* (CJCE, 2 décembre 1997, aff. C-188/95), 416
- Faroe Seafood* (CJCE, 14 mai 1996, aff. jtes C-153/94 et C-204/94), 358
- Fazenda Pública* (CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-446/98), 517
- Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 29 novembre 1956, aff. 8/55), 80
- Federazione italiana dei consorzi agrari* (CJCE, 25 juin 1992, aff. C-88/91), 606
- FEDIOL c. Commission* (CJCE, 4 octobre 1983, aff. 191/82), 289
- Ferrero Deutschland GmbH c. OHMI* (CJCE, 17 avril 2008, aff. C-108/07), 460
- Ferriera Valsabbia et autres c. Commission* (CJCE, 18 mars 1980, aff. jtes 154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78, 39, 31, 83 et 85/79), 394

- Fiddelaar c. Commissfion* (CJCE, 16 décembre 1960, aff. 44/59), 380
- Finalarte* (CJCE, 25 octobre 2001, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98), 142
- Firma Brita GmbH* (CJUE, 25 février 2010, aff. C-386/08), 355
- Firma Denkavit* (CJCE, 8 novembre 1979, aff. 251/78), 127, 172
- Firma Feryn NV* (CJCE, 10 juillet 2008, aff. C-54/07), 108, 588
- Firma Molkerei* (CJCE, 3 avril 1968, aff. 28/67), 516
- FMC* (CJCE, 8 février 1996, aff. C-212/94), 181
- Foglia c. Novello* (CJCE, 11 mars 1980, aff. 104/79), 485
- Ford of Europe Incorporated c. Commission* (CJCE, 28 février 1984, aff. jtes 228/82 et 229/92), 592
- France c. Royaume-Uni* (CJCE, 4 octobre 1979, aff. 141/78), 538
- Francovich et Bonifaci* (CJCE, 19 novembre 1991, aff. jtes C-6/90 et C-9/90), 37, 332
- Fred Olsen SA c. Commission* (TPICE, 15 juin 2005, aff. T-17/02), 546
- Freie Hansestadt Bremen* (CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-214/06), 417
- Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 4 février 1959, aff. 1/58), 604
- Frigerio Luigi* (CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-357/06), 326
- Futura Participations SA et Singer* (CJCE, 15 mai 1997, aff. C-250/95, Rec. p. I-2471), 232
- Garcia Avello* (CJCE 2 octobre 2003, aff. C-148/02), 148, 180, 392, 482
- General Motors BV c. Commission* (CJCE, 6 avril 2006, aff. C-551/03 P), 323
- Gerard van der Wal* (TPICE, 19 mars 1998, aff. T-83/96), 45
- Gourmet International Products AB* (CJCE, 8 mars 2001, aff. C-405/98), 479
- Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon* (CJCE, 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06), 483
- Gouvernement français c. Commission* (CJCE, 7 février 1979, aff. jtes 15 et 16/76), 352, 353
- Gözütok et Brügge* (CJCE, 11 février 2003, aff. jtes C-187/01 et C-385/01), 283
- Grèce c. Commission* (CJCE, 19 mars 1991, aff. C-32/89), 370
- Grèce c. Commission* (CJCE, 20 mai 1992, aff. C-385/89), 370
- Grèce c. Commission* (CJCE, 9 janvier 2003, aff. C-157/00), 538
- Grèce c. Commission* (CJCE, 9 septembre 2004, aff. C-332/01), 370

- Greenham et Abel* (CJCE, 5 février 2004, aff. C-95/01), 172, 173
- Grunkin et Paul* (CJCE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06), 392
- Guerrino Casati* (CJCE, 11 novembre 1981, aff. 203/80), 68, 76, 118
- Guimont* (CJCE, 5 décembre 2000, aff. C-448/98), 481, 484
- Günther Henck* (CJCE, 14 juillet 1971, aff. 12/71), 510
- Gustav Schneider* (CJCE, 5 février 2004, aff. C-380/01), 589
- Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky* (CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-210/96), 369
- H. Steenhorst-Neerings* (CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-338/91), 416
- Haegeman* (CJCE, 30 avril 1974, aff. 181/73), 514
- Halliburton Services BV* (CJCE, 12 avril 1994, aff. C-1/93), 232
- Hans Just* (CJCE, 27 février 1980, aff. 68/79), 72, 155
- Hans Moser* (CJCE, 28 juin 1984, aff. 180/83), 480
- Hans Reisch et autres* (CJCE, 5 mars 2002, aff. jtes C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99), 135, 174, 306, 484
- Hans Sommer GmbH* (CJCE, 19 octobre 2000, aff. C-15/99), 363
- Harry Franzén* (CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-189/95), 126
- Hartmut Luhleisch c. Commission de la CEEA* (CJCE, 8 juillet 1965, aff. 68/63), 380
- Hedley Lomas* (CJCE, 23 mai 1996, aff. C-5/94), 157, 333
- Hein Persche* (CJCE, gd. ch., 27 janvier 2009, aff. C-318/07), 153, 154
- Heinrich Bauer Verlag* (CJCE, 2 octobre 2008, aff. C-360/06), 153
- Heinrich Schulze GmbH* (CJCE, 9 novembre 2006, aff. C-120/05), 312, 313, 548, 549, 550
- Henri Maurissen c. Cour des comptes* (CJCE, 11 mai 1989, aff. jtes 193 et 194/87), 568, 569, 570
- Hermann Schröder* (CJCE, 11 juillet 1989, aff. 265/87), 108
- Heylens* (CJCE, 15 octobre 1987, aff. 222/86), 309
- Hilde Schönheit* (CJCE, 23 octobre 2003, aff. jtes C-4/02 et C-5/02), 589
- Hilti AG c. Commission* (CJCE, 2 mars 1994, aff. C-53/92 P), 323
- Hoechst AG c. Commission* (CJCE, 8 juillet 1999, C-227/92 P), 546
- Hoechst AG. c. Commission* (CJCE, 21 septembre 1989, aff. jtes 46/87 et 227/88), 265, 267
- Hoffmann-La Roche c. Commission* (CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76), 263
- Hüls c. Commission* (CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92), 67
- Iannelli & Volpi SpA* (CJCE, 22 mars 1977, aff. 74/76), 118

- ICI c. Commission* (CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69), 373, 453
- Iida* (CJUE, 8 novembre 2012, aff. C-40/11), 140, 180, 482
- ILFO c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 28 avril 1966, aff. 51/65), 546
- Ilumitrónica* (CJCE, 14 novembre 2002, aff. C-251/00), 359, 363
- Industrias Químicas del Vallés SA c. Commission* (CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-326/05 P), 323, 324
- Intelligente Systemen c. Commission* (CJCE, 20 février 1997, aff. C-114/94), 511
- International Business Machines Corporation c. Commission* (CJCE, 11 novembre 1981, aff. 60/81), 264
- International Fruit* (CJCE, 15 décembre 1971, aff. jtes 51 à 54/71), 125, 126
- International Mail Spain* (CJCE, 15 novembre 2007, aff. C-162/06), 173
- Internationale Handelsgesellschaft* (CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70), 65
- Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG c. Communauté Économique européenne* (CJCE, 6 octobre 1982, aff. 261/78), 575
- Interquell Stärke-Chemie GmbH & Co. KG et Diamalt AG c. Conseil et Commission* (CJCE, 4 octobre 1979, aff. jtes 261 et 262/78), 574
- Intervention Board for Agricultural Produce* (CJCE, 12 décembre 1996, aff. C-241/95), 388
- Ireks-Arkady GmbH c. Conseil et Commission* (CJCE, 4 octobre 1979, aff. 238/78), 574
- Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission* (CJCE, 6 mars 1974, aff. jtes 6 et 7/73), 560
- Italie c. Commission* (CJCE, 19 février 1991, aff. C-281/89), 179, 418
- Italie c. Commission* (CJCE, 6 octobre 1993, aff. C-55/91), 370
- Italie c. Commission* (CJCE, 9 janvier 2003, aff. C-177/00), 397
- Italie c. Commission* (TPICE, 12 décembre 2007, aff. T-308/05), 538
- Jacobus Philippus van Tiggele* (CJCE, 24 janvier 1978, aff. 82/77), 126
- Jacques de Cavel* (CJCE, 27 mars 1979, aff. 143/78), 218
- Jakob Handte* (CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91), 388
- Jana Pereničová et Vladislav Perenič* (CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10), 427, 520
- Jean Monteil et Daniel Samanni* (CJCE, 21 mars 1991, aff. C-60/89), 175
- Jean Noël Royer* (CJCE, 8 avril 1976, aff. 48/75), 122, 136, 138
- Jean Reyners* (CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74), 118
- Jean Thieffry* (CJCE, 28 avril 1977, aff. 71/76), 159

- Jean-Claude Arblade* (CJCE, 23 novembre 1999, aff. jtes C-369/96 et C-376/96), 142
- Jean-Marie Delattre* (CJCE, 21 mars 1991, aff. C-369/88), 175
- Jeroen Van Schijndel* (CJCE, 14 décembre 1995, aff. jtes C-430/93 et C-431/93), 75, 517, 519, 549
- Jia* (CJCE, 9 janvier 2007, aff. C-1/05), 140
- Joachim Steffensen* (CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01), 55, 64, 66, 304, 312, 315, 316, 515, 552
- John Greenham et Léonard Abel* (CJCE, 5 février 2004, aff. C-95/01), 129
- John O'Flynn* (CJCE, 23 mai 1996, aff. C-237/94), 370, 426, 497
- Johnston* (CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84), 37, 75, 308, 309, 312, 587
- Jose Maria Sison c. Conseil* (CJCE, 1^{er} février 2007, aff. C-266/05 P), 424
- Josef Corsten* (CJCE, 3 octobre 2000, aff. C-58/98), 120, 131
- Kapniki Michailidis* (CJCE, 21 septembre 2000, aff. jtes C-441/98 et C-442/98), 123
- Kari Uecker et Vera Jacquet* (CJCE, 5 juin 1997, aff. jtes C-64/96 et C-65/96), 52, 118, 136, 137
- Kaur* (CJCE, 20 février 2001, aff. C-192/99), 479
- Keck et Mithouard* (CJCE, 23 novembre 1993, aff. jtes C-267/91 et C-268/91), 122, 171
- Klaus Konle* (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-302/97), 134
- Knauf Gips KG c. Commission* (CJCE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-407/08 P), 318
- Knoors* (CJCE, 7 février 1979, aff. 115/78), 172
- Köbler* (CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01), 38, 333, 334, 336, 419
- Koldo Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlement* (CJCE, 19 février 2009, aff. C-308/07 P), 553
- Kolpinghuis Nijmegen BV* (CJCE, 8 octobre 1987, aff. 80/86), 329
- Konstantinidis* (CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91), 392
- Konstantinos Adeneler* (CJCE, gd. ch., 4 juillet 2006, aff. C-212/04), 55, 326
- Kremzow c. Autriche* (CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95), 553
- Küçükdeveci* (CJUE, 19 janvier 2010, aff. C-555/07), 306
- Kühne & Heitz* (CJCE, 13 janvier 2004, aff. C-453/00), 418
- Laboratoires Boiron SA* (CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-526/04), 72, 75, 312, 498, 549, 560
- Laboratoires Fournier* (CJCE, 10 mai 2005, aff. C-39/04), 148, 154, 160

- Land Oberösterreich c. Commission* (CJCE, 13 septembre 2007, aff. C-439/05 P et C-454/05 P), 167, 168
- Land Oberösterreich c. Commission* (TPICE, 5 octobre 2005, aff. jtes T-366/03 et T-235/04), 167, 168
- Lars Bo Rasmussen c. Commission* (CJCE, 23 janvier 1986, aff. 173/84), 444
- Larsy* (CJCE, 28 juin 2001, aff. C-118/00), 333
- Lawrie-Blum* (CJCE, 3 juillet 1986, aff. 66/85), 119
- Lenz c. Commission* (CJCE, ord., 28 novembre 1996, aff. C-277/95 P), 418
- Léon Van Parys* (CJCE, 1^{er} mars 2005, aff. C-377/02), 516
- Leroy c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 5 décembre 1963, aff. jtes 35/62 et 16/63), 495
- Les Fils de Jules Bianco SA* (CJCE, 25 février 1988, aff. jtes 331/85, 376/85 et 378/85), 73, 74, 75, 148, 332, 504
- Les Sieurs Bouhelier et autres* (CJCE, 3 février 1977, aff. 53/76), 128
- Leussink-Brummelhuis c. Commission* (CJCE, 8 octobre 1986, aff. jtes 169/83 et 136/84), 301
- Limburgse Vinyl c. Commission* (CJCE, 15 octobre 2002, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P), 441
- Lippens* (CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-170/11), 243, 244
- Lorenz* (CJCE, 11 décembre 1973, aff. 120/73), 420
- Lourenço Dias* (CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-343/90), 486
- Lucchini* (CJCE, gd. ch., 18 juillet 2007, aff. C-119/05), 419, 420, 421
- Ludwig Leichtle* (CJCE, 18 mars 2004, aff. C-8/02), 173
- Luisi et Carbone* (CJCE, 31 janvier 1984, aff. jtes 286/82 et 26/83), 119
- Luxembourg c. Commission* (CJCE, 12 juillet 1984, aff. 49/83), 368
- Luxembourg c. Linster* (CJCE, 19 septembre 2000, aff. C-287/98), 491
- Lynne Watson* (CJCE, 7 juillet 1976, aff. 118/75), 118
- M c. EMEA* (CJCE, 17 décembre 2009, aff. C-197/09 RX-II), 553
- Macarthys* (CJCE, 27 mars 1980, aff. 129/79), 91, 495
- Manfred Säger* (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-76/90), 130, 131
- Margarethe Ospelt* (CJCE, 23 septembre 2003, aff. C-452/01), 134
- Maria Geurts* (CJCE, 25 octobre 2007, aff. C-464/05), 153
- Maria Pupino* (CJCE, gd. ch., 16 juin 2005, aff. C-105/03), 209, 326, 327, 329, 433, 553
- Mario Reichert* (CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90), 220
- Marleasing* (CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89), 326

- Mary Carpenter* (CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-60/00), 118, 140
- Mary Murphy* (CJCE, 4 février 1988, aff. 157/86), 326
- McCarthy* (CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09), 140, 141, 180, 482
- Mecanarte* (CJCE, 27 juin 1991, aff. C-348/89), 364
- Melki et Abdeli* (CJUE, gd. ch., 22 juin 2010, aff. jtes C-188 et C-189/10), 306
- Met-Trans et Sagpol* (CJCE, 23 mars 2000, aff. jtes C-310/98 et C-406/98), 55, 70, 71, 90, 311, 386
- Migrationsverket* (CJCE, 29 janvier 2009, aff. C-19/08), 45
- Milan Kyrian* (CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-233/08), 233
- Miranda Mirosevich c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 12 décembre 1956, aff. 10/55), 379, 591
- Mlle B c. Commission* (CJCE, 2 octobre 1979, aff. 152/77), 394
- Mme Leda De Bruyn c. Assemblée parlementaire européenne* (CJCE, 1^{er} mars 1962, aff. 25/60), 577
- Monsanto Agricoltura Italia* (CJCE, 9 septembre 2003, aff. C-236/01), 169, 174
- MRAX* (CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-459/99), 140
- Mund & Fester* (CJCE, 10 février 1994, aff. C-398/92), 213
- Nachi Fujikoshi Corporation et autres c. Conseil* (CJCE, ord. prés., 9 novembre 1977, aff. 121/77 R), 572
- Nadine Paquay* (CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-460/06), 108, 588
- National Farmers' Union* (CJCE, 5 mai 1998, aff. C-157/96), 174
- National Panasonic c. Commission* (CJCE, 26 juin 1980, aff. 136/79), 263
- Nikolaos Athanasopoulos* (CJCE, 11 juin 1991, aff. C-251/89), 151, 229
- Norbrook Laboratories Ltd* (CJCE, 2 avril 1998, aff. C-127/95), 333
- NTN TOYO Bearing c. Conseil* (CJCE, ord. prés., 14 octobre 1977, aff. 113/77 R et 113/77 R-INT), 572
- Nutral SpA c. Commission* (CJCE, 23 novembre 1995, aff. C-476/93 P), 296
- Nutral SpA c. Commission* (TPICE, ord., 21 octobre 1993, aff. T-492/93 et T-492/93 R), 296
- O. et S.* (CJUE, 6 décembre 2012, aff. jtes C-356/11 et C-357/11), 140, 180, 482
- Océano Grupo* (CJCE, 27 juin 2000, aff. jtes C-240/98 à C-244/98), 88, 326, 427, 519, 520
- Oleificio Borelli SpA c. Commission* (CJCE, 3 décembre 1992, aff. C-97/91), 294

- Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres* (CJCE, gd. ch., 26 juin 2007, aff. C-305/05), 431
- Orkem c. Commission* (CJCE, 18 octobre 1989, aff. 374/87), 268, 554
- Panagiotis Giagounidis* (CJCE, 5 mars 1991, aff. C-376/89), 138, 139
- Pannon* (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08), 427, 519
- Papierfabrik August Koehler AG et a. c. Commission* (CJCE, 3 septembre 2009, aff. jtes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P), 321
- Parlement c. Conseil* (CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-295/90), 100
- Parlement c. le Conseil et Commission* (CJCE, gd. ch., 30 mai 2006, aff. jtes C-317/04 et C-318/04), 271
- Pascoal* (CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-97/95), 352, 356, 357, 358, 543
- Passenheim-van Schoot* (CJCE, 11 juin 2009, aff. jtes C-155/08 et C-157/08), 230
- Patrizia Fonti c. Parlement* (CJCE, 22 mai 1980, aff. 142/79), 444
- Paul Craeynest* (CJCE, 22 octobre 1970, aff. 12/70), 84, 352, 353
- Paul Dairy* (CJCE, 28 avril 2005, aff. C-104/03), 218
- Paul der Weduwe* (CJCE, 10 décembre 2002, aff. C-153/00), 423
- Pauls Agriculture Limited c. Conseil et Commission* (CJCE, 18 mai 1983, aff. 256/81), 575
- Pays-Bas c. Commission* (CJCE, 10 novembre 1993, aff. C-48/91), 394
- Pays-Bas c. Commission* (CJCE, 13 juin 2002, aff. C-382/99), 506
- Pays-Bas c. Commission* (CJCE, 6 mars 2001, aff. C-278/98), 538
- Pays-Bas c. Commission* (CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-293/00), 538
- Pays-Bas c. Commission* (CJCE, 6 novembre 2008, aff. C-405/07 P), 167, 169
- Pays-Bas c. Commission* (TPICE, 27 juin 2007, aff. T-182/07), 167, 169
- Pays-Bas c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 21 mars 1955, aff. 6/54), 591
- Peter Pflücke* (CJCE, 18 septembre 2003, aff. C-125/01), 76, 415
- Peterbroeck* (CJCE, 14 décembre 1995, aff. C-312/93), 75, 311, 517, 518, 519, 549
- Pierre Guillot c. Commission* (CJCE, 7 juillet 1977, aff. 43/74), 604
- Pissouri Ltd et autres* (CJCE, 5 juillet 1994, aff. C-432/92), 352, 354, 401
- Pistre* (CJCE, 7 mai 1997, aff. jtes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94), 172, 481, 483
- PKK et KNK c. Conseil* (CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-229/05 P), 323, 324, 458
- Pohotovosť s.r.o.* (CJUE, (ord.), 16 novembre 2010, aff. C-76/10), 427, 519
- Portugalia Construção* (CJCE, 24 janvier 2002, aff. C-164/99), 143
- Portugal c. Conseil* (CJCE, 23 novembre 1999, aff. C-149/96), 516

- Pretore di Salo c. X* (CJCE, 11 juin 1987, aff. 14/86), 329
- Procédure pénale c. X* (CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-60/02), 329
- ProRail BV* (CJUE, 21 février 2013, aff. C-332/11), 245
- Quirino Mazzalai* (CJCE, 20 mai 1976, aff. 111/75), 326
- Raphael de Dapper c. Parlement* (CJCE, 23 janvier 1975, aff. 29/74), 443
- Regina* (CJCE, 14 décembre 1979, aff. 34/79), 161
- Reiner Woltmann* (CJCE, 25 février 1999, aff. C-86/97), 361
- Reinhard Gebhard* (CJCE, 30 novembre 1995, aff. C-55/94), 130
- Reinhold Ruffer* (CJCE, 16 décembre 1980, aff. 814/79), 213
- Rewe* (CJCE, 16 décembre 1976, aff. 33/76), 36, 55, 73, 105, 416
- Rewe* (CJCE, 7 juillet 1981, aff. 158/80), 36
- Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)* (CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78), 125, 159, 162
- Reynolds Tobacco e.a. c. Commission* (CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-131/03 P), 297, 299, 301
- Rheinmühlen* (CJCE, 27 octobre 1971, aff. 6/71), 71
- Richard Hamill c. Commission* (CJCE, 5 octobre 1988, aff. 180/87), 281
- Ringelhan* (CJCE, 6 novembre 1984, aff. 177/83), 162
- Robert Unkel* (CJCE, 22 janvier 1975, aff. 55/74), 392
- Roquette Frères* (CJCE, 22 octobre 2002, aff. C-94/00), 267, 279, 316
- Rosalba Palmisani* (CJCE, 10 juillet 1997, aff. C-261/95), 73, 311, 416
- Rosmarie Kapferer* (CJCE, 16 mars 2006, aff. C-234/04), 419
- Royaume-Uni et Irlande c. Commission* (CJCE, 24 mars 1988, aff. 347/88), 368, 601
- Royaume-Uni et Irlande c. Conseil* (CJCE, 12 novembre 1996, aff. C-84/94), 110
- Royaume-Uni et Irlande c. Conseil* (CJCE, 19 novembre 1998, aff. C-150/94), 109
- Rudolf Gabriel* (CJCE, 12 juillet 2002, aff. C-96/00), 388
- Rudy Grzelczyk* (CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99), 138
- Rush Portuguesa* (CJCE, 27 mars 1990, aff. C-113/89), 142
- Rutili* (CJCE, 28 octobre 1975, aff. 36/75), 173
- S. c. Commission* (CJCE, ord. Prés., 31 juillet 1989, aff. C-206/89 R), 564
- S.P.C.M.* (CJCE, gd. ch., 7 juillet 2009, aff. C-558/07), 576
- SA française des matières colorantes (Francolor) c. Commission* (CJCE, 14 juillet 1972, aff. 54/69), 463, 500

- SA Musique Diffusion française et autres c. Commission* (CJCE, 7 juin 1983, aff. jtes 100 à 103/80), 460
- SA Roquette Frères c. Conseil* (CJCE, 29 octobre 1980, aff. 138/79), 286
- Sabine von Colson* (CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83), 76, 326
- Salah Oulane* (CJCE, 17 février 2005, aff. C-215/03), 138, 139
- Salgoil* (CJCE, 19 décembre 1968, aff. 13/68), 310, 485
- Salomone Haim* (CJCE, 4 juillet 2000, aff. C-424/97), 333
- Salvatore Belfiore c. Commission* (CJCE, 5 juin 1980, aff. 108/79), 569
- Salzgitter AG c. Commission* (CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-182/99), 546
- San Giorgio* (CJCE, 9 novembre 1983, aff. 199/82), 34, 64, 72, 73, 74, 75, 123, 147, 155, 327, 332, 504, 587
- Sandro Galotti et al.*, aff. jtes (CJCE, 12 septembre 1996, C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 et C-157/95), 486
- Santex Spa* (CJCE, 27 février 2003, aff. C-327/00), 416, 417, 520
- Sanz de Lera* (CJCE, 14 décembre 1995, aff. jtes C-163/94, C-165/94 et C-250/94), 149
- Sario c. Commission* (CJCE, 16 novembre 2000, aff. C-291/98 P), 93
- Sayn-Wittgenstein* (CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09), 392
- Schiavon Silvano* (CJCE, 18 mai 2000, aff. C-230/98), 353, 354
- Schneider* (CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08), 427, 519, 589
- SCPA et EMC c. Commission* (CJCE, 31 mars 1998, aff. jtes C-68/94 et C-30/95), 596
- SECAP* (CJCE, 15 mai 2008, aff. jtes C-147/06 et C-148/06), 483, 491
- Serrantoni Srl* (CJUE, 29 décembre 2009, aff. C-376/08), 483, 491
- SFEI* (CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94), 420
- Shirley Preston* (CJCE, 16 mai 2000, aff. C-78/98), 73, 74
- Simet c. Commission* (CJCE, 16 mars 1971, aff. 67/69), 601
- Simmenthal* (CJCE, 15 décembre 1976, aff. 35/76), 310, 485
- Simmenthal* (CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77), 64, 310
- Singer* (CJCE, 15 mai 1997, aff. C-250/95), 160, 232
- Singer* (CJCE, 9 décembre 1965, aff. 44/65), 136
- Singh* (CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-370/90), 140
- Skatterverket* (CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-101/05), 155
- Sniace SA* (CJCE, 22 novembre 2007, aff. C-260/05 P), 314
- SNUPAT* (CJCE, 22 mars 1961, aff. jtes 42 et 49/59), 62, 530, 577
- Società italiana petroli SpA* (CJCE, 17 décembre 1998, aff. C-2/97), 111

- Société des Aciéries du Temple c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 13 juillet 1965, aff. 39/64), 444
- Société des fonderies de Pont-à-Mousson c. Haute Autorité CECA* (CJCE, 17 décembre 1959, aff. 14/59), 604
- Société Roquette Frères c. Commission* (CJCE, 21 mai 1976, aff. 26/74), 573
- Société Technique Minière* (CJCE, 30 juin 1966, aff. 56/65), 510
- Somaco SARL c. Commission* (CJCE, 7 mai 1998, aff. C-401/96 P), 574
- Sotgiu* (CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73), 119, 369
- SpA Marimex* (CJCE, 7 mars 1972, aff. 84/72), 310
- SpA Unil-It* (CJCE, 18 novembre 1975, aff. 30/75), 85, 355
- Spyridoula Celia Alexopoulou c. Commission* (CJCE, 1er juillet 1999, aff. C-155/98 P), 411
- Stadtgemeinde Frohnleiten* (CJCE, 8 novembre 2007, aff. C-221/06), 148, 149, 154
- Stanley George Adams c. Commission* (CJCE, 7 novembre 1985, aff. 145/83), 281
- Stefan Krawczynski c. Commission de la CEEA* (CJCE, 8 juillet 1965, aff. 83/63), 379
- Stockholm Lindöpark* (CJCE, 18 janvier 2001, aff. C-150/99), 333
- Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Commission* (CJCE, 16 novembre 2000, aff. C-286/98 P), 455
- Suiker Unie c. Commission* (CJCE, 16 décembre 1975, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73), 386, 460, 592, 610
- Susanna Brunnhofer* (CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99), 108, 502, 588
- Svensson et Gustavsson* (CJCE, 14 novembre 1995, aff. C-484/93), 159
- Syndicat français de l'Express international c. Commission* (CJCE, 16 juin 1994, aff. C-39/93 P), 289
- Tedeschi* (CJCE, 5 octobre 1977, aff. 5/77), 163, 485
- Telemarsicabruzzo* (CJCE, 26 janvier 1993, aff. jtes C-320/90 à C-322/90), 486
- Teleos e.a.* (CJCE, 27 septembre 2007, aff. C-409/04), 119, 447, 448, 449, 542, 543
- Teresa Banner c. Parlement* (CJCE, 25 février 1987, aff. C-52/86), 576
- Teresita Porta c. Commission* (CJCE, 1er juillet 1982, aff. 109/81), 512
- Tessili* (CJCE, 6 octobre 1976, aff. 12/76), 213
- The Queen c. Ministry of Agriculture* (CJCE, 5 mai 1998, aff. C-157/96), 109
- Theresa Emmott* (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90), 415

- T-Mobile Netherlands BV* (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08), 96, 507, 508, 521, 599
- Tomasz Rubach* (CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-344/08), 55, 71, 349
- Torfaen Borough Council* (CJCE, 23 novembre 1989, aff. 145/88), 160
- Traghetti del Mediterraneo* (CJCE, 13 juin 2006, aff. C-173/03), 74, 333, 334, 335
- Trend-Moden* (CJCE, 7 mars 1990, aff. C-117/88), 82, 83, 84, 353
- Twoh International* (CJCE, 27 septembre 2007, aff. C-184/05), 181, 233, 448, 542
- Ufex c. Commission* (CJCE, 4 mars 1999, aff. C-119/97 P), 611
- Ulf Öberg* (CJCE, 16 février 2006, aff. C-185/04), 173
- Unger* (CJCE, 19 mars 1964, aff. 75/63), 136
- Unibet* (CJCE, 13 mars 2007, aff. C-432/05), 549
- Unilever* (CJCE, 28 janvier 1999, aff. C-77/97), 153
- Uniplex* (CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-406/08), 416
- United Brands Company c. Commission* (CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76), 604
- Universale-Bau AG* (CJCE, 12 décembre 2002, aff. C-470/99), 416, 417
- Usinor et Sacilor c. Commission* (CJCE, ord., 28 janvier 1987, aff. 171/86), 546
- Van Bennekom* (CJCE, 30 novembre 1983, aff. 227/82), 173
- Van Binsbergen* (CJCE, 3 décembre 1974, aff. 33/74), 118
- Van der Weerd e.a* (CJCE, 7 juin 2007, aff. jtes C-222/05 à C-225/05), 311
- Van Doren* (CJCE, 8 avril 2003, aff. C-244/00), 493
- Van Duyn* (CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74), 161
- Van Gend en Loos* (CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62), 21, 36
- Vander Elst* (CJCE, 9 août 1994, aff. C-43/93), 142
- Vardyn et Wardyn* (CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09), 392
- Varec SA* (CJCE, 14 février 2008, aff. C-450/06), 428, 429
- Vasiliki Nikoloudi* (CJCE, 10 mars 2005, aff. C-196/02), 108, 588
- Vereniging c. Commission* (CJCE, 17 janvier 1984, aff. jtes 43/82 et 63/82), 377
- Verholen* (CJCE, 11 juillet 1991, aff. jtes C-87/90, C-88/90, C-89/90), 517
- Vidranyi c. Commission* (CJCE, 1^{er} octobre 1991, aff. C-283/90 P), 319, 322
- Volker Sonntag* (CJCE, 21 avril 1993, aff. C-172/91), 213, 214
- W. N.* (CJCE, 13 avril 2000, aff. C-420/98), 231
- Weddel & Co. BV c. Commission* (CJCE, 18 février 1992, aff. C-54/90), 552
- Weddel c. Commission* (CJCE, 18 février 1992, aff. C-54/90), 378
- Woningstichting Sint Servatius* (CJCE, 1^{er} octobre 2009, aff. C-567/07), 134

Wood Floor Solutions (CJUE, 11 mars 2010, aff. C-19/09), 606
Ymeraga et autres (CJUE, 8 mai 2013, aff. C-87/12), 140, 180, 482
Ypourgos Ergasias (CJCE, 5 juin 1997, aff. C-398/95), 172
Zambrano (CJUE, gd. ch., 8 mars 2011, aff. C-34/09), 140, 141, 180, 482
Zhu et Chen (CJCE, ass. plén., 19 octobre 2004, aff. C-200/02), 140, 180, 482
Zino Davidoff et Levi Strauss (CJCE, 20 novembre 2001, aff. jtes C-414/99 à C-416/99), 492

Tribunal de l'Union

AC-Treuhand c. Commission (TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-99/04), 267
ADT c. Commission (TPICE, 24 février 2000, aff. T-145/98), 396
Agraz, SA et autres c. Commission (TPICE, 17 mars 2005, aff. T-285/03), 574
Air France c. Commission (TPICE, 24 mars 1994, aff. T-3/93), 443
Airtours plc c. Commission (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99), 374
AKT c. Commission (TPICE, 12 décembre 1996, aff. T-380/94), 389
Akzo Nobel c. Commission (TPICE, 17 septembre 2007, aff. jtes T-125/03 et T-253/03), 46, 426
Aldo Kuijter c. Conseil (TPICE, 7 février 2002, aff. T-211/00), 502, 503
Alessandro Albani c. Commission (TPICE, 12 juillet 1990, aff. T-35/89), 380
Alfonsius Alferink et autres c. Commission (TPICE, 26 juin 2008, aff. T-94/98), 574
Ali Yusuf et Al Barakaat c. Conseil et Commission (TPICE, 21 septembre 2005, aff. T-306/01), 423, 515
Anthony Gooch c. Commission (TPICE, 5 décembre 2000, aff. T-197/99), 578
Antillean Rice Mills NV c. Commission (TPICE, 14 septembre 1995, aff. jtes T-480/93 et T-483/93), 389
Antonello Violetti et Nadine Schmit (Trib. UE, 20 mai 2010, aff. T-261/09 P), 297, 431
Armin Petrich c. Commission (TPICE, 25 mars 2004, aff. T-145/02), 443
Atlantic Container Line AB et autres c. Commission (TPICE, 28 février 2002, aff. T-395/94), 411
Atlantic Container Line AB et autres c. Commission (TPICE, 30 septembre 2003, aff. jtes T-191/98, T-212/98 à T-214/98), 603
Atochem SA c. Commission (TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-3/89), 389
Automec Srl c. Commission (TPICE, 10 juillet 1990, aff. T-64/89), 288, 289
BASF AG c. Commission (TPICE, 17 décembre 1991, aff. T-4/89), 389, 485

- Bayer AG c. Commission* (TPICE, 21 mai 1991, aff. T-12/90), 388
- BIC SA c. OHMI* (TPICE, 15 décembre 2005, aff. T-262/04), 395, 397
- Bolloré SA et autres c. Commission* (TPICE, 26 avril 2007, aff. jtes T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 et T-136/02), 455
- Brink's Security Luxembourg SA c. Commission* (TPICE, 9 septembre 2009, aff. T-437/05), 411
- British Airways plc c. Commission* (TPICE, 17 décembre 2003, aff. T-219/99), 371
- Bureau européen des unions des consommateurs et National Consumer Council c. Commission* (TPICE, 18 mai 1994, aff. T-37/92), 288
- C.A.S. SpA c. Commission* (TPICE, 6 février 2007, aff. T-23/03), 362
- Cableuropa SA et autres c. Commission* (TPICE, 30 septembre 2003, aff. jtes T-346/02 et T-347/02), 411
- Camar srl et Tico srl c. Commission* (TPICE, 8 juin 2000, aff. jtes T-79/96, T-260/97 et T-117/98), 300
- Carmela Lo Giudice c. Commission* (TPICE, 27 octobre 2007, aff. T-154/05), 502
- CAS SpA c. Commission* (TPICE, 6 février 2007, aff. T-23/03), 440
- Casariago c. Commission* (TPICE, 20 mars 1991, aff. T-1/90), 568, 569
- Cascades SA c. Commission* (TPICE, 14 mai 1998, aff. T-308/94), 544
- Casper Koelman c. Commission* (TPICE, 9 janvier 1996, aff. T-575/93), 389, 573
- Centro Studi Antonio Manieri Srl c. Conseil* (TPICE, 28 janvier 2009, aff. T-125/06), 441
- Chafiq Ayadi c. Conseil* (TPICE, 12 juillet 2006, aff. T-253/02), 423
- Chiquita Brands International c. Commission* (TPICE, 3 février 2005, aff. T-19/01), 443
- Chiquita Brands International et al. c. Commission* (TPICE, 3 février 2005, aff. T-19/01), 409
- Claude Ruiz-Picasso et autres c. OHMI* (TPICE, 22 juin 2004, aff. T-185/02), 501, 502
- Cockerill-Sambre SA c. Commission* (TPICE, 6 avril 1995, aff. T-144/89), 462
- Cristiano Sebastiani c. Commission* (TPICE, 15 novembre 2001, aff. T-194/99), 395
- Dalmine c. Commission* (TPICE, 8 juillet 2004, aff. T-50/00), 60, 278, 385, 390
- Degussa AG c. Commission* (TPICE, 5 avril 2006, aff. T-279/02), 576

- Deltafina SpA c. Commission* (Trib. UE, 8 septembre 2010, aff. T-29/05), 319
- Díaz García c. Parlement* (TPICE, 18 décembre 1992, aff. T-43/90), 491
- Donatella Ineichein c. Commission* (TPICE, (juge unique), 5 mars 2003, aff. T-293/01), 409
- Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Conseil et Commission* (TPICE, 28 avril 1998, aff. T-184/95), 574
- Dunlop Slazenger International Ltd c. Commission* (TPICE, 7 juillet 1994, aff. T-43/92), 460
- EasyJet c. Commission* (TPICE, 4 juillet 2006, aff. T-177/04), 458
- EDP c. Commission* (TPICE, 21 septembre 2005, aff. T-87/05), 458
- EFMA c. Conseil et Commission* (TPICE, 17 décembre 1997, aff. T-121/95), 439
- Elf Aquitaine SA c. Commission* (TPICE, 30 septembre 2009, aff. T-174/05), 375, 454
- EMC Development AB c. Commission* (Trib. UE, 12 mai 2010, aff. T-432/05), 289
- Enso-Gutzeit OY c. Commission* (TPICE, 14 mai 1998, aff. T-337/94), 461
- Estonie c. Commission* (TPICE, 2 octobre 2009, aff. T-324/05), 368
- Europa Carton AG c. Commission* (TPICE, 14 mai 1998, aff. T-304/94), 461
- Fiatagri UK Ltd c. Commission* (TPICE, 27 octobre 1994, aff. T-34/92), 442
- Finn Nielsen et Pia Møller c. Comité économique et social* (TPICE, 28 septembre 1993, aff. T-84/92), 410
- Firma Léon Van Parys NV* (Trib. UE, 19 mars 2013, aff. T-324/10), 363, 364
- France Télécom c. Commission* (TPICE, 8 mars 2007, aff. T-340/04), 267, 279
- France Télécom SA c. Commission* (TPICE, 8 mars 2007, aff. T-339/04), 576
- Francesco Bligny c. Commission* (TPICE, (ord.), 10 juin 2008, aff. T-127/07 P), 323
- Frédéric Daffix c. Commission* (TPICE, 18 décembre 1997, aff. T-12/94), 380
- Frédéric Daffix c. Commission* (TPICE, 28 mars 1995, aff. T-12/94), 380
- GAL Penisola Sorrentina c. Commission* (TPICE, (ord.), 13 avril 2000, aff. T-263/97), 570
- General Electric Company c. Commission* (TPICE, 14 décembre 2005, aff. T-210/01), 371, 600
- Geologistics BV c. Commission* (TPICE, 27 septembre 2005, aff. T-26/03), 363, 364

- Glaverbel SA c. OHMI* (TPICE, 12 septembre 2007, aff. T-141/06), 452
- GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commission* (TPICE, 27 septembre 2006, aff. T-168/01), 465
- Groupe Danone c. Commission* (TPICE, 25 octobre 2005, aff. T-38/02), 395, 604
- Haladjian Frères SA c. Commission* (TPICE, 27 septembre 2006, aff. T-204/03), 546
- Helga Griesel c. Conseil* (TPICE, 13 juillet 2000, aff. T-157/99), 577
- Henri de Compte c. Parlement* (TPICE, 17 octobre 1991, aff. T-26/89), 545
- Henricus Nijman c. Commission* (TPICE, 25 septembre 1991, aff. T-36/89), 410
- Herlitz AG c. Commission* (TPICE, 14 juillet 1994, aff. T-66/92), 440
- Hervé Tromeur c. Conseil et Commission* (TPICE, 21 juin 2000, aff. T-537/93), 573, 574
- Hotel Cipriani SpA et autres c. Commission* (TPICE, 28 novembre 2008, aff. jtes T-254/00, T-270/00 et T-277/00), 536
- Imperial Chemical Industries plc c. Commission* (TPICE, 29 juin 1995, aff. T-36/91), 317, 439
- Irish Sugar plc c. Commission* (TPICE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97), 319
- Iserni Europa Srl c. Cour des comptes* (TPICE, 15 juin 1999, aff. T-277/97), 323
- Jégo-Quééré c. Commission* (TPICE, 3 mai 2002, aff. T-177/01), 286
- JFE Engeneering c. Commission* (TPICE, 8 juillet 2004, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00), 60, 610
- JFE Engineering Corp. et al. c. Commission* (TPICE, 8 juillet 2004, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00), 390, 463
- John Deere Ltd c. Commission* (TPICE, 27 octobre 1994, aff. T-35/92), 442
- José Luis Buendía Sierra c. Commission* (TPICE, 19 octobre 2006, aff. T-311/04), 383
- Jose Maria Sison c. Conseil* (TPICE, 26 avril 2005, aff. jtes T-110/03, T-150/03 et T-105/03), 423, 576
- Kadi c. Conseil et Commission* (TPICE, 21 septembre 2005, aff. T-315/01), 515
- L'Oréal SA c. OHMI* (TPICE, 25 mars 2009, aff. T-109/07), 404
- Lagardère SCA et Canal+ SA c. Commission* (TPICE, 20 novembre 2002, aff. T-251/00), 578
- Langnese Iglo GmbH c. Commission* (TPICE, 8 juin 1995, aff. T-7/93), 445

- Lefebvre frères et sœurs c. Commission* (TPICE, 14 septembre 1995, aff. T-571/93), 573
- Léon Rappe c. Commission* (TPICE, 5 octobre 2000, aff. T-202/99), 395, 397
- Lidl Stiftung & Co. KG c. OHMI* (TPICE, 7 juin 2005, aff. T-303/03), 397
- Limburgse Vinyl et autres c. Commission* (TPICE, 20 avril 1999, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94), 280, 317, 319, 452, 460, 500
- M. c. Cour de justice* (TPICE, 21 avril 2004, aff. T-172/01), 379, 409, 412
- Madeleine Amélie Le Goff et autres c. Conseil* (TPICE, 21 juin 2000, aff. T-429/93), 574
- Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission* (TPICE, 20 février 2001, aff. T-112/98), 543
- Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission* (TPICE, 8 juin 2004, aff. T-44/00), 442
- Mannesmannröhren-Werke c. Commission* (TPICE, 20 février 2001, aff. T-112/98), 268
- Max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commission* (TPICE, 30 janvier 2002, aff. T-54/99), 322
- Michael Hamilton Shaw et Timothy John Falla c. Commission* (TPICE, 21 mars 2002, aff. T-131/99), 389
- Minoan Lines c. Commission* (TPICE, 11 décembre 2003, aff. T-66/99), 267, 277
- Mme X. c. Commission* (TPICE, 25 novembre 1993, aff. jtes T- T-89/91, T-21/92 et T-89/92), 380
- Monique Negenman c. Commission* (TPICE, 10 mai 2007, aff. T-255/04), 574
- Nicolas Mergen c. Commission* (TPICE, 10 juillet 1992, aff. T-53/91), 444
- Olivier Chassagne c. Commission* (TPICE, 19 septembre 2008, aff. T-253/06 P), 323
- Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commission* (TPICE, 12 septembre 2007, aff. T-68/03), 536
- Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil* (TPICE, 12 décembre 2006, aff. T-228/02), 291, 292, 293, 431
- Orlando Lopes c. Cour de justice* (TPICE, 29 février 1996, aff. T-547/93), 445
- Paul F. Sens c. Commission* (TPICE, 10 mai 1990, aff. T-117/89), 60, 499, 560
- People's Mojahedin Organization of Iran c. Conseil* (TPICE, 23 octobre 2008, aff. T-256/07), 387, 564

- Peróxidos Orgánicos, SA c. Commission* (TPICE, 16 novembre 2006, aff. T-120/04), 543
- Petrofina SA c. Commission* (TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-2/89), 452, 601
- Petrolessence c. Commission* (TPICE, 3 avril 2003, aff. T-342/00), 458
- Rendo NV et al. c. Commission* (TPICE, 18 novembre 1992, aff. T-16/91), 288
- Rhône-Poulenc SA c. Commission* (TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-1/89), 601
- Rica Foods c. Commission* (TPICE, 14 novembre 2002, aff. jtes T-94/00, T-110/00 et T-159/00), 368
- Ryanair Holdings plc c. Commission* (Trib. UE, 16 juillet 2010, aff. T-342/07), 453
- SA Cimenteries CBR et al. c. Commission* (TPICE, 15 mars 2000, aff. jtes. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95), 397, 461
- Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke GmbH c. Commission* (TPICE, ord., 30 avril 2003, aff. T-167/01), 568
- SCK et FNK c. Commission* (TPICE, 22 octobre 1997, aff. T-213/95), 319, 320
- Sgaravatti Mediterranea Srl c. Commission* (TPICE, 26 septembre 2002, aff. T-199/99), 398
- Sniace, SA c. Commission* (TPICE, 14 avril 2005, aff. T-141/03), 568
- Società Italiana Vetro SpA c. Commission* (TPICE, 10 mars 1992, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89), 457, 461
- Société Générale c. Commission* (TPICE, 8 mars 1995, aff. T-34/93), 267
- Solvay SA c. Commission* (TPICE, 29 juin 1995, aff. T-30/91), 317, 318
- Sotralenz SA c. Commission* (TPICE, 6 avril 1995, aff. T-149/89), 451, 460, 462
- Starway SA c. Conseil* (TPICE, 26 septembre 2000, aff. T-80/97), 355, 603
- Stork Amsterdam BV c. Commission* (TPICE, 17 février 2000, aff. T-241/97), 288
- Sumitomo Chemical c. Commission* (TPICE, 6 octobre 2005, aff. T-22/02 et T-23/02), 67
- Susan Ryan-Sheridan* (TPICE, 15 février 1996, aff. T-589/93), 442

- T. Port GmbH & Co. KG c. Commission* (TPICE, 1^{er} février 2001, aff. T-1/99), 573, 574
- Technische Glaswerke c. Commission* (TPICE, ord. prés., 4 avril 2002, aff. T-198/01 R), 398
- Technische Unie BV c. Commission* (TPICE, 16 décembre 2003, aff. jtes T-5/00 et T-6/00), 320
- Télévision française 1 c. Commission* (TPICE, 3 juin 1999, aff. T-17/96), 288
- Tetra Laval BV c. Commission* (TPICE, 25 octobre 2002, aff. T-5/02), 374, 461
- Tokai Carbon Co c. Commission* (TPICE, 29 avril 2004, aff. T-236/01), 268
- Tréfilunion SA c. Commission* (TPICE, 6 avril 1995, aff. T-148/89), 462
- Vela Srl et Tecnagrind SL c. Commission* (TPICE, 7 novembre 2002, aff. jtes T- T-141/99, T-142/99, T-150/99 et T-151/99), 397
- Ventouris Group Enterprises SA c. Commission* (TPICE, 11 décembre 2003, aff. T-59/99), 277
- Vereniging Prodifarma e.a. c. Commission* (TPICE, 13 décembre 1990, aff. T-116/89), 288
- Vichy* (TPICE, 27 février 1992, aff. T-19/91), 439
- Volkswagen AG c. Commission* (TPICE, 15 décembre 1999, aff. jtes. T-132/96 et T-143/96), 323
- W c. Parlement* (TPICE, 25 mai 2004, aff. T-69/03), 447
- Westfalen Gassen Nederland BV c. Commission* (TPICE, 5 décembre 2006, aff. T-303/02), 409
- Yves Franchet et Daniel Byk c. Commission* (TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-48/05), 282, 300, 301, 316, 505

Tribunal de la Fonction publique

- Antonello Violetti et autres et Nadine Schmit c. Commission* (TFPUE, 28 avril 2009, aff. jtes F-5/05 et 7/05), 294
- Eric Avanzata c. Commission* (TFPUE, 5 novembre 2008, aff. F-48/06), 409
- Fries Guggenheim c. CEDEFOP* (TFPUE, 4 mai 2010, aff. F-49/09), 410
- Irène Bianchi c. ETF* (TFPUE, 28 juin 2007, aff. F-38/06), 443
- Luc Verheyden c. Commission* (TFUE, 28 avril 2009, aff. F-72/06), 294
- Peter Schönberger c. Parlement* (TFPUE, 11 février 2009, aff. F-07/08), 409
- Riccardo Achille Menghi c. ENISA* (TFPUE, 24 février 2010, aff. F-2/09), 412
- Thierry Nardin c. Parlement* (TFPUE, 9 juin 2009, aff. F-12/08), 410

Cour européenne des droits de l'homme

- Accardi e.a. c. Italie* (Cour EDH, 20 janvier 2005), 553
Aksoy (Eroglu) c. Turquie (Cour EDH, 31 octobre 2006), 432
Baumet c. France (Cour EDH, 24 juillet 2007), 432
Buck c. Allemagne (Cour EDH, 28 juillet 2005), 316
Crémeux c. France (Cour EDH, 25 février 1993), 316
Funke c. France (Cour EDH, 25 février 1993), 316
Mantovanelli c. France (Cour EDH, 18 mars 1997), 66, 315, 515
P.S. c. Allemagne (Cour EDH, 20 décembre 2001), 553
Rachdad c. France (Cour EDH, 13 février 2004), 553
S.N. c. Suède (Cour EDH, 2 juillet 2002), 553
Taxquet c. Belgique (Cour EDH, 13 janvier 2009), 611
Taxquet c. Belgique (Cour EDH, gd. ch., 16 novembre 2010), 611

Juridictions nationales

Juridictions administratives

- AFRPN du Bas-Rhin* (TA de Strasbourg, 19 mai 1993), 524
APLERMNC et autres (CE, 16 février 2001), 524
Association Force Ouvrière Comsommateurs e. a (CE, 28 juillet 2000), 525
Association nationale pour l'épargne retraite des fonctionnaires (CE, 17 mai 2000), 524
Auclair (CE, 6 novembre 2000), 525
Barel (CE, Ass., 28 mai 1954), 533
Boileau (CE, 25 mars 1960), 440
Camino (CE, 14 janvier 1916), 457, 458
Cohn-Bendit (CE, Ass., 22 décembre 1978), 525
Comité interprofessionnel de l'horticulture florale et ornementale et des pépinières (CAA Paris, 23 mars 1995), 524
Entreprise personnelle de transports Freymuth (CE, Ass., 9 mai 2001), 441
Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) (CE, 7 juillet 2000), 524
Hardouin et Marie (CE, Ass., 17 février 1995), 296
Megel et Petit (CE, 28 février 1996), 525
Miloudi (CE, 27 mai 2009), 296
Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie c. Société FAUBA France (CAA de Paris, 8 octobre 2004), 450
Ministre de l'Intérieur c. Olazabal (CE, 29 décembre 2000), 524

- Mlle Doyon* (CE, 23 février 1990), 524
Mme Perreux (CE, Ass., 30 octobre 2009), 525, 526, 590
Mr. Proner (CAA de Lyon, 26 novembre 1997), 525
Pariset (CE, 26 novembre 1875), 495
SA France Nord Logistique (CAA de Douai, 31 janvier 2006), 450
SA Morgane (CE, Sect., 11 janvier 1991), 524
SARL Basque Marée (CAA de Bordeaux, 19 février 2008), 450
SARL Siram (CAA de Paris, 27 septembre 2007), 449
Simon (CE, Ass., 4 janvier 1952), 459
Société Cegetel (CE, 16 juin 2000), 524
Société Fauba France (TA de Versailles, 24 avril 2003), 449, 450
Société Fauba France 2003 (CE, 27 juillet 2005), 450
Union nationale des SPIC (CE, Ass., 5 mars 2003), 441
Vassilikiotis (CE, Ass., 29 juin 2001), 524
Ville de Vaucresson e, a . et Association syndicale autorisée des propriétaires du parc Malmaison (CE, Ass, 20 février 1998), 525

Juridictions judiciaires

- Cass. 1^{ère}, 28 juin 2005, 522
 Cass. Com., 14 décembre 1999, 523
 Cass. Com., 23 novembre 1993, 523
 Cass. Com., 28 juin 2005, 523
 Cass. Com., 8 octobre 1991, 441
 Cass. Crim., 10 avril 1995, 523
 Cass. Soc., 1^{er} avril 1993, 441
 Cass.com, 4 janvier 1994, 523