

REMERCIEMENTS

Mes plus sincères remerciements vont à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Fabrice Picod, pour m'avoir fait l'honneur de diriger ma thèse, pour sa confiance, sa grande disponibilité et ses précieux conseils durant toutes ces années de recherche et de rédaction.

Je remercie également les membres de mon jury de thèse pour avoir accepté de lire et de juger ce travail.

Mes remerciements s'adressent en outre aux juges Küllike Jürimäe, Maria Eugénia Martins de Nazaré Ribeiro, Stéphane Gervasoni et Lauri Madise pour l'intérêt qu'ils ont manifesté pour mes travaux de recherche et pour nos discussions, parfois très vives, sur l'office du juge de l'Union européenne.

Ma gratitude va également à mes « collègues, et néanmoins amis », ainsi qu'à mes autres amis, pour leurs constants encouragements et les pauses qu'ils ont su m'imposer parfois contre mon gré. Je remercie en particulier Frédérique et Stella, ainsi que toute ma courageuse équipe de relecture, à savoir Adrien, Cécile, Cédric, David, Gwenaël, Kasia, Lionel, Marc, Marie, Pascale, Sébastien, Stefano et Vincent.

Enfin et non des moindres, je tiens à exprimer ma plus grande gratitude à ma famille sans la présence fidèle, la grande patience et le soutien inconditionnel de laquelle ce travail de recherche m'aurait été impossible.

PRÉFACE

Parmi les règles applicables aux procédures contentieuses devant la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne, l'une d'entre elles peut profondément perturber le jeu normal du procès. La règle selon laquelle le juge doit relever d'office un moyen non invoqué par les parties, qualifié alors de moyen d'ordre public, est susceptible de provoquer un déséquilibre entre les parties au litige au détriment de celle qui a commis une violation du droit ainsi relevée par le juge.

En choisissant comme sujet de thèse de doctorat *Les moyens d'ordre public dans le contentieux relevant de la Cour de justice de l'Union européenne*, Madame Clausen a fait le choix d'un sujet qui n'est pas limité à ce que les détracteurs du droit processuel qualifient de mécanique procédurale. Un tel sujet sous-tend une hiérarchie entre des valeurs et des intérêts que seul le juge va être en mesure d'apprécier dans l'exercice de sa fonction de dire le droit dans le règlement du litige.

La question se pose dans tous les systèmes procéduraux applicables au règlement des litiges par des juridictions. Quels moyens un juge doit-il relever d'office ? À supposer que ces moyens n'aient pas fait l'objet d'une liste dans un texte applicable au règlement des litiges, le juge est normalement conduit à qualifier d'ordre public les moyens qu'il considère comme tels en raison de leur importance pour la société, la sécurité juridique, la bonne administration de la justice ou la sauvegarde de droits fondamentaux.

Aucune étude d'ampleur, avant la remarquable thèse de Madame Clausen, ne s'était attachée à cerner la notion de moyen d'ordre public, à en rechercher les fonctions et à en définir précisément le régime devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Devant cette dernière, la détermination des moyens d'ordre public soulève des difficultés tenant à la diversité des cultures juridiques au sein de l'Union européenne. Madame Clausen nous montre à quel point ce choix peut être difficile. S'il est des moyens, tels que celui du dépassement des délais de recours, qui font l'objet d'un consensus et qui sont ainsi unanimement admis comme moyens d'ordre public, il en est d'autres qui font l'objet d'approches très différentes selon les traditions juridiques.

BRUYLANT

Tout en ayant une fonction principale qui consiste en « la garantie des procédures », les moyens d'ordre public présentent également l'intérêt de permettre au juge de garantir certains droits substantiels, ce que Madame Clausen démontre avec beaucoup de talent dans la première partie de sa thèse consacrée à la « dualité fonctionnelle » des moyens d'ordre public.

À supposer que l'on s'entende sur la qualification de moyen d'ordre public, encore faut-il lui appliquer un régime juridique de manière ferme et clairement établie. Madame Clausen consacre des développements d'une extrême finesse tenant à la variabilité du régime des moyens d'ordre public en fonction de l'objet du litige, du type de voie de droit mise en œuvre, du degré d'examen du litige, autant de critères mal connus des juristes qui abordent le droit du contentieux de l'Union européenne sans en connaître toutes les nuances. À juste titre, Madame Clausen consacre la seconde partie de sa thèse à l'« unité procédurale contrariée des moyens d'ordre public ».

La thèse de Madame Clausen témoigne de la richesse de la notion de moyen d'ordre public à travers ses multiples applications commandées par des impératifs divers et parfois contradictoires. Une telle étude n'a pu être opérée qu'au moyen d'une lecture systématique de la jurisprudence de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique que seule une pratique au sein de ces deux juridictions pouvait permettre d'effectuer.

Référendaire au Tribunal puis à la Cour de justice, Madame Clausen a acquis une expérience de la procédure et de ses enjeux qui lui a permis de traiter des moyens d'ordre public avec l'expertise requise.

La thèse ainsi publiée constitue l'ouvrage de référence en la matière. Elle servira d'exemple dans l'étude du droit de la procédure au-delà du champ du droit de l'Union européenne, notamment dans les droits nationaux qui n'ont pas tous fait l'objet d'études complètes et convaincantes à ce sujet. Elle devrait permettre de nourrir une réflexion sur les moyens d'ordre public tirés du droit de l'Union européenne devant les juridictions nationales.

En choisissant un tel sujet de droit processuel, Madame Clausen n'a pas succombé à la mode des thèses sur les divers modes de gouvernance de l'Union européenne qu'affectionnent certaines écoles. Elle a construit son sujet, lui a donné du sens et du relief, révélant ainsi la richesse d'une notion qu'elle a au fond relevée d'office en mettant en lumière ses différentes fonctions et ses effets multiples.

Fabrice PICOD

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Chaire Jean Monnet de droit et contentieux de l'Union européenne

Directeur du Centre de droit européen

BRUYLANT

AVANT-PROPOS

Le traitement des moyens d'ordre public par les juridictions de l'Union européenne, qui fait l'objet de la thèse de M^{me} Clausen, est un thème qui soulève des questions d'une importance capitale dans le contentieux du droit de l'Union. En effet, la règle – consacrée, notamment, aux articles 127, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour et 84, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, ainsi que dans la jurisprudence de ces deux juridictions – selon laquelle tout moyen de droit doit, en principe, être soulevé par une partie requérante dès le dépôt de sa requête introductive d'instance joue un rôle essentiel dans ledit contentieux car, en imposant que le cadre du litige soit d'emblée défini, et la portée de celui-ci délimitée, elle contribue de manière significative à la sécurité juridique des justiciables ainsi qu'à assurer le respect du principe du contradictoire et, partant, le bon déroulement des procédures juridictionnelles. La question délicate de savoir dans quelles circonstances le juge de l'Union peut, voire doit, néanmoins déroger à cette règle en soulevant d'office certains moyens de droit – même au stade du pourvoi – touche à la nature même de l'ordre juridique de l'Union et conduit ce juge à s'interroger sur les valeurs fondamentales qui sous-tendent celui-ci. Concrètement, la réponse à cette question peut d'ailleurs être déterminante pour la solution du litige et affecte donc de manière directe les intérêts des parties.

La thèse de M^{me} Clausen a l'immense mérite de procéder à une analyse approfondie non seulement de cette question en tant que telle mais aussi, dans un effort de systématisation, des raisons pour lesquelles certains moyens de droit, contrairement à d'autres, sont susceptibles de justifier une telle démarche exceptionnelle. À cet égard, son travail me rappelle les conclusions de M. l'avocat général Jacobs, prononcées le 30 mars 2000 (EU:C:2000:172) dans l'affaire C-210/98 P, *Salzgitter c/ Commission*. Dans une analyse soignée et méticuleuse, M. Jacobs avait pris comme point de départ le rôle de la Cour en tant que gardienne des traités et, au terme d'un examen englobant, notamment, la raison d'être de la notion de moyens d'ordre public, il était arrivé à la conclusion que la Cour devait soulever d'office la question de la nature impérative du délai de notification qui était

BRUYLANT

en cause dans ladite affaire. Comme lui, M^{me} Clausen a cherché à identifier dans sa thèse la nature et la fonction mêmes de ces moyens, ce qui l'a notamment amenée à souligner la nécessité d'une mise en balance entre le relevé d'office de tels moyens et le respect du principe du contradictoire.

Je félicite M^{me} Clausen pour l'excellent travail scientifique dont cette thèse est le fruit et j'en recommande chaleureusement la lecture à tout juriste, qu'il soit étudiant, avocat, enseignant ou magistrat, qui souhaite comprendre la notion de « moyens d'ordre public » telle qu'elle est mise en œuvre par les juridictions de l'Union européenne.

Koen LENAERTS
Président de la Cour de justice de l'Union européenne
Luxembourg, janvier 2018

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

§	paragraphe(s)
ABE	Autorité bancaire européenne
ADUE	<i>Annuaire du droit de l'Union européenne</i>
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles
AELE	Association européenne de libre-échange
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
aff.	affaire
aff. jtes	affaires jointes
al.	alinéa
art.	article(s)
AJDA	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
BCE	Banque centrale européenne
BEI	Banque européenne d'investissement
c/	<i>contre</i>
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
ch.	chambre
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CML Rev.	<i>Common Market Law Review</i>
comp.	comparez
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
déc. RX	Décision de réexamen

BRUYLANT

DGE	Dispositions générales d'exécution
dir.	directeur(s)
disp.	dispositif
doctr.	doctrine
<i>e.a.</i>	<i>et autres</i>
<i>E.L.Rep.</i>	<i>European Law Reporter</i>
<i>E.L.Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
EACEA	Agence exécutive « Éducation, audiovisuel et culture »
ECHA	Agence européenne des produits chimiques
ed. (ed.)	editor/s
éd.	édition
EMA	Agence européenne des médicaments
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
EUIPO	Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (antérieurement OHMI)
fasc.	fascicule
<i>GP</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
<i>IJEL</i>	<i>Irish Journal of European Law</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>JCP A</i>	<i>Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique, édition générale</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de droit européen</i>
<i>JIPLP</i>	<i>Journal of Intellectual Property Law and Practice</i>
JO	Journal officiel des Communautés européennes ou Journal officiel de l'Union européenne
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux – Droit européen</i>
OCVV	Office communautaire des variétés végétales
OHMI	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (désormais EUIPO)
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ord.	ordonnance
ord. prés.	ordonnance du Président

p./pp.	page/s
pt/pts	point/s
<i>RAE</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>
<i>RCJB</i>	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
<i>REALaw</i>	<i>Review of European Administrative Law</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Rec. num.</i>	<i>Recueil numérique (Cour de justice de l'Union européenne)</i>
<i>RecFP</i>	<i>Recueil fonction publique</i>
<i>REDP</i>	<i>Revue européenne de droit public (European Review of Public Law)</i>
réimpr.	réimpression
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RLC</i>	<i>Revue Lamy de la concurrence</i>
<i>RMC</i>	<i>Revue du marché commun</i>
RP/C (1959)	Règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 mars 1959, tel que modifié
RP/C (1991)	Règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 juin 1991 (<i>JO</i> , 1991, L 176, p. 7), tel que modifié
RP/C (2012)	Règlement de procédure de la Cour de justice, du 25 septembre 2012 (<i>JO</i> , 2012, L 265), tel que modifié
RP/T (1991)	Règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991 (<i>JO</i> , 1991, L 136, p. 1, et <i>JO</i> , 1991, L 317, p. 34 – rectificatif), tel que modifié
RP/T (2015)	Règlement de procédure du Tribunal du 23 avril 2015 (<i>JO</i> , 2015, L 105, p. 1), tel que modifié
RP/TFP (2007)	Règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique du 25 juillet 2007 (<i>JO</i> , 2007, L 225, p. 1), tel que modifié
RP/TFP (2014)	Règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique du 14 juillet 2014 (<i>JO</i> , 2014, L 206, p. 1) (abrogé)
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>

SEAE	Service européen pour l'action extérieure
SEW	<i>Sociaal-Economische Wetgeving</i>
spéc.	spécialement
TFP	Tribunal de la fonction publique
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPI	Tribunal de première instance
Trib. UE	Tribunal
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
voy.	voyez
YEL	<i>Yearbook of European Law</i>

INTRODUCTION

Les moyens d'ordre public sont nés, en droit communautaire, avec le premier arrêt prononcé par la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) en 1954⁽¹⁾. Depuis, ils irriguent tout le contentieux relevant de la Cour de justice de l'Union européenne et intriguent tant la doctrine que, peut-être plus encore, les praticiens. Ce « sujet si propre à de larges et propres investigations »⁽²⁾ n'a toutefois, à l'exception de quelques contributions aussi rares que notables⁽³⁾, guère fait l'objet d'études approfondies. Pour l'essentiel, le juge et la doctrine partent de la prémisse, incontestée mais réductrice, selon laquelle le contentieux de l'Union connaît une notion de moyen d'ordre public au régime particulier principalement marqué par l'examen d'office. En revanche, ni la notion ni son régime ne sont, même plus de soixante ans après la consécration

1. CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. pp. 19 et 31. Sans employer la notion de « moyen d'ordre public », la Cour de justice envisagea son pouvoir d'examiner d'office la recevabilité du recours et un moyen pris d'une violation des formes substantielles. Elle jeta ainsi les jalons du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne et du pouvoir corrélatif du juge de l'examiner d'office.

2. B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568, spéc. p. 568.

3. Ainsi, dans la doctrine française, seules trois études ont été spécifiquement consacrées à la question : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463 ; R. MEHDI, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119 ; B. VESTERDORF, *op. cit.* L'on ajoutera la contribution que D. RITLENG a apportée au débat sur les moyens d'ordre public dans sa thèse (*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, 725 p., spéc. pp. 250-263). Dans la doctrine allemande, l'on relève notamment une dissertation sur le relevé d'office (B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p.). D'autres études abordent le sujet sous un angle ponctuel ou à la marge et souvent de manière moins convaincante, voy. notamment : M. COURNOT, « L'interdiction de statuer *ultra petita* s'applique-t-elle au juge de l'amende ? », *RAE*, 2015, n^o 1, pp. 111-126 ; Th. MARTIN, « Le relevé d'office par le juge européen : le moyen tiré de la violation des droits de la défense est-il d'ordre public ? », *CDE*, 2016, n^o 2, pp. 523-539.

des premiers moyens d'ordre public, déterminés de manière univoque. En témoigne la jurisprudence récente des juridictions de l'Union européenne.

Outre son actualité, l'analyse des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne est essentielle en ce qu'elle renseigne sur l'office du juge⁽⁴⁾ de l'Union. En effet, « les moyens d'ordre public manifestent l'emprise que [ce] juge peut exercer sur le développement et l'issue du procès »⁽⁵⁾ et, par-là, caractérisent son office⁽⁶⁾. Leur analyse permet d'identifier les principes directeurs du procès⁽⁷⁾ et de définir les rôles revenant respectivement au juge et aux parties à l'instance. Elle s'inscrit dans l'étude des voies de droit, de leur interdépendance et de leur autonomie. Avant d'entamer l'étude des moyens d'ordre public, il convient de cerner son objet, la notion de moyen d'ordre public, et de délimiter son champ.

4. Cette « notion des plus obscures » a fait l'objet de définitions variables (M. PAILLET, « Brèves observations sur l'office du juge administratif français », in *Liber Amicorum Darcy. Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 629-643). Pour les besoins de la présente étude, l'office du juge sera entendu comme « [recouvrant] l'ensemble des pouvoirs et des devoirs attachés à la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire à sa fonction de dire le droit et trancher les litiges » (R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p., spéc. p. 5). S'agissant des origines de cette notion, voy. en particulier : J. HILAIRE, « Propos sur l'office du juge », in G. CONSTABLE et M. ROUCHE (dir.), *Auctoritas. Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*, Paris, PUPS, 2006, pp. 779-801, spéc. pp. 779-787.

5. R. MEHDI, *op. cit.*, spéc. p. 106.

6. Voy. pour un constat analogue : J. P. JACQUÉ, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 229-246, spéc. p. 231.

7. Notion issue du contentieux civil français, consacrée dans le Nouveau Code de procédure civile et réunissant les principes destinés à « tracer [...] les contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties » (H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron. 9, réimpr. in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 275-304, spéc. pp. 278-279, souligné par l'auteur). Voy. au-delà du procès civil : L. CADIEU, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 71-110. Voy. en particulier s'agissant des procédures contentieuses de l'Union européenne : G. BEBR, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure (Rapport général) », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 77-120 ; R. BARENTS, « EU Procedural Law and Effective Legal Protection », *CML Rev.*, 2014, pp. 1437-1462 ; K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261.

L'OBJET DE L'ÉTUDE : LA NOTION DE MOYEN D'ORDRE PUBLIC

La notion de moyen d'ordre public n'est pas propre au droit du contentieux de l'Union européenne. Son usage dans des systèmes contentieux nationaux ou internationaux s'accompagne d'incertitudes. La définir n'est jamais chose aisée. Ainsi, l'on a pu dire de cette notion d'origine essentiellement prétorienne⁽⁸⁾ qu'elle était « intrinsèquement complexe »⁽⁹⁾ et qu'elle « brill[ait] surtout par son obscure clarté »⁽¹⁰⁾. Elle est, en effet, conjugée des termes de « moyen » et d'« ordre public », qui sont eux-mêmes empreints d'une complexité certaine souvent observée sinon déplorée par la doctrine⁽¹¹⁾.

La notion de « moyen ». Classiquement, le « moyen » est défini comme le « support juridique de la demande, [il désigne] les raisons de fait ou de droit pour lesquelles la demande en justice est fondée, irrecevable ou non fondée »⁽¹²⁾. Le moyen est constitué des « raisons de fait et de droit qui justifient les conclusions », lesquelles « matérialis[ent] » ou expriment la chose demandée, l'objet de la demande portée devant le juge par une partie⁽¹³⁾. Outre les « raisons [...] invoquées par un plaideur à l'appui de sa prétention », le terme de moyen recouvre « également [l]es motifs [...] que le juge relève d'office »⁽¹⁴⁾ en fonction des pouvoirs qui lui sont attribués. De par ses liens avec la demande, les conclusions, les prétentions, autrement dit la chose demandée au juge, la notion de moyen prend une coloration contentieuse certaine.

Générique, la notion de moyen peut se rapporter tant à des questions liminaires, telles la compétence du juge ou la recevabilité d'une demande, qu'au fond du litige. Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, les moyens liminaires sont parfois qualifiés de « fins de non-recevoir » ou

8. Elle n'existe d'ailleurs pas dans les textes applicables aux juridictions de l'Union européenne, à l'exception de la notion de « fin de non-recevoir d'ordre public » : art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015).

9. J.-L. PISSALOUX, « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, n° 3, pp. 781-828, spéc. p. 791.

10. R. MEHDI, *op. cit.*, spéc. p. 106.

11. Voy. pour un constat analogue : F. EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse dactyl., Rouen, 1994, 565 p., spéc. p. 57.

12. Ch. DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, 528 p., spéc. pp. 1-2. De manière analogue, le juge de l'Union européenne définit le moyen comme « couvrant tout argument juridique ou factuel susceptible de conduire le juge, s'il l'estime fondé, à faire droit aux conclusions de la partie qui l'invoque » : Trib. UE, 17 juin 2010, *CEVA c/ Commission*, aff. jtes T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, pt 60.

13. F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2016, § 45.

14. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2016, 1101 p., spéc. p. 671.

d'« exceptions »⁽¹⁵⁾. Pour l'essentiel, ces termes sont toutefois tenus pour équipollents.

Enfin, la notion de moyen est habituellement, mais parfois difficilement, distinguée de notions voisines, dont de premier chef celle d'« argument ». Sur un plan conceptuel, « la notion d'argument semble [...] se situer à un niveau logique inférieur par rapport à celle de moyen », le premier venant à l'appui du second qu'il explicite⁽¹⁶⁾. D'autres notions voisines sont employées par les juridictions de l'Union européenne. Ainsi, la « branche d'un moyen » désigne une sous-division du moyen. Le « grief » se situe entre le moyen, ou sa branche, et l'argument. Une lecture attentive de la jurisprudence révèle toutefois des terminologies propres à certaines voies de droit⁽¹⁷⁾, des nuances et tensions, un manque au mieux de formalisme et au pire de rigueur, ainsi qu'une terminologie relativement fluctuante⁽¹⁸⁾ à laquelle sont, en pratique, attachés des effets plutôt limités⁽¹⁹⁾.

La notion d'« ordre public ». Quant à la notion d'« ordre public », « [n]otion aux cent visages »⁽²⁰⁾, « qu'on ressent, plus qu'on ne peut l'expliquer »⁽²¹⁾, l'on a pu mettre en exergue son caractère « imprévisible voire aléatoire », « protéiforme, contingent, évolutif, indéterminé voire indéterminable »⁽²²⁾. La notion, « équivoque »⁽²³⁾, est dite « vague, complexe, changeante, quelque peu mystérieuse, en tout cas difficile et même dangereuse à définir car elle est relative à la circonstance, à l'époque et au lieu où elle est invoquée, et en

15. Ces termes figurent dans les règlements de procédure : art. 150 et 151 RP/C (2012) ; art. 129 et 130 RP/T (2015).

16. J.-L. PISSALOUX, *op. cit.*, spéc. p. 784. Adde : G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. p. 45.

17. En particulier, dans le contexte du recours en manquement, la notion de « grief » est préférée à celle de « moyen » pour désigner les arguments de fond avancés par la Commission. Voy. aussi *infra*, note n° 42 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale ».

18. Celle-ci pourrait être liée à une reprise, par le juge, de la terminologie parfois approximativement employée par une partie, à la traduction des écritures, voire à la terminologie de l'ordre juridique dont le juge en cause est issu.

19. À ceci près que les juridictions de l'Union européenne apprécient différemment la recevabilité de moyens, de branches et de griefs, d'un côté, et d'arguments, de l'autre, en cas d'invocation tardive.

20. J. VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, t. II, pp. 303-341, spéc. p. 304.

21. R. DRAGO, « Les atteintes à l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1996, pp. 47-52, spéc. p. 47.

22. J.-L. PISSALOUX, *op. cit.*, spéc. pp. 788-789.

23. « L'ordre public a inspiré maintes définitions dont [...] le nombre ne surprendra pas si l'on relève que l'équivoque s'inscrit au cœur de la notion dans sa propre dénomination » : P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in S. GUINCHARD et G. PLUYETTE (coord.), *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 511-522, spéc. p. 511.

même temps dépend d'un environnement politique, moral et religieux »⁽²⁴⁾. Au fond, l'ordre public, un « mot magique »⁽²⁵⁾, recouvrirait, « [a]u sein d'un ordre juridique, [les] règles qui s'imposent avec une force particulière »⁽²⁶⁾ et forme « l'essence d'une société »⁽²⁷⁾. En définitive, il s'agit d'« un ensemble d'exigences fondamentales se concrétisant par des normes impératives »⁽²⁸⁾. Au risque de rappeler une évidence, il importe de préciser que « [l']adjectif "public" implique aussi le caractère objectif de l'ordre public, par opposition au caractère privé ou subjectif des droits des sujets »⁽²⁹⁾.

En l'absence de définition concrète de son contenu, l'ordre public est présenté comme une « notion fonctionnelle, se définissant par son rôle dans le système juridique »⁽³⁰⁾. Impératif, il se voit attribuer une fonction d'éviction, d'exception. Il « est employé pour mettre en échec la norme, c'est-à-dire la règle de [d]roit normalement applicable »⁽³¹⁾. Corrélativement, il joue comme un « principe d'impulsion » en « suscit[ant] l'action de divers organes [et] assumant une fonction d'habilitation »⁽³²⁾. En particulier, il habilite le juge à modifier d'office les termes du débat devant lui. Nous y reviendrons.

Dans le droit de l'Union européenne, la notion d'ordre public renferme cette double fonction⁽³³⁾. L'ordre public est traditionnellement appréhendé

24. A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir.), *op. cit.*, pp. 27-45, spéc. p. 27. Pour se convaincre de cette contingence temporelle de l'ordre public, il suffira de relire les réflexions anciennes relatives à l'ordre public : Ch. BERTRAND, *La notion d'ordre public en matière de nullité*, Lille, Impr. centrale du Nord, 1939, 118 p., spéc. pp. 19-20 ; L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in P. MATTER (dir.), *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, pp. 381-401.

25. Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Étude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims, Matot-Braine, 1953, 278 p., spéc. p. 4.

26. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 720.

27. F. TERRÉ, « Rapport introductif », in Th. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 3-12, spéc. p. 4.

28. C. PICHERAL, « L'ordre public écologique en droit communautaire », in M. BOUTELET et J.-C. FRITZ (dir.), *L'ordre public écologique. Towards an ecological public order*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 107-129, spéc. p. 119.

29. É. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-61, spéc. p. 48.

30. D. SIMON, « Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt Rutili », *RMC*, 1976, pp. 201-223, spéc. p. 206.

31. G. LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 693-705, spéc. p. 694. La norme d'ordre public « évacue la forme de liberté dont les sujets de droit, avant qu'elle ne s'impose, pouvaient jouir par principe » : É. PICARD, *op. cit.*, spéc. p. 54.

32. C. PICHERAL, *L'ordre public européen : Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001, 426 p., spéc. pp. 325-344.

33. Voy. en particulier la thèse de C. PICHERAL, *L'ordre public européen...*, *op. cit.* Adde : C. PICHERAL, « L'ordre public dans les droits européens », in Ch.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre*

sous une forme nationale et avec une fonction d'éviction. Encadré par la jurisprudence de la Cour de justice, l'ordre public national peut être invoqué pour déroger aux libertés de circulation⁽³⁴⁾ et sert, dans le droit international privé de l'Union, de motif de refus de reconnaissance et/ou d'exécution d'une décision de justice⁽³⁵⁾. Corrélativement, apparaît, aujourd'hui⁽³⁶⁾, un ordre public proprement européen, de l'Union européenne⁽³⁷⁾. Il a pu être envisagé l'existence d'un ordre public « dynamique »⁽³⁸⁾, sinon *des*

public, Paris, Éd. Cujas, 2013, pp. 103-115 ; A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, 495 p.

34. Voy. à ce propos : E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p., spéc. pp. 197-240 ; M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public communautaire », in Th. REVET (coord.), *op. cit.*, pp. 83-88 ; M. CASTILLO et R. CHEMAIN, « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in M.-J. REDOR (dir.), *op. cit.*, pp. 133-166 ; G. DRUESNE, « La réserve d'ordre public de l'article 48 du traité de Rome (Interprétation communautaire et implications en droit français) », *RTDE*, 1976, n° 2, pp. 229-258 ; M. GAUTIER, « L'ordre public », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 317-329 ; Y. GAUTIER, « Ordre public », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2004 (actualisation 2016), §§ 7 et s. ; G. LYON-CAEN, *op. cit.* ; É. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 55-75 ; D. SIMON, *op. cit.*, spéc. pp. 204-213 ; D. SIMON, « Les "notions autonomes" en droit de l'Union », in N. KADA (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 93-106, spéc. pp. 104-105 ; D. WÆLBROECK et J. BOUCKAERT, « (Exception de l')ordre public », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 733-739.

35. Voy. en particulier : CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec.*, p. I-1935, pts 21-23, 37-40 et 44-45 ; CJCE, 2 avril 2009, *Gambazzi*, aff. C-394/07, *Rec.*, p. I-2563, pts 26-29. Cet ordre public national peut inclure le droit de l'Union européenne : CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13, *Rec. num.*, pts 41-44, 48-51, 64 et 68. Il peut aussi être tiré des exigences du respect des droits fondamentaux, comme dans l'affaire *Krombach*, précitée.

36. L'ordre public étant perçu comme intrinsèquement lié à la souveraineté étatique, l'apparition d'un ordre public européen a pu être questionnée dans le temps : G. LYON-CAEN, *op. cit.*, spéc. p. 694. Voy. toutefois déjà les réflexions relatives à un tel ordre public de R. LECOURT : *Le juge devant le marché commun*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, 1970, 69 p., spéc. pp. 34-35.

37. Voy. à cet égard les réflexions approfondies de C. PICHERAL, *L'ordre public européen...*, *op. cit.*, spéc. pp. 153-361. *Adde* : J. BASEDOUR, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 55-74 ; S. FRANCO, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », in C. KESSEDIAN (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 223-242, spéc. pp. 225, 234-237 et 241 ; G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, 2002, n° 1, pp. 1-26 ; H. MOSLER, « Der "gemeinschaftliche ordre public" in europäischen Staatengruppen », *Revista española de derecho internacional*, 1968, pp. 523-535 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *D.*, 1993, pp. 177-182, spéc. pp. 180-182. Voy. pour une approche plus nuancée : A. JEAUNEAU, *op. cit.*, spéc. pp. 43-61.

38. J.-B. RACINE, « La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage », *RAE*, 2005, n° 2, pp. 227-239, spéc. p. 232.

ordres publics, économique ou de la concurrence⁽³⁹⁾, démocratique⁽⁴⁰⁾, de la consommation⁽⁴¹⁾, social⁽⁴²⁾, écologique⁽⁴³⁾, de l'énergie⁽⁴⁴⁾, pour n'en donner que quelques illustrations. C'est dans cet ordre public propre à l'Union européenne que se meuvent les moyens d'ordre public du droit du contentieux de cette Union.

La notion de « moyen d'ordre public ». Combinaison de deux notions relativement incertaines, la notion de moyen d'ordre public est elle-même difficile à cerner. Tant la doctrine que la jurisprudence peinent à fournir une définition substantielle satisfaisante, utile et opérationnelle. Pour l'essentiel, les auteurs mettent en avant un critère de fondamentalité ou d'importance de la règle de droit protégée par le moyen d'ordre public. Celui-ci, moyen de droit, renverrait à des moyens qui occupent une « place à part, supérieure aux autres moyens »⁽⁴⁵⁾. Il est « un moyen qui touche à la violation d'une règle si fondamentale et si essentielle d'un système juridique que celui-ci serait mis en péril par la généralisation d'une pareille violation »⁽⁴⁶⁾. Il est « relatif à une question d'une importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte : c'est l'importance de cette question qui légitime son examen d'office »⁽⁴⁷⁾. En l'absence de catalogue

39. Voy. s'agissant des actuels articles 101 et 102 TFUE : CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.*, p. I-3055, pts 39-40 ; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, p. I-6619, pt 31 ; CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.*, p. I-4529, pt 49.

40. A. BERRAMDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », in *Territoires & liberté : Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 157-198, spéc. pp. 178-197. Cet ordre public serait « lié à des valeurs communes de liberté, de démocratie et de respect des droits fondamentaux ».

41. Voy. en particulier : CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*, p. I-10421, pt 38 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec.*, p. I-9579, pt 52 ; CJCE, 17 décembre 2009, *Martín Martín*, aff. C-227/08, *Rec.*, p. I-11939, pts 20, 21 et 28. Sur la construction d'un ordre public propre à l'Union, voy. : M. EBERS, « From *Océano* to *Asturcom* : Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata », *European Review of Private Law*, 2010, n° 4, pp. 823-846, spéc. pp. 839-840. Voy. pour une approche plus prudente quant à l'existence d'un tel ordre public : J. STUYCK, Note sous les arrêts *Pannon* et *Asturcom*, *CML Rev.*, 2010, pp. 879-898, spéc. p. 892.

42. M. JORGE, « La construction de l'ordre public social européen », *JCP G*, 1997, doct., 4059.

43. C. PICHÉRAL, « L'ordre public écologique en droit communautaire », *op. cit.*

44. V. BOUHIER, « Vers un ordre public européen de l'énergie ? », *RAE*, 2009/2010, n° 4, pp. 749-762.

45. Ch. DEBOUY, *op. cit.*, spéc. p. 2.

46. Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 1018 p., spéc. p. 785.

47. R. ODENT, *Contentieux administratif*, réimpr. des Cours du droit de 1981, Paris, Dalloz, 2007, t. 1, 1051 p., spéc. p. 958. *Adde* : G. DARCY, « Regard elliptique sur l'office du juge », in M. DEGUERGUE et L. FONBAUSTIER (dir.), *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, pp. 287-300, spéc. p. 294.

écrit, ces « moyens sont déterminés jurisprudentiellement en fonction de l'importance attachée à la censure de certains comportements »⁽⁴⁸⁾.

Ce critère doctrinal de fondamentalité ou d'importance de la règle protégée, parfois combiné à un critère tenant à la gravité du vice le cas échéant présumée précisément en raison de l'importance de la règle, est également mis en avant par certains avocats généraux de la Cour de justice⁽⁴⁹⁾. En particulier, l'avocat général JACOBS proposa, dans ses conclusions sous l'affaire *Salzgitter c/ Commission*, trois critères de qualification du moyen d'ordre public. Un moyen peut, selon lui, être promu au rang de moyen d'ordre public lorsque « la règle violée vise à servir un objectif fondamental de l'ordre juridique [de l'Union] et [...] joue un rôle significatif dans la réalisation de cet objectif », lorsqu'elle « a été fixée dans l'intérêt des tiers ou de la collectivité en général, et non pas simplement dans l'intérêt des personnes directement concernées » et lorsque sa violation est manifeste ou évidente⁽⁵⁰⁾. Ces critères ont, à l'exception du dernier qui tiendrait davantage à l'étendue d'une obligation pour le juge de relever d'office le moyen d'ordre public qu'à la qualification de celui-ci comme tel⁽⁵¹⁾, été rappelés et repris par la doctrine européenne⁽⁵²⁾. Exceptionnellement, le juge de l'Union européenne propose lui-même une définition abstraite du

48. Sans toutefois que « tous les comportements particulièrement répréhensibles donnent matière à des moyens d'ordre public », voy. s'agissant du contentieux administratif français : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 1540 p., spéc. p. 820. Il en va de même dans le droit du contentieux de l'Union européenne.

49. Voy. *inter alia* : concl. REISCHL sous CJCE, 30 septembre 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, spéc. p. 3155 ; concl. MISCHO sous CJCE, 30 janvier 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-107/99, *Rec.*, p. I-1091, pt 39 ; concl. RUIZ-JARABO COLOMER du 11 février 2003, *Buzzi Unicem c/ Commission*, aff. C-217/00 P, *Rec.*, p. I-267, pt 217 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, note n° 28 ; concl. BOT sous CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pts 50 et 56 ; concl. BOT sous CJUE, 21 septembre 2017, *Easy Sanitary Solutions et EUIPO c/ Group Nivelles*, aff. jtes C-361/15 P et C-405/15 P, *Rec. num.*, pt 59.

50. Concl. JACOBS sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 141-143. Voy. pour une reprise : concl. GEELHOED sous CJCE, 16 mai 2002, *ARAP e.a. c/ Commission*, aff. C-321/99 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 98 ; concl. MENGOZZI sous CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, pt 102, sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, pt 78, et sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 67.

51. Concl. MENGOZZI sous CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, note en bas de page n° 54.

52. Voy. en particulier : F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. pp. 422-423 ; R. MEHDI, *op. cit.*, spéc. p. 108 ; B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. pp. 560-561.

moyen d'ordre public à travers l'importance de la règle protégée⁽⁵³⁾ et/ou son but d'intérêt général⁽⁵⁴⁾.

Ces tentatives de dégager une définition substantielle demeurent toutefois insatisfaisantes. La référence à l'importance de la règle pour la société reste vague et elle-même soumise aux variations inhérentes à l'ordre public. Les critères qui en dérivent sont ainsi « affectés de trop d'incertitudes conceptuelles [pour] servir de fondement à une perception cohérente et unanimement admise des moyens d'ordre public »⁽⁵⁵⁾. Il en va d'autant plus ainsi qu'il n'existe pas de corrélation systématique entre la qualification d'ordre public, reflet de l'importance d'une matière, d'une procédure ou d'un ensemble de règles de droit et la qualification analogue du moyen pris de la violation des règles s'y rapportant. En d'autres termes, si « tout moyen d'ordre public intéresse une matière d'ordre public, par contre tout moyen tiré d'une matière d'ordre public n'est pas nécessairement un moyen d'ordre public »⁽⁵⁶⁾.

L'on ne peut dès lors s'empêcher de penser qu'il n'existe pas, à vrai dire, « de “définition conceptuelle” ou *in abstracto* du moyen d'ordre public »⁽⁵⁷⁾. Le juge ne s'en remet-il pas, « à défaut de concept de l'ordre public », à « l'intuition de l'ordre public », à sa propre « présence d'esprit pour sentir, pour pressentir la nécessité d'une vérification »⁽⁵⁸⁾ d'office ? La doctrine se contente ainsi de tenir pour d'ordre public les moyens que le juge qualifie, souverainement⁽⁵⁹⁾, comme tels⁽⁶⁰⁾. Les auteurs partent à leur « découverte »⁽⁶¹⁾ dans la jurisprudence à l'aide d'un critère tiré de leurs effets procéduraux. Le moyen d'ordre public est celui qui peut ou même doit être soulevé d'office par le juge, c'est-à-dire examiné de sa propre initiative

53. Voy. en particulier : TFP, 29 septembre 2011, *Kimman c/ Commission*, aff. F-74/10, non publié, pt 44 ; TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 88.

54. Voy. en ce sens : TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pt 34 ; Trib. UE, 4 décembre 2013, *ETF c/ Schuerings*, aff. T-107/11 P, non publié, pt 41.

55. R. MEHDI, *op. cit.*, spéc. p. 108.

56. P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, 286 p., spéc. p. 234, cité par A. DORSNER-DOLIVET et Th. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, pp. 59-66, spéc. p. 59.

57. J.-L. PISSALOUX, *op. cit.*, spéc. p. 794.

58. P. MANIN, « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *JCP G*, 1946, I, 542.

59. Voy. en ce sens s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public : Ch. VAN REEPINGHEN et P. ORIANNE, *La Procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles – Paris, Larcier – Dalloz, 1961, 181 p., spéc. pp. 49-50 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 49.

60. Voy. *inter alia* : R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. p. 820 ; R. MEHDI, *op. cit.*, spéc. p. 109 ; J.-L. PISSALOUX, *op. cit.*, spéc. pp. 796-797.

61. J.-L. PISSALOUX, *op. cit.*, spéc. p. 798.

en l'absence d'invocation par les parties⁽⁶²⁾, ou encore celui qui peut être invoqué par celles-ci en dehors des règles procédurales de droit commun. Ce critère procédural suggéré par la doctrine⁽⁶³⁾ et par certains avocats généraux de la Cour de justice⁽⁶⁴⁾ est parfois retenu par les juridictions de l'Union européenne⁽⁶⁵⁾. Il fait du moyen d'ordre public « une notion [davantage] fonctionnelle que conceptuelle »⁽⁶⁶⁾.

À son tour, ce critère procédural, un choix de nécessité, n'est pas sans écueils. Sur un plan conceptuel, il revient à déduire le champ de la notion de ses effets et, ainsi, à mêler la définition et le régime contentieux du moyen d'ordre public. Sur un plan pratique, son utilité est parfois limitée. D'une part, ce critère ne permet que de dresser un inventaire, de faire une photographie instantanée des moyens d'ordre public consacrés⁽⁶⁷⁾. Tourné vers le passé, il ne permet pas de prédire l'évolution de la notion de moyen d'ordre public à l'avenir. D'autre part, à lui seul, ce critère n'est pas toujours fiable. Si tout moyen d'ordre public emporte en principe le pouvoir du juge de l'examiner d'office, tout pouvoir d'office du juge n'implique pas nécessairement l'existence d'un moyen d'ordre public. Le juge peut parfois compléter le débat de sa propre initiative sans pour autant le faire sur la base d'un quelconque moyen d'ordre public. En d'autres termes, les notions de relevé d'office et de moyen d'ordre public ne sont pas nécessairement équipollentes. Cette observation se vérifie à au moins deux titres.

D'un côté, la signification du relevé d'office est intrinsèquement liée à la conception du rôle d'un juge dans une procédure donnée, cette conception étant elle-même fonction de ses traditions culturelles, de sa culture contentieuse. Ainsi, il est des juges investis de larges pouvoirs d'office pour

62. « Le relevé d'office d'un moyen de droit consiste pour le juge à faire spontanément application au litige de règles de droit qu'aucune partie n'invoquait » : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, 1770 p., spéc. p. 417. *Adde*, pour une définition analogue : C. BLÉRY, « Principes directeurs du procès. Office du juge. Fondement des prétentions litigieuses, *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 500-35, 2015, § 45.

63. Voy. *inter alia* : J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 p., spéc. p. 335 ; Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962, 467 p., spéc. p. 110 ; Ch. DEBOUY, *op. cit.*, spéc. p. 5 ; J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, spéc. p. 232. Voy. déjà : R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391 p., spéc. p. 193.

64. Voy. en particulier : concl. RUIZ-JARABO COLOMER du 11 février 2003, *Buzzi Unicem c/ Commission*, aff. C-217/00 P, *Rec.*, p. I-267, pt 217 ; concl. TRSTENJAK sous CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pt 39.

65. Voy. en ce sens : CJUE, ord., 2 février 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-404/11 P, non publiée, pt 33 ; TFP, 22 mai 2007, *López Teruel d/ OHMI*, aff. F-99/05, *RecFP*, pp. I-A-1-147 et II-A-1-797, pt 52.

66. P. BERNARD, *op. cit.*, spéc. p. 205.

67. J.-L. PISSALOUX, *op. cit.*, spéc. pp. 796-800.

déterminer la règle de droit applicable, procéder à la qualification juridique des faits et leur appliquer ladite règle de droit. Sous les auspices de la maxime *iura novit curia*, ces juges peuvent en somme relever d'office tout moyen (de droit). En revanche, d'autres juges sont empêchés de compléter d'office les éléments, même de droit, du litige tel que porté devant eux. C'est en particulier devant les juges, aux pouvoirs limités au nom d'un principe de passivité du juge, parfois appelé principe dispositif ou principe du *ne ultra petita*, que le relevé d'office d'un moyen prend une signification particulière et que peuvent se développer des moyens d'ordre public⁽⁶⁸⁾.

De l'autre côté, même dans ce dernier cas, tout pouvoir d'office n'équivaut pas au relevé d'office d'un moyen d'ordre public. Le juge peut, en effet, être investi de pouvoirs d'office afin de diriger l'instance et d'en assurer le bon déroulement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Partant, le critère procédural lié au relevé d'office doit, afin de distinguer l'existence d'un « simple » pouvoir d'office de la consécration d'un moyen d'ordre public, être combiné à d'autres considérations liées à la conception de l'office du juge, à la notion de moyen et à l'importance de la règle protégée.

Ainsi définie, la notion de moyen d'ordre public n'est pas propre au droit de l'Union européenne. Elle existe, à des degrés variables, dans différents ordres juridiques nationaux⁽⁶⁹⁾, mais aussi internationaux. Ainsi, des juridictions internationales peuvent exceptionnellement examiner de leur propre initiative certaines problématiques d'ordre public liées à leur compétence et à la recevabilité des demandes portées devant elles, voire à l'appréciation des différends au fond⁽⁷⁰⁾. Des moyens d'ordre public peuvent être trouvés dans le contentieux relevant de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci, « en qualité de gardienne de l'ordre public procédural du contentieux européen des droits de l'homme », peut examiner des motifs d'irrecevabilité ou d'incompétence⁽⁷¹⁾. Elle peut également aborder d'office

68. Ainsi, dans un contentieux civil maîtrisé par les parties, l'ordre public a été présenté « comme contrepoids au principe individualiste », en particulier à travers la notion de moyen d'ordre public : L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, spéc. p. 393.

69. Voy. *infra*, dans cette introduction, pp. 40-41.

70. Du fait des caractéristiques propres aux juridictions internationales, la plupart des conditions entourant leur compétence et la recevabilité sont toutefois disponibles et ne sont pas examinées d'office ; quant aux moyens de fond, l'on a pu relever la « précaution extrême » de ces juridictions : C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2015, 626 p., §§ 94, 262-264, 350-352, 556 et 599-600. Adde : B. M. METOU, *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 623 p., spéc. pp. 70-81, 174 et s., 303-304 et 545-546 ; J. MOUSSÉ, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 828 p., spéc. pp. 612-615.

71. À cet égard, il a toutefois été noté que « la doctrine fait preuve d'une très grande discrétion » tandis que, à l'exception du délai d'ordre public, la Cour EDH n'a pas encore « totalement systématisé son mode d'emploi » : J.-F. FLAUSS, « Le pouvoir d'appréciation de la

des questions de fond⁽⁷²⁾. Enfin, elle ne peut rayer une affaire de son rôle que si, en substance, l'ordre public ne s'y oppose pas⁽⁷³⁾. En outre, la Cour de l'Association européenne de libre-échange (AELE) a transposé dans le contentieux relevant de sa juridiction une notion de moyen d'ordre public inspirée de celle issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁷⁴⁾.

Le trait commun des moyens d'ordre public ou moyens d'office dans l'ensemble de ces ordres juridiques est l'habilitation du juge à procéder à leur examen de sa propre initiative. Au-delà, toutefois, l'étendue de la notion de moyen d'ordre public est susceptible de varier. L'ordre public se définit, en effet, par rapport à un ordre juridique spécifique, à une société à un moment donné dans le temps et dans l'espace. Le caractère contingent de cette notion se prolonge dans le moyen d'ordre public. En dépit de son caractère universel, la définition exacte de la notion de moyen d'ordre public, tout autant que son effet procédural concret dépendront à la fois de l'ordre juridique considéré, de la juridiction saisie et de la voie de droit exercée. Il est, partant, indispensable de délimiter le champ de la présente étude des moyens d'ordre public.

Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la recevabilité des requêtes individuelles (1998-2004) », in F. SALERNO (dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 14. Actes du colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 57-84, spéc. pp. 75 et 79-84. Adde : C. PICHÉRAL, *L'ordre public européen...*, *op. cit.*, spéc. pp. 329-332.

72. J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, spéc. p. 82 ; C. PICHÉRAL, *L'ordre public européen...*, *op. cit.*, spéc. pp. 333-334 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Contentieux européen*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 478 p., spéc. p. 433. Voy. déjà : W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international. Actes du 2^e colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Vienne, 18-20 octobre 1965)*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 155-251, spéc. pp. 215-218.

73. Voy. à ce propos : C. PICHÉRAL, *L'ordre public européen...*, *op. cit.*, spéc. pp. 327-329 ; F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39-80, spéc. pp. 67-70.

74. Voy. en particulier : Cour AELE, 22 août 2011, *Konkurrenten.no c/ Autorité de surveillance de l'AELE*, aff. E-14/10, *Rec. AELE*, p. 266, pt 46 ; Cour AELE, 30 mars 2012, *Liechtenstein et VTM c/ Autorité de surveillance de l'AELE*, aff. jtes E-17/10 et E-6/11, *Rec. AELE*, p. 114, pts 165-166 ; Cour AELE, 7 juillet 2014, *Schenker Nord e.a. c/ Autorité de surveillance de l'AELE*, aff. E-5/13, *Rec. AELE*, p. 306, pt 91. L'approche de la Cour de l'AELE est directement fondée sur des arrêts de principe de la Cour de justice, comp. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67 ; CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 34.

LE CHAMP DE L'ÉTUDE : LE CONTENTIEUX RELEVANT DE LA COUR
DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

La présente étude ayant été dédiée aux moyens d'ordre public *du droit de l'Union européenne*, le contentieux des juridictions internationales a d'emblée été exclu. Au cours de nos recherches, il est de surcroît apparu nécessaire de limiter l'étude aux moyens d'ordre public *du contentieux* relevant de la *Cour de justice de l'Union européenne*. Il convient ainsi d'écarter de l'analyse, d'une part, la question des moyens d'ordre public pris du droit de l'Union européenne devant les juridictions nationales et du relevé d'office de la violation de ce droit par celles-ci ainsi que, d'autre part, la problématique des pouvoirs d'office attribués à la Cour de justice dans les voies de droit non contentieuses.

Exclusion du relevé d'office des moyens pris de la violation du droit de l'Union européenne par le juge national. L'analyse était initialement conçue comme devant couvrir les moyens d'ordre public *en droit de l'Union européenne*. Elle devait alors porter non seulement sur le jeu des moyens d'ordre public dans les procédures ouvertes devant les juridictions de l'Union, mais encore sur le jeu des moyens d'ordre public pris de la violation du droit de l'Union devant les juridictions nationales. À l'aide d'une analyse systémique et de droit comparé, l'objectif envisagé était de dégager une théorie transversale du moyen d'ordre public du droit de l'Union européenne. Une telle approche pouvait se justifier au vu de l'attribution d'un office européen au juge national, juge de droit commun du droit de l'Union européenne⁽⁷⁵⁾, et de son intégration dans le système juridictionnel de l'Union européenne. Elle pouvait s'appuyer sur quelques propositions doctrinales⁽⁷⁶⁾, sur de rares précédents d'approche systémique dans la jurisprudence relative aux moyens d'ordre public⁽⁷⁷⁾ et

75. La qualité du juge national en tant que « juge communautaire de droit commun » a été reconnue par le Tribunal : TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. T-51/89, *Rec.*, p. II-309, pt 42. Voy. à propos de l'office européen du juge national : O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p. ; A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactyl., Strasbourg, 1983, 612 p. ; A. 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 Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20 ; B. BERTRAND, « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge : vers une complétude des compétences du juge national ? », *RFDA*, 2011, n° 2, pp. 367-376.

76. Voy. en particulier : V. GÖTZ, « Verwaltungsrechtsschutz durch Entscheidung über einzelne schriftlich vorgebrachte Klagegründe – Zum Rechtsschutzmodell der europäischen Gerichtsbarkeit », in C.-E. EBERLE, M. IBLER et D. LORENZ (ed.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2002, pp. 69-79, spéc. p. 79 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 227-231.

77. CJUE, 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, aff. C-472/11, *Rec. num.*, pts 29-31 ; CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pt 54 ; TFP,

sur les influences croisées observées entre les droits nationaux et le droit de l'Union européenne quant aux moyens d'ordre public⁽⁷⁸⁾. Elle pouvait en outre être fondée sur le constat d'un « certain parallélisme entre la juridiction communautaire [de l'Union] et les tribunaux nationaux » assuré par la jurisprudence européenne⁽⁷⁹⁾, sur une certaine convergence des règles procédurales tendant à la « promotion d'un modèle du droit au juge dans l'Union »⁽⁸⁰⁾, ainsi que sur les réflexions relatives à l'harmonisation, le cas échéant partielle ou ponctuelle, des procédures juridictionnelles⁽⁸¹⁾. L'approche systémique envisagée a toutefois rapidement révélé ses limites.

21 février 2008, *Putterlie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 57 ; TFP, 29 septembre 2009, *O c/ Commission*, aff. jtes F-69/07 et F-60/08, *RecFP*, pp. I-A-1-349 et II-A-1-1833, pt 143 ; TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 38.

78. Selon K. LENAERTS (« Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, n° 3, pp. 487-528, spéc. p. 526, note n° 108), le droit comparé aurait joué un rôle dans l'important arrêt *Salzgitter c/ Commission* (CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843), dans lequel, pour la première fois, la Cour de justice a reproché au Tribunal d'avoir omis de relever d'office un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de la Commission. Il a également joué un rôle dans les premières affaires relatives au relevé d'office du droit de l'Union européenne par le juge national : concl. JACOBS sous CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705, pt 42.

79. A. BARAV, « Le juge et le justiciable », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Giuffrè, 1998, vol. II, pp. 1-74, réimpr. in *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne. Recueil d'études*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 177-235, spéc. p. 211, à propos de la protection provisoire et de la responsabilité pour violation du droit communautaire (de l'Union européenne). Adde : O. DE SCHUTTER, « Les mesures provisoires devant la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2005, pp. 93-130 ; J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, 427 p. ; J. RIDEAU, « La responsabilité de la puissance publique », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 97-121 ; C. SMITS, « Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des États membres », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHE (dir.), *op. cit.*, pp. 409-442 ; T. TRIDIMAS, « Liability for breach of Community Law : growing up and mellowing down ? », *CML Rev.*, 2001, pp. 301-332 ; W. VAN GERVEN, « Bridging the gap between Community and national laws : towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies ? », *CML Rev.*, 1995, pp. 679-702 ; M. WATHELET et 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, n°s 1-2, pp. 13-65.

80. B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 565-593, spéc. p. 567.

81. Dès 1974, J. RIDEAU (« Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.*, 1974, chron., pp. 147-156, spéc. p. 156) envisagea que « le développement de la Communauté Européenne imposera sans aucun doute la transformation et l'harmonisation des voies de droit nationales ». L'on songe aux réflexions sur un droit procédural commun (voy. *inter alia* : J. BRIDGE, « Procedural Aspects of the Enforcement of European Community law through the Legal Systems of the Member States », *E.L.Rev.*,

L'obstacle principal à une telle théorie provient des prémisses sur lesquelles sont fondées la consécration des moyens d'ordre public opérant dans les procédures devant les juridictions de l'Union européenne, d'un côté, et l'appréhension, par la Cour de justice, du pouvoir ou de l'obligation pour le juge national d'examiner d'office le respect du droit de l'Union⁽⁸²⁾, de l'autre.

S'agissant des procédures relevant des juridictions de l'Union, le juge n'hésite pas à consacrer, explicitement ou implicitement, des moyens comme étant d'ordre public. Une telle consécration reflète l'importance de la norme violée au sein de l'ordre juridique de l'Union et déclenche l'application d'un régime procédural particulier.

De telles considérations sont, en revanche, étrangères à la jurisprudence de la Cour de justice relative au relevé d'office par le juge national⁽⁸³⁾. Inaugurée par les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel et van Veen* de 1995⁽⁸⁴⁾, cette jurisprudence est appuyée sur le principe d'autonomie

1984, n° 1, pp. 28-42, spéc. pp. 39-42 ; R. CARANTA, « Judicial protection against Member States : a new *jus commune* takes shape », *CML Rev.*, 1995, pp. 703-726 ; M. P. CHITI, « Towards a Unified Judicial Protection in Europe ? », *REDP*, 1997, pp. 553-573 ; Ch. HIMSWORTH, « Things Fall Apart : The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited », *E.L.Rev.*, 1997, n° 4, pp. 291-311) ou l'eupéanisation des procédures nationales (J.-B. AUBY, « About Europeanization of Domestic Judicial Review », *REALaw*, 2009, n° 2, pp. 105-134).

82. Voy. à ce titre notre contribution « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national », *ADUE*, 2012, pp. 215-242. Les développements qui suivent à propos du relevé d'office du droit de l'Union par le juge national sont pour l'essentiel tirés de cette contribution.

83. Voy. pour une approche plus nuancée : J.-G. HUGLO, « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 490, 2012, § 23.

84. CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. I-4599 (ci-après « l'arrêt *Peterbroeck* ») ; CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705 (ci-après « l'arrêt *van Schijndel et van Veen* »). Voy. la doctrine abondante : F. BENOÎT-ROHMER, « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA*, 25 octobre 1996, n° 129, pp. 23-32, spéc. pp. 27-30 ; F. BERROD, « Arrêts "*Peterbroeck*" et "*Van Schijndel*". Pouvoir du juge national d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire », *RMUE*, 1996, n° 1, pp. 200-204 ; G. CANIVET et 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, n° 4, chron. 4, pp. 1-4 ; S. CAZET, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, 2009, n° 7, étude 7, pp. 4-8 ; Y. DELICOSTOPOULOS, « L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit », *Justices*, 1997, n° 6, pp. 117-133, spéc. pp. 128-131 ; T. HEUKELS, Note sous les arrêts *Van Schijndel et Peterbroeck*, *CML Rev.*, 1996, pp. 337-353 ; M. HOSKINS, « Tilting the balance : supremacy and national procedural rules », *E.L.Rev.*, 1996, n° 5, pp. 365-377, spéc. pp. 372-377 ; Ph. MOLLARD, « Quand le juge national doit-il soulever d'office des questions de droit européen ? », *ERA-Forum*, 2011, n° 4, pp. 537-543 ; A. Ó CAOIMH, « Issues of EU Law Raised by National Courts of their Own Motion », in P. CARDONNEL, A. ROSAS et N. WAHL (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 123-138 ; S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public

procédurale⁽⁸⁵⁾ avec ses limites tirées des principes d'équivalence et d'effectivité⁽⁸⁶⁾. Schématiquement, en vertu du principe d'équivalence, les juridictions nationales sont tenues de relever d'office la violation d'une règle contraignante du droit de l'Union européenne dès lors qu'en vertu de leur droit national, elles ont la faculté ou l'obligation de soulever d'office des moyens de droit tirés d'une règle interne analogue⁽⁸⁷⁾. Le principe d'effectivité ne requiert aucune obligation générale de relever d'office le droit de l'Union européenne⁽⁸⁸⁾. Une telle obligation peut cependant en découler lorsque, dans les circonstances procédurales d'une affaire, l'invocation de ce droit par la partie intéressée est rendue en pratique impossible ou excessivement difficile⁽⁸⁹⁾.

Ainsi, loin d'imposer au juge national une obligation, issue du droit de l'Union européenne, de relever d'office la violation de normes que la Cour de justice tiendrait pour d'ordre public⁽⁹⁰⁾, cette cour situe la source

Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond », *European Review of Private Law*, 2004, pp. 589-611 ; A. RIGAUX et D. SIMON, *Europe*, 1996, n° 2, comm. 57 ; E. SZYSZCZAK et J. DELICOSTOPOULOS, « Intrusion into National Procedural Autonomy : The French Paradigm », *E.L.Rev.*, 1997, pp. 141-149 ; D. SIMON, « Modalités du relevé d'office », *Europe*, 2007, n° 8, comm. 199.

85. Voy. à propos de l'autonomie procédurale, parmi une doctrine abondante : C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*, 2007, n° 30, pp. 13-20 ; N. C. KAKOURIS, « Existe-t-il une "autonomie" procédurale judiciaire des États membres ? », in *État – Loi – Administration. Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1998, pp. 159-179 ; R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE*, 1977, n° 1, pp. 230-244 ; M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale : les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, pp. 419-457 ; J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903.

86. Voy. à ce propos : P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité – Encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, n° 1, pp. 75-102 ; K. LENAERTS, « The Decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in U. LEANZA *et al.* (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1057-1085. *Adde*, plus largement : D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Limal – Bruxelles, Anthemis – Nemesis, 2012, pp. 103-135.

87. Pts 13-14 et dispositif de l'arrêt *van Schijndel et van Veen*. La transformation d'une faculté, prévue par le droit national, de procéder au relevé d'office en obligation est fondée sur le principe de coopération loyale. *Adde* : CJUE, 13 février 2014, *Maks Pen EOOD*, aff. C-18/13, *Rec. num.*, pt 34 ; CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pts 30-31 ; CJUE, 26 avril 2017, *Farkas*, aff. C-564/15, *Rec. num.*, pt 35.

88. Pts 20-22 et dispositif de l'arrêt *van Schijndel et van Veen*.

89. Pts 15-21 et dispositif de l'arrêt *Peterbroeck*. *Adde* : CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, *Rec.*, p. I-4233, pt 41 (ci-après « l'arrêt *van der Weerd* »).

90. Voy. également en ce sens (à propos de l'arrêt *Peterbroeck*) : F. BENOÎT-ROHMER, *op. cit.*, spéc. p. 29. En revanche, l'avocat général Bot a proposé une approche mettant en avant la sauvegarde d'exigences d'intérêt général européen que, compte tenu des circonstances

d'une telle obligation tantôt dans le droit interne (par le biais du principe d'équivalence) tantôt dans les circonstances factuelles et procédurales particulières d'une affaire (par le biais du principe d'effectivité). Fondées sur des logiques fondamentalement différentes, cette jurisprudence et celle relative aux moyens d'ordre public devant les juridictions de l'Union ne se prêtent dès lors point à une comparaison utile. Seule la violation du droit européen de la concurrence a été qualifiée de moyen d'ordre public devant être relevé d'office par le juge national⁽⁹¹⁾, cependant à titre d'*obiter dictum*⁽⁹²⁾ dans des arrêts restés isolés et dont la portée doit, à nos yeux, être nuancée⁽⁹³⁾.

Le droit de l'Union européenne exerce une influence plus marquée sur les pouvoirs d'office du juge national dans certaines procédures et matières civiles et commerciales. D'une part, la réglementation du droit international privé de l'Union investit ce juge exceptionnellement d'une obligation d'examiner d'office certaines questions liminaires⁽⁹⁴⁾. D'autre part, à partir des années 2000⁽⁹⁵⁾, la Cour de justice a consacré une obligation pour le

de l'affaire en cause, seul le juge pouvait assurer (concl. sous CJCE, 25 novembre 2008, *Heemskerk et Schaap*, aff. C-455/06, *Rec.*, p. I-8763, pts 127-128). Une telle approche paraît toutefois « porteuse d'insécurité juridique » : F. BERROD, « Plaidoyer pour une Union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 81-101, spéc. p. 94.

91. CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, p. I-6619, pt 31 ; CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.*, p. I-4529, pt 49.

92. Voy. pour une telle qualification s'agissant de l'arrêt *Manfredi e.a.*, précité : J. H. JANS et A. T. MARSEILLE, Note sous l'arrêt van der Weerd, *CML Rev.*, 2008, pp. 853-862, spéc. p. 862. Voy. à propos de l'*obiter dictum* : C. CHARRIER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, n°s 1-2, pp. 79-105.

93. Le principe énoncé dans l'arrêt *Manfredi e.a.*, précité, est appuyé sur l'arrêt *Eco Swiss* (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97, *Rec.*, p. I-3055, pts 39-40). Or, dans ce dernier arrêt, la Cour ne s'est nullement prononcée sur l'obligation pour le juge national de relever d'office la violation du droit de la concurrence. Voy. à cet égard : L. IDOT, « Note sous l'arrêt *Eco Swiss* », *Revue de l'arbitrage*, 1999, n° 3, pp. 631-653 ; S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, *op. cit.*, spéc. pp. 600 et s. ; A. P. KOMNINOS, Note sous l'arrêt *Eco Swiss*, *CML Rev.*, 2000, pp. 459-478 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2^e ed., Oxford, OUP, 2006, 591 p., spéc. p. 464-465.

94. En particulier, aux articles 27 et 28, § 1, du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*JO*, 2012, L 351, p. 1), voy. à ce propos : H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe : matières civile et commerciale*, 5^e ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ – Lextenso éd., 2015, 887 p. Des pouvoirs d'office ainsi prévus dans le droit dérivé sont souvent négligés dans les études sur le relevé d'office (voy. toutefois : S. WHITTAKER, « Who Determines What Civil Courts Decide ? Private Rights, Public policy and EU Law », *Oxford University Legal Research Paper Series*, n° 46, 2012, 50 p., spéc. pp. 23-32). En l'absence de réglementation spécifique, la question des pouvoirs d'office est abordée sous l'angle de l'autonomie procédurale, y compris dans le domaine du droit international privé (CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16, *Rec. num.*, pts 23-33).

95. Voy. en particulier : CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, p. I-4941, pts 25-27 ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Rec.*, p. I-10875, pts 32-34 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*,

juge national de constater d'office, dans un litige de nature privée opposant un consommateur et un professionnel, le caractère abusif d'une clause contractuelle. Cette obligation est fondée sur un impératif d'effectivité de la protection du consommateur à l'égard du professionnel déduit de la directive 93/13/CEE⁽⁹⁶⁾ à l'aide d'une « interprétation créatrice »⁽⁹⁷⁾. Des pouvoirs d'office ont été transposés dans d'autres domaines du droit de la consommation⁽⁹⁸⁾. Du fait de la nature privée des procédures et des fondements très spécifiques de ces pouvoirs d'office, une comparaison avec la jurisprudence relative aux moyens d'ordre public devant les juridictions de l'Union européenne ne peut avoir qu'une portée limitée.

En définitive, il apparaît que la Cour de justice a non seulement renoncé, pour l'essentiel, à consacrer une notion autonome de moyen d'ordre public pris de la violation du droit de l'Union européenne qui s'imposerait aux juridictions nationales. Elle a également exclu toute européanisation véritable des règles régissant l'examen d'office par ces dernières⁽⁹⁹⁾. L'explication tient sans doute à la prudence, « pour ne pas heurter la sensibilité d'États membres non familiarisés avec [la] règle procédurale particulière

p. I-10421, pt 38 ; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08, *Rec.*, p. I-4713, pt 32. Sur cette jurisprudence, voy. *inter alia* : G. PAISANT, « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G*, 2009, n° 42, pp. 33-37 ; J. STUYCK, *op. cit.* ; V. TRSTENJAK et E. BEYSEN, « European Consumer Protection Law : *Curia Semper Dabit Remedium* ? », *CML Rev.*, 2011, pp. 95-124 ; H. SCHEBESTA, « Does the National Court Know European Law ? A Note on *Ex Officio* Application After *Asturcom* », *European Review of Private Law*, 2010, n° 4, pp. 847-880.

96. Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JO*, 1993, L 95, p. 29). Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de justice n'hésite plus à imposer aux juridictions nationales des obligations procédurales destinées à assurer l'effectivité, non plus du droit de l'Union européenne, mais des droits des justiciables : O. DUBOS, « The Origins of the Proceduralisation of EU Law : a Grey Area of European Federalism », *REALaw*, 2015, n° 1, pp. 7-25, spéc. p. 21.

97. É. POILLOT, Observations sous l'arrêt CJUE, 4 juin 2015, *Froukje Faber*, aff. C-497/13, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE, 2015. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 752-767, spéc. p. 761.

98. Voy. en particulier : CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion et Godard*, aff. C-429/05, *Rec.*, p. I-8017 ; CJCE, 17 décembre 2009, *Martín Martín*, aff. C-227/08, *Rec.*, p. I-11939.

99. À l'exception du droit de la consommation, dans lequel l'impact sur les procédures nationales est plus important. En outre, les questions liées aux pouvoirs respectifs du juge et des parties ont été écartées des réflexions sur la rédaction d'un Code judiciaire européen (L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e ed., Paris, PUF, 2013, 997 p., spéc. p. 284). Une harmonisation des règles relatives à l'invocation du droit de l'Union devant le juge national, permettant par exemple leur invocation à tout stade de la procédure, est non seulement source potentielle de rigidité, mais encore de différence de traitement selon que le justiciable fonde son allégation sur le droit de l'Union ou sur le droit national (M. DOUGAN, *National Remedies before the European Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2004, 418 p., spéc. p. 106) et pourrait ainsi induire des risques de double standard de protection. Un raisonnement analogue vaut sans doute à l'égard du relevé d'office.

[du relevé d'office] »⁽¹⁰⁰⁾. En dépit de son « apparence [...] technique »⁽¹⁰¹⁾, la question du relevé d'office par le juge est, en effet, sensible⁽¹⁰²⁾, car révélatrice de choix profondément « ancré[s] dans les traditions juridiques nationales »⁽¹⁰³⁾ dont la mise à l'écart a pu appeler de sérieuses réserves en doctrine⁽¹⁰⁴⁾. Elle touche à l'essence même de l'office du juge et de son rôle, plus ou moins actif, dans le procès et vis-à-vis des parties au litige. Or, d'une part, le droit de l'Union européenne ne peut, a-t-on écrit à ce sujet, « obliger le juge national à sortir de sa compétence »⁽¹⁰⁵⁾. D'autre part, en dépit de certaines conceptions partagées, acquiescées dans le temps par la Cour de justice et par la doctrine⁽¹⁰⁶⁾, les régimes procéduraux nationaux sont encore marqués d'une certaine diversité quant aux pouvoirs d'office⁽¹⁰⁷⁾.

100. Selon les termes de K. LENAERTS, « Le droit comparé... », *op. cit.*, spéc. p. 524.

101. R. ABRAHAM, « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : L'influence des jurisprudences européennes », *REDP*, 1997, n° 3, pp. 577-593, spéc. p. 581.

102. Encore que le droit communautaire (de l'Union européenne) a pu toucher à des mécanismes « intimes » du droit administratif, tel le sursis à l'exécution d'actes administratifs : J.-B. AUBY, « Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 189-192.

103. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, spéc. p. 284.

104. Voy. par analogie : C. BRENNER, « Construction européenne et droit du procès », in V. HEUZÉ et J. HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2012, pp. 151-160, spéc. p. 159 ; *id.*, « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », in J.-M. COULON (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 175-187, spéc. pp. 185-186.

105. L. AZOULAI, « La protection juridique en matière d'exécution nationale du droit communautaire », in J. SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 323-336, spéc. p. 332. L'auteur opère un certain rapprochement avec l'arrêt *Simmenthal*, dans lequel « la Cour a pris soin de préciser que le juge national ayant la mission d'assurer le plein effet du droit communautaire était saisi "dans le cadre de sa compétence" » (CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, pt 21). Cependant, les hypothèses ne nous paraissent pas identiques. Le juge national, dans l'affaire *van Schijndel et van Veen* était saisi dans le cadre de sa compétence, mais aurait été conduit à dépasser son office, à exercer un pouvoir allant au-delà de celui qui lui était conféré aux fins de statuer sur le litige.

106. Pts 20-22 de l'arrêt *van Schijndel et van Veen* (admission du principe dispositif dans les procédures civiles, transposé aux procédures administratives dans l'arrêt *van der Weerd*, pt 35). Selon K. LENAERTS (« Le droit comparé... », *op. cit.*, spéc. p. 526), il existe « une conception juridique, fondée sur l'ordre public, largement répandue au sein de la Communauté », limitant le relevé d'office aux moyens d'ordre public. À propos des juridictions statuant dans les matières civiles, il a été noté que « [t]ous les pays de l'Union européenne reconnaissent au juge le pouvoir de faire d'office application au litige de règles de droit non invoquées par les parties » (J. NORMAND, « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 337-350, spéc. p. 346).

107. Des « différences significatives » ont été constatées entre les pouvoirs d'office des juges administratifs allemand et italien et des juridictions britanniques statuant dans des matières administratives : M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice ? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Groningen/Amsterdam,

En somme, d'un État membre à l'autre mais aussi, au sein même d'un seul État membre, d'un juge à l'autre, les systèmes procéduraux se situent entre deux extrêmes.

D'un côté, se trouve un juge que l'on pourrait qualifier de passif, dont le rôle est confiné à celui d'arbitre appelé à trancher un litige qui est entièrement délimité par les parties d'un point de vue tant factuel que juridique. Ce juge est, en principe et à de très rares exceptions près, empêché de modifier les termes du débat, y compris juridique, entre les parties au litige. Tel serait le cas, selon une présentation classique, du juge britannique, encore que la doctrine soit relativement hésitante⁽¹⁰⁸⁾.

De l'autre côté, se situe le juge actif, en quelque sorte présumé omniscient, qui applique les adages *da mihi factum, dabo tibi ius* et *iura novit curia*⁽¹⁰⁹⁾. Ce juge est conduit à trancher le litige porté devant lui en fonction du droit applicable qu'il peut ou doit déterminer et appliquer d'office aux faits portés devant lui sans égard aux moyens de droit avancés par les parties. Il est communément admis que tel est le cas du juge allemand⁽¹¹⁰⁾.

Europa Law Publishing, 2009, 416 p., spéc. pp. 297-299. Voy. pour une synthèse des résultats de cette recherche, du même auteur : « Europeanisation of Administrative Justice ? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England », *REDP*, 2010, n° 3, pp. 681-733. Adde pour un constat analogue des pouvoirs respectifs des juges civils allemand, français et britannique : M. EBERS, *op. cit.*, spéc. pp. 826-827.

108. La doctrine hésite entre la négation de tout pouvoir d'office (S. WHITTAKER, *op. cit.*, spéc. pp. 8-11) et une approche plus nuancée (J. A. JOLOWICZ, « *Da mihi factum dabo tibi ius* : a problem of demarcation in English and French law », in *Multum non multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Müller, 1980, pp. 79-99). Il apparaîtrait que ce juge devrait soulever d'office, du moins, des moyens pris de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du droit de l'Union (N. ANDREWS, *On civil processes*, Cambridge, intersentia, 2013, vol. 1, 847 p., spéc. n° 29.58, p. 779, cité par C. CHAINAIS, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in L. FLISE et E. JEULAND [dir.], *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des 5^e rencontres de procédure civile*, Paris, IRJS Éditions, 2015, pp. 9-34, spéc. p. 31, note n° 102). Statuant en matière administrative, le juge britannique serait investi d'un pouvoir d'examiner d'office tout point de droit (M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice ?...*, *op. cit.*, spéc. pp. 166-168).

109. L'application pure et simple de l'adage *da mihi factum, dabo tibi ius* « suppose un juge omniscient et tout puissant » qui, censé découvrir la « vérité absolue », « ne doit pas être limité, ni par les qualifications, ni par le fondement juridique invoqués par les parties ; il doit juger le fait entièrement et exhaustivement, le purger de sa substance juridique » : H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in J.-M. COULON (dir.), *op. cit.*, pp. 225-232, spéc. p. 229.

110. Tant civil (F. FERRAND, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in J.-M. COULON dir., *op. cit.*, pp. 249-266, spéc. pp. 258-260 ; S. WHITTAKER, *op. cit.*, spéc. pp. 15-16) qu'administratif (M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice ?...*, *op. cit.*, spéc. pp. 160-164). Outre le juge allemand, les juges civils italien, belge et luxembourgeois sont ainsi tenus d'appliquer d'office la règle de droit (C. CHAINAIS, *op. cit.*, spéc. pp. 32-34). Il en irait de même du juge civil polonais (T. ERECINSKI, « When must national judges raise European law issues on their own motion ? », *ERA-Forum*, 2011, n° 4, pp. 525-529, spéc. pp. 526-527). Voy. également, s'agissant du juge belge : J. VAN COMPERNOLLE, « Le rôle actif

Entre les deux extrêmes, se situe un juge qui peut procéder au relevé d'office de certains moyens de droit. Selon le cas, ce pouvoir peut être subordonné à des conditions ou à la nature d'ordre public du moyen considéré⁽¹¹¹⁾. En particulier, le contentieux administratif français connaît ainsi de longue date une notion de moyen d'ordre public⁽¹¹²⁾, qui a d'ailleurs inspiré celle du droit du contentieux de l'Union européenne. Le juge civil français est, quant à lui, habilité à appliquer d'office la règle de droit⁽¹¹³⁾. C'est dans les droits procéduraux appuyés sur un fort principe dispositif ou de passivité du juge⁽¹¹⁴⁾, en vertu duquel celui-ci ne peut, en principe, statuer que sur les moyens de droit et de fait avancés par les parties, que se situe le terrain fertile pour l'apparition des moyens d'ordre public.

Combinée à la divergence des fondements jurisprudentiels retenus par la Cour de justice, cette relative diversité a milité en faveur d'une définition plus modeste du champ de la présente étude. Excluant toute analyse systémique des moyens d'ordre public pris du droit de l'Union européenne devant les juridictions de l'Union et les juridictions nationales, l'étude a été recentrée sur le contentieux *devant la Cour de justice de l'Union européenne*⁽¹¹⁵⁾.

du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », in L. CADIEU *et al.* (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 477-483.

111. Ainsi, le juge administratif italien ne peut relever d'office que certaines questions se rapportant à sa propre compétence et à la régularité de sa saisine, de même que des questions de constitutionnalité qu'il soumet à la Cour constitutionnelle (M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice ?...*, *op. cit.*, spéc. pp. 143-145 ; M. ELIANTONIO, « The Application of EC Law *Ex Officio* – Some News From the Italian Administrative Court », *REALaw*, 2008, n° 2, pp. 101-111, spéc. pp. 103-105). Le juge administratif néerlandais ne peut relever d'office que des moyens d'ordre public, entendus comme se rapportant à la compétence juridictionnelle et à la recevabilité (R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, « L'influence du droit européen sur le droit public néerlandais », in J.-B. AUBY [dir.], *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, pp. 919-943, spéc. p. 931).

112. Voy. à ce titre : Ch. DEBOUY, *op. cit.* ; É. AKOUN, *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Paris, Mare et Martin, 2017, 742 p.

113. Sans vouloir entrer dans les débats sur la nature obligatoire ou facultative de l'examen d'office des moyens, d'ordre public, de pur droit, mélangés de droit et de fait. Voy. en particulier : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, spéc. pp. 416-418 et 427-447.

114. Au sens courant employé par les juridictions de l'Union européenne, emportant, pour l'essentiel, une interdiction de statuer en l'absence de conclusions régulières et/ou sur la base de moyens non allégués par les parties. Voy. à propos des subtilités de la notion et des origines du principe dispositif (en procédure civile) : C. CHAINAIS, *op. cit.* *Adde* : F. FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henry Motulsky », *Procédures*, 2012, n° 3, pp. 36-47, spéc. pp. 38 et s.

115. Sont donc également exclus de l'analyse les éventuels pouvoirs d'office attribués aux instances quasi-juridictionnelles de l'Union européenne, telles que les chambres de recours de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), bien qu'une certaine notion de moyen d'ordre public ait exceptionnellement été transposée aux procédures portées devant elles. En relèvent des questions de procédure, liées en particulier au délai (TPI, 1^{er} juillet 2009, *Okalux c/ OHMI*, aff. T-419/07, *Rec.*, p. II-2477, pts 49 et 53 ; Trib. UE, 15 mars 2011, *Ifemy's c/ OHMI*, aff. T-50/09, *Rec.*, p. II-945, pts 63-64 ; Trib. UE, 19 septembre 2012, *Video*

Conformément à l'article 19 du traité sur l'Union européenne (TUE), cette institution comprend la Cour de justice, le Tribunal et les tribunaux spécialisés, adjoints au Tribunal⁽¹¹⁶⁾. Elle n'est aujourd'hui⁽¹¹⁷⁾ composée plus que de la Cour de justice, juridiction suprême de l'ordre juridictionnel de l'Union, et du Tribunal, juge de droit commun de première instance⁽¹¹⁸⁾. Avec effet au 1^{er} septembre 2016, le Tribunal de la fonction publique, unique tribunal spécialisé créé, a cessé ses activités et le contentieux qui relevait de sa compétence a été transféré au Tribunal⁽¹¹⁹⁾. Cependant, l'étude des moyens d'ordre public du contentieux relevant de la Cour de justice de l'Union européenne ne saurait faire abstraction de la jurisprudence du feu Tribunal de la fonction publique. Cette juridiction spécialisée, « famili[ère]

Research USA c/ OHMI, aff. T-267/11, *Rec. num.*, pt 35 ; Trib. UE, ord., 24 octobre 2013, *Stromberg Menswear c/ OHMI*, aff. T-451/12, non publiée, pt 38 ; Trib. UE, 21 mai 2014, *Melt Water c/ OHMI*, aff. T-61/13, *Rec. num.*, pt 34 ; Trib. UE, 26 janvier 2016, *Permapore c/ OHMI*, aff. T-277/15, non publié, pt 24). L'ordre public est également mobilisé s'agissant de certaines questions de droit liées au fond (TPI, 6 septembre 2006, *DEF-TEC Defense Technology c/ OHMI*, aff. T-6/05, *Rec.*, p. II-2671, pt 23 ; TPI, 14 décembre 2006, *Gagliardi c/ OHMI*, aff. T-392/04, non publié, pt 43 ; Trib. UE, 25 novembre 2014, *Brouwerij Van Honsebrouck c/ OHMI*, aff. T-374/12, non publié, pt 25 ; Trib. UE, 18 mars 2016, *El Corte Inglés c/ OHMI*, aff. T-785/14, non publié, pt 30).

116. Tribunaux susceptibles d'être créés en vertu de l'article 257 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

117. Voy. à propos de l'évolution du système juridictionnel de l'Union européenne : P. J. G. KAPTEYN, « Reflections on the Future of the Judicial System of the European Union after Nice », *YEL*, 2001, pp. 173-190 ; K. LENAERTS, « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? », in M. DONY et E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 49-64 ; J.-V. LOUIS, « La fonction juridictionnelle. De Nice à Rome... et au-delà », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (coord.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 119-140 ; G. C. ROGRIGUEZ IGLESIAS, « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », *CDE*, 1999, n^{os} 3-4, pp. 275-281 ; D. RUIZ-JARABO, « La réforme de la Cour de justice opérée par le Traité de Nice et sa mise en œuvre future », *RTDE*, 2001, n^o 4, pp. 705-725 ; A. TIZZANO, « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 499-516 ; A. TIZZANO, « La Cour de justice et l'Acte unique européen », in F. CAPOTORTI *et al.* (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 691-727 ; G. VANDERSANDEN, « Le système juridictionnel après Nice », *CDE*, 2003, n^{os} 1-2, pp. 3-15 ; B. VESTERDORF, « The Community Court System ten years from now and beyond : challenges and possibilities », *E.L.Rev.*, 2003, n^o 3, pp. 303-323 ; D. WAELEBROECK, « Vers une nouvelle architecture judiciaire européenne ? », *CDE*, 2000, n^{os} 1-2, pp. 3-7.

118. À l'exception des recours de première instance réservés à la compétence de la Cour de justice : art. 256, § 1, TFUE et art. 51 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

119. Conformément aux règlements (UE, Euratom) n^o 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015, modifiant le protocole n^o 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne (*JO*, 2015, L 341, p. 14), et (UE, Euratom) n^o 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents (*JO*, 2016, L 200, p. 137).

des questions juridiques et factuelles dont [elle] a[vait] à connaître »⁽¹²⁰⁾, a en effet non seulement façonné une décennie de ce contentieux spécifique mais encore apporté une contribution importante à la définition et au régime des moyens d'ordre public. Sa jurisprudence demeure source de réflexion et d'inspiration pour l'avenir⁽¹²¹⁾. La prise en compte des jurisprudences de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique permet d'enrichir l'analyse et de déceler des subtilités de cette notion, de son régime et de son appréhension par ces trois juridictions dans les différents contentieux et matières.

Exclusion des procédures non contentieuses. L'analyse a ensuite été resserrée autour des seules *procédures contentieuses*⁽¹²²⁾ ouvertes devant les juridictions de l'Union européenne, à savoir les recours en annulation⁽¹²³⁾, en carence⁽¹²⁴⁾, en responsabilité contractuelle⁽¹²⁵⁾ et extra-contractuelle⁽¹²⁶⁾, en constatation de manquement⁽¹²⁷⁾, le pourvoi⁽¹²⁸⁾, les

120. P. MAHONEY, « Le Tribunal de la fonction publique : avantages et inconvénients d'une instance juridictionnelle spécialisée », *RUDH*, 2011, n^{os} 1-3, pp. 11-16, spéc. p. 13.

121. Il reste à voir à quel point le Tribunal, en sa qualité retrouvée de juge de première instance de la fonction publique européenne, tiendra compte de « l'acquis jurisprudentiel » du Tribunal de la fonction publique (selon les mots empruntés à F. BOCQUILLON, « Les conséquences de la réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne sur le contentieux de la fonction publique », *JDE*, 2017, pp. 218-224), autrement dit des avancées réalisées par ce dernier. Dans les premiers arrêts et ordonnances rendus en cette qualité, le Tribunal se réfère à des décisions du Tribunal de la fonction publique et fait parfois sienne la jurisprudence de celui-ci, voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 22 juin 2017, *Vankerckhoven-Kahmann c/ Commission*, aff. T-582/16, non publiée, pts 58 et s.

122. Voy. déjà à propos de la distinction des compétences contentieuses et non contentieuses de la Cour de justice de l'Union européenne : F. PICOD, « Article I-29 – La Cour de justice de l'UE », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, t. 1, pp. 384-400, spéc. pp. 396-400.

123. Art. 263 TFUE.

124. Art. 265 TFUE.

125. Voy. s'agissant des recours formés 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 : art. 272 TFUE. Conformément à l'article 273 TFUE, la Cour de justice est également « compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet des traités, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis ». Le tout premier recours sur ce fondement n'ayant été formé qu'en 2015 (CJUE, 12 septembre 2017, *Autriche c/ Allemagne*, aff. C-648/15, *Rec. num.*), cette procédure ne sera prise en compte qu'à la marge.

126. Art. 268 TFUE.

127. Art. 258-260 TFUE.

128. Art. 256, § 1, al. 2, TFUE et art. 56-61 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

voies de la rétractation⁽¹²⁹⁾, mais aussi les procédures incidentes⁽¹³⁰⁾. Cette limitation se justifie par l'objet même de l'analyse. La notion de *moyen* est, en effet, intrinsèquement liée au contentieux, en ce qu'elle « se situe [...] au cœur du procès »⁽¹³¹⁾. De même, la notion de « moyen d'ordre public » est employée, par le juge, essentiellement dans les procédures contentieuses et ne trouve pas sa place dans la jurisprudence relative aux procédures non contentieuses, à savoir les procédures du renvoi préjudiciel, d'avis et de réexamen. Le règne des fins de non-recevoir d'ordre public est, par ailleurs, explicitement cantonné aux procédures contentieuses dans le règlement de procédure de la Cour de justice⁽¹³²⁾. Cette délimitation s'explique aisément au regard des traits caractéristiques de ces procédures, qui, à la différence de celles non contentieuses, se prêtent à l'apparition d'une notion, plus ou moins étendue, de moyen d'ordre public.

Sans nullement entendre nier les spécificités respectives et parfois très marquées des procédures contentieuses, il est en effet incontesté que ces procédures sont toutes contradictoires, qu'elles opposent au moins deux parties à un litige directement porté devant le juge de l'Union, qu'elles ne peuvent être déclenchées que par le dépôt d'une requête au sens procédural du terme, qui doit énoncer les conclusions et les moyens avancés à leur appui⁽¹³³⁾, et que le juge est en principe soumis à une certaine forme de passivité, en ce qu'il doit épuiser le litige porté devant lui, sans pouvoir en dépasser les bornes. Ces procédures sont ainsi soumises au principe dispositif, d'une portée variable, avec lequel la notion de moyen d'ordre public présente des liens étroits.

Pour leur part, les procédures non contentieuses se présentent sous un jour différent. La procédure de réexamen⁽¹³⁴⁾, en sommeil depuis la

129. À savoir les procédures d'opposition (par le défendeur défaillant), de tierce opposition, d'interprétation et de révision (art. 41-44 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne), ainsi que de rectification d'erreurs matérielles.

130. Tels en particulier le référé (art. 278-279 TFUE), l'intervention (art. 40 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne) et l'exception d'illégalité (art. 277 TFUE).

131. À propos de la notion de « moyen » employée dans le nouveau Code de procédure civile français : R. MARTIN, « Sur la notion de moyen », *JCP G*, 1976, I, 2768.

132. Tandis que l'article 53, § 2, RP/C (2012), relatif à l'incompétence et à l'irrecevabilité manifestes, est applicable à toutes les procédures, tant contentieuses que non contentieuses, portées devant la Cour de justice, l'article 150 RP/C (2012), relatif aux fins de non-recevoir d'ordre public, ne s'applique que dans les recours directs. Cette disposition figure en effet dans le titre quatrième, relatif aux recours directs.

133. Art. 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; art. 120 et 168 RP/C (2012) ; art. 76, 177 et 194 RP/T (2015).

134. Art. 256, § 2, al. 2, TFUE. Voy. à propos de cette procédure : M. AFROUKH, « Le réexamen devant les cours européennes », *RAE*, 2011, n° 1, pp. 139-157 ; Ch. FARDET, « Le “réexamen” des décisions du Tribunal de première instance », *RM CUE*, 2004, pp. 184-193 ; H. JUNG, « Une nouvelle procédure devant la Cour : le réexamen », in C. BAUDENBACHER *et al.* (dir.), *Liber*

disparition du Tribunal de la fonction publique, est déclenchée d'office par la Cour de justice sur proposition de son premier avocat général. La Cour détermine elle-même les conditions et l'étendue de sa saisine, qui sont précisées dans la décision d'ouverture de la procédure. C'est ainsi la procédure qui en tant que telle peut être qualifiée d'ordre public ou de procédure d'office, ce qui ne laisse plus guère de place à l'apparition de moyens d'ordre public. Cette procédure se situe, dès lors, par définition hors du champ de la présente analyse⁽¹³⁵⁾.

La procédure d'avis⁽¹³⁶⁾, procédure préventive, est déclenchée par voie non de requête au sens procédural du terme, mais de demande⁽¹³⁷⁾. Exceptionnellement, la Cour de justice en vérifie d'office l'admissibilité⁽¹³⁸⁾, ce qui a pu conduire à des interrogations, aujourd'hui dépassées⁽¹³⁹⁾, sur la transposition de la notion de fin de non-recevoir d'ordre public à cette procédure⁽¹⁴⁰⁾. S'agissant de la compatibilité de l'accord envisagé, la nature

Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 191-218 ; I. PINGEL, « La procédure de réexamen en droit de l'Union européenne », *RUE*, 2011, pp. 532-536 ; A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « Premières applications de la procédure de "réexamen" devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, pp. 733-754.

135. En revanche, des enseignements peuvent être tirés de cette procédure aux fins de la définition des valeurs essentielles du droit de l'Union européenne ainsi que du régime du moyen d'ordre public devant les juges du fond et du pourvoi.

136. Art. 218, § 11, TFUE. Voy. à propos de cette procédure : S. ADAM, *La procédure d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 668 p. ; J. BOULOUIS, « Les avis de la Cour de justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *RTDE*, 1992, n° 3, pp. 456-463 ; V. CHRISTIANOS, « La compétence consultative de la Cour de justice à la lumière du traité sur l'Union européenne », *RMCUE*, 1994, pp. 37-44 ; V. CONSTANTINESCO et D. SIMON, « Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes », *RTDE*, 1975, n° 3, pp. 432-469, spéc. pp. 451-455 ; Ch. GRAY, « Advisory Opinions and the European Court of Justice », *E.L.Rev.*, 1983, n° 1, pp. 24-39, spéc. pp. 33-36 ; R. KOVAR, « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne », in D. BARDONNET *et al.* (coord.), *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 357-377 ; R. KHEITMI, « La fonction consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 3, pp. 553-594, et n° 4, pp. 759-798. *Adde* : J. CHARPENTIER, « Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclu par la Communauté », *RMCUE*, 1997, pp. 413-421.

137. S. ADAM, « L'examen de l'admissibilité d'une demande d'avis, aux confins de l'effectivité du contrôle préventif et de l'équilibre institutionnel », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 19-28, spéc. p. 19 et note n° 4.

138. CJCE, 7 février 2006, Avis 1/03, *Nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *Rec.*, p. I-1145, pts 111-113.

139. Voy. *supra*, note n° 132.

140. Voy. à ce titre : S. ADAM, *La procédure d'avis...*, *op. cit.*, spéc. pp. 95-96, 182 et 259. Selon cet auteur, devraient être d'ordre public, car examinés d'office, l'inadmissibilité d'une demande d'avis déposée après la conclusion de l'accord international, de même que celle d'une demande prématurée. S. KARAGIANNIS (« L'expression "accord envisagé" dans l'article 228,

non contentieuse de la procédure d'avis pourrait justifier une certaine flexibilité à l'égard des termes de la demande d'avis⁽¹⁴¹⁾. L'existence de moyens d'ordre public de fond a été questionnée dans la doctrine⁽¹⁴²⁾ et un cas exceptionnel d'examen d'office de l'absence de compétence de la Communauté a été décelé⁽¹⁴³⁾. En revanche, plus récemment, la Cour de justice a renoncé à se saisir d'office d'une question relative à la nature, exclusive ou partagée, d'une compétence de l'Union⁽¹⁴⁴⁾. La rareté des cas d'examen d'office et la nature particulière de la procédure d'avis ont conduit à l'exclure du champ de la présente analyse.

Enfin, la singularité du renvoi préjudiciel, procédure à « caractère accentué *d'ordre public* »⁽¹⁴⁵⁾, n'est plus à démontrer. Cette procédure non contentieuse de coopération juridictionnelle⁽¹⁴⁶⁾ « pour le droit » et « pour la justice »⁽¹⁴⁷⁾ ne connaît pas de notion de « parties » au sens procédural

§ 6, du traité CE », *CDE*, 1998, n°s 1-2, pp. 105-136, spéc. p. 119) défendait l'avis inverse, selon lequel la Cour de justice « renoncer[ait] à soulever d'office des difficultés pouvant la priver de sa compétence ».

141. J. BOULOUIS, *op. cit.*, spéc. pp. 458-459 ; M. AFROUKH et L. COUTRON, « La compétence – exagérément ? – exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 45-68, spéc. p. 46. Rappelons d'ailleurs que, par le passé, le champ de l'étendue de l'analyse de la Cour de justice a été amplement discuté dans la doctrine, qui avait un temps suggéré que la Cour procède, en quelque sorte d'office, à un examen exhaustif de la compatibilité de l'accord envisagé avec le droit primaire indépendamment des questions soumises à son examen. Voy. à ces propos : S. ADAM, *La procédure d'avis...*, *op. cit.*, spéc. pp. 170-172, 256-260, 263-265 et 414-420 ; J. BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, 1992, vol. 235, spéc. p. 73 ; E. LERAY et A. POTTEAU, « Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de la légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *RTDE*, 1998, n° 4, pp. 535-571, spéc. pp. 540-542 et 545 ; J. RIDEAU, « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », *RGDIP*, 1990, pp. 289-413, spéc. pp. 205-306.

142. Voy. pour une position nuancée : S. ADAM, *La procédure d'avis...*, *op. cit.*, spéc. pp. 256-260.

143. CJCE, 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de la Communauté à la CEDH, Rec.*, p. I-1759. Voy. à ce propos : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., spéc. pp. 422-423.

144. CJUE, 8 mars 2011, Avis 1/09, *Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets, Rec.*, p. I-1137. Voy. à ce propos : S. ADAM, « Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union. Note sur l'avis 1/09 de la Cour de justice », *CDE*, 2011, n° 1, pp. 277-302, spéc. pp. 292-294.

145. M. LAGRANGE, « Les actions en justice dans le régime des Communautés européennes », *SEW*, 1962, pp. 81-107, spéc. p. 106 (souligné par l'auteur).

146. CJCE, ord., 3 juin 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1194 ; CJCE, 1^{er} décembre 1965, *Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1081, spéc. pp. 1094-1095.

147. Selon les termes empruntés à F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », in J. AUVERT-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 199-232. Voy. plus largement et à propos de l'évolution des rapports de coopération dans le renvoi préjudiciel, les *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne* d'A. BARAV (Bruxelles, Bruylant, 2011, 283 p.).

du terme⁽¹⁴⁸⁾, bien qu'elle soit « organisée comme s'il s'agissait d'un débat contentieux »⁽¹⁴⁹⁾. Elle se caractérise par un formalisme réduit et une grande souplesse dans l'exercice, par la Cour de justice, de sa mission entièrement tournée vers l'objectif de fournir au juge de renvoi une réponse utile. La Cour jouit de pouvoirs d'office considérables⁽¹⁵⁰⁾, qui forment une certaine « contrepartie » à la liberté accordée au juge national lors de la rédaction de sa question⁽¹⁵¹⁾.

Ainsi, elle vérifie d'office sa compétence⁽¹⁵²⁾ et la recevabilité du renvoi⁽¹⁵³⁾, deux notions parfois mêlées⁽¹⁵⁴⁾. En cours d'instance, elle vérifie d'office la persistance du litige au principal⁽¹⁵⁵⁾. Sur le fond, même d'office, elle extrait du dossier les dispositions devant faire l'objet d'une interprétation⁽¹⁵⁶⁾ et

148. CJCE, 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft c/ Singer et Fils*, aff. 44/65, *Rec.*, p. 1191, spéc. pp. 1198-1199.

149. T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès ? », in F. CAPOTORTI *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 347-357, spéc. p. 347.

150. Voy. en particulier : M.-Ch. BERGERÈS, « La reformulation des questions préjudicielles en interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes », *D.*, 1985, pp. 155-162 ; C. NAOMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, 377 p., spéc. pp. 263-273 ; J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 357 p., spéc. pp. 42-43 et 231-235 ; L. WEITZEL, « La reformulation de la question préjudicielle », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1994, vol. I, pp. 83-97. *Adde* : G. BEBR, *Development of judicial control of the European Communities*, La Haye – Boston – Londres, Martinus Nijhoff, 1981, 822 p., spéc. pp. 460-461 ; G. BEBR, « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *CDE*, 1975, pp. 380-424, spéc. p. 389 ; D.W.K. ANDERSON, *References to the European Court*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, 532 p., spéc. pp. 288-292 ; A. RIGAUX, « Du “relevé d'office” dans le cadre du renvoi préjudiciel... », *Europe*, 1999, n° 4, comm. 137.

151. P. PESCATORE, « Article 177 », in V. CONSTANTINESCO *et al.* (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 1073-1122, spéc. p. 1089.

152. La Cour de justice peut « vérifier, le cas échéant, comme toute juridiction en a l'obligation, sa propre compétence » (CJCE, 16 décembre 1981, *Foglia c/ Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, pts 19 et 21), y compris d'office (CJCE, 11 septembre 2008, *UGT-Rioja e.a.*, aff. jtes C-428/06 à C-434/06, *Rec.*, p. I-6747, pt 40 ; CJUE, 7 novembre 2013, *Romeo*, aff. C-313/12, *Rec. num.*, pt 20).

153. CJUE, 17 février 2011, *Weryjski*, aff. C-283/09, *Rec.*, p. I-601, pts 25 et 26-31, 34-45.

154. « [Le choix opéré entre l'incompétence, l'irrecevabilité et le non-lieu] ne paraît pas toujours parfaitement maîtrisé » : F. PICOD et J. RIDEAU, « Renvoi préjudiciel », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2006 (actualisation 2013), § 191. Voy. dans le même sens : A. BARAV, « Transmutations préjudicielles », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 622 et note n° 11.

155. CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, aff. C-165/14, *Rec. num.*, pt 24.

156. CJCE, 29 novembre 1978, *Redmond*, aff. 83/78, *Rec.*, p. 2347, pt 26 ; CJCE, 13 décembre 1984, *Haug-Adrión*, aff. 251/83, *Rec.*, p. 4277, pt 9 ; CJCE, 20 mars 1986, *Tissier*, aff. 35/85, *Rec.*, p. 1207, pt 9 ; CJCE, 8 décembre 1987, *Gauchard*, aff. 20/87, *Rec.*, p. 4879, pt 7 ; CJCE, 20 avril 1988, *Bekaert*, aff. 204/87, *Rec.*, p. 2029, pt 7 ; CJCE, 26 septembre 1996, *Arcaro*, aff. C-168/95, *Rec.*, p. I-4705, pt 21 ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8121, pt 34 ; CJCE, 27 octobre 2009, *ČEZ*, aff. C-115/08, *Rec.*, p. I-10265, pt 81.

interprète des dispositions non visées par la demande⁽¹⁵⁷⁾. Elle examine d'office d'éventuelles justifications d'une réglementation ou législation nationale⁽¹⁵⁸⁾. D'office, elle transforme des questions en interprétation posées en des questions en appréciation de validité⁽¹⁵⁹⁾, examine la validité d'actes ou de dispositions dont seule l'interprétation lui est demandée⁽¹⁶⁰⁾ ou complète les moyens d'invalidité avancés par le juge de renvoi au regard de ceux avancés par les parties au principal ou relevés d'office par elle⁽¹⁶¹⁾. Dans sa jurisprudence plus récente, la Cour de justice se montre cependant

157. CJCE, 27 mars 1990, *Bagli Pennacchiotti*, aff. C-315/88, *Rec.*, p. I-1323, pts 9-11 ; CJCE, 12 décembre 1990, *SARPP*, aff. C-241/89, *Rec.*, p. I-4695, pts 8, 10 et 11 ; CJCE, 16 juillet 1992, *Belovo*, aff. C-187/91, *Rec.*, p. I-4937, pts 11-13 ; CJCE, 18 mars 1993, *Viessmann*, aff. C-280/91, *Rec.*, p. I-971, pt 17 ; CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pts 6-10 ; CJCE, 2 février 1994, « *Clinique* », aff. C-315/92, *Rec.*, p. I-317, pt 7 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, pts 20-28 ; CJCE, 27 juin 1996, *Asscher*, aff. C-107/94, *Rec.*, p. I-3089, pts 24-28 ; CJCE, 20 mars 1997, *Phytheron International*, aff. C-352/95, *Rec.*, p. I-1729, pts 16-19 ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8121, pts 38-40 ; CJCE, 7 novembre 2002, *Bourrasse et Perchicot*, aff. jtes C-228/01 et C-289/01, *Rec.*, p. I-10213, pts 28-33 ; CJCE, 4 décembre 2003, *Kristiansen*, aff. C-92/02, *Rec.*, p. I-14597, pts 28-30 ; CJCE, 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, aff. C-152/03, *Rec.*, p. I-1711, pt 29 ; CJCE, 26 juin 2008, *Wiedemann et Funk*, aff. jtes C-329/06 et C-343/06, *Rec.*, p. I-4635, pt 45 ; CJCE, 27 novembre 2008, *Metherma*, aff. C-403/07, *Rec.*, p. I-8921, pts 38-40 ; CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-1177, pts 39-40 ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *Rec.*, p. I-3375, pts 24 et 26 ; CJUE, 12 décembre 2013, *Imfeld et Garcet*, aff. C-303/12, *Rec. num.*, pts 35-39.

158. Voy. en ce sens : CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, aff. C-341/08, *Rec.*, p. I-47, pts 38-43 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Tankreederei I*, aff. C-287/10, *Rec.*, p. I-14233, pts 20-33 ; CJUE, 26 septembre 2013, *HK Danmark*, aff. C-476/11, *Rec. num.*, pts 55-56.

159. CJCE, 1^{er} décembre 1965, *Schwarze*, aff. 16/65, *Rec.*, p. 1081, spéc. pp. 1094-1095 ; CJCE, 13 décembre 1989, *Paris*, aff. 204/88, *Rec.*, p. 4361, pt 8 ; CJCE, 11 octobre 2001, *Khalil e.a.*, aff. jtes C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, *Rec.*, p. I-7413, pt 29. *Adde* : concl. Bor sous CJUE, 1^{er} juillet 2014, *Ålands Vindkraft*, aff. C-573/12, *Rec. num.*, pts 65-73.

160. CJCE, 2 juin 1976, *Milch-, Fett- und Eier-Kontor*, aff. 125/75, *Rec.*, p. 771, pt 7 ; CJCE, 3 février 1977, *Strehl*, aff. 62/76, *Rec.*, p. 211, pts 10-18 ; CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, pts 13-16 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Lenoir*, aff. 313/86, *Rec.*, p. 5391, pt 12 ; CJCE, 14 juin 1990, *Weiser*, aff. C-37/89, *Rec.*, p. I-2395, pt 11 ; CJCE, 7 septembre 1999, *De Haan*, aff. C-61/98, *Rec.*, p. I-5003, pts 47 et 49.

161. CJCE, 18 février 1964, « *Rotterdam* » et « *Puttershoek* », aff. jtes 73/63 et 74/63, *Rec.*, p. 1, spéc. pp. 27-28 ; CJCE, 10 janvier 1973, *Getreide-Import*, aff. 41/72, *Rec.*, p. 1, pts 1-2 et 4 ; CJCE, 25 octobre 1978, *Royal Scholten-Honig*, aff. jtes 103/77 et 145/77, *Rec.*, p. 2037, pts 16-17 ; CJCE, 7 juillet 1981, *Reve*, aff. 158/80, *Rec.*, p. 1805, pt 19 ; CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. 41/84, *Rec.*, p. 1, pts 5 et 10 ; CJCE, 12 mai 1989, *Erhardt-Renken*, aff. 246/87, *Rec.*, p. 1151, pts 5 et 7 ; CJCE, 11 juillet 1990, *Sermes*, aff. C-323/88, *Rec.*, p. I-3027, pts 11 et 13 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Affish*, aff. C-183/95, *Rec.*, p. I-4315, pts 20-22 et 27 ; CJCE, 6 juillet 2000, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, aff. C-356/97, *Rec.*, p. I-5461, pts 15-16. Plus encore, la doctrine a pu envisager que la Cour de justice procède à un examen exhaustif de la validité de l'acte ou de la disposition en cause dans le renvoi : Ch. TOMUSCHAT, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften*, Cologne – Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1964, 226 p., spéc. pp. 181-182.

plus réticente à examiner des motifs d'invalidité non avancés par le juge de renvoi⁽¹⁶²⁾, en particulier lorsque ce juge a ciblé sa demande⁽¹⁶³⁾.

L'existence et l'étendue de ces pouvoirs d'office auraient certes pu justifier l'inclusion du renvoi préjudiciel dans le champ de la présente étude. Leur rapprochement avec les pouvoirs attribués au juge en matière contentieuse⁽¹⁶⁴⁾ ou avec la notion de moyen d'ordre public a parfois été suggéré, en particulier à propos de la compétence juridictionnelle⁽¹⁶⁵⁾ et de l'appréciation de validité⁽¹⁶⁶⁾. Les rapports entre ces pouvoirs d'office

162. CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-305/05, *Rec.*, p. I-5305, pts 17-19 ; CJCE, 15 avril 2008, *Nuova Agricast*, aff. C-390/06, *Rec.*, p. I-2577, pts 42-44 ; CJUE, 11 février 2010, *Hoesch Metals and Alloys*, aff. C-373/08, *Rec.*, p. I-951, pts 57-60 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Simon, Evers & Co*, aff. C-21/13, *Rec. num.*, pts 25-28 ; CJUE, 10 septembre 2015, *Fliesen-Zentrum Deutschland*, aff. C-687/13, *Rec. num.*, pts 42-43 ; CJUE, 17 décembre 2015, *APEX*, aff. C-371/14, *Rec. num.*, pts 36-38 ; CJUE, 28 janvier 2016, *CM Eurologistik et GLS*, aff. jtes C-283/14 et C-284/14, *Rec. num.*, pts 44-46. Cette jurisprudence peut s'apparenter à la consécration d'une certaine forme du principe dispositif dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Son existence semble parfois admise (G. BEBR, *Development of judicial control...*, *op. cit.*, spéc. p. 461 ; A. BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire », *Justices*, 1997, n° 6, pp. 1-14, spéc. pp. 2 et 14), parfois exclue par la doctrine (O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », in L. COUTRON [dir.], *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-207, spéc. p. 189).

163. Ainsi, la Cour de justice a récemment accepté d'examiner les moyens d'invalidité avancés devant le juge national par la requérante au principal, étant donné que le juge de renvoi s'était contenté de demander si plusieurs dispositions d'actes de l'Union étaient « invalides » : CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, *Rec. num.*

164. La Cour de justice a pu constater d'office son incompétence sur le fondement de l'article 92 de son ancien règlement de procédure, relatif à l'incompétence et à l'irrecevabilité manifestes ainsi qu'aux fins de non-recevoir d'ordre public (CJCE, ord., 18 juin 1980, *Borker*, aff. 138/80, *Rec.*, p. 1975, pts 3-4 ; CJCE, ord., 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. 69/85, *Rec.*, p. 947, pts 16 et 19 ; CJCE, ord., 5 mars 1986, *Greis Unterweger*, aff. 318/85, *Rec.*, p. 955, pts 4-6), ce qui pouvait surprendre dans la mesure où cet article « paraiss[ait] se rapporter aux recours directs » (J. RIDEAU et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p., spéc. pp. 666-667). L'on a pu noter que « [l']appréciation de la recevabilité des questions préjudicielles se pose [...] en d'autres termes que ceux qui valent pour d'autres contentieux » : G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : À la recherche d'une identité perdue », in M. DONY (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. I, pp. 619-648, spéc. p. 623.

165. Voy. en ce sens : concl. WAHL sous CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, aff. jtes C-58/13 et C-59/13, *Rec. num.*, pt 24 ; concl. MENGIOZZI sous CJUE, 11 mars 2015, *Oberto et O'Leary*, aff. jtes C-464/13 et C-465/13, *Rec. num.*, pt 7.

166. La doctrine (G. BEBR, *Development of judicial control...*, *op. cit.*, spéc. p. 463 ; H.-W. DAIG, « Aktuelle Fragen der Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung von Rechtsprechung und Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften », *Europarecht*, 1968, n° 3, pp. 259-294, spéc. p. 277, et n° 4, pp. 371-388, spéc. pp. 382-383 ; M. GAUDET, « La coopération judiciaire, instrument d'édification de l'ordre juridique communautaire », in E. VON CAEMMERER, H.-J. SCHLOCHAUER et E. STEINDORFF [dir.], *Festschrift für Walter Hallstein*, Francfort sur le Main, P. Raymann, 1966, pp. 202-225, spéc. pp. 223-224 ; P. PECHO et F. MICHEL, « Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 juin 2007 : "Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a." »,

et l'ordre public ne sont, toutefois, pas clairement déterminés dans la jurisprudence⁽¹⁶⁷⁾. De surcroît, la grande souplesse dont la Cour de justice fait preuve lors du relevé d'office et dans ses appréciations effectuées à titre préjudiciel s'oppose à une telle équation⁽¹⁶⁸⁾. Cette souplesse s'explique par l'idée de coopération entre juges et s'inscrit dans l'objectif de fournir à la juridiction de renvoi une réponse utile⁽¹⁶⁹⁾. Ces considérations sont distinctes des fondements et de la logique sous-jacente aux moyens d'ordre public des procédures contentieuses.

Analyse des procédures contentieuses. Dans ces conditions, la présente étude ne soumet la notion de moyen d'ordre public du droit de l'Union européenne à examen qu'à l'égard des procédures contentieuses, principales et incidentes, relevant de la Cour de justice de l'Union européenne. Ces procédures ont fait l'objet de divers classements doctrinaux, plus ou moins satisfaisants⁽¹⁷⁰⁾. Outre des distinctions opérées selon le rôle imparti au

RDUE, 2007, n° 4, pp. 907-928, spéc. pp. 916-918) et les avocats généraux (concl. MADURO sous CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07, *Rec.*, p. I-9895, pts 22-23 ; concl. KOKOTT sous CJCE, 7 juillet 2009, *SPCM. e.a.*, aff. C-558/07, *Rec.*, p. I-5783, pt 61 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 22 décembre 2010, *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, aff. C-77/09, *Rec.*, p. I-13533, pt 51 et note n° 21 ; concl. BOT sous CJUE, 4 septembre 2014, *Simon, Evers & Co*, aff. C-21/13, *Rec. num.*, pt 55) tendent à affirmer que les moyens d'ordre public de légalité, tels que consacrés dans le recours en annulation, échappent à la limitation de l'examen d'une question de validité aux motifs avancés par la juridiction de renvoi. Un tel rapprochement peut se justifier au regard de l'affiliation du renvoi préjudiciel en appréciation de validité au système de contrôle de légalité des actes de l'Union européenne (CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 23 ; CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. C-314/85, *Rec.*, p. I-4199, pt 16). *Adde*, en faveur d'un pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public : J. PERTEK, *op. cit.*, spéc. pp. 233-234.

167. En ce sens, B. SACHS (*op. cit.*, spéc. p. 85) relève que la jurisprudence reste indéterminée quant au point de savoir si le relevé d'office dans le renvoi préjudiciel est limité aux moyens d'ordre public reconnus dans les recours directs.

168. Compte tenu de la jurisprudence rappelée *supra* (note n° 162), nous avons nous-même envisagé qu'une forme de différenciation du statut contentieux des moyens d'invalidité, moyens ordinaires ou d'ordre public, s'introduise dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité à l'image de celle issue du recours en annulation (*Le relevé d'office par la Cour de justice dans le cadre du renvoi préjudiciel*, mémoire de Master II, dir. F. PICOD, Université Panthéon-Assas, 2010, 124 p., spéc. pp. 58-64). Pour l'heure, toutefois, cette différenciation n'a pas eu lieu.

169. Voy. également en ce sens : G. BEBR, *Development of judicial control...*, *op. cit.*, spéc. pp. 437-443 ; F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », *op. cit.*, spéc. pp. 222-224.

170. Eu égard à « [l]a complexité des recours prévus » par le traité et à « la diversité du rôle dévolu à la Cour de Justice » de l'Union européenne, « aucune classification [des voies de droit] ne peut être pleinement satisfaisante » : J. GAND, « Composition, organisation, fonctionnement et rôle de la Cour », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 295-308, spéc. p. 304.

juge de l'Union européenne⁽¹⁷¹⁾, les rapports entre les parties au litige⁽¹⁷²⁾ ou l'objet du contrôle⁽¹⁷³⁾, les voies de droit ont été distinguées, dans les sillages des classifications effectuées dans le domaine du contentieux administratif français⁽¹⁷⁴⁾, en fonction des pouvoirs attribués au juge⁽¹⁷⁵⁾ ou de la nature de la question, objective ou subjective, portée devant le juge⁽¹⁷⁶⁾, voire d'une combinaison des deux⁽¹⁷⁷⁾.

171. La doctrine a pu mettre en exergue « la pluralité [des] missions contentieuses » de la Cour de justice de l'Union européenne » (selon les termes de D. SIMON), *inter alia*, en tant que juge international, juge constitutionnel ou juge administratif : J.-P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966, 544 p., spéc. p. 182 ; D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire », in G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, Paris, Les colloques du Sénat, 2008, pp. 447-468, spéc. pp. 457-458. Voy. à propos des différents rôles du juge de l'Union européenne : L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 1, pp. 29-45 ; H. GAUDIN, « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 209-222 ; B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p. ; A. DE LAUBADÈRE, « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *RCADI*, 1964, t. 111, pp. 527-601.

172. Voy. pour un classement des voies de droit, contentieuses et non contentieuses, en fonction du « type de conflit » selon qu'il oppose des institutions, la Communauté européenne (Union européenne) et des États membres, la Communauté et un particulier ou qu'il porte sur l'interprétation du droit communautaire (de l'Union) à l'occasion d'un litige national opposant deux particuliers : K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p., spéc. pp. 287 et s.

173. Selon qu'il porte sur un acte de l'Union, sur un acte national ou relève de la procédure préjudicielle : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, *op. cit.*, spéc. p. 20, avec des références supplémentaires.

174. Voy. à ces propos la synthèse opérée et les références supplémentaires indiquées par R. CHAPUS, *op. cit.*, spéc. pp. 209-214.

175. É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1896, t. 1, 724 p., pp. 15 et s. Voy. s'agissant d'une distinction notamment selon les pouvoirs du juge communautaire (de l'Union européenne) : J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, t. 1, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1994, 434 p., spéc. pp. 250-251. Il a toutefois été relevé que « [l']on ne [pouvait] pas s'en remettre aux classifications traditionnelles » à défaut de correspondance parfaite entre l'objet du recours et les pouvoirs du juge : J. BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, 407 p., spéc. p. 346.

176. Avec des variations : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3^e éd., Paris, Bocard, 1928, 888 p., pp. 458-526 ; WALINE M., « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *RDP*, 1935, pp. 205-236 ; R. CHAPUS, « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *RDP*, 2002, pp. 947-953.

177. Avec des variations : R. DRAGO et J.-M. AUBY, *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1984, t. II, 718 p., pp. 79-82 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, spéc. p. 211 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, 542 p., pp. 232-233 ; G. JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, pp. 667-695. *Adde*, à ce propos : F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, 466 p.,

À intensité croissante, les pouvoirs décisionnels du juge vont de pouvoirs purement *déclaratoires* aux fins d'une déclaration incidente de l'illégalité d'un acte faisant l'objet d'une exception d'illégalité, du constat d'un manquement étatique⁽¹⁷⁸⁾, d'une carence, d'une responsabilité contractuelle⁽¹⁷⁹⁾, en passant par le pouvoir d'*annuler* l'acte déferé à son contrôle dans le cadre du recours en annulation ou dans le cadre du pourvoi⁽¹⁸⁰⁾, voire de le *réformer*, jusqu'au pouvoir de prononcer une *condamnation pécuniaire* dans le contentieux de la responsabilité⁽¹⁸¹⁾ et dans le cadre de l'exécution d'arrêts ayant constaté un manquement.

Selon une autre taxinomie, l'on distingue le contentieux objectif de la légalité du contentieux mettant en cause les droits subjectifs⁽¹⁸²⁾. Le premier embrasse les recours en annulation et en carence, le recours en manquement⁽¹⁸³⁾, ainsi que l'exception d'illégalité. En revanche, dans les

pp. 155 et s. Voy. s'agissant du contentieux communautaire (de l'Union européenne) : G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2012, 768 p., spéc. pp. 536, 540 et s.

178. Tandis que le recours en constatation de manquement prévu par le traité CECA constituait une voie de pleine juridiction, le contentieux du manquement est devenu, dans le traité CEE, et est toujours, un « contentieux de la déclaration » : L. PLOUVIER, « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379, spéc. p. 367 et note n° 12. Désormais, la possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires confère à nouveau à la Cour de justice un pouvoir de pleine juridiction dans les conditions prévues à l'article 260, §§ 2 et 3, TFUE.

179. L'étendue de la compétence confiée au juge dépend de la clause compromissoire insérée dans le contrat. Le juge peut statuer à titre purement déclaratoire : CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pts 19-26.

180. Le pourvoi « a pour objet de juger l'arrêt rendu sur l'affaire et non plus l'affaire elle-même. Le pourvoi est à ce titre lui-même un recours en annulation dirigé contre un arrêt » : F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p., spéc. p. 233.

181. Extracontractuelle, mais aussi contractuelle en fonction du libellé de la clause compromissoire.

182. L'on a pu dire de cette « modélisation d'abord doctrinale, utile certes », qu'elle devait être « bémolis[ée] », dès lors que « les contentieux "objectifs" [avaient] tendance à se "subjectiviser" », ne serait-ce que par la présence des parties au litige : S. RIALS, « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 3-20, spéc. p. 18.

183. Saisie d'un recours en manquement, la Cour de justice ne saurait annuler un acte étatique (CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ Etat belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, spéc. p. 1145), contrairement au juge de l'annulation (J. MERTENS DE WILMAR et I. M. VEROUGSTRAETE, « Proceedings against member states for failure to fulfil their obligations », *CML Rev.*, 1970, pp. 385-406, spéc. p. 399 ; A. DASHWOOD et R. WHITE, « Enforcement Actions under Articles 169 and 170 EEC », *E.L.Rev.*, 1989, pp. 388-413, spéc. pp. 400-401). Cependant, lorsqu'elle vérifie l'existence d'un manquement, elle opère un contrôle s'apparentant à celui de la légalité des agissements ou omissions de l'État en cause : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., spéc. pp. 35-83 ; G. FERRIERE, *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1968, 143 p., spéc. pp. 19-58 ; R. KOVAR, « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 143-176, spéc. pp. 145-157 ; M. LAGRANGE, « Les actions en justice dans le régime des

contentieux indemnitaires, de la fonction publique, voire lors du contrôle de l'adéquation des amendes, l'intérêt subjectif du justiciable prévaut⁽¹⁸⁴⁾. La distinction ne doit pas tromper, toutefois. Même dans des recours mettant en cause des droits subjectifs, le juge peut être conduit à opérer des appréciations de légalité⁽¹⁸⁵⁾. « Simplement, [celles-ci] ne sont pas exclusives », l'office du juge allant « au-delà de la simple résolution [d'une telle question] »⁽¹⁸⁶⁾.

Du fait de sa transversalité, il est présumé que le moyen d'ordre public a des ramifications, à étendue le cas échéant variable, dans l'ensemble de ces voies de droit. Afin de déterminer l'essence même de cette notion transversale et de son régime, il nous a paru judicieux d'examiner ces voies de droit de concert en partant de l'objet de l'étude, la notion de moyen d'ordre public.

PROBLÉMATIQUE ET MÉTHODOLOGIE

Œuvre prétorienne de la Cour de justice de l'Union européenne, le moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union est largement inexploré. Une réflexion d'ensemble sur sa notion et son régime contentieux fait défaut. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de relever l'« absence de systématisme » qui règne en ce domaine, dans lequel le juge « procède plus par voie d'affirmation que de justification »⁽¹⁸⁷⁾. Ce constat est d'autant plus regrettable que le moyen d'ordre public est une notion transversale du contentieux de l'Union européenne, qui s'accorde mal d'une approche jurisprudentielle casuistique. C'est à ce vide que la présente étude se propose de remédier en systématisant une jurisprudence souvent disparate, quelquefois erratique, marquée d'une répétition parfois

Communautés européennes », *SEW*, 1962, pp. 81-107, spéc. pp. 83 et 96 ; J.-V. LOUIS, « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », in F. CAPOTORTI *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 387-409, spéc. p. 390 ; B. Ch. ORTLEPP, *Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zur Sicherung der Legalität im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, 196 p. ; M. DARMON et Ch. VAHDAT, « Cour de justice », *Rép. Dalloz Droit européen*, août 2007, § 84. Voy. *contra* : D. DE BELLESCIZE, « L'article 169 du traité de Rome, et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des États membres », *RTDE*, 1977, n° 2, pp. 173-213, spéc. pp. 199-201.

184. Voy. en ce sens (sans prise de position sur le contentieux des sanctions) : G. ISAAC et M. BLANQUET, *op. cit.*, spéc. p. 536.

185. Ainsi, lorsqu'il examine, dans le recours indemnitaire, l'illégalité de comportement en tant que condition d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne, ou lorsqu'il aborde, à l'occasion d'un recours contre les sanctions, le caractère légal d'une amende.

186. B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, *op. cit.*, spéc. p. 801.

187. O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne... », *op. cit.*, spéc. p. 189.

inappropriée de formules jurisprudentielles constantes, anciennes voire datées, dans l'objectif de construire une théorie des moyens d'ordre public du contentieux relevant de la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁸⁸⁾.

La construction d'une telle théorie requiert d'abord de recenser l'ensemble des moyens d'ordre public des procédures contentieuses, afin de déterminer leurs traits communs et de dégager les motifs, en principe implicites, de qualification d'un moyen comme moyen d'ordre public. Il s'agit alors de définir la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne.

Cette détermination des moyens d'ordre public doit nécessairement s'appuyer sur une analyse systématique et approfondie de la jurisprudence des juridictions de l'Union. Aux fins de l'identification de ces moyens, deux critères complémentaires peuvent être appliqués. Le premier critère tient à la qualification explicite du moyen opérée par le juge. Constitue un moyen d'ordre public celui que le juge qualifie comme tel⁽¹⁸⁹⁾. Inversement, n'est pas d'ordre public le moyen dont le juge écarte ce caractère. En tant que tel, ce critère est fiable et simple d'emploi. Il est toutefois insuffisant car le juge ne qualifie pas systématiquement les moyens d'ordre public comme tels. En témoigne la jurisprudence ancienne de la Cour de justice qui préféra aborder le relevé d'office plutôt que le statut contentieux d'un moyen. La première mention explicite d'une fin de non-recevoir d'ordre public remonte ainsi à 1962⁽¹⁹⁰⁾, celle d'un moyen d'ordre public de fond à 1997⁽¹⁹¹⁾.

188. N'est-ce pas le rôle de la doctrine de « penser le droit », d'« ordonner, [de] synthétiser, mais aussi [d']observer, [d']analyser, [de] critiquer l'œuvre des autres pouvoirs [ainsi que d']initier, [d']inciter et [de] stimuler l'action et [d']exercer une forme de contrôle de l'action », comme a pu l'écrire F. PICOD (« Doctrine et pouvoir juridictionnel », in F. PICOD [dir.], *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 145-160, spéc. p. 145) ?

189. Encore que le juge fait parfois peser sur le justiciable la curieuse charge d'établir le caractère d'ordre public allégué d'un moyen : CJUE, ord., 3 octobre 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. C-617/11 P, non publiée, pt 22 ; Trib. UE, 16 janvier 2015, *Trentea c/ FRA*, aff. T-107/13 P, non publié, pt 45.

190. Par référence au pouvoir de la Cour de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public conformément à l'article 92, § 2, de son règlement de procédure de 1959 : CJCE, ord., 30 octobre 1962, *Wöhrmann c/ Commission*, aff. 31/62, *Rec.*, p. 991 ; CJCE, ord., 3 juin 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1195, spéc. p. 1197 ; CJCE, 17 novembre 1965, *Lens c/ Cour de justice*, aff. 55/64, *Rec.*, p. 1033, spéc. p. 1038. La Cour de justice semble avoir attendu disposer d'une base écrite.

191. En dépit d'invitations provenant de certains requérants de consacrer des moyens d'ordre public (CJCE, 30 mai 1973, *Meganck c/ Commission*, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, spéc. p. 530 ; CJCE, 20 mars 1984, *Allemagne c/ Commission*, aff. 84/82, *Rec.*, p. 1451, spéc. p. 1465), malgré l'apparition de tels moyens sous la plume de certains avocats généraux (concl. LAGRANGE sous CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 116 ; concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE sous CJCE, 30 juin 1971, *Almini c/ Commission*, aff. 19/70, *Rec.*, p. 623, spéc. p. 635 ; concl. MAYRAS sous CJCE, 30 mai 1973, *Meganck c/ Commission*, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, spéc. pp. 539-540 ; concl. REISCHL sous CJCE, 30 septembre 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, spéc. pp. 3154-3155) et après « certaines allusions », selon

En l'absence, ou en l'attente, d'une qualification explicite, il faut recourir à un second critère. Sur la base de la définition procédurale du moyen d'ordre public en tant qu'hypothèse de travail, l'existence d'un moyen d'ordre public peut être déduite des effets que le juge y attache. Servent d'indices du caractère d'ordre public d'un moyen, d'une part, son examen ou relevé d'office par le juge et, d'autre part, son examen par celui-ci alors même qu'il a été invoqué de manière irrégulière par une partie. Inversement, le rejet d'un moyen comme irrecevable au motif qu'il a été irrégulièrement soulevé et l'absence d'examen d'office forment un indice pour écarter son caractère d'ordre public. Ce critère procédural doit toutefois être manié avec réalisme et précaution compte tenu des hésitations dont la jurisprudence est empreinte. Il ne permet ni de déceler avec exhaustivité les hypothèses, discutables, de relevé d'office inavoué ou dissimulé⁽¹⁹²⁾ ni d'identifier les rejets silencieux de moyens d'ordre public non avancés par les parties⁽¹⁹³⁾. À l'inverse, un relevé d'office apparent peut parfois s'expliquer par des raisons de bonne administration de la justice⁽¹⁹⁴⁾ et, ainsi, ne fournir d'indice pour la découverte de moyens d'ordre public.

Sur la base de cet inventaire de la jurisprudence pertinente en matière de moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne, il convient, dans un second temps, de composer le régime de ces moyens et de le confronter aux règles et principes régissant les procédures contentieuses devant la Cour de justice de l'Union européenne. Présumé perturbateur, le moyen d'ordre public bénéficie d'un régime par essence dérogatoire, qui met au prisme les rapports entre le juge et les parties, ainsi que le jeu

l'expression de l'avocat général REISCHL dans ses conclusions précitées sous l'affaire *Amylum c/ Conseil*, à leur existence dans un arrêt de 1972 (CJCE, 28 juin 1972, *Jamet c/ Commission*, aff. 37/71, *Rec.*, p. 483, pt 12), ce n'est qu'en 1997 que la Cour de justice a pour la première fois qualifié d'ordre public un moyen de fond (CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pt 24). Le Tribunal de première instance a pris l'initiative d'utiliser cette notion dès 1992 (TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 31, 53, 68, 95 et 101). À propos des initiatives jurisprudentielles du Tribunal, voy. l'analyse de L. COUTRON et F. ROLIN, « Les initiatives jurisprudentielles du Tribunal », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 511-531.

192. La comparaison de certains arrêts de la Cour de justice avec les conclusions des avocats généraux permet de constater que le juge procède, parfois, à des relevés d'office de moyens ou d'exceptions sans les qualifier d'ordre public et sans même préciser qu'il agit d'office (voy. p. ex. : CJCE, 28 novembre 1991, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-198/90, *Rec.*, p. I-5816, pts 14-16, et concl. VAN GERVEN sous cet arrêt, spéc. p. 5815 ; CJCE, 7 avril 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-61/90, *Rec.*, p. I-2444, pts 29-31, et concl. GULMANN sous cet arrêt, spéc. p. I-2427).

193. Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, op. cit., spéc. p. 110.

194. D. MÖLLER, *Die Klageänderung im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, thèse, Bonn, 1976, 229 p., spéc. pp. 83-84.

combiné de la libre disposition du litige par les parties et de l'indisponibilité de l'ordre public. Il perturbe non seulement le déroulement du procès, mais encore l'égalité des armes des parties. Son régime contentieux doit assurer un subtil équilibre entre, d'un côté, la nécessité objective de garantir le respect des règles d'ordre public et, de l'autre, l'intérêt subjectif légitime des parties à voir leur différend tranché dans le respect de leur droit à une protection juridictionnelle effective et, en somme, du procès équitable. La conciliation de ces intérêts, parfois antagonistes, n'est pas toujours aisée et a donné lieu à des développements jurisprudentiels parfois contradictoires. Tout en déterminant la place qu'occupent les moyens d'ordre public dans les procédures contentieuses, leur étude renseigne en définitive sur la nature même de ces procédures et leurs principes directeurs.

L'on peut ainsi imaginer que, lié au respect de règles impératives et essentielles de l'ordre juridique, le moyen d'ordre public jouerait de manière différente dans les voies du contentieux objectif et dans celles du contentieux subjectif⁽¹⁹⁵⁾. L'analyse devra permettre de déterminer si le moyen d'ordre public est principalement, voire exclusivement, attaché à la mission du juge de garantir la légalité⁽¹⁹⁶⁾, comme cela est souvent affirmé⁽¹⁹⁷⁾, ou si, au contraire, il peut remplir d'autres finalités, tenant, le cas échéant, à la protection d'une partie à l'égard de l'autre⁽¹⁹⁸⁾ ou plus largement à la protection juridictionnelle effective⁽¹⁹⁹⁾. Inversement, il conviendra d'évaluer la suffisance de la protection juridictionnelle, mise en doute par un pan de la doctrine qui a questionné les prémisses du droit du contentieux de l'Union européenne en envisageant de substituer au principe dispositif la maxime *iura novit curia*⁽²⁰⁰⁾. Enfin, il y aura lieu de mesurer l'impact du

195. Le moyen d'ordre public trouverait sa place dans les procédures objectives plutôt que dans les procédures mettant en cause les intérêts privés, tel le recours en responsabilité extra-contractuelle : G. BEBR, *Judicial Control of the European Communities*, Londres, Stevens, 1962, 268 p., spéc. pp. 237-238. Voy. déjà : H. KORSCH, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *op. cit.*, pp. 122-135, spéc. p. 123.

196. Art. 19, § 1, al. 1, TUE : La Cour de justice de l'Union européenne « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

197. Concl. BOT sous CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 60 ; concl. BOT sous CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pt 50. S'agissant du droit du contentieux administratif français, l'on a pu relever que « le moyen d'ordre public [est] l'instrument essentiel du juge dans l'accomplissement de sa tâche de sauvegarde de l'ordonnancement juridique » : P. BERNARD, *op. cit.*, spéc. p. 209.

198. Telle la garantie des droits des citoyens de l'Union européenne. Voy. sur une réflexion analogue à propos des moyens d'ordre public du droit du contentieux administratif français : A. CIAUDO, « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2009, pp. 3-14.

199. Voy. les réflexions de R. BARENTS, *op. cit.*

200. Voy. en particulier : U. EVERLING, « Überlegungen zum Verfahren vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 537-550, spéc. pp. 541-542. Plus récemment, R. BARENTS (*op. cit.*, spéc. pp. 1460-1461) a cherché à lancer une réflexion sur l'étendue du relevé d'office des moyens d'ordre public de fond, à l'aune d'une

moyen d'ordre public en comparaison avec l'étendue des pouvoirs confiés au juge dans les différentes voies de droit. Dérégatoire, en ce qu'il emporte un accroissement des pouvoirs d'office du juge, l'effet du moyen d'ordre public pourrait être inversement proportionné à l'étendue des pouvoirs dont le juge est investi dans lesdites voies. Il n'est pas exclu que le moyen d'ordre public joue un rôle plus important dans les procédures dans lesquelles les pouvoirs du juge sont les plus réduits.

Partant de la jurisprudence, l'étude et la construction du régime contentieux des moyens d'ordre public pouvaient être nourries et enrichies par le recours, non pas au droit comparé, ce qui aurait dépassé le champ de la présente thèse, mais par la prise en compte de réflexions et d'interrogations qui ont été menées dans d'autres ordres juridiques. À ce titre, c'est en particulier la doctrine française qui a retenu l'attention. La prise en compte des réflexions relatives au contentieux administratif français se justifie du fait de l'influence déterminante que ce contentieux a exercée sur le contentieux communautaire, puis de l'Union européenne, fièrement présenté dans le temps comme une « conquête du droit administratif français »⁽²⁰¹⁾. En particulier le recours en annulation s'est « bâti dans ses grandes lignes sur le modèle du contentieux français » de l'excès de pouvoir⁽²⁰²⁾, terrain de prédilection des moyens d'ordre

réflexion sur la nature objective ou subjective du contentieux de l'Union européenne. Voy. à propos de cette dernière distinction, récemment : J.-M. WOEHRING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in J. SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 299-322.

201. J. L'HUILLIER, « Une conquête du droit administratif français : Le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *D.*, 1953, chron., pp. 63-66. C'est au niveau de la « conception du contentieux communautaire » que réside « la manifestation la plus célèbre » de l'influence du droit administratif français, qui a servi de « modèle culturel juridique qui inspira le droit naissant des institutions juridictionnelles et administratives de la Communauté » : L. DUBOIS, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques », in M. BORGETTO (coord.), *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 443-452, spéc. p. 448. L'influence française n'était toutefois pas exclusive. Voy. à ces propos : P. BECKER, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*, Hambourg, Hansischer Gildenverlag, 1963, 148 p. ; M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, n° 1, pp. 46-65 ; S. GERVASONI, « Le procès devant le juge communautaire de la fonction publique : quelles réminiscences françaises ? », in A. DE WALSCHÉ (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 903-926 ; R. MEHDI, « Le contentieux administratif », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 143-175, spéc. pp. 143-158 ; E. PETERSEN, « L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 256-266.

202. G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2, du Traité C.E.E. », *RTDE*, 1966, n° 1, pp. 31-46, spéc. pp. 31-32.

public. Il n'est donc pas surprenant que, moyennant certains ajustements⁽²⁰³⁾, la notion y fût transposée, à tel point que l'on peut lire, dans la doctrine, que « la théorie des moyens d'ordre public est substantiellement équivalente en contentieux communautaire [de l'Union] et en contentieux administratif [français], le second ayant d'ailleurs très vraisemblablement inspiré le premier sur ce point »⁽²⁰⁴⁾. L'influence française est au demeurant visible en ce que les avocats généraux français ont très tôt suggéré à la Cour de justice de consacrer certains moyens comme étant d'ordre public⁽²⁰⁵⁾, que d'autres avocats généraux se sont référés à la notion française de moyen d'ordre public dans leurs conclusions⁽²⁰⁶⁾ et que c'est parfois sous la plume d'un juge rapporteur français qu'un moyen d'ordre public emblématique du contentieux administratif français est consacré dans le contentieux de l'Union⁽²⁰⁷⁾.

De surcroît, il est apparu au cours de nos recherches que de nombreuses questions qui se sont posées dans la jurisprudence récente des juridictions de l'Union européenne au sujet du régime contentieux des moyens d'ordre public et, plus largement, des pouvoirs d'office du juge ont de longue date fait l'objet de discussions et de réflexions dans la doctrine, tant administrativiste que civiliste, française. En particulier en l'absence de réflexions approfondies de la doctrine européenne sur ces problématiques, les riches débats de la doctrine française à propos des principes directeurs du procès, et leurs évolutions⁽²⁰⁸⁾, de l'office du juge, de son rôle face aux parties, à l'égard du droit et vis-à-vis de l'ordre public pouvaient fournir

203. « [L']outil est une chose, la manière dont il en est fait usage en est une autre », selon les termes bien choisis de D. RITLENG (*Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.* spéc. p. 2), à propos de l'incidence de la « filiation française » des voies de droit communautaires sur le contentieux.

204. M. GAUTIER, *op. cit.*, spéc. p. 319.

205. Voy. en particulier : concl. LAGRANGE sous CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 116 ; concl. DUTHEILLET de LAMOTHE sous CJCE, 30 juin 1971, *Almini c/ Commission*, aff. 19/70, *Rec.*, p. 623, spéc. p. 635.

206. Voy. en particulier : concl. MAYRAS sous CJCE, 30 mai 1973, *Meganck c/ Commission*, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, spéc. pp. 539-540.

207. Voy. s'agissant du moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi : TFP, 21 février 2008, *Putterlie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-51.

208. Non sans intérêt pour la présente étude, un fort courant doctrinal dégage de nouveaux principes directeurs émergents fondés sur des considérations de loyauté, de dialogue et de célérité, autant de considérations sous-jacentes aux règles procédurales du droit du contentieux de l'Union européenne, parfois reflétées dans le régime des moyens d'ordre public de celui-ci. Voy. à propos de ce courant doctrinal : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, spéc. pp. 1301 et s. ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in G. CLOSSET-MARCHAL *et al.* (coord.), *Mélanges J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 201-248 ; S. GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, pp. 91-130, spéc. pp. 114-130 ; J. VAN COMPERNELLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in J.-M. COULON (dir.), *op. cit.*, pp. 413-424 ; J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité. Trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice... », in J.-M. COULON (dir.), *op. cit.*, pp. 329-339.

d'utiles repères et d'intéressantes pistes de réflexion. La prise en compte de concepts et de notions du contentieux civil devait toutefois s'entourer d'une certaine prudence. En effet, la question des rapports et des pouvoirs respectifs entre le juge et les parties « prend un relief particulier dans le contentieux privé où, par définition, le litige porte sur des droits subjectifs »⁽²⁰⁹⁾, à la différence des procédures, plus objectives, ouvertes devant les juridictions de l'Union européenne.

PLAN ADOPTÉ

En matière de moyens d'ordre public, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est à la recherche d'équilibres. Comme pressenti par la doctrine, la notion de moyen d'ordre public est double eu égard à ses fonctions et fondements. Elle est, par essence, destinée à garantir les subtils équilibres établis par les traités fondateurs et par la jurisprudence de cette cour entre les États membres et l'Union européenne, entre les différents acteurs institutionnels, entre ceux-ci, le justiciable et le juge. Le moyen d'ordre public tend ainsi principalement à la sauvegarde tant des compétences que des procédures dans l'intérêt d'une Union de droit. À titre plus subsidiaire, il investit le domaine du droit matériel ainsi que des droits et intérêts subjectifs du justiciable. Il le fait souvent de manière indirecte. La dualité fonctionnelle des moyens d'ordre public pressentie s'en voit déséquilibrée (Première Partie).

La recherche d'équilibres se poursuit au niveau du régime du moyen d'ordre public. Profondément perturbateur de l'équilibre du procès, des relations entre le juge et les parties et des rapports entre ces dernières, le moyen d'ordre public est soumis à un régime d'exception. Celui-ci est marqué par son impérativité et sa rigidité, mais aussi par un approfondissement corrélatif des droits des parties au litige. Unique de par son essence dérogatoire, ce régime est parfois sujet à de fines distinctions qui sont appelées par la différence de nature des moyens d'ordre public. Il est, de surcroît, l'œuvre d'une jurisprudence encore trop souvent fluctuante et évolutive, voire instable et erratique. L'unité procédurale intrinsèque du régime des moyens d'ordre public s'en voit contrariée (Deuxième Partie).

209. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991, 1358 p., spéc. p. 76. Dans ce contexte, la question de « la part respective du juge et des parties dans l'apport au débat des éléments de fait, dans le choix de la règle applicable » renvoie à celle « de savoir jusqu'où va la maîtrise des justiciables sur des conflits qui mettent essentiellement en cause leurs intérêts privés, mais sont soumis à un organe de la puissance publique qui ne peut être indifférent aux considérations d'intérêt général » : J. NORMAND, « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, pp. 595-625, spéc. p. 596.

Le moyen d'ordre public tend à la garantie des valeurs fondamentales, essentielles de l'ordre juridique considéré. Son étendue est susceptible de varier en fonction du temps, mais aussi de la nature des intérêts privés ou publics en présence et des procédures juridictionnelles engagées.

Traditionnellement, le moyen d'ordre public est présenté sous une forme double. Une distinction est opérée entre les moyens d'ordre public relatifs à la procédure juridictionnelle et les moyens d'ordre public de fond⁽¹⁾. Cette classification fondée sur l'objet du moyen, qui serait « à la fois la plus complète et la plus heuristique »⁽²⁾, se vérifie dans le droit du contentieux de l'Union européenne. Les auteurs⁽³⁾ rangent dans les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle les moyens liminaires relatifs à compétence du juge et à la recevabilité des recours portés devant lui. Ils abordent, au titre des moyens d'ordre public de fond, les moyens de légalité qui sont hissés au rang d'ordre public. À ce dernier titre, tant la doctrine⁽⁴⁾ que, parfois, le juge⁽⁵⁾ opèrent une distinction de principe entre les moyens de légalité externe⁽⁶⁾, qui seraient tous d'ordre public, et les moyens de légalité interne⁽⁷⁾, qui seraient tous des moyens ordinaires. Ils n'envisagent guère d'éventuels moyens d'ordre public de fond de la pleine juridiction.

Cette présentation traditionnelle de la notion de moyen d'ordre public n'a pas été retenue en tant que telle pour la présente analyse. En effet, d'une part, la *summa divisio* postulée entre la légalité externe et la légalité interne s'accorde mal avec le champ de cette analyse qui doit aller au-delà du seul contrôle de la légalité des actes de l'Union européenne et investir les voies du plein contentieux. Simplificatrice, elle doit par ailleurs être questionnée. En l'absence de frontière clairement dessinée entre ces deux légalités, son apparente clarté est factice. Des moyens de légalité externe

1. Voy. *inter alia*, s'agissant du droit du contentieux de l'Union européenne : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463 ; R. MEHDI, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119, spéc. p. 110 ; B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568, spéc. p. 552.

2. J.-L. PISSALOUX, « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, n^o 3, pp. 781-828, spéc. p. 800.

3. Cités à la note n^o 1 du présent Chapitre.

4. Voy. *infra*, les nombreuses références figurant à la note n^o 2 du Chapitre intitulé « Les rares moyens d'ordre public de légalité tendant à la garantie du droit substantiel ».

5. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67.

6. Recouvrant les moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de la violation des formes substantielles.

7. Recouvrant les moyens tirés de la violation des traités ou de toute règle relative à leur application ainsi que les moyens pris de détournements de pouvoir.

peuvent être des moyens ordinaires tandis que des moyens rattachés à la légalité interne peuvent être d'ordre public.

D'autre part, l'approche fonctionnelle de la notion de moyen d'ordre public retenue aux fins de la présente analyse justifie de prendre quelques distances avec la présentation traditionnelle des moyens d'ordre public. En effet, la distinction des moyens de procédure et des moyens de fond conduit à séparer des moyens d'ordre public qui poursuivent une fonction commune de garantie des procédures, qu'elles soient juridictionnelles ou décisionnelles. Pour autant que l'on admette l'existence de moyens d'ordre public destinés à la garantie du droit substantiel, l'opposition des moyens de légalité externe et de légalité interne perd une partie de sa pertinence dès lors qu'elle commande le traitement commun de moyens d'ordre public de fond qui poursuivent des sous-fonctions distinctes de garantie des procédures ou des droits substantiels. Or, c'est précisément de l'opposition d'un ordre public des procédures et d'un ordre public substantiel, que pourrait se construire un ordre public protecteur non plus des règles et formes *objectives* procédurales, mais des droits et intérêts *subjectifs* du justiciable.

De ce fait, nous avons privilégié une présentation duale des moyens d'ordre public fondée sur leurs fonctions. Celles-ci étant intrinsèquement hiérarchisées, la dualité fonctionnelle des moyens d'ordre public apparaît déséquilibrée. Le moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne est principalement destiné à la garantie objective des procédures (Titre 1). Il n'exerce qu'exceptionnellement et à titre secondaire une fonction plus subjective de garantie du droit substantiel (Titre 2).

TITRE 1

LA GARANTIE DES PROCÉDURES, FONCTION PRINCIPALE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

Fonction primaire, principale, du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne, la garantie des procédures est également sa fonction la plus ancienne. Dès ses premiers arrêts, la Cour de justice a consacré, sans encore opérer de qualification d'ordre public, son pouvoir de relever d'office des moyens ayant pour fonction la garantie des règles de compétence et de procédure, régissant les procédures juridictionnelle et décisionnelle. Fonctionnellement proches, ces moyens d'ordre public se distinguent néanmoins. Seule la garantie de la procédure juridictionnelle trouve une assise textuelle de son statut d'ordre public dans les règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne à travers la notion de « fin de non-recevoir d'ordre public »⁽¹⁾. Elle relève des moyens d'ordre public liminaires de procédure, qui précèdent en principe l'appréciation des moyens d'ordre public de fond tendant à la garantie des procédures décisionnelles.

Avec l'instauration d'un double degré de juridiction, la frontière entre ces deux types de moyens d'ordre public a toutefois perdu de son étanchéité. En effet, d'une part, les moyens tendant à la garantie de la procédure juridictionnelle, préalables au fond du droit, se transforment, au stade du pourvoi, en moyens de légalité. À travers ceux-ci, le juge du pourvoi est amené à vérifier si le juge de première instance a commis des erreurs de droit quant à l'appréciation de sa compétence et de la recevabilité du recours. Ces moyens de pourvoi soulèvent pour l'essentiel des problématiques liées au

1. Art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015).

régime des moyens d'ordre public⁽²⁾, sans affecter la nature intrinsèquement d'ordre public des conditions de compétence et de recevabilité. D'autre part, naissent, en revanche, des moyens propres au pourvoi, qui tendent à la garantie de la régularité de la procédure juridictionnelle de première instance. Ayant trait par exemple à la composition régulière de la formation de jugement ou au respect des droits de la défense, ces moyens tendent à la garantie de la procédure juridictionnelle à travers le respect des obligations dont le juge est « redevable » à l'égard des parties. En cela, ils présentent des liens étroits avec les moyens du contrôle de légalité des actes de l'Union européenne.

Aussi convient-il de dépasser, partiellement, cette dualité apparente fondée sur la nature, juridictionnelle ou décisionnelle, de la procédure garantie en la combinant avec une autre distinction déduite de l'objet du moyen, procédural ou de légalité. Seront dès lors distingués les moyens d'ordre public de procédure correspondant aux exigences liminaires de compétence du juge et de recevabilité des recours (Chapitre 1), des moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale, regroupant les moyens de légalité tendant à la garantie des procédures décisionnelles et ceux du pourvoi destinés à la garantie de la régularité de la procédure juridictionnelle (Chapitre 2).

2. Ils soulèvent des questions liées au moment et au contrôle du relevé d'office. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1. Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, dérogation à la passivité du juge (pp. 431 et s.).

CHAPITRE 1

LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DE LA PROCÉDURE JURIDICTIONNELLE

Devant les juridictions de l'Union européenne, la procédure est régie par un ensemble de règles définissant la compétence et les pouvoirs du juge et encadrant les conditions dans lesquelles celui-ci peut être saisi et statuer. L'importance de ces règles et conditions est reflétée par la généralisation de leur caractère d'ordre public. Encouragée par les règlements de procédure qui permettent aux juridictions de relever d'office les « fins de non-recevoir d'ordre public »⁽¹⁾, notion non définie dans les textes, cette généralisation est l'œuvre du juge. Celui-ci n'a toutefois théorisé ni la notion ni ses fondements.

Selon une acception commune, la fin de non-recevoir se définit comme un « moyen de défense qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond »⁽²⁾. Elle « aboutit, si le juge l'accepte, à mettre fin au procès sans qu'il soit nécessaire de juger le fond »⁽³⁾. Les juridictions de l'Union européenne utilisent cette notion comme une notion « fourre-tout » recouvrant peu ou prou toutes les conditions tant de compétence du juge que de recevabilité des recours, conclusions, moyens ou arguments. Elle n'est pas clairement distinguée des notions voisines,

1. Art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015).

2. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2016, 1101 p., spéc. p. 462.

3. J. DE SOTO, « Prozeßvoraussetzungen. Les exceptions et fins de non-recevoir (Rapport général) », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 48-59, spéc. p. 51.

souvent tenues pour équivalentes dans la jurisprudence, d'« exception », de « moyen d'irrecevabilité » ou de « moyen d'incompétence »⁽⁴⁾.

La liaison opérée, dans les règlements de procédure, entre le pouvoir du juge de relever d'office les fins de non-recevoir et leur caractère d'ordre public laisse présager l'existence d'une distinction entre les fins de non-recevoir « ordinaires » et celles « d'ordre public ». Seraient d'ordre public les conditions « essentielle[s] »⁽⁵⁾ ou « absolue[s] » de recevabilité⁽⁶⁾. Cette distinction, présente en filigrane dans la jurisprudence ancienne⁽⁷⁾, n'est pas pour autant aisée et, en pratique, largement obsolète. En effet, le juge élève au rang d'ordre public la quasi-totalité des conditions de compétence juridictionnelle et de recevabilité des recours, conclusions, moyens et arguments⁽⁸⁾. La profusion des moyens d'ordre public dans ce contexte est la marque de la conscience que le juge a des limites de son office, mais également le reflet nécessaire de la neutralité du juge, de la sécurité juridique et, en définitive, de l'égal accès des justiciables à la justice. Si leur

4. Des distinctions entre l'exception de procédure, obstacle « le plus souvent temporaire » à l'action « sanctionn[a]nt une simple irrégularité dans la procédure », et la fin de non-recevoir, « entraîna[n]t un échec définitif de la demande » et « sanctionn[a]nt un défaut du droit d'agir » (C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, 1770 p., spéc. pp. 280-301), ne sont pas connues du droit du contentieux de l'Union européenne (voy. pour une tentative de transposition : J. DE SOTO, *op. cit.*, spéc. pp. 48-51). Si l'« exception » doit être soulevée par acte séparé (art. 151 RP/C [2012] ; art. 130 RP/T [2015]), par opposition à la fin de non-recevoir qui serait, selon le cas, soulevée d'office par le juge ou invoquée dans les écritures principales de la partie concernée, toute distinction fondée sur le mode d'invocation est brouillée. La notion d'exception d'irrecevabilité peut être employée pour désigner une contestation de la recevabilité figurant dans les écritures principales (voy. p. ex. : CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 19, 23, 39, 42, 65 et 125), conformément aux dispositions des nouveaux règlements de procédure relatives au pourvoi (art. 175, § 1, et art. 180, § 1, RP/C [2012] ; art. 201, § 1, et art. 206, § 1, RP/T [2015]). Dans les développements qui suivent, nous emploierons indistinctement les notions de moyen (d'incompétence du juge ou d'irrecevabilité) et de fin de non-recevoir.

5. Voy. explicitement : TPI, 24 octobre 1997, *British Steel c/ Commission*, aff. T-243/94, *Rec.*, p. II-1887, pt 27. Voy. déjà en ce sens : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pt 35.

6. Selon l'expression employée, s'agissant de l'intérêt à agir, par l'avocat général KOKOTT : concl. sous CJCE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals c/ Commission e.a.*, aff. C-550/07 P, *Rec.*, p. I-8301, pt 34.

7. En 1961, la Cour précisa que la recevabilité, non contestée, du recours porté devant elle « ne donn[ait] lieu à aucune exception pouvant être relevée d'office » (CJCE, 1^{er} juin 1961, *Simon c/ Cour de justice*, aff. 15/60, *Rec.*, p. 223, spéc. p. 240), ce qui semblait induire une distinction entre les exceptions susceptibles d'être relevées d'office et celles insusceptibles de l'être. Voy. également : concl. DARMON sous CJCE, 10 mars 1989, *Del Plato c/ Commission*, aff. 126/87, *Rec.*, p. 643, pt 10.

8. Par simplicité de langage, nous utiliserons, dans les développements qui suivent dans le présent chapitre, le terme, plus général mais aussi approximatif, de recevabilité des demandes qui, entendu au sens large, couvrira la recevabilité non seulement des recours et des chefs de conclusions, mais encore des moyens, branches de moyens, griefs et arguments.

qualification d'ordre public est susceptible de heurter l'intérêt *individuel* du justiciable qui porte un recours devant le juge de l'Union européenne et le voit le cas échéant rejeté au nom de l'ordre public, elle s'inscrit, en revanche, dans l'intérêt *collectif* des justiciables en assurant le bon fonctionnement de la justice.

Fondamentaux, mais aussi variés, récurrents et multiples, les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle n'ont fait l'objet d'aucun recensement systématique ni par la jurisprudence ni par la doctrine. Étoffée⁽⁹⁾, la jurisprudence est entachée d'une inévitable casuistique, couplée à l'absence de définition et de distinction claires des notions de compétence du juge et de recevabilité des demandes⁽¹⁰⁾. Sans égard aux qualifications parfois approximatives d'incompétence⁽¹¹⁾ ou d'irrecevabilité⁽¹²⁾ opérées par le juge, il apparaît que les moyens d'ordre public destinés à la garantie de la procédure juridictionnelle remplissent deux fonctions principales. Ils tendent à garantir les compétences juridictionnelles (Section 1) ou les exigences procédurales (Section 2).

9. Les arrêts et ordonnances rappelant le caractère d'ordre public des conditions de compétence du juge et de recevabilité des demandes foisonnent à tel point que le présent chapitre ne saurait prétendre les citer de façon exhaustive.

10. Dans la jurisprudence, l'irrecevabilité englobe fréquemment l'incompétence, voy. parmi de nombreux exemples : TPI, ord., 8 janvier 2008, *Commission c/ Lior e.a.*, aff. jtes T-192/01 et T-245/04, non publiée, pt 140. Voy. également en ce sens : F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p., spéc. pp. 13-14.

11. L'incompétence du juge est son « inaptitude [...] à connaître d'une affaire, *ratione materiae, loci* ou *personae* » : G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 534.

12. « L'examen de la recevabilité d'une [...] demande consiste pour le juge à vérifier que, préalablement à l'examen au fond des prétentions de droit qui y sont exprimées, la demande a été régulièrement introduite compte tenu des conditions générales relatives à l'existence et à l'exercice des actions en justice ainsi que des conditions particulières propres à chaque type de recours » : F. PICOD, « Recevabilité », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 886-895, spéc. p. 886.

SECTION 1. – LA GARANTIE DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

La Cour de justice de l'Union européenne assure, conformément à l'article 19, paragraphe 1, premier alinéa, du TUE, « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁽¹³⁾. Sa compétence est d'attribution⁽¹⁴⁾ et doit, partant, être « reconnue par un texte »⁽¹⁵⁾. Les compétences ainsi attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne

13. Voy. à ce sujet : P. PESCATORE, « Article 164 », in V. CONSTANTINESCO *et al.* (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 941-971.

14. Art. 13, § 2, TUE.

15. J. GAND, « Composition, organisation, fonctionnement et rôle de la Cour », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 295-308, spéc. p. 303.

sont aujourd'hui réparties entre la Cour de justice et le Tribunal, auxquels il fallait ajouter, pendant un temps, le Tribunal de la fonction publique.

Maître de sa compétence et garante du principe d'attribution, la Cour de justice consacra très tôt⁽¹⁶⁾ le principe selon lequel l'incompétence du juge est, par nature, d'ordre public dans toute procédure juridictionnelle. Cette qualification s'impose aux fins de la pleine garantie du principe d'attribution. Ainsi, les compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne sont d'ordre public de longue date (Sous-section 1). Depuis l'instauration d'un double degré de juridiction, la qualification d'ordre public de l'incompétence du juge tend également à la garantie de la répartition des compétences interne à cet ordre juridictionnel (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LA GARANTIE DES COMPÉTENCES ATTRIBUÉES À L'ORDRE JURIDICTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE

D'attribution, les compétences du juge de l'Union européenne rencontrent nécessairement des limites au-delà desquelles ce juge ne saurait statuer. Les moyens ayant trait à leur respect sont d'ordre public dans l'ensemble des voies de droit contentieuses ouvertes devant les juridictions de l'Union. Ils sont susceptibles de classements variés, par voie de droit, par objet ou finalité de la règle en cause, voire par l'utilisation de la qualification d'ordre public dans les cas d'espèce. À ce dernier titre, une lecture attentive de la jurisprudence révèle, en effet, que cette qualification est opérée à deux fins complémentaires dans la garantie du principe d'attribution en ses deux « volets », positif et négatif⁽¹⁷⁾. D'emblée, la qualification d'ordre public tend à assurer la garantie négative des compétences attribuées au juge de l'Union. Soucieux d'en respecter les limites, ce juge qualifie d'ordre public son *incompétence*. Corrélativement, une telle qualification peut refléter une garantie positive desdites compétences. « Gardienne de ses pouvoirs », la Cour de justice de l'Union européenne interprète les limites de ses

16. Voy. déjà pour un premier indice quant au caractère d'ordre public des questions relatives à la compétence de la Cour : CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spéc. p. 114.

17. « [L]e caractère attributif de la compétence de la Cour implique nécessairement l'existence d'un volet positif et d'un volet négatif, ce dernier volet traçant les limites de l'exercice de la mission de protection de la Cour » : J. RIDEAU, « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme », in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 399-427, spéc. p. 403.

compétences⁽¹⁸⁾. Elle se sert de l'ordre public pour les affirmer, étendre, protéger. Elle qualifie d'ordre public sa *compétence*. Cette protection, parfois jugée excessive par la doctrine, tend à préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union⁽¹⁹⁾ et n'est pas sans rappeler des réflexions doctrinales sur la « supraconstitutionnalité » de l'actuel article 19, paragraphe 1, TUE⁽²⁰⁾.

Cette double qualification d'ordre public est commune à toutes les règles attributives de compétences à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne. La distinction qu'elle induit est toutefois factice car elle revient à mêler le fondement de la qualification d'ordre public, qui réside en la nature attributive des compétences, et les finalités de l'examen d'office, lequel tend, selon le cas, à garantir le volet négatif ou positif du principe d'attribution. Il est dès lors plus approprié de distinguer les moyens d'ordre public selon que ces compétences doivent être délimitées par rapport à celles d'autres organes juridictionnels, dont en premier lieu les juridictions nationales, ou par rapport aux instances décisionnelles. Les moyens d'ordre public peuvent ainsi tendre à la garantie des compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne par rapport aux juridictions étrangères à cet ordre (§ 1) ou vis-à-vis des instances décisionnelles de l'Union (§ 2).

18. A. BOUVERESSE, « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 109-123.

19. Voy. à ce titre dans le cadre d'un commentaire de l'avis 2/13 (CJUE, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rec. num.*) : M. AFROUKH et L. COUTRON, « La compétence – exagération ? – exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 45-68, spéc. pp. 50-58.

20. Ancien art. 164 CEE, devenu art. 220 CE. Fondées sur l'avis 1/91 (CJCE, 14 décembre 1991, *Accord EEE*, *Rec.*, p. I-6079, pts 71-72), ces réflexions ont porté sur la supraconstitutionnalité de cette disposition (J. BOULOUIS, « Les avis de la Cour de justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *RTDE*, 1992, n° 3, pp. 456-463, spéc. p. 462 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « L'EEE sous le regard des juges de la CJCE », *RMC*, 1992, pp. 603-612, spéc. pp. 607 et 612) ou sa nature « métacommunautaire » (J.-G. HUGLO, « L'incompatibilité de l'accord sur l'EEE au regard du traité de Rome », *GP*, 18-19 mars 1992, pp. 4-7, spéc. p. 7). Des auteurs se sont interrogés sur les limites matérielles et/ou formelles à la révision des traités (R. BIEBER, « Les limites matérielles à la révision des traités établissant les Communautés européennes », *RMC*, 1993, pp. 343-350 ; J. L. DA CRUZ VILAÇA et N. PIÇARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE*, 1993, n° 3, pp. 3-37).

§ 1. – La garantie des compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne par rapport aux juridictions étrangères à cet ordre

La Cour de justice de l'Union européenne élève au rang d'ordre public les règles d'attribution des compétences juridictionnelles et leur délimitation par rapport à la compétence d'autres organes juridictionnels, tant internationaux⁽²¹⁾ que nationaux. Au nom de l'ordre public, des questions de délimitation de leurs sphères de compétences respectives se sont posées en particulier à propos du contrôle des actes et agissements étatiques ou imputés aux autorités nationales (A), ainsi que dans le domaine du contentieux contractuel de l'Union européenne (B).

A. Le contrôle juridictionnel des actes et agissements étatiques ou imputés aux autorités nationales

Le juge de l'Union européenne n'est compétent pour connaître de la compatibilité des actes et agissements des États membres avec le droit de l'Union qu'à travers le recours en manquement et, de manière indirecte, le renvoi préjudiciel en interprétation, dans les conditions procédurales spécifiques de ces voies de droit⁽²²⁾. Il est, en revanche, incompétent pour en connaître dans le cadre des recours en annulation, en carence et en indemnité. Par ailleurs, la Cour de justice est compétente pour statuer sur des différends entre États membres en connexité avec l'objet des traités qui lui seraient soumis en vertu d'un compromis. Tant la garantie de la compétence de principe des juridictions nationales (1) que les compétences de la Cour de justice vis-à-vis des États membres (2) sont génératrices de moyens d'ordre public.

1) La garantie de la compétence de principe des juridictions nationales

En leur qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne⁽²³⁾, les juridictions nationales assurent le respect de ce droit par les

21. Les actes pris par des organes ou juridictions internationaux ne sont pas justiciables devant les juridictions de l'Union européenne. L'incompétence en résultant est très certainement d'ordre public. En pratique, le juge se déclare manifestement incompétent (voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 4 avril 2011, *Fundația Pro Fondbis – 1946 Semper c/ CEDH*, aff. T-133/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 31 mars 2014, *Calvi c/ CEDH*, aff. T-159/14, non publiée), sans recourir à la notion d'ordre public.

22. Voy. à ce sujet : G. FERRIÈRE, *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1968, 143 p. ; R. KOVAR, « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 143-176.

23. Voy. *supra*, note n° 75 de l'introduction.

États membres. Les juridictions de l'Union européenne ne peuvent, en revanche, connaître des actes et agissements des autorités étatiques ou imputables à celles-ci dans le contexte des recours en annulation, en responsabilité extra-contractuelle et en carence. Dirigés contre un État membre, une autorité étatique ou un acte imputable à une telle autorité, de tels recours sont rejetés faute de compétence. L'incompétence du juge de l'Union à ce titre relève de l'ordre public. Cette qualification, qui n'est qu'exceptionnellement opérée par le juge⁽²⁴⁾, s'impose pour au moins trois considérations principales.

En premier lieu, le contrôle des actes et agissements des États membres par le juge de l'Union européenne étant cantonné aux procédures en manquement et au renvoi préjudiciel en interprétation, la qualification d'ordre public de l'incompétence de ce juge pour opérer ce contrôle dans les autres voies de droit s'analyse comme un instrument de garantie de la systématique des contentieux⁽²⁵⁾. Elle assure l'étanchéité des conditions respectives des voies de droit et permet aux États membres de se défendre dans le cadre des procédures appropriées, en particulier dans le cadre du recours en constatation de manquement.

En deuxième lieu, cette qualification d'ordre public tend souvent à protéger le rôle du juge national en tant que juge de l'action étatique. Cet impératif inhibe tout particulièrement l'incompétence du juge de l'Union dans le contentieux indemnitaire. À cet égard, « le traité [...] prévoit une répartition des compétences entre les juridictions [de l'Union européenne] et les juridictions nationales en ce qui concerne les actions en justice dirigées

24. Ce silence s'explique sans doute par la multiplication des ordonnances d'incompétence manifeste en cas de recours formés contre des États membres ou des autorités étatiques. Sur le fondement de l'article 53, § 2, RP/C (2012) et de l'article 126 RP/T (2015), de telles ordonnances peuvent être prises d'office, sans que les parties soient entendues et sans qu'il soit besoin de recourir explicitement à l'ordre public. Voy. p. ex. : TPI, ord., 17 juin 2007, *Di Pasquale c/ Italie*, non publiée ; Trib. UE, ord., 27 septembre 2011, *Estación de Servicio Alfa c/ Junta de Castilla y León*, aff. T-423/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 11 novembre 2011, *Al Qadhafi e.a. c/ France*, aff. T-469/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 6 décembre 2011, *JANA c/ Pologne*, aff. T-499/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 31 janvier 2012, *FS Schmidt Vermögensverwaltung und Verlag c/ Pays-Bas*, aff. T-547/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 7 février 2012, *Kadek c/ ARiMR*, aff. T-665/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 13 mars 2012, *Dimitrov c/ Bulgarie*, aff. T-10/12, non publiée ; Trib. UE, ord., 16 juillet 2013, *Yosifova c/ Bulgarie et Commission*, aff. T-247/13, non publiée, pts 4-8.

25. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, 779 p., spéc. p. 492. Voy. à ce sujet : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p. ; M. JAEGER, « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS *et al.* (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 233-253 ; D. RITLENG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans du droit communautaire*, t. 2, Toulouse, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 735-772.

contre [l'Union] par lesquelles la responsabilité de celle-ci pour répondre d'un dommage est mise en cause »⁽²⁶⁾. Tandis que la compétence pour statuer sur les recours en responsabilité extra-contractuelle de l'Union revient, à titre exclusif, au juge de l'Union, celui-ci est incompétent pour des demandes en réparation des dommages causés par des autorités nationales, y compris à l'occasion de l'application du droit de l'Union. Ces demandes relèvent de la compétence des juridictions nationales⁽²⁷⁾. L'imputabilité du dommage à une institution, un organe ou un organisme de l'Union⁽²⁸⁾, « principe de délimitation fondamental »⁽²⁹⁾ des compétences respectives du juge de l'Union et des juridictions nationales, est déterminée d'office au titre d'un moyen d'incompétence dudit juge⁽³⁰⁾, qui est, de longue date, qualifié d'ordre public⁽³¹⁾.

Or, le souci légitime de protection des compétences du juge national se confond parfois avec une restriction discutable de l'accès au juge de l'Union. Ainsi, toujours dans le domaine de la responsabilité extra-contractuelle, l'exercice de la compétence de ce dernier pour connaître d'une demande tendant à indemniser un préjudice causé par l'Union peut être subordonné à l'épuisement préalable des voies de recours nationales par le justiciable⁽³²⁾. Cette question de « subsidiarité procédurale »⁽³³⁾ est d'ordre public⁽³⁴⁾. Elle

26. CJUE, 29 juillet 2010, *Hanssens-Ensch*, aff. C-377/09, *Rec.*, p. I-7751, pt 16.

27. CJCE, 26 novembre 1975, *Société des Grands Moulins des Antilles c/ Commission*, aff. 99/74, *Rec.*, p. 1531, pt 23 ; CJCE, 13 février 1979, *Granaria c/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, aff. 101/78, *Rec.*, p. 623, pts 13-14 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Asteris e.a. c/ Grèce et CEE*, aff. jtes 106/87 à 120/87, *Rec.*, p. 5515, pts 14-15.

28. Voy. à cet égard : C. BROUELLE, « L'imputation de la responsabilité dans les situations d'exécution nationale du droit communautaire », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1035-1044. Voy. toutefois la démonstration de la non-utilisation de ce critère dans la jurisprudence : L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p., spéc. pp. 209-232.

29. F. SCHOCKWEILER, « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *RTDE*, 1990, n° 1, pp. 27-74, spéc. p. 66.

30. Voy., toutefois, pour un rattachement à l'irrecevabilité : C. BROUELLE, *op. cit.*, spéc. p. 813.

31. CJCE, 26 février 1986, *Krohn Import-Export c/ Commission*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 753, pt 15. Voy. également en ce sens : H. G. SCHERMERS et D. F. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., La Haye – Londres – New York, Kluwer Law International, 2001, 889 p., spéc. p. 527.

32. Pts 26-27 de l'arrêt *Krohn Import-Export*, cité à la note précédente. Voy. à propos de cette jurisprudence : L.-J. CONSTANTINESCO, *Les problèmes résultant de la responsabilité extracontractuelle concomitante de la Communauté et d'un État membre*, Luxembourg, Office communautaire des publications, 1980, 70 p.

33. Selon les termes de V. CONSTANTINESCO, « Who's Afraid of Subsidiarity ? », *YEL*, 1991, pp. 33-55, spéc. p. 42. Voy. également : I. PERNICE, « Le recours en indemnité », *CDE*, 1995, n°s 5-6, pp. 641-660, spéc. pp. 645 et 646 ; D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 84-94, spéc. p. 86.

34. CJCE, 26 février 1986, *Krohn Import-Export c/ Commission*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 753, pt 15 ; CJCE, 30 mai 1989, *Roquette Frères c/ Commission*, aff. 20/88, *Rec.*, p. 1553, pts 14-15 ; Trib. UE, 18 septembre 2014, *Holcim (Romania) c/ Commission*, aff. T-317/12, *Rec. num.*,

a trait, toutefois, à la recevabilité du recours en indemnité⁽³⁵⁾ et non à la compétence du juge. L'accès à ce juge s'en voit limité⁽³⁶⁾.

L'accès au prétoire du juge de l'Union européenne est également fort limité lorsque ce juge se déclare incompétent pour connaître d'actes pris par le chef d'une mission menée par l'Union au motif que ces actes doivent être imputés aux autorités d'un État membre. Une telle incompétence n'en relève pas moins de l'ordre public, comme l'illustre une récente affaire relative à des actes, pris par le chef de la mission « État de droit » menée par l'Union européenne au Kosovo (Eulex Kosovo) et qui devaient, selon le Tribunal, être imputés aux autorités grecques⁽³⁷⁾.

En troisième lieu, à l'inverse, la qualification d'ordre public peut servir à protéger tant le droit du justiciable de voir son litige tranché par le juge compétent que les compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne. Ainsi, dans une affaire de marchés publics, le Tribunal a jugé d'autant plus utile de constater, au titre d'une « question d'ordre public », sa compétence « qu'un juge national a[vait] affirmé sa propre compétence à connaître de la légalité d'une décision [telle que celle en cause en l'espèce] »⁽³⁸⁾. L'examen de sa compétence d'ordre public permet au juge

pts 54 et 73-77. Dans le contexte d'un recours fondé sur l'article 16 du protocole sur les privilèges et immunités de la CECA, lu avec l'article 43 du traité CECA, la Cour, qui s'était déclarée compétente pour statuer sur l'interprétation dudit protocole dans un litige opposant un particulier à un État membre, avait déjà estimé pouvoir « examiner d'office comme touchant à la recevabilité du recours », notamment, la question d'une éventuelle condition d'épuisement des voies de recours internes : CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, spéc. p. 1147.

35. Voy. également en ce sens : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463, spéc. p. 418 ; Ch. HARDING, « The choice of Court problem in cases of non-contractual liability under EEC law », *CML Rev.*, 1979, pp. 389-406. En revanche, les professeurs R. MEHDI (« Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119, spéc. p. 114) et D. SIMON (« La subsidiarité juridictionnelle... », *op. cit.*, spéc. p. 86) semblent aborder cette question au titre de la compétence du juge de l'Union.

36. À tel point qu'« un risque patent de déni de justice » a pu être identifié : L. COUTRON, « La régulation des compétences juridictionnelles en droit de l'Union européenne », in B. BERTRAND, L. COUTRON et P. IDOUX (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 99-149, spéc. pp. 136-138.

37. Trib. UE, ord., 23 avril 2015, *Chatzianagnostou c/ Conseil e.a.*, aff. T-383/13, non publiée, pts 30-43. Le Tribunal déduit, curieusement, de son incompétence l'irrecevabilité du recours. Suite à l'arrêt *H c/ Conseil et Commission* (CJUE, 19 juillet 2016, aff. C-455/14 P, *Rec. num.*), il reste toutefois à voir si ce raisonnement est toujours valable.

38. Trib. UE, 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ BEI*, aff. T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, pts 31-32. Le Tribunal était saisi d'une demande d'annulation d'une décision de la Banque européenne d'investissement (BEI) de ne pas retenir l'offre soumise par la requérante et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire ainsi que d'une demande en indemnisation. Si les parties requérante et défenderesse convenaient de la compétence du Tribunal, la BEI l'a néanmoins invité à l'« établir clairement [...], dans la mesure où, au Luxembourg, le Tribunal

de garantir au justiciable le traitement de l'affaire par le juge compétent en dépit de tentatives de contournement de l'autre partie⁽³⁹⁾.

Dans le prolongement, la Cour de justice n'a pas hésité à recourir à la notion d'ordre public pour affirmer ses compétences juridictionnelles vis-à-vis des États membres.

2) La garantie des compétences de la Cour de justice vis-à-vis des États membres

La Cour de justice interprète exceptionnellement d'office ses compétences à l'égard des États membres. Investie d'une compétence de principe pour constater les manquements étatiques dans le cadre de la procédure prévue à cet effet, elle ne recourt qu'exceptionnellement à l'ordre public pour en délimiter positivement l'étendue. Ainsi, elle a été amenée à définir les comportements étatiques soumis à son contrôle dans une affaire dans laquelle l'État membre défendeur excipait tardivement de son incompétence pour statuer sur l'omission étatique. Motif pris de ce qu'il « concern[ait] sa compétence », la Cour de justice a examiné et écarté ce moyen d'office⁽⁴⁰⁾. Sa qualification implicite d'ordre public a servi à définir l'étendue de sa propre compétence par rapport à celle, mise en avant par l'État, des juridictions nationales. Dans un autre cas, la Cour a été appelée à

administratif aurait erronément affirmé sa propre compétence en la matière, par un jugement [...] confirmé, en appel, par un jugement de la Cour administrative ». Le Tribunal s'est déclaré compétent.

39. Dans l'affaire citée à la note précédente, le Tribunal a estimé que l'inclusion de la décision attaquée dans le champ de sa compétence établie à l'article 230 CE (devenu art. 263 TFUE) s'imposait d'autant plus qu'« il serait inacceptable que la BEI puisse, en organisant astucieusement son processus décisionnel interne, se soustraire au contrôle juridictionnel voulu par le traité CE » (pt 50 de l'arrêt *Evropaïki Dynamiki c/ BEI*, précité). Dans une ordonnance *Dominguez González c/ Commission* de 2008 (TFP, ord., 12 novembre 2008, aff. F-88/07, *RecFP*, pp. I-A-1-369 et II-A-1-2005, pts 53 et s.), le Tribunal de la fonction publique a pour sa part été amené à vérifier d'office si, en ayant signé avec le requérant un contrat de travail soumis au droit belge et relevant de la compétence des tribunaux de Bruxelles, la Commission avait méconnu les règles d'ordre public établissant la compétence du juge communautaire (de l'Union) de la fonction publique. Bien qu'il se soit déclaré incompétent, il ressort de son ordonnance que le relevé d'office était destiné à prévenir les risques de contournement par les institutions de ses compétences et à permettre au juge d'« assurer le respect de sa propre sphère de compétence » (selon les termes empruntés au juge S. GERVASONI : « Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : cinq ans de jurisprudence », *CDE*, 2010, n°s 5-6, pp. 731-790, spéc. p. 743).

40. CJCE, 17 février 1970, *Commission c/ Italie*, aff. 31/69, *Rec.*, p. 25, pts 8-10. Plus récemment, la Cour de justice a d'office constaté qu'une pratique administrative présentant un certain degré de constance et de généralité pouvait faire l'objet d'un recours en manquement : CJUE, 22 septembre 2016, *Commission c/ République tchèque*, aff. C-525/14, *Rec. num.*, pt 14. Cette question est toutefois rattachée, par la Cour de justice, à la recevabilité.

définir, d'office, l'étendue de sa compétence eu égard au bloc de légalité du recours en manquement⁽⁴¹⁾.

C'est également vis-à-vis des États membres, pour statuer sur un recours opposant deux États et formés sur la base d'un compromis conformément à l'article 273 TFUE, que l'avocat général MENDOZZI a récemment invité la Cour de justice à définir d'office les bornes de sa compétence à l'occasion du premier recours porté devant elle sur ce fondement. Il a d'office interprété cette disposition du traité afin de déterminer les conditions d'une saisine de la Cour et les demandes susceptibles d'être formulées⁽⁴²⁾. L'élévation, d'ailleurs pressentie par la doctrine⁽⁴³⁾, de ces questions au rang d'ordre public n'est pas sans rappeler la nature également d'ordre public de la compétence dérogatoire du juge de l'Union européenne en matière contractuelle, laquelle est subordonnée à l'existence d'une clause compromissoire.

B. La répartition des compétences juridictionnelles en matière contractuelle

Le contentieux contractuel de l'Union européenne repose, eu égard à l'article 274 TFUE, sur la compétence de principe du juge national⁽⁴⁴⁾. La compétence du juge de l'Union, fondée sur l'article 272 TFUE et subordonnée à l'existence d'une clause compromissoire, est dérogatoire du droit commun et, partant, d'interprétation stricte⁽⁴⁵⁾. En statuant en l'absence de clause compromissoire, ce juge étendrait sa compétence au-delà des litiges dont la connaissance lui est limitativement réservée⁽⁴⁶⁾ et empiéterait sur la compétence du juge national.

41. Voy. en ce sens : CJCE, 19 mars 2002, *Commission c/ Irlande*, aff. C-13/00, *Rec.*, p. I-2943, pts 4-6, 13 et 20. L'arrêt reste quelque peu ambigu faute de distinction claire entre la recevabilité et la compétence ainsi qu'entre la compétence de la Commission pour introduire un recours en manquement et celle du juge pour en connaître.

42. Concl. MENDOZZI sous CJUE, 12 septembre 2017, *Autriche c/ Allemagne*, aff. C-648/15, *Rec. num.*, pt 31. Sans apporter de précision sur son éventuel pouvoir de statuer d'office, la Cour de justice s'est également prononcée sur les conditions de sa compétence (pts 19-30 de l'arrêt).

43. Voy. en faveur d'un examen d'office : A. BARAV, « Article 182 », in V. CONSTANTINESCO *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 1151-1153, spéc. p. 1152.

44. Voy. en ce sens : CJCE, 20 mai 2009, *Guigard c/ Commission*, aff. C-214/08 P, non publié, pts 35-41 ; CJUE, 29 juillet 2010, *Hanssens-Ensch*, aff. C-377/09, *Rec.*, p. I-7751, pts 16, 18 et 19 ; CJUE, 18 avril 2013, *Commission c/ Systran et Systran Luxembourg*, aff. C-103/11 P, *Rec. num.*, pts 56-59.

45. CJCE, 18 décembre 1986, *Commission c/ Zoubek*, aff. 426/85, *Rec.*, p. 4057, pt 11 ; CJUE, 18 avril 2013, *Commission c/ Systran et Systran Luxembourg*, aff. C-103/11 P, *Rec. num.*, pt 58.

46. TPI, ord., 3 octobre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. T-186/96, *Rec.*, p. II-1633, pt 47.

Terrain de prédilection à la mise en cause, par la partie défenderesse, de la compétence du juge de l'Union européenne, ce contentieux laisse de prime abord peu de place au relevé d'office de l'incompétence de ce juge. Néanmoins, sa qualification d'ordre public ressort sans ambiguïté de la jurisprudence du Tribunal. Sont d'ordre public l'incompétence du juge de l'Union en l'absence de clause compromissoire⁽⁴⁷⁾, des questions mettant en cause l'étendue de sa compétence au regard d'une telle clause⁽⁴⁸⁾ ainsi que son incompétence à l'égard des tiers au contrat contenant une clause compromissoire⁽⁴⁹⁾. *A fortiori*, devraient relever de l'incompétence d'ordre public la validité d'une clause compromissoire⁽⁵⁰⁾ et l'existence d'un contrat valablement conclu⁽⁵¹⁾. L'examen du fondement contractuel ou extra-contractuel d'une responsabilité alléguée⁽⁵²⁾ ou du caractère indissociable de la relation contractuelle d'un acte mis en cause par la voie du recours en annulation doit, en tant que préalable à la vérification d'office par le juge de l'Union de sa compétence, s'opérer d'office à son tour⁽⁵³⁾.

Pour sa part, la Cour de justice semblait pendant un temps s'opposer à cette qualification d'ordre public⁽⁵⁴⁾. En 2015, elle a toutefois validé

47. TPI, ord., 10 juillet 2002, *Comitato organizzatore del convegno internazionale c/ Commission*, aff. T-387/00, *Rec.*, p. II-3031, pts 36-37 et 41.

48. Voy. en ce sens : Trib. UE, 3 mars 2011, *Caixa Geral de Depósitos c/ Commission*, aff. T-401/07, non publié, pts 98, 99 et 101.

49. Voy. en ce sens : TPI, ord., 8 janvier 2008, *Commission c/ Lior e.a.*, aff. jtes T-192/01 et T-245/04, non publiée, pts 68-69, 112-113 et 139-140.

50. Voy. en ce sens : concl. MAYRAS sous CJCE, 7 décembre 1976, *Pellegrini c/ Commission et Flexon-Italia*, aff. 23/76, *Rec.*, p. 1807, spéc. p. 1825 ; concl. KOKOTT sous CJCE, 17 mars 2005, *Commission c/ AMI Semiconductor Belgium e.a.*, aff. C-294/02, *Rec.*, p. I-2175, pt 54.

51. Toutefois, le Tribunal range cette question dans les exigences de recevabilité du recours : TPI, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c/ Parlement*, aff. T-203/96, *Rec.*, p. II-4239, pt 44.

52. Dans ce contexte, le juge refuse en principe de requalifier d'office un recours en responsabilité extra-contractuelle en recours en responsabilité contractuelle : Trib. UE, 18 novembre 2015, *Synergy Hellas c/ Commission*, aff. T-106/13, *Rec. num.* (extraits), pts 147-148 et 156. S'agissant des conditions d'une requalification, voy. également *infra*, note n° 306 du présent Chapitre.

53. En ce sens, la jurisprudence semble tenir pour d'ordre public, au titre d'une fin de non-recevoir, le caractère non attaquant de l'acte non détachable de la relation contractuelle (voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2, A, 1. L'acte susceptible de contrôle juridictionnel, pp. 131 et s.).

54. Dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Commune de Millau et SEMEA c/ Commission* (CJUE, 19 juin 2014, aff. C-531/12 P, *Rec. num.*), la Cour de justice a refusé d'examiner au fond la question de savoir si la clause compromissoire en cause contenait une stipulation pour autrui, considération sur laquelle le Tribunal avait fondé sa compétence pour connaître du litige. Elle s'est retranchée derrière l'impossibilité de contrôler sur pourvoi, sauf dénaturation des faits, les appréciations factuelles du Tribunal (pts 54-58). Or, la question portant sur l'existence d'une stipulation pour autrui était intrinsèquement liée à la compétence du juge de l'Union européenne et aurait, dès lors, dû être examinée sur pourvoi. Ainsi, l'avocat général KOKOTT avait assez largement qualifié d'ordre public des considérations tenant à la compétence

sans équivoque la nature d'ordre public des règles régissant la répartition des compétences juridictionnelles du contentieux contractuel. Dans un arrêt important rendu sur pourvoi⁽⁵⁵⁾, elle a examiné d'office l'étendue de la compétence du juge des contrats de l'Union européenne au regard des dispositions de l'article 272 TFUE et des stipulations de la clause compromissoire en cause, afin de déterminer si ce juge pouvait statuer à titre déclaratoire⁽⁵⁶⁾.

La répartition des compétences juridictionnelles en matière de contrats relève, partant, de l'ordre public. Cette qualification s'impose pour assurer la garantie effective de ladite répartition et pour protéger la compétence de principe du juge national en la matière⁽⁵⁷⁾. Elle s'inscrit dans la continuité de la qualification analogue des règles régissant, plus largement, la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union européenne et celles nationales.

Cette qualification d'ordre public se prolonge dans une qualification analogue des règles délimitant les compétences de contrôle juridictionnel vis-à-vis des institutions, organes et organismes de l'Union.

§ 2. – La garantie des compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne vis-à-vis des instances décisionnelles

Dans une Union de droit telle que l'Union européenne, les actes des institutions, organes et organismes sont, en principe, susceptibles de faire l'objet de contrôle juridictionnel. Les compétences attribuées au juge à ce titre ne sont pas pour autant illimitées. Leurs limites tendent, pour l'essentiel, à assurer un équilibre satisfaisant entre les exigences d'une protection juridictionnelle effective des justiciables et les exigences liées à la nature des tâches et au travail efficace des institutions, organes et organismes de l'Union. D'un côté, en dépit d'une juridictionnalisation grandissante, certains actes, agissements et comportements échappent toujours à la compétence du juge. De l'autre côté, celui-ci voit ses pouvoirs limités par un

du juge de l'Union, à savoir tant l'opposabilité d'une clause compromissoire à un tiers au contrat que la production, requise par l'article 44, § 5 *bis*, RP/T (1991), d'un exemplaire de cette clause, soit la preuve de la compétence du juge de l'Union (concl., pts 55 et 68).

55. CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pts 19-20.

56. Elle a consacré une telle compétence, voy. pts 19-26 de l'arrêt *Planet c/ Commission*, cité à la note précédente.

57. E. NEFRAMI (« Le contentieux des clauses compromissoires », in S. MAHIEU [dir.], *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 561-581, spéc. p. 568) a pu mettre en exergue, outre le « respect des compétences du juge national », « l'autonomie du recours issu de l'article 272 TFUE ».

principe de non-empiétement sur les compétences décisionnelles. Tandis que l'(in)compétence du juge pour statuer sur un acte ou comportement (non) justiciable devant lui est incontestablement d'ordre public (A), la restriction de son contrôle aux fins de prévenir l'empiétement sur les compétences des instances décisionnelles ne l'est que partiellement (B).

A. Les actes et comportements (non) justiciables devant le juge de l'Union européenne

À travers les voies de droit ouvertes devant le juge de l'Union européenne, celui-ci jouit de compétences lui permettant d'apprécier, au regard des normes de référence déterminées, les activités, actes et comportements des institutions, organes et organismes de l'Union. Chacune de ses compétences est circonscrite en son objet⁽⁵⁸⁾. Tant l'incompétence pour statuer sur les actes exclus du champ desdites compétences que la compétence pour connaître des actes inclus dans ce champ relèvent de l'ordre public. C'est en particulier à ce dernier titre que le juge recourt à la notion de moyen d'ordre public pour affirmer, étendre et protéger ses compétences.

L'illustration la plus marquée s'en trouve dans le célèbre arrêt « *Les Verts* » c/ *Parlement* de 1986. La Cour de justice y a examiné et constaté d'office sa compétence « pour connaître d'un recours en annulation [...] contre un acte du Parlement européen »⁽⁵⁹⁾. L'arrêt illustre la maîtrise que le juge a de sa propre compétence, qu'il interprète et étend parfois au-delà de la stricte lettre du traité⁽⁶⁰⁾. En l'occurrence, l'extension d'office de cette compétence

58. Voy. pour un aperçu des compétences des juridictions de l'Union européenne : M. Waelbroeck, « Les compétences de la Cour de justice », *RCJB*, 1971, pp. 513-581. Voy. s'agissant des compétences de la Cour de justice : F. Picod, « Cour de justice. Composition. Organisation. Compétences », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 320, 2012. Voy. à propos de la juridictionnalisation : F. Picod, « Le développement de la juridictionnalisation », in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-286.

59. CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 19. Voy. pour une qualification d'ordre public de la qualité de partie défenderesse du Parlement européen dans un recours en carence : concl. Darmon sous CJCE, ord., 10 juin 1993, *The Liberal Democrats c/ Parlement*, aff. C-41/92, *Rec.*, p. I-3153, pt 7. L'affaire s'est réglée par un non-lieu, sans que la Cour ne prenne position sur ce caractère d'ordre public.

60. Voy. à cet égard l'étude d'A. Arnulf, « Does the Court of justice have inherent jurisdiction ? », *CML Rev.*, 1990, pp. 683-708. L'auteur replace l'arrêt « *Les Verts* » c/ *Parlement* dans une mouvance jurisprudentielle ayant amené la Cour de justice à construire ses compétences et les voies de droit à la lumière de la théorie de la « inherent jurisdiction ». J. P. Jacqué a pu parler, pour sa part, « d'une révision judiciaire du traité » : Note sous *Partie écologiste Les Verts c/ Parlement européen*, *RTDE*, 1986, n° 3, pp. 500-511, spéc. p. 503 ; « *Les Verts v The European Parliament* », in M. Poiares Maduro et L. Azoulai (ed.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart, 2010, pp. 316-323, spéc. p. 318.

est intrinsèquement liée à la notion de Communauté, et désormais d'Union, de droit⁽⁶¹⁾, le juge comblant le vide de contrôle juridictionnel⁽⁶²⁾. Le moyen d'ordre public peut ainsi être le vecteur de la protection juridictionnelle effective. Par effet de miroir, l'arrêt permet de constater que l'incompétence du juge de l'Union pour connaître de la légalité d'actes exclus du champ de sa compétence est d'ordre public.

D'autres illustrations peuvent être trouvées dans la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui a étendu explicitement, à titre de moyen d'ordre public, la compétence du juge de l'Union européenne aux actes et agissements des organes et organismes de l'Union. Ainsi, fut consacrée la compétence de ce juge pour connaître de recours en responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes et d'omissions dont la Banque européenne d'investissement (BEI) a pu se rendre coupable lors d'une activité mise en œuvre pour le compte de la Communauté (l'Union) et dans l'exercice de ses compétences⁽⁶³⁾. Fut également retenue d'office la compétence du juge pour statuer sur un recours en annulation à l'encontre d'actes adoptés par des organismes⁽⁶⁴⁾.

À l'heure actuelle, les illustrations de ce moyen d'ordre public foisonnent dans le contexte de la délimitation du champ de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) qui, pour l'essentiel, reste exclue du contrôle juridictionnel en raison de sa nature intergouvernementale⁽⁶⁵⁾. Ainsi, le

61. CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 23. Voy. à propos de la notion d'Union de droit : J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit...*, op. cit. ; D. SIMON, « La Communauté de droit », in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), op. cit., pp. 85-123.

62. Le juge répare le système des voies de recours qui, « malgré sa densité, comportait quelques discontinuités » : P. PESCATORE, « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? », in *Festskrift til Ole Due. Liber amicorum*, Copenhague, Gad, 1994, pp. 299-338, spéc. pp. 322-324.

63. CJCE, 2 décembre 1992, *SGEEM et Etroy c/ BEI*, aff. C-370/89, *Rec.*, p. I-6211. Les parties s'accordaient sur l'existence d'une compétence de la Cour (concl. GULMANN, du 2 juin 1992, sous cet arrêt, pt 4). Il s'agit d'une extension de compétence, en ce que l'article 215, deuxième alinéa, CEE (art. 340, al. 2, TFUE) limitait l'engagement de la responsabilité aux dommages causés par les institutions ou agents dans l'exercice de leurs fonctions.

64. Trib. UE, 8 juillet 2010, *Evropaïki Dynamiki c/ AEE*, aff. T-331/06, non publié, pts 30-40.

65. En revanche, avec le traité de Lisbonne, le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice a été pleinement soumis au contrôle juridictionnel (R. BARENTS, « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *CML Rev.*, 2010, pp. 709-728, spéc. pp. 718-719 ; L. COUTRON, « La revalorisation du juge », *Ann. dr. eur.*, 2006, pp. 143-175, spéc. pp. 157-159), sous réserve de l'article 276 TFUE (C. BLUMANN, « La réserve d'ordre public de l'article 68, § 2, nouveau du Traité CE », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, op. cit., pp. 13-25). Voy. à propos de la juridictionnalisation progressive de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : M. CHAVRIER, « La Cour de justice après le traité d'Amsterdam : palingénésie ou palinodies ? », *RMCEU*, 2000, pp. 542-550 et 620-629 ; C. CHENEVIÈRE, « L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris, *CDE*, 2004, n^{os} 5-6, pp. 567-589 ; C. CURTI GIALDINO, « Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam », *RMUE*,

Tribunal a, au titre d'une fin de non-recevoir d'ordre public ayant trait à « l'étendue de sa compétence » de juge de la légalité, qualifié d'ordre public l'incompétence du juge de l'Union pour statuer sur des actes pris dans le cadre de cette politique et ne relevant pas de l'article 275, paragraphe 2, TFUE⁽⁶⁶⁾. De manière analogue, il a qualifié d'ordre public l'incompétence dudit juge pour connaître d'actions en indemnité du fait de décisions adoptées dans le cadre de la PESC⁽⁶⁷⁾, voire de manière plus ponctuelle pour connaître d'exceptions d'illégalité des dispositions générales d'un acte relevant de la PESC⁽⁶⁸⁾. À l'inverse, c'est également au nom de l'ordre

1998, n° 2, pp. 89-124 ; P. GIRERD, « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », *RDTE*, 1999, n° 2, pp. 239-260 ; H. LABAYLE, « La Cour de justice et l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice », in R. MEHDI (dir.), *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 59-81 ; H. LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union européenne dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE*, 2006, n° 1, pp. 1-46.

66. Alors que les actes pris par l'Union européenne dans le cadre de la PESC sont en principe exclus de la compétence du juge de l'Union (art. 24, § 1, al. 2, TUE et art. 275, al. 1, TFUE), une exception est instituée pour les recours tendant à assurer le respect de l'article 40 TUE ainsi que pour les recours en annulation des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales (art. 275, al. 2, TFUE). La compétence du juge de l'Union étant limitée aux recours dirigés contre des actes de nature individuelle (voy. en ce sens : CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 57), le Tribunal a qualifié d'ordre public son incompétence pour examiner des dispositions générales prises dans le cadre de la PESC (Trib. UE, 4 juin 2014, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-67/12, non publié, pts 37-40 et 46-47 ; Trib. UE, 4 juin 2014, *Hemmati c/ Conseil*, aff. T-68/12, non publié, pts 29-33 ; Trib. UE, 17 février 2017, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a. c/ Conseil*, aff. jtes T-14/14 et T-87/14, *Rec. num.*, pts 34-39). Il reste à voir comment cette jurisprudence sera affectée par le récent arrêt *Rosneft* (CJUE, 28 mars 2017, aff. C-72/15, *Rec. num.*). Voy. également *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, A, 2. Une exception incertaine à la priorité absolue de la compétence juridictionnelle (pp. 517 et s.), ainsi que Sous-section 2, § 1, A. Les actes et moyens non couverts par la compétence du juge (pp. 534 et s.).

67. Trib. UE, 28 février 2016, *Jannatian c/ Conseil*, aff. T-328/14, non publié, pts 28-31. Antérieurement, le Tribunal avait laissé cette question en suspens en rejetant de telles demandes indemnitaires pour cause d'irrecevabilité (Trib. UE, 11 juin 2014, *Syria International Islamic Bank c/ Conseil*, aff. T-293/12, non publié, pts 70 et 83) ou au fond (Trib. UE, 2 avril 2014, *Ben Ali c/ Conseil*, aff. T-133/12, non publié, pts 90-100 ; Trib. UE, 24 septembre 2014, *Kadhaf Al Dam c/ Conseil*, aff. T-348/13, non publié, pt 115). Cette incompétence est sans préjudice de la compétence avérée du juge de l'Union pour connaître de recours en indemnité tendant à la réparation de préjudices causés par les règlements adoptés à la suite des décisions PESC, comme en témoigne l'affaire *Safa Nicu Sepahan* (Trib. UE, 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan c/ Conseil*, aff. T-384/11, *Rec. num.*, confirmé sur pourvoi : CJUE, 30 mai 2017, *Safa Nicu Sepahan c/ Conseil*, aff. C-45/15 P, *Rec. num.*).

68. Trib. UE, 2 juin 2016, *Bank Mellat c/ Conseil*, aff. T-160/13, *Rec. num.*, pts 31-37. L'arrêt n'est pas dépourvu d'ambiguïté. Le Tribunal se déclare incompétent au double motif que la disposition incidemment contestée est une disposition générale d'un acte relevant de la PESC et que l'exception d'illégalité n'est pas soulevée à l'appui d'un recours en annulation contre une décision prévoyant des mesures restrictives au sens de l'article 275, al. 2, TFUE. Le recours était, en effet, formé exclusivement contre un règlement, fondé sur l'article 215 TFUE. Afin d'assurer la cohérence de la jurisprudence, il faudrait sûrement interpréter cet arrêt en ce sens que le Tribunal n'a pas entendu écarter toute compétence pour statuer sur

public que les juridictions de l'Union européenne interprètent de manière restrictive leur incompétence en la matière. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Elitaliana c/ Eulex Kosovo* de 2015⁽⁶⁹⁾, la Cour de justice a d'office étendu la compétence du juge de l'Union pour connaître de certains actes adoptés dans un contexte relevant de la PESC⁽⁷⁰⁾.

Les limites d'ordre public des compétences du juge de l'Union européenne peuvent par ailleurs refléter les limites territoriales des compétences des institutions de l'Union et tendre ainsi, outre à l'équilibre des rapports entre les instances décisionnelles et leur juge, incidemment à la protection des intérêts d'États tiers⁽⁷¹⁾.

une exception d'illégalité d'un acte de la PESC mais que, compte tenu des circonstances de l'affaire, l'exception était irrecevable faute de lien suffisant avec l'acte faisant l'objet du recours. Préable à l'adoption d'un tel règlement, la décision PESC ne constitue pas son fondement juridique. Par ailleurs, le Tribunal examinait au fond des exceptions d'illégalité soulevées à l'encontre de dispositions générales prises dans le cadre de la PESC dans le passé (voy. p. ex. : Trib. UE, 11 décembre 2012, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-15/11, *Rec. num.*, pts 45-48 ; Trib. UE, 27 février 2014, *Ezz e.a. c/ Conseil*, aff. T-256/11, *Rec. num.*, pts 33-47 ; Trib. UE, 16 juillet 2014, *National Iranian Oil Company c/ Conseil*, aff. T-578/12, non publié, pts 90-97) et continue à le faire depuis l'arrêt *Bank Mellat c/ Conseil*, précité (voy. p. ex. : Trib. UE, 30 juin 2016, *CW c/ Conseil*, aff. T-200/14, non publié, pt 65 ; Trib. UE, 17 février 2017, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a. c/ Conseil*, aff. jtes T-14/14 et T-87/14, *Rec. num.*, pts 53-105).

69. CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 41-50. La question de la compétence des juridictions de l'Union européenne en la matière était mise en doute par la partie défenderesse en première instance, sans toutefois que le Tribunal ne l'ait appréciée. La Cour de justice s'en saisit d'office au stade du pourvoi.

70. De manière analogue, à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le Tribunal a apprécié une « question d'ordre public » ayant trait à l'incidence de l'exclusion, par l'ancien article L du TUE, en sa version issue du traité de Maastricht, des actes relevant du titre VI du TUE sur sa compétence, et donc sur celle du juge de l'Union européenne, pour connaître d'un recours en annulation de décisions du Conseil statuant sur des demandes d'accès à de tels actes, en l'occurrence des documents relatifs à l'Office européen de police (Europol). Il s'est déclaré compétent : TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 78-85.

71. TPI, ord., 3 juillet 2007, *Commune de Champagne e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-212/02, *Rec.*, p. II-2017, pts 30, 91, 94-95, 207 et 213. À travers une analyse par moments confuse, le Tribunal tient pour d'ordre public et examine sa compétence pour connaître d'une décision du Conseil et de la Commission relative, notamment, à un accord externe conclu avec la Suisse approuvant un régime de protection exclusive de la dénomination communautaire « champagne », en ce que cette décision produisait des effets sur le territoire suisse. D'une part, il déclare le recours en annulation de cette décision irrecevable, motif pris, d'un côté, de ce que ladite décision ne saurait créer des droits et obligations en dehors du territoire communautaire et ne modifierait, partant, pas la situation juridique des requérants et, de l'autre, de ce que le contrôle de droits conférés à un États tiers ou d'obligations assumées par celui-ci en vertu d'un accord externe « se situerait manifestement en dehors du cadre des compétences du Tribunal » (pts 91 et 94-95). D'autre part, le Tribunal se déclare incompétent pour connaître d'une demande d'indemnisation d'un préjudice prétendument subi sur le territoire de la Suisse dès lors qu'un tel préjudice ne pourrait, en tout état de cause, pas être imputable à la Communauté (pts 207 et 213).

De principe, cette qualification d'ordre public de l'incompétence du juge de l'Union européenne à l'égard de certains actes et comportements des institutions, organes et organismes de l'Union ressort en définitive d'une jurisprudence assez peu étoffée. Cette observation n'est guère surprenante. En effet, par définition, ce juge est compétent pour connaître des actes adoptés par l'Union⁽⁷²⁾. La rareté des qualifications d'ordre public reflète ainsi non pas un manque d'attention du juge à l'égard des limites de ses compétences, mais, au contraire, l'étendue importante de celles-ci. La qualification d'ordre public et l'affirmation ou l'extension d'office de la compétence du juge confortent cette conclusion. C'est parce que, dans certaines circonstances, sa compétence ne va pas de soi, que le juge prend soin d'exposer les raisons justifiant qu'il se déclare compétent en soulevant d'office un moyen d'ordre public. Cette extension s'explique, à son tour, au nom de l'Union de droit et des besoins d'une protection juridictionnelle effective.

Une fois sa compétence affirmée, le juge exerce le contrôle juridictionnel selon des modalités variables. Certaines limitations découlent d'un souci d'équilibre institutionnel, le juge cherchant à ne pas empiéter sur la sphère de compétence réservée aux instances décisionnelles. Ces limitations ne sont pas pour autant systématiquement porteuses de moyens d'ordre public.

B. *La prévention de l'empiètement sur les compétences des instances décisionnelles*

Appelé à contrôler les actes et activités des instances décisionnelles de l'Union européenne, le juge se voit en principe interdire de se substituer à celles-ci. Il doit rester dans son rôle de juge. Il « [s'applique] le principe d'équilibre institutionnel »⁽⁷³⁾ et refuse d'exercer des pouvoirs par lesquels il empiéterait sur les prérogatives des institutions, organes et organismes de l'Union. Cette limitation des pouvoirs et du contrôle du juge génère une catégorie composite de moyens d'ordre public certains ou potentiels. En ce qu'elle emporte interdiction pour le premier d'exercer des pouvoirs décisionnels qui ne lui ont pas été attribués, la limitation des pouvoirs du juge à l'égard des instances décisionnelles est d'ordre public (1). En revanche, en présence d'un large pouvoir d'appréciation de ces instances,

72. Pour peu, dans le cadre du recours en annulation, que ces actes sont attaques au sens de l'article 263 TFUE. La nature attaquant de l'acte attaqué relève des conditions de recevabilité d'ordre public. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2, A, 1. L'acte susceptible de contrôle juridictionnel (pp. 131 et s.).

73. C. SCHMITTER, « (Principe de l')Équilibre institutionnel », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *op. cit.*, pp. 473-489, spéc. p. 476.

la restriction du contrôle du juge ne semble guère source de moyens d'ordre public (2).

1) La limitation des pouvoirs du juge à l'égard des instances décisionnelles

Dans l'exercice de son office, le juge de l'Union européenne ne saurait empiéter sur les compétences des institutions, organes et organismes de l'Union. Il ne peut, sauf compétence exceptionnelle dans les contentieux de la pleine juridiction⁽⁷⁴⁾, se substituer à ces derniers. En outre, l'activation de sa compétence de contrôle est parfois subordonnée au déroulement d'une procédure préalable devant une instance quasi juridictionnelle. Tant le respect des pouvoirs de contrôle de cette dernière que le respect des pouvoirs décisionnels des institutions, organes et organismes de l'Union européenne sont assurés à l'aide de moyens d'ordre public.

Le contrôle juridictionnel doit ou peut parfois être précédé d'un contrôle préalable effectué par une instance quasi juridictionnelle. De telles instances de contrôle sont souvent créées au sein des organes et organismes de l'Union européenne. En particulier, le contrôle juridictionnel des décisions de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) est précédé d'un contrôle quasi juridictionnel obligatoire opéré par ses chambres de recours. Afin de ne pas empiéter sur les pouvoirs appartenant à celles-ci, le juge ne peut connaître de litiges ayant un objet plus large que les litiges portés devant elles⁽⁷⁵⁾. La concordance requise entre l'objet du recours exercé devant une chambre de recours et celui introduit devant le Tribunal qui s'ensuit est d'ordre public⁽⁷⁶⁾. Il en va de même de l'irrecevabilité de nouveaux éléments de preuve⁽⁷⁷⁾. Le fondement de cette qualification d'ordre public se situe dans la limitation de la compétence du

74. À propos des compétences de pleine juridiction du juge de l'Union européenne, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2. Les hypothétiques moyens d'ordre public de pleine juridiction tendant à la garantie du droit substantiel (pp. 335 et s.).

75. Conformément à l'article 188 RP/T (2015), « les mémoires déposés par les parties dans le cadre de la procédure devant le Tribunal ne peuvent modifier l'objet du litige devant la chambre de recours ». Si la partie requérante peut soulever tout moyen tiré d'un des quatre cas d'ouverture du recours en annulation, le contrôle de légalité ne peut se faire qu'« au regard des questions de droit qui ont été portées devant la[dite] chambre » (TPI, 22 octobre 2003, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. T-311/01, *Rec.*, p. II-4625, pt 70).

76. TPI, 31 mai 2005, *Solo Italia c/ OHMI*, aff. T-373/03, *Rec.*, p. II-1881, pt 28 ; TPI, 10 décembre 2008, *Dada c/ OHMI*, aff. T-101/07, *Rec.*, p. II-313, pt 19 ; Trib. UE, ord., 11 mars 2016, *International Gaming Projects c/ OHMI*, aff. T-840/14, *Rec. num.*, pts 17 et 22.

77. Trib. UE, 16 janvier 2014, *Steiff c/ OHMI*, aff. T-433/12, non publié, pt 12 ; Trib. UE, 16 janvier 2014, *Steiff c/ OHMI*, aff. T-434/12, non publié, pt 12.

juge qui ne saurait statuer sur des questions non abordées par la chambre de recours⁽⁷⁸⁾.

En outre, dans le contentieux des actes des agences de l'Union européenne, le juge vérifie d'office sa compétence pour statuer directement sur la légalité d'un acte émanant d'une agence, telle que l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA), qui n'a pas fait l'objet d'une procédure de contrôle devant la chambre de recours instituée en son sein⁽⁷⁹⁾. Le juge prend d'office position sur la nature obligatoire ou facultative du contrôle quasi juridictionnel préalable.

Lors de son contrôle juridictionnel, le juge respecte les pouvoirs des autorités décisionnelles. Au titre d'une forme de séparation impérative des pouvoirs entre le juge et ces autorités, diverses conditions entourant la compétence du juge et la recevabilité des recours sont qualifiées d'ordre public. Il en va ainsi, notamment, de l'absence de pouvoir d'injonction du juge, saisi à titre principal⁽⁸⁰⁾ ou, le cas échéant, d'une demande en référé⁽⁸¹⁾. Le Tribunal rejette fréquemment d'office, le plus souvent comme

78. Le fondement est, en réalité, double. À l'instar de l'exigence de concordance dans des contentieux qui sont, tel le contentieux de la fonction publique, précédés d'une procédure administrative précontentieuse, cette exigence de concordance permet de lier et de cristalliser le contentieux. Sa qualification d'ordre public tend ainsi également à assurer l'utilité de cette procédure préalable. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 1, b. L'exigence de concordance (pp. 126 et s.).

79. Trib. UE, ord., 16 septembre 2015, *Calestep c/ ECHA*, aff. T-89/13, *Rec. num.*, pts 16-22. Plus que d'une question de compétence, il s'agit à nos yeux d'une question de recevabilité du recours au regard de la réalité et régularité d'une procédure précontentieuse ou de la notion d'acte attaquant. Voy. à ce titre, s'agissant des actes pris par la commission de recours des autorités européennes de surveillance au terme d'une procédure de contrôle des actes émanant des agences : Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pt 51 ; Trib. UE, 24 juin 2016, *Onix Asigurări c/ AEAPP*, aff. T-590/15, *Rec. num.*, pts 47 et s.

80. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 26 octobre 1995, *Pevasa et Inpesca c/ Commission*, aff. jtes C-199/94 P et C-200/94 P, *Rec.*, p. I-3709, pt 24 ; CJCE, 8 juillet 1999, *DSM c/ Commission*, aff. C-5/93 P, *Rec.*, p. I-4695, pt 36. Voy. toutefois, pour l'admissibilité exceptionnelle et circonstancielle de conclusions tendant au prononcé d'injonction dans un recours en indemnité : TPI, 10 mai 2006, *Galileo International Technology e.a. c/ Commission*, aff. T-279/03, *Rec.*, p. II-1291, pts 60-73.

81. Voy. à cet égard : Trib. UE, ord. prés., 16 juin 2015, *Alcogroup et Alcodis c/ Commission*, aff. T-274/15 R, non publiée, pts 14 et 20-21. Le président du Tribunal se fonde sur des considérations liées à la fois à la préservation de la compétence du juge saisi au principal (voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 2, A. La limitation de la compétence du juge des référés, pp. 96 et s.) et à la garantie des pouvoirs décisionnels de l'institution défenderesse. Toutefois, il faut préciser que, dans le contexte d'un recours en manquement, la Cour de justice, statuant en grande chambre (*sic* !) sur une demande de mesures provisoires, a récemment jugé que, en substance, le juge des référés pouvait « adopter, le cas échéant d'office, toute mesure accessoire visant à garantir l'efficacité des mesures provisoires qu'il ordonne » au titre de l'article 279 TFUE. Ce juge peut même imposer une astreinte en cas de méconnaissance des mesures provisoires ordonnées : CJUE, ord., 20 novembre 2017, *Commission c/ Pologne*, aff. C-441/17 R, *Rec. num.*, pts 99 et 103-105.

irrecevables, des conclusions tendant à ce qu'il adresse des injonctions à la partie défenderesse⁽⁸²⁾, parfois au motif que « les fins de non-recevoir concernant les questions de compétence [sont] d'ordre public »⁽⁸³⁾. Si la confusion entre l'incompétence du juge et la recevabilité de la demande est regrettable, il faut, en revanche, approuver la qualification d'ordre public fondée sur la prévention de l'empiétement du juge sur les pouvoirs des institutions⁽⁸⁴⁾. Cette même considération s'impose en présence d'une demande tendant à ce que le juge, saisi d'un recours direct, fasse des déclarations en droit⁽⁸⁵⁾ ou constate, par voie d'arrêt déclaratoire, l'illégalité d'un acte de portée générale incidemment contesté⁽⁸⁶⁾.

En outre, saisi d'une demande d'annulation partielle d'un acte de l'Union européenne, le juge examine d'office le caractère détachable des dispositions dont l'annulation est demandée par rapport au reste de l'acte litigieux⁽⁸⁷⁾. L'exigence de séparabilité, formellement rattachée à la recevabilité de la

82. Voy. p. ex. : TPI, 14 mai 2002, *Graphischer Maschinenbau c/ Commission*, aff. T-126/99, *Rec.*, p. II-2427, pts 16-17 ; TPI, 13 mars 2003, *Martí Peix c/ Commission*, aff. T-125/01, *Rec.*, p. II-865, pts 40 et 42-43 ; TPI, 5 avril 2006, *Madaus c/ OHMI*, aff. T-202/04, *Rec.*, p. II-1115, pts 13-14.

83. TPI, 2 mars 2004, *Di Marzio c/ Commission*, aff. T-14/03, *RecFP*, pp. I-A-43 et II-167, pts 62-64 ; TPI, 4 mai 2005, *Castets c/ Commission*, aff. T-398/03, *RecFP*, pp. I-A-109 et II-507, pts 18-20.

84. Voy. pour un rappel clair de cette fonction : CJCE, 9 juin 1983, *Verzyck c/ Commission*, aff. 225/82, *Rec.*, p. 1991, pt 19 ; TPI, ord., 22 mai 1992, *Moat c/ Commission*, aff. T-72/91, *Rec.*, p. II-1771, pt 29.

85. Voy. en ce sens : TPI, 15 juillet 1993, *Camara Allosio e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-17/90, T-28/91 et T-17/92, *Rec.*, p. II-841, pts 44, 64 et 65 ; Trib. UE, ord., 9 novembre 2011, *ClientEarth e.a. c/ Commission*, aff. T-120/10, non publiée, pts 26 et 29 ; Trib. UE, 15 décembre 2011, *Mövenpick c/ OHMI*, aff. T-377/09, non publié, pts 10 et 12 ; Trib. UE, ord., 10 juillet 2014, *Moallem Insurance c/ Conseil*, aff. T-182/14, non publiée, pt 27. Une demande de jugement déclaratoire est en principe rejetée comme irrecevable.

86. Aucune compétence en ce sens ne saurait découler de l'article 277 TFUE relatif à l'exception d'illégalité : CJCE, 14 décembre 1962, *Wöhrmann et Lütticke c/ Commission*, aff. jtes 31/62 et 33/62, *Rec.*, p. 965, spéc. pp. 978-981. Cette incompétence a pour objet, outre une limitation des pouvoirs du juge à l'égard des instances décisionnelles, la garantie des champs respectifs des voies de droit. Voy. toutefois F. BERROD (*op. cit.*, spéc. p. 678) qui déduit de cet arrêt que « [le juge de l'Union] doit soulever d'office tout moyen tenant à la recevabilité d'une exception d'illégalité, en tant que moyen d'ordre public ».

87. Voy. en ce sens : Trib. UE, ord., 24 mai 2011, *Government of Gibraltar c/ Commission*, aff. T-176/09, non publiée, pts 32 et s. ; Trib. UE, 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours (France) e.a. c/ Commission*, aff. T-31/07, non publié, pt 90 ; Trib. UE, ord., 1^{er} février 2016, *SolarWorld e.a. c/ Conseil*, aff. T-141/14, *Rec. num.*, pts 41 et 45. L'annulation partielle n'est permise que dans la mesure où les éléments dont l'annulation est demandée sont détachables du reste de l'acte (CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c/ Conseil*, aff. C-29/99, *Rec.*, p. I-11221, pt 45 ; CJCE, 24 mai 2005, *France c/ Parlement et Conseil*, aff. C-244/03, *Rec.*, p. I-4021, pt 12). Il n'est pas satisfait à cette exigence lorsque l'annulation partielle aurait pour effet de modifier la substance de l'acte (CJCE, 31 mars 1998, *France e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, *Rec.*, p. I-1375, pt 257 ; CJCE, 10 décembre 2002, *Commission c/ Conseil*, précité, pt 46 ; CJCE, 24 mai 2005, *France c/ Parlement et Conseil*, précité, pt 13).

demande, est « justifiée par la considération selon laquelle il ne peut être demandé au juge de l'Union, sous couvert d'annulation partielle [...], de substituer un nouvel acte, substantiellement différent, à l'acte attaqué »⁽⁸⁸⁾. En d'autres termes, il s'agit d'assurer que le juge n'empiète pas sur les pouvoirs incombant à l'auteur de cet acte, voire « de protéger la production normative communautaire [de l'Union européenne] »⁽⁸⁹⁾. C'est là que réside le fondement de son caractère d'ordre public. Des considérations analogues justifient la qualification d'ordre public de l'interdiction pour le juge de réformer un acte d'une institution, sauf pouvoir de réformation explicitement attribué⁽⁹⁰⁾.

De ces illustrations se dégage une fonction du moyen d'ordre public tendant à la prévention de l'empiètement du juge sur les prérogatives des instances décisionnelles, de respect de la séparation des pouvoirs entre le juge et les autorités décisionnelles⁽⁹¹⁾, voire de protection des actes de droit dérivé. Bien que la restriction du contrôle du juge en présence, en particulier, d'un pouvoir discrétionnaire s'inscrive dans une optique analogue, elle ne semble pas entrer dans la notion de moyen d'ordre public.

2) La restriction du contrôle du juge

L'article 33 du traité CECA, qui établissait la compétence de la Cour de justice pour statuer sur des recours en annulation dans le cadre de la CECA, excluait, en principe et sous réserve d'exceptions, les appréciations économiques et factuelles de l'examen de la Cour⁽⁹²⁾. Cette exclusion, en ce

88. Trib. UE, ord., 10 décembre 2013, *Carbunió c/ Conseil*, aff. T-176/11, non publiée, pt 48.

89. L. AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 153-169, spéc. p. 164.

90. Une telle demande est rejetée d'office comme manifestement irrecevable : Trib. UE, ord., 11 janvier 2012, *Ben Ali c/ Conseil*, aff. T-301/11, non publiée, pts 58-62.

91. Voy. également en ce sens s'agissant des demandes d'injonctions et de jugements déclaratoires dans le contentieux de la fonction publique : S. VAN RAEPENBUSCH, « Proceedings Relating to the European Public Service », in S. A. PAPPAS (ed.), *Current Trends and Developments in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities : Annual Report*, Maastricht, EIPA, 1994, vol. 1, pp. 93-131, spéc. p. 96.

92. Voy. en particulier : F. RIGAUX, « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés à l'égard des faits », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, t. 2, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 1972, pp. 365-381. *Adde*, à propos des origines de cette limitation qui semblait liée à une présumée inutilité d'un nouveau contrôle des faits : P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, LGDJ, 1953, 320 p., spéc. pp. 91-93.

qu'« elle concern[ait] la compétence même de la Cour », a été implicitement qualifiée d'ordre public dans l'arrêt *Valsabbia c/ Commission* de 1980⁽⁹³⁾.

À l'heure actuelle, les traités ne comportent aucune limitation analogue du contrôle juridictionnel. Néanmoins, dans les domaines dans lesquels les institutions de l'Union européenne doivent procéder à des appréciations complexes pour lesquelles elles jouissent de pouvoirs discrétionnaires, le juge restreint son contrôle de légalité⁽⁹⁴⁾. Cette « [a]uto-restriction »⁽⁹⁵⁾ est « inhérente à la nature même de la fonction de juge [lequel] ne saurait s'en affranchir sans s'instituer supérieur hiérarchique de l'administration et faire œuvre d'administration active »⁽⁹⁶⁾. La prudence du juge « traduit [sa] volonté [...] de ne pas franchir cette ligne invisible au-delà de laquelle il sortirait des limites de son office » et statuerait en opportunité⁽⁹⁷⁾, en « dépass[ement de] son rôle judiciaire »⁽⁹⁸⁾. Cette restriction du contrôle pourrait être qualifiée d'ordre public par une transposition *mutatis mutandis* de la qualification issue de l'arrêt *Valsabbia c/ Commission*, précité. La limitation du contrôle s'impose très certainement d'office, le juge restreignant son contrôle indépendamment du fait qu'une partie le lui demande⁽⁹⁹⁾. Toutefois, une

93. CJCE, 18 mars 1980, *Valsabbia c/ Commission*, aff. jtes 154/78, 205/78, 206/78, 226/78 à 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 et 85/79, *Rec.*, p. 907, pts 7 et 10-11. La Cour de justice examina d'office, eu égard au pouvoir discrétionnaire de la Commission, la recevabilité des moyens dont l'examen la conduirait à apprécier la situation découlant des faits ou circonstances économiques.

94. Voy. à cet égard : A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 657 p. ; J. MOLINIER, « Le contrôle juridictionnel et ses limites : à propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit...*, op. cit., spéc. pp. 78-85 ; D. RITLÉNG, *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, 725 p., spéc. pp. 511 et s. ; D. RITLÉNG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA*, 1999, n° 9, pp. 645-657 ; D. SIMON, « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? », *Europe*, 2002, n° 4, chron. n° 4.

95. 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 Traité*, fasc. 331, 2015, § 142.

96. D. RITLÉNG, « Moyens de recours », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), op. cit., pp. 700-720, spéc. p. 714.

97. R. MEHDI, « Le contentieux administratif », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 143-175, spéc. p. 150. Adde, du même auteur : « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, pp. 165-181, spéc. p. 180.

98. Selon les mots empruntés à D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p., spéc. pp. 753-754 et, plus largement, pp. 754-759.

99. L'étendue du contrôle ne se discute pas : Trib. UE, 5 novembre 2014, *Commission c/ Thomé*, aff. T-669/13 P, non publié, pts 31-33.

telle limitation de l'étendue du contrôle n'empêche nullement l'exercice du contrôle et ne constitue aucune cause d'incompétence ou d'irrecevabilité. Dès lors, elle entre mal dans la notion de moyen d'ordre public⁽¹⁰⁰⁾. En revanche, le dépassement des limites ou de l'étendue autorisée du contrôle juridictionnel par le juge de première instance est susceptible de relever d'un moyen d'ordre public au stade du pourvoi⁽¹⁰¹⁾.

Les limites du contrôle juridictionnel vis-à-vis des institutions, organes et organismes de l'Union européenne sont ainsi assurées, pour l'essentiel, à travers des moyens d'ordre public. Leur qualification d'ordre public tend, selon le cas, à prévenir le dépassement, par le juge de l'Union, de ses compétences dans l'objectif de garantir les compétences desdits institutions, organes et organismes, ou bien à protéger les compétences mêmes dudit juge. Une dualité analogue est perceptible au stade de la répartition des compétences juridictionnelles au sein de l'ordre juridictionnel de l'Union européenne.

SOUS-SECTION 2. – LA GARANTIE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES AU SEIN DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE

Au sein de l'ordre juridictionnel de l'Union européenne, les compétences pour statuer en tant que juge de première instance sont, depuis la disparition du Tribunal de la fonction publique, réparties entre la Cour de justice et le Tribunal. Cette répartition s'accompagne d'une répartition des pouvoirs entre des juges intervenant dans un même litige, que ce soit successivement à titre de juge de première instance et de juge du pourvoi ou en parallèle en tant que juge du fond et juge de l'urgence⁽¹⁰²⁾. Tant la garantie de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union européenne (§ 1) que celle de la répartition des pouvoirs entre les juges intervenant dans un même litige (§ 2) sont génératrices de moyens d'ordre public.

100. En matière de fonction publique, le Tribunal a ainsi pu estimer que la limitation du contrôle juridictionnel n'était pas constitutive d'une fin de non-recevoir : TPI, 3 juin 1997, *H c/ Commission*, aff. T-196/95, *RecFP*, pp. I-A-133 et II-403, pt 43.

101. Il s'agit là d'une question ayant trait à la légalité de la décision rendue par le juge de première instance, voy. *infra*, note n° 136 du Chapitre suivant.

102. Cette dernière répartition, bien que souvent sanctionnée par la voie de l'irrecevabilité, s'inscrit également dans une logique de répartition des rôles des différents juges, justifiant son inclusion à ce stade de l'analyse.

§ 1. – La garantie de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union européenne

L'architecture juridictionnelle de l'Union européenne a fait l'objet d'évolutions. Les dernières réformes en date, marquées par la suppression du Tribunal de la fonction publique et la réintégration du contentieux de la fonction publique dans le champ des compétences du Tribunal, ont affecté tant la répartition, d'ordre public, des compétences juridictionnelles au sein de la juridiction de l'Union que, par voie de conséquence, la physionomie de certains moyens d'ordre public. Dorénavant, la garantie de la répartition des compétences juridictionnelles ne donnera plus lieu qu'à des moyens d'ordre public dans les rapports entre la Cour de justice et le Tribunal (A). Les moyens qui régissaient, auparavant, la répartition des compétences entre le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique portent désormais sur une distinction des contentieux général et spécifique de la fonction publique, qui relèvent tous deux de la compétence de première instance du Tribunal. Cette distinction est d'ordre public (B).

A. La garantie de la répartition des compétences en première instance entre la Cour de justice et le Tribunal

La délimitation des compétences respectives de la Cour de justice et du Tribunal ressort d'une lecture combinée de l'article 256 TFUE avec l'article 51 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne. Qualifiée, en 2004, de « délimitation précise des compétences respectives de la Cour et du Tribunal de sorte que la compétence de l'une de ces deux juridictions pour statuer sur un recours exclut nécessairement la compétence de l'autre »⁽¹⁰³⁾, cette délimitation s'est complexifiée, au point de paraître « obscure » car « reposant sur une pluralité de critères »⁽¹⁰⁴⁾. Exclusives, ces compétences sont également d'ordre public⁽¹⁰⁵⁾.

103. CJCE, ord., 27 mai 2004, *IAMA Consulting c/ Commission*, aff. C-517/03, non publiée, pt 15.

104. F. PICOD, « La Cour de justice et les perspectives ouvertes par la Constitution européenne », *RAE*, 2006, n° 2, pp. 233-243, spéc. pp. 242-243. Voy. également : A. BOUVERESSE, « Tribunal de l'Union européenne », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2013. Voy. sur l'évolution de la répartition des compétences entre la Cour de justice et le Tribunal, parmi une doctrine abondante : 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*, 2000, n°s 3-4, pp. 323-411, spéc. pp. 325-330 ; A. TIZZANO, « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, op. cit., pp. 499-516.

105. Les professeurs J. RIDEAU et F. PICOD (*Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p., spéc. p. 537), exposant le cas d'ouverture du pourvoi tiré de l'incompétence du Tribunal, ont précisé que les limites de la compétence du

Ainsi, dans le contentieux contractuel, la répartition des compétences entre la Cour de justice et le Tribunal a été qualifiée d'ordre public à une époque où elle était fondée sur la qualité, privilégiée ou non, de la partie requérante. En ce sens, la Cour retenait d'office sa propre compétence dans un cas où la clause compromissoire désignait à titre exclusif le Tribunal⁽¹⁰⁶⁾. Les parties au contrat ne peuvent, même par accord de volontés, déroger à la répartition, d'ordre public, des compétences entre les juridictions de l'Union européenne⁽¹⁰⁷⁾. Inversement, le Tribunal, fort de son pouvoir d'examiner d'office sa compétence en tant que « question d'ordre public », avait jugé, deux jours auparavant, que sa compétence pour statuer sur un recours introduit par la partie cocontractante de la Commission « impliqu[ait] nécessairement celle de connaître d'une demande reconventionnelle formulée par une institution dans le cadre de ce même recours »⁽¹⁰⁸⁾. Le contentieux contractuel relevant désormais intégralement du Tribunal, ces problématiques de délimitation ne devraient plus donner lieu à contentieux.

Dans les contentieux de l'annulation et de la responsabilité extra-contractuelle, le Tribunal a également tenu pour d'ordre public la répartition des compétences entre lui-même et la Cour de justice. D'une part, à propos d'une disposition d'un règlement au titre de laquelle la « Cour de justice » était compétente pour connaître des recours en annulation formés contre

Tribunal étaient d'ordre public et devaient être examinées d'office. Si cette considération ressort effectivement des ordonnances *Gluiber c/ Conseil et Commission* (CJCE, ord., 5 juillet 1999, aff. C-57/99 P, non publiée, pt 15 ; CJCE, ord., 16 décembre 1999, aff. C-259/99 P, non publiée, pt 15), qu'ils citent, il convient néanmoins d'ajouter qu'elle a été émise dans le contexte de moyens pris d'une violation du droit d'être entendu du fait que le Tribunal avait rejeté les recours par voie d'ordonnances motivées en vertu de l'article 111 RP/T (1991), devenu article 126 RP/T (2015).

106. CJCE, 17 mars 2005, *Commission c/ AMI Semiconductor Belgium e.a.*, aff. C-294/02, *Rec.*, p. I-2175, pts 43-53. Selon la Cour de justice, la désignation, dans cette clause, du Tribunal comme étant exclusivement compétent pour statuer sur les litiges nés du contrat ne faisait pas obstacle à sa propre compétence pour connaître d'un recours formé par la Commission, dès lors qu'en l'absence d'exigences formelles quant à la rédaction d'une clause compromissoire, la désignation d'une juridiction de l'institution Cour de justice de l'Union européenne marquait l'intention claire des parties au contrat de soustraire leurs éventuels différends à la compétence des juridictions nationales. Cette compétence pour statuer sur le recours principal entraînait celle, accessoire, pour statuer sur une demande reconventionnelle formée par l'une des défenderesses, et ce quand bien même un recours introduit par cette dernière aurait relevé de la compétence du Tribunal.

107. « Ainsi, dès lors qu'une clause compromissoire indique que les parties au contrat souhaitent soustraire leurs différends aux juridictions nationales et les soumettre aux juridictions communautaires, la Cour peut être considérée comme compétente, quand bien même c'est le Tribunal qui a expressément été désigné. Le fait, pour les parties, d'avoir cherché à déterminer la juridiction précise compétente pour connaître du contrat n'est qu'une erreur sans conséquence » : E. BERNARD, « Clause compromissoire. L'existence de clauses compromissoires au sein des contrats conclus par la Communauté européenne soulève à la fois des questions de compétence et de fond », *Europe*, 2005, n° 5, comm. 153.

108. TPI, 15 mars 2005, *GEF c/ Commission*, aff. T-29/02, *Rec.*, p. II-835, pts 72-73.

l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT)⁽¹⁰⁹⁾, le Tribunal a d'office consacré sa propre compétence. Il estimait que la disposition en cause se référerait à l'institution Cour de justice de l'Union européenne, tout en observant que, « [p]ar ailleurs, en vertu du traité, [il] est compétent pour connaître en première instance des demandes en annulation telles que celle formée dans le cadre du présent recours »⁽¹¹⁰⁾. D'autre part, dans le contexte d'un recours tendant à la fois à l'annulation d'une décision de la BEI de ne pas retenir l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire et à la réparation du préjudice subi, le Tribunal a examiné, au titre d'une « question d'ordre public », la délimitation de ses propres compétences par rapport à celles exercées par la Cour de justice au titre de l'article 237 TFUE⁽¹¹¹⁾.

La rareté de ces qualifications explicites d'ordre public tranche avec l'importance des règles en cause et avec l'impératif d'assurer l'étanchéité des compétences respectives de la Cour de justice et du Tribunal. Elle trouve, néanmoins, une explication dans les dispositions statutaires destinées « à organiser la coexistence de la Cour et du Tribunal »⁽¹¹²⁾ en assurant le respect de la répartition de ces compétences. Aussi l'article 54 du statut prévoit-il, en cas de saisine erronée de la juridiction incompétente, selon le cas, soit la simple transmission de la requête de greffe à greffe soit l'adoption d'une ordonnance de renvoi de l'affaire d'une juridiction à l'autre⁽¹¹³⁾. Ce dispositif permet un règlement souvent informel et rapide des conflits de compétence entre la Cour de justice et le Tribunal. Habilitant le juge saisi en dépit de son incompétence à renvoyer d'office⁽¹¹⁴⁾ l'affaire devant le juge compétent, ce juge n'a pas besoin de recourir à la notion d'ordre public⁽¹¹⁵⁾. Des

109. Art. 17 du règlement (CEE) n° 302/93 du Conseil, du 8 février 1993, portant création [de l'OEDT] (*JO*, 1993, L 36, p. 1).

110. Trib. UE, 9 septembre 2010, *Evropaïki Dynamiki c/ OEDT*, aff. T-63/06, non publié, pts 30-33.

111. Trib. UE, 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ BEI*, aff. T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, pt 36.

112. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 1464 p., spéc. p. 538.

113. Ce dispositif est complété par des règles de suspension et de dessaisissement lorsque des affaires ayant le même objet sont pendantes devant la Cour de justice et le Tribunal. Voy. sur ces questions : M. A. DAUSES, « Verfahrenskonkurrenzen bei gleichzeitiger Anhängigkeit verwandter Rechtssachen vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1999, n° 11, pp. 325-331 ; M. FARTUNOVA, « Le dialogue des juges : les interactions entre le TPICE et la Cour », in P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dir.), *op. cit.*, pp. 31-52 ; U. KLINKE, « Quelques réflexions à propos de la relation entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 239-253.

114. Voy. en ce sens : K. P. E. LASOK, *Lasok's European Court Practice and Procedure*, 3^e éd., Haywards Heath, Bloomsbury, 2017, 1780 p., spéc. pp. 156-157.

115. Si elle n'est pas nécessaire, la qualification d'ordre public des règles de compétence dans les ordonnances de renvoi d'une affaire à la juridiction compétente n'est pas pour autant défendue. Voy. pour un exemple très implicite : TPI, ord., 25 novembre 2003, *IAMA Consulting c/ Commission*, aff. T-85/01, *Rec.*, p. II-4973, pts 33, 61 et 62. La combinaison du rappel du

considérations très similaires gouvernaient les relations entre le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique et sont aujourd'hui reflétées dans une distinction des contentieux relevant du seul Tribunal.

B. La garantie de la distinction des contentieux relevant de la compétence du Tribunal

Le contentieux de la fonction publique a relevé, successivement, de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique. Avec la récente réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne, il a réintégré la sphère de compétence du Tribunal. Du fait de sa nature très particulière et des compétences spécifiques attribuées au juge de la fonction publique, il occupe une place quelque peu à part au sein de la juridiction généraliste qu'est le Tribunal.

Avant la création du Tribunal de la fonction publique, la distinction des contentieux, général et de la fonction publique, avait été promue au rang d'« une question d'ordre public » par le Tribunal⁽¹¹⁶⁾. Cette distinction est fondée sur la combinaison d'un critère personnel, tenant à la qualité du requérant⁽¹¹⁷⁾, et d'un critère matériel, tenant à l'origine du litige⁽¹¹⁸⁾. Les règles de procédure et de fond applicables varient d'un contentieux à l'autre. Le rattachement d'un litige à l'un ou l'autre contentieux constitue, dès lors, un

pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public appuyé sur l'arrêt *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil* (TPI, 17 juin 1998, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pt 80), duquel il ressort que la compétence est d'ordre public, et le renvoi de la demande reconventionnelle à la Cour de justice en raison de l'incompétence du Tribunal pour en connaître en raison de la répartition, à l'époque fondée sur la qualité du requérant, des compétences entre ces deux juridictions (pt 62), laissent à penser que le Tribunal tenait cette répartition pour d'ordre public. Aux fins de complétude, il convient d'ajouter que la Cour a, à son tour, renvoyé cette demande devant le Tribunal sur le fondement de l'adage « l'accessoire suit le principal » (CJCE, ord., 27 mai 2004, *IAMA Consulting c/ Commission*, aff. C-517/03, non publiée, pt 22). Le recours principal, formé par un requérant non privilégié, relevait en effet de la compétence du Tribunal.

116. TPI, 5 octobre 2004, *Sanders e.a. c/ Conseil*, aff. T-45/01, *Rec.*, p. II-3315, pt 42 ; TPI, 5 octobre 2004, *Eagle e.a. c/ Commission*, aff. T-144/02, *Rec.*, p. II-3381, pt 40. Voy. déjà implicitement en ce sens : CJCE, ord., 10 juin 1987, *Pomar c/ Commission*, aff. 317/85, *Rec.*, p. 2467, pts 6-7.

117. Voy. s'agissant des personnes habilitées à agir au titre des articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires : G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. pp. 363-367 ; A.-G. CHAMBERT, « Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE). Composition. Organisation. Compétences », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 320, 2012, §§ 27-30.

118. CJCE, 22 octobre 1975, *Meyer-Burckhardt c/ Commission*, aff. 9/75, *Rec.*, p. 1171, pt 7 ; Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pts 47-48. Voy. s'agissant de la définition de ce contentieux : S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contentieux de la fonction publique européenne », *CDE*, 1992, n^{os} 5-6, pp. 565-602, spéc. pp. 574-580.

préalable nécessaire à la détermination des règles de procédure et de fond applicables à la demande portée devant le juge. À l'époque, la qualification d'ordre public s'appuyait sur deux considérations complémentaires. D'une part, préalable nécessaire à la vérification des conditions de recevabilité d'ordre public, la détermination du contentieux bénéficiait par anticipation de la qualification d'ordre public de ces dernières. D'autre part, cette qualification permettait de garantir le respect et l'étanchéité des champs respectifs des différentes voies de droit et, ainsi, la systématique des contentieux.

Avec la création du Tribunal de la fonction publique, la distinction des contentieux s'est transformée en répartition des compétences entre juridictions. L'article 8 de l'annexe I du statut de la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹¹⁹⁾ comportait un dispositif de règlement des questions inhérentes à cette répartition. D'une question d'ordre public, l'on est passé à un moyen d'ordre public. Évoqué par le Tribunal de la fonction publique dans une ordonnance isolée⁽¹²⁰⁾, ce moyen d'ordre public fut consacré avec force par le Tribunal en 2014 dans un arrêt rendu sur pourvoi⁽¹²¹⁾, partiellement annulé par la Cour de justice à l'occasion d'un réexamen⁽¹²²⁾. Dans cet arrêt, par ailleurs fondé sur une conception exagérément souple du caractère d'ordre public de la répartition des compétences⁽¹²³⁾, le Tribunal a relevé d'office l'incompétence du Tribunal de la fonction publique. Portant concrètement sur un moyen de pourvoi, l'arrêt attribue une teinte d'ordre public à la répartition des compétences entre ces deux juridictions.

119. L'annexe a été abrogée par le règlement (UE, Euratom) 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents (*JO*, 2016, L 200, p. 137).

120. TFP, ord., 29 septembre 2009, *Labate c/ Commission*, aff. F-64/09, *RecFP*, pp. I-A-1-381 et II-A-1-2047, pt 20. Saisi par la veuve d'un ancien fonctionnaire d'un recours en carence explicitement fondé sur l'article 232 CE (devenu art. 265 TFUE), le Tribunal de la fonction publique se déclare incompétent et renvoie l'affaire devant le Tribunal. Il exclut toute requalification du recours en recours relevant du contentieux de la fonction publique, concluant que « même si le litige opposant la requérante à la Commission a pour origine la relation d'emploi entre cette institution et [le mari défunt de la requérante], et qu'il se meut, de ce fait, dans le champ d'application de l'article 236 CE [devenu art. 270 TFUE], le présent recours ne peut être analysé comme soulevant une contestation qui, en dépit des termes des conclusions de la partie requérante, devrait, *en raison d'une règle de compétence d'ordre public*, ressortir au Tribunal [de la fonction publique] » (nous soulignons).

121. Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*

122. CJUE, 10 septembre 2015, *Réexamen Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. C-417/14 RX-II, *Rec. num.*

123. Voy. à cet égard notre commentaire : « De la répartition des compétences entre le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique : entre ordre public et discrétion du juge », *RAE*, 2014, n° 3, pp. 613-621.

La qualification d'ordre public de l'incompétence du Tribunal de la fonction publique ainsi opérée est, depuis la réforme de la juridiction de l'Union européenne, tombée en désuétude. Du fait de la réintégration du contentieux de la fonction publique dans les compétences de juge généraliste de première instance du Tribunal, il faut s'attendre à ce que la jurisprudence antérieure, qui faisait de la distinction des contentieux une question d'ordre public, soit réanimée en cas de besoin. Les péripéties du contentieux de la fonction publique reflètent les rapports entre les questions de compétence juridictionnelle et la distinction des voies de droit au nom de leur systématique, toutes deux vecteurs de qualification d'ordre public. Cette répartition des compétences et des contentieux s'accompagne, en outre, d'une répartition des pouvoirs entre les juges intervenant au cours d'une même affaire. Celle-ci est également d'ordre public.

§ 2. – La garantie de la répartition des pouvoirs entre les juges de l'Union européenne

La compétence d'un juge peut être limitée par celle d'un autre juge intervenant à un stade différent dans une même affaire. Toute demande allant au-delà de cette compétence limitée est, en principe, déclarée irrecevable au nom de l'ordre public. Il en va ainsi des rapports entre le juge saisi d'une demande principale et le juge statuant, dans le même litige, sur une demande accessoire en référé. La limitation de la compétence de celui-ci vis-à-vis de la compétence de celui-là est d'ordre public (A). De manière analogue, dans les rapports entre le juge de première instance et le juge du pourvoi, la limitation de la compétence du second par le litige porté devant le premier semble être d'ordre public (B).

A. La limitation de la compétence du juge des référés

La procédure en référé⁽¹²⁴⁾ se greffe nécessairement sur une procédure principale. Formée par acte séparé et subordonnée à l'introduction d'un

124. Voy. s'agissant du référé en droit de l'Union européenne, notamment : É. BARBIER DE LA SERRE, « Les offices du juge des référés communautaire », in C. BAUDENBACHER *et al.* (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 237-267 ; G. BORCHARDT, « The award of interim measures by the European Court of Justice », *CML Rev.*, 1985, pp. 203-236 ; J.-L. DA CRUZ VILAÇA, « La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Giuffrè, 1998, vol. II, pp. 257-306 ; M. JAEGER, « Le référé devant le Tribunal de l'Union européenne : réflexions sur 20 années de jurisprudence », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 373-388 ; R. JOLIET, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rivista di Diritto europeo*, 1992, pp. 253-284 ; R. MEHDI, « Le juge communautaire et l'urgence », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence*

recours principal, une demande en référé tend à l'obtention, dès avant la décision mettant fin à l'instance, d'un sursis à l'exécution de l'acte attaqué en annulation ou d'autres mesures provisoires. Malgré les prérogatives potentiellement importantes conférées au juge des référés⁽¹²⁵⁾, la compétence accessoire de celui-ci est doublement limitée.

D'une part, la compétence du juge des référés est, eu égard aux articles 278 et 279 TFUE, limitée au domaine du provisoire, la compétence pour statuer à titre définitif revenant au juge saisi du litige principal. L'incompétence du juge des référés pour adopter des mesures définitives est d'ordre public⁽¹²⁶⁾. D'autre part, le juge des référés ne peut être saisi d'un litige dont l'objet est plus étendu que celui porté devant le juge principal. Reflétant la limitation de la compétence du premier par l'objet de la demande principale, le défaut de concordance est d'ordre public⁽¹²⁷⁾.

La dépendance du référé à l'égard du recours principal permet également d'expliquer le caractère d'ordre public de l'irrecevabilité manifeste du recours principal⁽¹²⁸⁾, qui est exceptionnellement constatée par le juge de

et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés, Paris, Pedone, 2003, pp. 57-103, spéc. pp. 58-90 ; B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, n° 4, pp. 561-621 ; F. PICOD, « Référé devant la Cour de justice de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 390, 2014 ; J. RIDEAU et F. PICOD, « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *JTDE*, 1995, n° 20, pp. 121-129.

125. Voy. en particulier, s'agissant d'une demande de mesures provisoires au titre de l'article 279 TFUE : CJUE, ord., 20 novembre 2017, *Commission c/ Pologne*, aff. C-441/17 R, *Rec. num.*, pts 94-108.

126. Voy. en ce sens : Trib. UE, ord. prés., 8 septembre 2010, *Noko Ngele c/ Commission*, aff. T-15/10 R II, non publiée, pts 7-8 ; Trib. UE, ord. prés., 16 juin 2015, *Alcogroup et Alcodis c/ Commission*, aff. T-274/15 R, non publiée, pts 14 et 20.

127. Voy. en ce sens s'agissant de la concordance de l'objet des procédures principale et en référé : TPI, ord. prés., 7 mai 2002, *Aden e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-306/01 R, *Rec.*, p. II-2387, pts 43-47 ; TPI, ord. prés., 18 février 2008, *Jurado Hermanos c/ OHMI*, aff. T-410/07 R, non publiée, pts 25-27 ; TPI, ord. prés., 8 juin 2009, *Dover c/ Parlement*, aff. T-149/09 R, non publiée, pts 14 et 17 ; Trib. UE, ord. prés., 8 septembre 2010, *Noko Ngele c/ Commission*, aff. T-15/10 R II, non publiée, pts 7 et 9 ; Trib. UE, ord. prés., 2 décembre 2011, *Carbuni6n c/ Conseil*, aff. T-176/11 R, non publiée, pts 17 et 22. Voy. s'agissant de la concordance des moyens soulevés dans les procédures : Trib. UE, ord. prés., 4 décembre 2014, *Vanbreda Risk & Benefits c/ Commission*, aff. T-199/14, non publiée, pt 47.

128. Voy. en ce sens : TPI, ord. prés., 18 juin 2008, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. T-475/07 R, non publiée, pt 30 ; TFP, ord. prés., 16 novembre 2011, *Possanzini c/ Frontex*, aff. F-61/11 R, non publiée, pt 18. *Addé*, en faveur du relevé d'office : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Interim measures in Community Courts : recent trends », *CML Rev.*, 2007, pp. 273-353, spéc. p. 283 ; É. DAVID, « Référé », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2013, § 21 ; B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, spéc. p. 589. *Contra* : B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. pp. 110-112. Selon B. SACHS, la jurisprudence ne permet pas d'affirmer que l'irrecevabilité manifeste du recours principal doit être constatée d'office.

l'urgence⁽¹²⁹⁾ pour éviter « d'instituer des mesures qui apparaîtraient, par la suite, comme dénuées de tout fondement »⁽¹³⁰⁾.

Ces moyens ont trait, selon la jurisprudence, à l'irrecevabilité d'ordre public d'une demande en référé. En substance, ils reflètent, toutefois, la répartition des attributions revenant, respectivement, au juge du provisoire et au juge du fond et la subordination de l'accessoire au principal. Des considérations similaires régissent les rapports qu'entretiennent les juges de première instance et de pourvoi.

B. La limitation de la compétence du juge du pourvoi

Les rapports du juge du pourvoi et du juge de première instance sont définis par un ensemble de règles prétorienne oscillant entre la définition de leurs compétences respectives et la détermination des conditions de recevabilité des pourvois, des conclusions et des moyens soulevés à leur appui. De cette jurisprudence se dégage une véritable limitation de la compétence du juge du pourvoi⁽¹³¹⁾.

Cette compétence est limitée, d'abord, aux questions de droit⁽¹³²⁾, le juge de première instance étant seul compétent pour établir et apprécier les faits ainsi que les éléments de preuve, sous réserve de leur dénaturation⁽¹³³⁾.

129. Voy. p. ex. : CJCE, ord. prés., 24 mars 2009, *Cheminova e.a. c/ Commission*, aff. C-60/08 P(R), non publiée, pt 31 ; CJUE, ord. prés., 15 décembre 2009, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. C-391/08 P(R), non publiée, pt 39 ; TPI, ord. prés., 19 décembre 2001, *Government of Gibraltar c/ Commission*, aff. jtes T-195/01 R et T-207/01 R, *Rec.*, p. II-3915, pt 56 ; TPI, ord. prés., 27 mars 2003, *Linea GIG c/ Commission*, aff. T-398/02 R, *Rec.*, p. II-1139, pt 45 ; Trib. UE, ord. prés., 2 juin 2015, *Buga c/ Parlement e.a.*, aff. T-241/15 R, non publiée, pt 8. Voy., plus largement s'agissant de l'appréciation exceptionnelle de la recevabilité *prima facie* du recours principal par le juge de l'urgence et des fluctuations jurisprudentielles à cet égard : M. JAEGER, « Le référé... », *op. cit.*, spéc. pp. 376-377 ; B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, spéc. pp. 588-595 ; E. VAN GINDERACHTER, « Référé », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *op. cit.*, pp. 911-920, spéc. pp. 917-918.

130. B. PASTOR et E. VAN GINDERACHTER, *op. cit.*, spéc. p. 589.

131. À propos du pourvoi, voy. notamment : L. CADIET et S. GUINCHARD, « Le double degré de juridiction », *Justices*, 1996, n° 4, pp. 1-8 ; R. MEHDI, « L'aspect européen », *Justices*, 1996, n° 4, pp. 51-71 ; J. RIDEAU et F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *RMCUE*, 1995, n° 392, pp. 584-601 ; S. SONELLI, « Appeal on points of law in the Community system – a review », *CML Rev.*, 1998, pp. 871-900 ; M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance », in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 605-633 ; C. NAÔMÉ, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 264 p. ; E. NEFRAMI, « Le Tribunal, juge de deuxième instance », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 419-431.

132. Art. 58 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

133. Voy. notamment : CJCE, ord., 20 mars 1991, *Turner c/ Commission*, aff. C-115/90 P, *Rec.*, p. I-1423, pt 13 ; CJCE, 1^{er} octobre 1991, *Vidrányi c/ Commission*, aff. C-283/90 P, *Rec.*, p. I-4339, pts 11-13 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Corus UK c/ Commission*, aff. C-199/99 P, *Rec.*, p. I-11177, pt 64 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Eurofer c/ Commission*, aff. C-179/99 P, *Rec.*,

Elle est limitée, ensuite, à l'égard de l'objet du litige porté devant le juge de première instance, le juge du pourvoi ne pouvant en principe connaître ni de conclusions ni de moyens nouveaux non portés devant le premier, à l'exception des moyens propres au pourvoi⁽¹³⁴⁾. Elle est limitée, enfin, en ce que le juge du pourvoi ne saurait ni procéder au réexamen pur et simple du recours porté devant le juge de première instance⁽¹³⁵⁾ ni, s'agissant d'un pourvoi contre une décision rendue par le Tribunal dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal⁽¹³⁶⁾.

La qualification d'ordre public des moyens pris de la méconnaissance de ces règles s'impose pour au moins trois raisons. Premièrement, en ce qu'elles limitent l'office du juge du pourvoi et l'étendue de son contrôle, ces règles s'inscrivent dans une logique de répartition des rôles respectifs des juges de première instance et du pourvoi. Le refus, par le juge du pourvoi, d'examiner les questions susvisées prend un relief protecteur de la compétence du juge de première instance⁽¹³⁷⁾. Il reflète la raison d'être de

p. I-10725, pt 46 ; CJUE, 13 juin 2013, *Ryanair c/ Commission*, aff. C-287/12 P, non publié, pt 78 ; TPI, 13 octobre 2008, *Neophytou c/ Commission*, aff. T-43/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-53 et II-B-1-373, pt 44. En revanche, la qualification juridique des faits et l'application du droit aux faits constituent des questions de droit. Voy. à propos de la difficile distinction du droit et du fait en droit du contentieux de l'Union européenne : F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, 1007 p., spéc. pp. 541-583.

134. CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c/ Brazzelli Lualdi e.a.*, aff. C-136/92 P, *Rec.*, p. I-1981, pt 59 ; CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec.*, p. I-2369, pt 60 ; CJUE, 11 juillet 2013, *Ziegler c/ Commission*, aff. C-439/11 P, *Rec. num.*, pt 127 ; Trib. UE, 15 mai 2012, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-184/11 P, non publié, pt 66. Cette jurisprudence a été critiquée dans la mesure où les règles de procédure ne prévoient pas d'interdiction des moyens nouveaux au stade du pourvoi : J. RIDEAU et F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *op. cit.*, spéc. p. 587.

135. CJCE, ord., 26 avril 1993, *Kupka-Floridi c/ CES*, aff. C-244/92 P, *Rec.*, p. I-2041, pt 10. Cette limitation est liée à l'exigence de recevabilité, selon laquelle le pourvoi doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques à son appui : CJCE, ord., 12 décembre 1996, *Progoulis c/ Commission*, aff. C-49/96 P, *Rec.*, p. I-6803, pt 25 ; CJCE, 16 mai 2002, *ARAP e.a. c/ Commission*, aff. C-321/99 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 48 ; CJUE, 10 avril 2014, *Acino c/ Commission*, aff. C-269/13 P, *Rec. num.*, pts 35-36 ; TPI, 19 septembre 2008, *Chassagne c/ Commission*, aff. T-253/06 P, *RecFP*, pp. I-B-1-43 et II-B-1-295, pt 54.

136. CJCE, 15 décembre 1994, *Finsider c/ Commission*, aff. C-320/92 P, *Rec.*, p. I-5697, pt 46.

137. Par sa jurisprudence relative aux moyens pouvant être invoqués au stade du pourvoi, « [l]e Tribunal préserv[ait] la place du juge de première instance » et « affirm[ait] sa place en tant que juge de cassation dans l'ordre juridique de l'Union, dans la continuité de la jurisprudence et soucieux de concilier le principe de la protection juridictionnelle effective avec le respect des compétences du Tribunal de la fonction publique » : E. NEFRAMI, « Le Tribunal, juge de deuxième instance », *op. cit.*, spéc. p. 424.

la création du Tribunal, qui tenait à l'instauration d'un double niveau de contrôle et à l'approfondissement des analyses factuelles réalisées par le juge de première instance.

Inversement, ces règles s'inscrivent, deuxièmement, dans une logique de protection et de facilitation de la mission du juge du pourvoi, en définissant par la négative les instruments à l'aide desquels il exerce son contrôle. Limitant celui-ci aux questions de droit et à l'appréciation de la solution légale donnée au litige par le juge du fond, ces règles permettent au juge du pourvoi de se concentrer sur les points de droit qu'il est appelé à trancher. Elles s'inscrivent ainsi dans un objectif d'économie de procédure.

Troisièmement, bien qu'il s'appuie sur des considérations tirées de la préservation de la compétence du juge de première instance, le juge du pourvoi a pris l'habitude de sanctionner la méconnaissance de ces règles par l'irrecevabilité, selon le cas, du pourvoi, d'un chef de conclusions, d'un moyen ou d'une branche. Du point de vue du justiciable, ces règles se traduisent de ce fait par une restriction de son droit de contestation et une limitation des moyens invocables. Or, les conditions de recevabilité sont incontestablement d'ordre public⁽¹³⁸⁾.

La qualification d'ordre public de l'ensemble de ces règles se justifie également au regard de l'aspiration générale des règles de compétence juridictionnelle à l'ordre public. Elle vient ainsi conforter le caractère d'ordre public des règles régissant l'attribution et la répartition des compétences juridictionnelles *au sein de* l'ordre juridictionnel de l'Union européenne, laquelle prolonge à son tour la qualification analogue des règles attributives de compétences à cet ordre.

La qualification d'ordre public de l'ensemble de ces règles de compétence juridictionnelle est entière. Le principe d'attribution est assuré en ses deux volets négatif et positif. La garantie de la répartition des compétences juridictionnelles se prolonge souvent dans la sauvegarde de l'étanchéité des voies de droit au nom de leur systématique et, parfois, dans celle de la protection juridictionnelle effective. Elle tend à garantir la sécurité juridique et à placer les justiciables sur un pied d'égalité face à la justice, tout en leur assurant un accès au juge compétent. Or, même compétemment saisi, celui-ci ne peut statuer que si les conditions d'activation de sa compétence sont réunies. Celles-ci sont reflétées dans les conditions de recevabilité, qui sont à leur tour qualifiées d'ordre public par principe.

138. Voy. également en ce sens : J. RIDEAU et F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *op. cit.*, spéc. p. 592.

SECTION 2. – LA GARANTIE DES EXIGENCES PROCÉDURALES

Le juge de l'Union européenne ne peut statuer au fond que si la demande portée devant lui est recevable, autrement dit que si elle « a été régulièrement introduite compte tenu des conditions générales relatives à l'existence et à l'exercice des actions en justice ainsi que des conditions particulières propres à chaque type de recours »⁽¹³⁹⁾. Ces conditions, hétérogènes et multiples, font l'objet d'une jurisprudence abondante, mais peu ordonnée. Le juge de l'Union tend à consacrer un principe de qualification d'ordre public de l'ensemble desdites conditions. En ce sens, il énonce des formules génériques qualifiant d'ordre public tantôt toute condition de recevabilité d'une voie de droit particulière⁽¹⁴⁰⁾ tantôt toute condition de recevabilité tout court⁽¹⁴¹⁾. Pour autant, sa jurisprudence renferme des réalités variées dont l'appréhension s'avère d'autant plus ardue que cette jurisprudence manque de rigueur⁽¹⁴²⁾ et que le juge n'identifie qu'exceptionnellement les raisons de la qualification d'ordre public.

139. F. PICOD, « Recevabilité », *op. cit.*, spéc. p. 886.

140. De telles formules sont employées *inter alia* dans le contexte du recours en manquement (voy. p. ex. : CJCE, 31 mars 1992, *Commission c/ Italie*, aff. C-362/90, *Rec.*, p. I-2353, pt 8 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Commission c/ Pologne*, aff. C-281/11, *Rec. num.*, pt 121), du pourvoi (voy. p. ex. : CJCE, 28 février 2008, *Neirinck c/ Commission*, aff. C-17/07 P, non publié, pt 38), du recours en annulation (voy. p. ex. : TPI, ord., 15 septembre 1998, *Michailidis e.a. c/ Commission*, aff. T-100/94, *Rec.*, p. II-3115, pt 49 ; TPI, ord., 13 juillet 2004, *Comunidad Autónoma de Andalucía c/ Commission*, aff. T-29/03, *Rec.*, p. II-2923, pt 22), dans le contentieux de la fonction publique (voy. p. ex. : TPI, ord., 24 mars 1998, *Meyer e.a. c/ Cour de justice*, aff. T-181/97, *RecFP*, pp. I-A-151 et II-481, pt 10 ; TFP, 1^{er} février 2007, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. F-42/05, *RecFP*, pp. I-A-1-39 et II-A-1-211, pt 62) ou encore dans le contentieux de l'urgence (voy. p. ex. : Trib. UE, ord. prés., 2 décembre 2011, *Carbunió c/ Conseil*, aff. T-176/11 R, non publiée, pt 17 ; Trib. UE, ord. prés., 27 novembre 2013, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13 R, non publiée, pt 13).

141. Rares dans la jurisprudence de la Cour de justice (voy. toutefois : CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-3713, pt 40), les formules génériques foisonnent, avec des formulations variables, dans la jurisprudence du Tribunal (voy. p. ex. : TPI, 19 mai 1994, *Consorzio gruppo di azione locale « Murgia Messapica » c/ Commission*, aff. T-465/93, *Rec.*, p. II-361, pt 24 ; TPI, 11 juillet 1997, *Bernardi c/ Parlement*, aff. T-146/95, *Rec.*, p. II-769, pt 22 ; TPI, 11 juillet 2007, *Alrosa c/ Commission*, aff. T-170/06, *Rec.*, p. II-2601, pt 37 ; Trib. UE, ord., 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV c/ Commission*, aff. T-58/10, non publiée, pt 18 ; Trib. UE, ord., 10 mars 2014, *Spirlea c/ Commission*, aff. T-518/12, non publiée, pt 15) et, dans le passé, dans celle du Tribunal de la fonction publique (voy. p. ex. : TFP, 20 janvier 2011, *Strack c/ Commission*, aff. F-121/07, non publié, pt 40).

142. Comme dans d'autres domaines, « le renvoi aux précédents paraît encore largement anarchique et dépourvu de cohérence » (L. COUTRON, « Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen. Rapport introductif », in L. COUTRON [dir.], *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1-25, spéc. p. 10). La citation jurisprudentielle n'est pas univoque. Ainsi, le juge s'appuie, selon le cas, sur une formule générique pour rappeler une formule spécifique à une voie de droit (comp. TPI, ord., 3 octobre 1997, *Banda c/ Commission*, aff. T-184/96, *RecFP*, p. II-819, pt 26, et la jurisprudence citée), ou *vice versa* (comp. TPI, 14 décembre 2005, *Honeywell*

L'étendue importante de la notion de fin de non-recevoir d'ordre public tranche avec la réserve dont le juge de l'Union européenne fait preuve dans d'autres domaines dans lesquels il répugne à consacrer des moyens d'ordre public. Le fondement de cette qualification d'ordre public de principe doit être recherché, à nos yeux, dans les exigences du contrôle juridictionnel et dans les considérations élémentaires liées à la protection juridictionnelle, à l'accès au juge, à l'égalité des justiciables devant la justice, à la bonne administration de la justice ainsi qu'à la sécurité juridique. Cette qualification illustre la conscience que le juge a de son office et de ses limites, mais aussi, sans doute, sa volonté de réguler efficacement le flux des affaires portées devant lui et d'assurer ainsi le bon fonctionnement de la justice. Ce fondement principal, puisé dans la garantie de l'office du juge, de la sécurité juridique et de l'égalité des justiciables (Sous-section 1) s'accompagne, à titre subsidiaire, de la prise en compte des droits procéduraux subjectifs des parties au litige (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LA GARANTIE DE L'OFFICE DU JUGE, DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DE L'ÉGALITÉ DES JUSTICIAIBLES, FONCTION PRINCIPALE

En l'absence de pouvoir d'auto-saisine du juge⁽¹⁴³⁾, la réunion des conditions de recevabilité constitue un préalable nécessaire à l'exercice, par celui-ci, de sa compétence. Elles conditionnent l'activation de cette compétence pour le traitement d'une affaire. En cela, elles matérialisent les limites du contrôle juridictionnel et de l'office du juge⁽¹⁴⁴⁾. Corrélativement, ces conditions sont de nature à limiter, légalement et légitimement, l'accès au juge. Leur respect est d'autant plus impérieux qu'il est nécessaire d'assurer l'égalité des justiciables devant la justice et dans l'accès au juge, ainsi que la

c/ Commission, aff. T-209/01, *Rec.*, p. II-5527, pt 53, et la jurisprudence citée). En outre, en rappelant que les conditions de recevabilité d'un recours en annulation sont d'ordre public, le juge rejette comme irrecevables des conclusions indemnitaires (voy. p. ex. : TPI, ord., 6 juillet 2001, *Tsarnavas c/ Commission*, aff. T-161/00, *RecFP*, pp. I-A-155 et II-721, pts 23 et 37-40). Ces fluctuations et citations croisées illustrent, outre un manque regrettable de constance et de rigueur, l'absence de toute signification du choix par le juge d'une formule plutôt que d'une autre.

143. Seule la procédure de réexamen des décisions rendues par le Tribunal en sa qualité, passée, de juge du pourvoi était déclenchée d'office par la Cour de justice, sur proposition du premier avocat général.

144. Lorsque le juge de première instance méconnaît les conditions de recevabilité, il commet non seulement une erreur de droit (voy. p. ex. : CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonpunt e.a. c/ Commission*, aff. C-132/12 P, *Rec. num.*, pts 44-47 ; CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonline e.a. c/ Commission*, aff. C-133/12 P, *Rec. num.*, pts 31-34), mais peut encore se voir opposer le reproche d'avoir excédé les limites du contrôle juridictionnel, voire de s'être substitué à l'administration (Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec. num.*, pt 142).

sécurité juridique à travers la prévisibilité des conditions de cet accès⁽¹⁴⁵⁾. Enfin, le règlement liminaire et d'office des questions de recevabilité permet de gérer le flux des affaires portées devant le juge en assurant l'affectation des ressources de la justice aux seules affaires recevables, qui doivent être tranchées au fond⁽¹⁴⁶⁾.

Ces considérations se vérifient partiellement dans la jurisprudence. Elles sont exceptionnellement explicites, le juge y rattachant la qualification d'ordre public de certaines irrecevabilités (§ 1). Elles sont sous-jacentes à l'ensemble des autres fins de non-recevoir d'ordre public (§ 2).

§ 1. – Des considérations exceptionnellement explicites de la qualification d'ordre public de certaines conditions de recevabilité

La qualification d'ordre public de certaines conditions de recevabilité est justifiée par des considérations objectives explicites. Aussi la garantie de la sécurité juridique et de l'accès égal des justiciables au juge fonde-t-elle la qualification d'ordre public de nombreux délais de recours et de procédure ainsi que de l'exception de chose jugée (A). La bonne administration de la justice forme, quant à elle, l'assise à la qualification analogue des conditions de recevabilité tenant à l'identification et à l'exposé de l'objet du litige et des moyens (B).

A. *La garantie de la sécurité juridique et de l'accès égal au juge*

La sécurité juridique et l'accès égal au juge de l'Union européenne forment l'assise de la qualification d'ordre public de deux catégories de fins de non-recevoir d'ordre public importantes. La qualification d'ordre public des délais s'appuie explicitement sur la sauvegarde de la sécurité juridique et la garantie d'un accès égal au juge (1). Celle de l'exception de chose jugée tend principalement à la garantie de la sécurité juridique (2).

145. Voy. en ce sens à propos des délais de recours : CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 101. Voy. également, dans la doctrine, pour un rattachement des conditions de recevabilité à l'exigence de sécurité juridique : R. MEHDI, « Pédagogie et sécurité juridique », in L. COUTRON (dir.), *op. cit.*, spéc. pp. 81-82.

146. Les fins de non-recevoir tendent à éviter que soient engagés des débats au fond « coûteux et inutiles » : S. JAHEL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in J.-M. COULON (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 723-730, spéc. p. 725.

1) Les délais d'ordre public : la garantie de la sécurité juridique et de l'accès égal au juge

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, les délais de recours sont, pour l'essentiel, impératifs. Rattachés à la sécurité juridique et à l'égalité d'accès des justiciables à la justice, les délais introductifs d'instance (a) sous peine de forclusion sont d'ordre public. Cette qualification, parfois étendue aux « délais de procédure », soulève la question du statut contentieux des délais relatifs au déroulement de l'instance (b).

a) Les délais introductifs d'instance

Devant les juridictions de l'Union européenne, l'introduction des recours directs est subordonnée au respect de délais de recours qui sont, selon le cas, de forclusion ou de prescription. En particulier en matière d'annulation, en l'absence de recours, l'acte devient définitif. Son caractère définitif s'oppose non seulement à une contestation directe par voie de recours, mais encore à toute contestation ultérieure. Consacré de longue date, le caractère d'ordre public (i) des délais de forclusion paraît se prolonger dans les exceptions tirées de leur contournement (ii).

i. La consécration du caractère d'ordre public

La jurisprudence distingue les délais de forclusion et de prescription. Le caractère d'ordre public des premiers (α) tranche avec le caractère ordinaire des seconds (β).

α. Les délais de forclusion, délais d'ordre public

Le recours en indemnité mis à part, les recours portés devant les juridictions de l'Union européenne sont soumis à des délais de forclusion. Leur qualification d'ordre public trouve son assise dans un impératif de sécurité juridique, « raison d'être du respect des délais »⁽¹⁴⁷⁾, mais aussi d'accès égal, non discriminatoire, des justiciables au juge. Les délais de recours sous peine de forclusion sont, en effet, destinés à assurer la clarté et la sécurité des situations juridiques⁽¹⁴⁸⁾, ainsi qu'à éviter toute discrimination ou tout traitement arbitraire dans l'administration de la justice⁽¹⁴⁹⁾.

147. TPI, 7 mars 1996, *Williams c/ Cour des comptes*, aff. T-146/94, *RecFP*, pp. I-A-103 et II-329, pt 48.

148. Voy. notamment : CJCE, 7 juillet 1971, *Müllers c/ CES*, aff. 79/70, *Rec.*, p. 689, pt 18 ; CJCE, 12 juillet 1984, *Moussis c/ Commission*, aff. 227/83, *Rec.*, p. 3133, pt 12 ; CJCE, 7 mai 1986, *Barcella c/ Commission*, aff. 191/84, *Rec.*, p. 1541, pt 12 ; CJCE, 13 novembre 1986, *Becker c/ Commission*, aff. 232/85, *Rec.*, p. 3401, pt 8.

149. CJCE, 4 février 1987, *Cladakis c/ Commission*, aff. 276/85, *Rec.*, p. 495, pt 11 ; TPI, ord., 13 février 1998, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-275/97, *Rec.*, p. II-253, pt 9 ; TPI, ord., 29 septembre 1999, *Evans e.a. et South Wales Small Mines c/ Commission*, aff. jtes T-148/98 et T-162/98, *Rec.*, p. 2837, pt 29.

L'importance de ces considérations explique l'extension du caractère d'ordre public à l'ensemble des délais de recours sous peine de forclusion. Sont ainsi d'ordre public les délais du recours en annulation⁽¹⁵⁰⁾, du recours en carence⁽¹⁵¹⁾, du recours des fonctionnaires⁽¹⁵²⁾, ainsi que du pourvoi⁽¹⁵³⁾. Devraient l'être aussi les délais des voies de rétractation⁽¹⁵⁴⁾. Cette qualification d'ordre public semblait également recouvrir le « délai raisonnable » dans lequel les litiges opposant la BEI à ses agents devaient

150. CJCE, 23 janvier 1997, *Coen*, aff. C-246/95, *Rec.*, p. I-403, pt 21 ; CJCE, ord., 7 décembre 2004, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-521/03 P, non publiée, pt 24 ; CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo e.a. c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 53 ; TPI, 18 septembre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. jtes T-121/96 et T-151/96, *Rec.*, p. II-1355, pts 38-39 ; TPI, 14 juillet 1998, *Hauer c/ Conseil et Commission*, aff. T-119/95, *Rec.*, p. II-2713, pt 22 ; TPI, ord., 25 juin 2003, *AIT c/ Commission*, aff. T-287/02, *Rec.*, p. II-2179, pt 21 ; TPI, 20 novembre 2008, *Italie c/ Commission*, aff. T-185/05, *Rec.*, p. II-3207, pt 69 ; Trib. UE, ord., 1^{er} avril 2011, *Doherty c/ Commission*, aff. T-468/10, *Rec.*, p. II-1497, pt 12 ; Trib. UE, 18 juin 2013, *Fluorsid et Minmet c/ Commission*, aff. T-404/08, *Rec. num.*, pt 51.

151. CJCE, ord., 13 décembre 2000, *Sodima c/ Commission*, aff. C-44/00 P, *Rec.*, p. I-11231, pt 51 ; TPI, 13 décembre 1999, *Sodima c/ Commission*, aff. jtes T-190/95 et T-45/96, *Rec.*, p. II-3617, pt 25 ; TPI, ord., 14 décembre 2006, *Smanor e.a. c/ Commission*, aff. T-150/06, non publiée, pt 14 ; TPI, ord., 23 juillet 2008, *Química Atlántica et Martins de Freitas Moura c/ Commission*, aff. T-165/08, non publiée, pt 10 ; Trib. UE, ord., 30 juin 2011, *Tecnoproces c/ Commission et Délégation de l'Union au Maroc*, aff. T-264/09, non publiée, pt 92. Voy. déjà, malgré quelques incertitudes : CJCE, ord., 14 janvier 1992, *ISAE et INTERDATA c/ Commission*, aff. C-130/91, *Rec.*, p. I-69, pts 9 et 12. La Cour qualifie d'ordre public le « non-respect des formalités essentielles prévues à l'article 175, deuxième alinéa, du traité » (art. 265, al. 2, TFUE). Il n'est pas sûr qu'elle vise ainsi le respect du délai de recours ou l'existence d'une invitation à agir régulière.

152. Voy. s'agissant des recours en annulation : CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 479 ; CJCE, 7 juillet 1971, *Müllers c/ CES*, aff. 79/70, *Rec.*, p. 689, pts 6 et 18 ; CJCE, 8 mai 1973, *Gunnella c/ Commission*, aff. 33/72, *Rec.*, p. 475, pt 4 ; CJCE, 5 juin 1980, *Belfiore c/ Commission*, aff. 108/79, *Rec.*, p. 1769, pt 3 ; TPI, 14 juillet 1998, *Lebedef c/ Commission*, aff. T-42/97, *RecFP*, pp. I-A-371 et II-1071, pt 24 ; TFP, 19 octobre 2006, *Combescot c/ Commission*, aff. F-114/05, *RecFP*, pp. I-A-1-115 et II-A-1-435, pt 39. Il en va de même d'un recours en indemnité : CJCE, 22 octobre 1975, *Meyer-Burckhardt c/ Commission*, aff. 9/75, *Rec.*, p. 1171, pt 11.

153. CJCE, ord., 14 février 2002, *Commission c/ Artegodan*, aff. C-440/01 P(R), *Rec.*, p. I-1489, pt 65 ; TPI, ord., 12 juin 2007, *Commission c/ André*, aff. T-69/07 P, non publiée, pt 11 ; TPI, ord., 27 avril 2009, *R c/ Commission*, aff. T-272/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-25 et II-B-1-145, pt 19 ; Trib. UE, 12 mai 2010, *Commission c/ Meierhofer*, aff. T-560/08 P, *Rec.*, p. II-1739, pt 37 ; Trib. UE, ord., 12 décembre 2011, *AO c/Commission*, aff. T-365/11 P, non publiée, pt 24 ; Trib. UE, ord., 29 mars 2012, *Soerensen Ferraresi c/ Commission*, aff. T-2/12 P, non publiée, pt 6.

154. Ainsi pour les délais entourant le dépôt de demandes de rectification (art. 154, § 1, RP/C [2012] ; art. 164, § 2, RP/T [2015]), en cas d'omission de statuer (art. 155, § 1, RP/C [2012] ; art. 165, § 2, RP/T [2015]), d'opposition (art. 156, § 2, RP/C [2012] ; art. 166, § 2, RP/T [2015]), de tierce opposition (art. 157, § 3, RP/C [2012] ; art. 167, § 2, RP/T [2015]), d'interprétation d'arrêts (art. 158, § 2, RP/C [2012] ; art. 168, § 2, RP/T [2015]), ou de révision (art. 159, § 2, RP/C [2012] ; art. 169, § 2, RP/T [2015]).

être portés devant le juge⁽¹⁵⁵⁾. La qualification d'ordre public des délais emporte des conséquences importantes. Leur vérification d'office implique non seulement l'exercice du calcul, de la computation d'un délai, mais encore, si nécessaire, une détermination préalable de son point de départ⁽¹⁵⁶⁾ ou la vérification du respect des règles régissant les modalités du dépôt des requêtes au greffe⁽¹⁵⁷⁾.

Cette qualification d'ordre public dépasse la sphère strictement contentieuse. Sont, en effet, également d'ordre public certains délais des procédures préalables à la saisine du juge. Il en va ainsi, par exception⁽¹⁵⁸⁾, de certains délais applicables aux recours portés devant les chambres de recours en matière de propriété intellectuelle⁽¹⁵⁹⁾. Plus fondamentalement,

155. L'article 41 du règlement du personnel de la BEI, adopté le 20 avril 1960, n'énonçait aucun délai pour la saisine du juge. Selon la jurisprudence, le recours d'un agent devait être introduit dans un délai raisonnable, apprécié au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce (CJUE, 28 février 2013, *Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Rec. num.*, pts 25-46). Le juge vérifiait, « y compris d'office, [...] si [un tel] recours a été introduit dans un délai déraisonnable » (prise de position MENGOZZI sous l'arrêt *Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, précité, pt 67). Depuis le 1^{er} juillet 2013, toutefois, l'article 41 impose le respect d'un délai de trois mois pour l'introduction du recours.

156. Dans le contexte de l'accès aux documents sur le fondement du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (*JO*, 2001, L 145, p. 43), le juge détermine d'office la date à laquelle une décision implicite de rejet d'une demande confirmative d'accès a été juridiquement formée : Trib. UE, ord., 13 novembre 2012, *ClientEarth e.a. c/ Commission*, aff. T-278/11, *Rec. num.*, pts 29 et s. Dans le contentieux de la fonction publique, peut être déterminée d'office la date à laquelle l'Autorité investie du pouvoir de nomination (AIPN) a répondu à la réclamation d'un fonctionnaire : TPI, ord., 25 février 1991, *Torre c/ Commission*, aff. T-67/91, *Rec.*, p. II-261, pts 33-36.

157. Trib. UE, ord., 12 décembre 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-438/13 P, non publiée, pts 5-9 ; Trib. UE, ord., 10 avril 2014, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-57/14 P, non publiée, pts 5-9 ; TFP, ord., 11 mars 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-17/12, non publiée, pt 21 ; TFP, ord., 7 novembre 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-19/12, non publiée, pt 18. Le juge examine d'office si, en cas de dépôt, dans le délai imparti, de l'acte introductif d'instance par voie de télécopie ou courrier électronique, l'original signé de cet acte est régulièrement déposé dans un délai de dix jours suivant la réception de la télécopie. Il vérifie d'office l'identité entre l'acte déposé par télécopie et l'original signé. En cas de divergence, la date de dépôt de la télécopie ne peut être prise en compte pour vérifier le respect du délai d'ordre public.

158. En principe, les conditions de recevabilité des recours devant les chambres de recours de l'OHMI [EUIPO] ne sont pas d'ordre public : CJUE, 25 février 2010, *Lancôme c/ OHMI*, aff. C-408/08 P, *Rec.*, p. I-1347, pt 52.

159. Le juge a, parfois implicitement, qualifié d'ordre public le délai pour saisir la chambre de recours d'un recours contre une décision de la division d'annulation (TPI, 1^{er} juillet 2009, *Okalux c/ OHMI*, aff. T-419/07, *Rec.*, p. II-2477, pts 49 et 53), le délai, dans une procédure d'opposition, pour apporter la preuve de l'usage de la marque antérieure (Trib. UE, 15 mars 2011, *Ifemy's c/ OHMI*, aff. T-50/09, *Rec.*, p. II-945, pts 63-64), le délai pour demander le renouvellement de l'enregistrement d'une marque (Trib. UE, 19 septembre 2012, *Video Research USA c/ OHMI*, aff. T-267/11, *Rec. num.*, pt 35 ; Trib. UE, 16 juin 2015, *H.P. Gauff Ingenieure c/ OHMI*, aff. T-585/13, non publié, pt 25) ainsi que le délai dans lequel la taxe de

dans le contentieux de la fonction publique, le caractère d'ordre public des délais de recours s'étend aux « délais de la procédure précontentieuse »⁽¹⁶⁰⁾. En particulier, le délai de réclamation, dont l'examen d'office se confond parfois avec celui du délai de recours⁽¹⁶¹⁾, est d'ordre public⁽¹⁶²⁾. Comme lors de l'examen du délai de recours, la vérification d'office peut impliquer la détermination préalable du point de départ du délai de réclamation⁽¹⁶³⁾.

recours doit être acquittée (Trib. UE, 21 mai 2014, *Melt Water c/ OHMI*, aff. T-61/13, *Rec. num.*, pt 34 ; Trib. UE, 26 janvier 2016, *Permapore c/ OHMI*, aff. T-277/15, non publié, pt 24). Dans les deux dernières hypothèses toutefois, la qualification d'ordre public avait pour objet, non la consécration d'un moyen d'ordre public qu'il appartiendrait à la chambre de recours, voire au Tribunal, de relever d'office, mais la confirmation d'une interprétation des dispositions pertinentes et de leurs exceptions.

160. TFP, ord., 29 juin 2006, *Chassagne c/ Commission*, aff. F-11/05, *RecFP*, pp. I-A-1-65 et II-A-1-241, pt 23. Lorsque, dans une situation où la procédure précontentieuse n'est pas obligatoire aux fins de la contestation du contenu d'une décision d'un jury de concours (CJCE, 14 juin 1972, *Marcato c/ Commission*, aff. 44/71, *Rec.*, p. 427, pts 4-8) ou d'un rapport de notation (CJCE, 3 juillet 1980, *Grassi c/ Conseil*, aff. jtes 6/79 et 97/79, *Rec.*, p. 2141, pt 15), le fonctionnaire ou agent choisit de saisir l'administration d'une réclamation précontentieuse plutôt que de saisir immédiatement le juge, les délais de la procédure précontentieuse et de recours s'imposent à titre de conditions de recevabilité d'ordre public de son recours ultérieur : TPI, 13 décembre 1990, *Moritz c/ Commission*, aff. T-29/89, *Rec.*, p. II-787, pt 16 ; TFP, ord., 25 avril 2007, *Kerstens c/ Commission*, aff. F-59/06, *RecFP*, pp. I-A-1-111 et II-A-1-615, pts 30-33.

161. Voy. p. ex. : TPI, 9 mars 2000, *Libéros c/ Commission*, aff. T-29/97, *RecFP*, pp. I-A-43 et II-185, pts 27-34. L'examen combiné s'explique par le fait que, lorsque l'institution défenderesse n'a pas pris position sur la réclamation, la computation du délai de recours s'opère sur la base de la date de la réclamation, celle-ci conditionnant la date à laquelle est réputée intervenue la décision implicite de rejet laquelle fait, quant à elle, courir le délai de recours. Des formules jurisprudentielles fréquentes rappelant le caractère d'ordre public des deux délais attestent également de ces liens, voy. p. ex. : CJCE, 20 mars 1984, *Razzouk e.a. c/ Commission*, aff. 75/82, *Rec.*, p. 1509, pt 13 ; CJCE, 7 mai 1986, *Barcella c/ Commission*, aff. 191/84, *Rec.*, p. 1541, pt 12 ; CJCE, 13 novembre 1986, *Becker c/ Commission*, aff. 232/85, *Rec.*, p. 3401, pt 8 ; CJCE, 29 juin 2000, *Politi c/ Fondation européenne pour la formation*, aff. C-154/99 P, *Rec.*, p. I-5019, pt 15 ; TPI, ord., 22 mai 1992, *Moat c/ Commission*, aff. T-72/91, *Rec.*, p. II-1771, pt 35 ; TPI, 6 juillet 2004, *Huygens c/ Commission*, aff. T-281/01, *RecFP*, pp. I-A-203 et II-903, pt 124 ; TFP, ord., 15 mai 2006, *Schmit c/ Commission*, aff. F-3/06, *RecFP*, pp. I-A-1-9 et II-A-1-33, pt 24 ; TFP, 2 juillet 2014, *Da Cunha Almeida c/ Commission*, aff. F-5/13, non publié, pt 16.

162. CJCE, 19 février 1981, *Schiavo c/ Conseil*, aff. jtes 122/79 et 123/79, *Rec.*, p. 473, pt 22 ; TPI, 18 mars 1997, *Rasmussen c/ Commission*, aff. T-35/96, *RecFP*, pp. I-A-61 et II-187, pt 29 ; TPI, ord., 7 septembre 2005, *Krahl c/ Commission*, aff. T-358/03, *RecFP*, pp. I-A-215 et II-993, pt 35 ; Trib. UE, 24 avril 2017, *HF c/ Parlement*, aff. T-584/16, *Rec. num.*, pt 65 ; TFP, ord., 11 juin 2009, *Ketselidis c/ Commission*, aff. F-72/08, *RecFP*, pp. I-A-1-177 et II-A-1-997, pts 46, 48 et 52 ; TFP, ord., 13 décembre 2013, *Van Oost c/ Commission*, aff. jtes F-137/12, F-138/12, F-139/12 et F-141/12, non publiée, pts 16, 20 et 22. Le caractère d'ordre public du délai s'impose en outre aux moyens présentés au stade de la procédure précontentieuse : TPI, 17 décembre 1997, *Dricot e.a. c/ Commission*, aff. T-159/95, *RecFP*, pp. I-A-385 et II-1035, pts 23, 25 et 29. En revanche, le délai de réponse à la réclamation n'est pas d'ordre public : Trib. UE, ord., 21 juin 2010, *Meister c/ OHMI*, aff. T-284/09 P, non publiée, pts 25-26.

163. Le juge peut vérifier d'office si et à quelle date un acte faisant grief a été pris, déclenchant le délai de réclamation, et si une réclamation est intervenue dans le délai : CJCE, 29 juin 2000, *Politi c/ Fondation européenne pour la formation*, aff. C-154/99 P, *Rec.*, p. I-5019,

Lorsqu'est applicable la procédure précontentieuse en deux étapes⁽¹⁶⁴⁾, la réclamation est précédée d'une demande⁽¹⁶⁵⁾. Le délai de demande, d'étendue variable⁽¹⁶⁶⁾, semble également devoir être qualifié d'ordre public⁽¹⁶⁷⁾. Une ordonnance récente du Tribunal tend à confirmer cette qualification⁽¹⁶⁸⁾, qui se justifie au regard du rattachement de ce délai à la garantie de la sécurité juridique⁽¹⁶⁹⁾, bien que ledit délai puisse s'apparenter à un délai de prescription⁽¹⁷⁰⁾.

En revanche, les exceptions aux délais ne sont pas d'ordre public. Ainsi, l'existence d'un cas fortuit, d'une force majeure ou d'une erreur excusable

pt 16 ; TPI, ord., 9 février 1999, *Politi c/ ETF*, aff. T-124/98, *RecFP*, pp. I-A-9 et II-29, pts 25-33 ; TFP, ord., 23 mai 2008, *Braun-Neumann c/ Parlement*, aff. F-79/07, *RecFP*, pp. I-A-1-181 et II-A-1-957, pts 31 et 37-45.

164. La procédure précontentieuse diffère selon que le fonctionnaire met en cause un acte faisant grief, dont il demande l'annulation ou qui serait à l'origine d'un dommage dont il demande réparation, ou un comportement dépourvu de caractère décisionnel. Dans le premier cas, la procédure précontentieuse comporte une étape, la réclamation. Dans le second, elle en compte deux, une demande devant précéder la réclamation : TPI, ord., 25 février 1992, *Marcato c/ Commission*, aff. T-64/91, *Rec.*, p. II-243, pts 31-35 ; TPI, 6 novembre 1997, *Liao c/ Conseil*, aff. T-15/96, *RecFP*, pp. I-A-329 et II-897, pts 57-58.

165. Art. 90 du statut des fonctionnaires.

166. D'une part, en l'absence de délai fixé à l'article 90 du statut des fonctionnaires, la demande doit être formée dans un « délai raisonnable » (TPI, 6 juillet 2004, *Huygens c/ Commission*, aff. T-281/01, *RecFP*, pp. I-A-203 et II-903, pt 124), lequel ne peut, s'agissant d'une demande en indemnité, dépasser une durée de cinq ans (TPI, 5 octobre 2004, *Sanders e.a. c/ Conseil*, aff. T-45/01, *Rec.*, p. II-3315, pt 72 ; TPI, 5 octobre 2004, *Eagle e.a. c/ Commission*, aff. T-144/02, *Rec.*, p. II-3381, pt 71). D'autre part, certaines dispositions prévoient des délais de demande. Ainsi, selon l'article 42 de l'annexe VIII dudit statut, « [l]es ayants droit d'un fonctionnaire ou d'un ancien fonctionnaire titulaire d'une pension d'ancienneté ou d'une allocation d'invalidité décédé qui n'auraient pas demandé la liquidation de leurs droits à pension ou d'allocation dans l'année qui suit la date du décès du fonctionnaire ou de l'ancien fonctionnaire titulaire d'une pension d'ancienneté ou d'une allocation d'invalidité sont échus de leurs droits, sauf cas de force majeure dûment établi ».

167. D'une part, les dispositions de l'article 42 de l'annexe VIII du statut des fonctionnaires sont d'ordre public (TPI, 29 septembre 1999, *Neumann et Neumann-Schölles c/ Commission*, aff. T-68/97, *RecFP*, pp. I-A-193 et II-1005, pts 47-48 ; TFP, 20 janvier 2009, *Klein c/ Commission*, aff. F-32/08, *RecFP*, pp. I-A-1-5 et II-A-1-13, pt 59). D'autre part, le Tribunal de la fonction publique estimait que les délais de demande étaient d'ordre public (TFP, ord., 5 juin 2008, *Timmer c/ Cour des comptes*, aff. F-123/06, *RecFP*, pp. I-A-1-185 et II-A-1-975, pt 34 ; TFP, ord., 26 juin 2008, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. F-5/07, *RecFP*, pp. I-A-1-207 et II-A-1-1145, pt 33) et vérifiait, apparemment d'office, si le requérant avait formé une demande en indemnité dans un délai raisonnable (TFP, 19 juin 2013, *Goetz c/ Comité des régions*, aff. F-89/11, non publié, pts 93-96 et 100).

168. Trib. UE, ord., 22 juin 2017, *Vankerckhoven-Kahmann c/ Commission*, aff. T-582/16, non publiée, pts 48, 50, 52 et 78.

169. *Id.*, pt 75 et jurisprudence citée.

170. Il en va ainsi, notamment, en cas de demande indemnitaire (voy. *supra*, note n° 166 du présent Chapitre) et du délai fixé à l'article 42 de l'annexe VIII du statut des fonctionnaires (TFP, 20 janvier 2009, *Klein c/ Commission*, aff. F-32/08, *RecFP*, pp. I-A-1-5 et II-A-1-13, pt 60). Or, le délai de prescription n'est, en principe, pas d'ordre public, voy. *infra*, ce i, β. Les délais de prescription, délais ordinaires (pp. 109 et s.).

n'est examinée que lorsque la partie intéressée s'en prévaut⁽¹⁷¹⁾. Il en va de même des exceptions, dans le contentieux de la fonction publique, aux délais de la procédure précontentieuse, qu'il s'agisse de l'erreur excusable⁽¹⁷²⁾, d'un cas fortuit ou de force majeure⁽¹⁷³⁾, ou du fait nouveau substantiel⁽¹⁷⁴⁾. Le caractère d'ordre public des délais est ainsi empreint d'une conception négative et strictement objective⁽¹⁷⁵⁾, qui n'est guère surprenante. Sauf élément apporté par la partie intéressée, le juge ne peut, en effet, avoir connaissance de telles circonstances exceptionnelles.

Ces exceptions mises à part, toute question se rattachant au respect des délais de forclusion relève de l'ordre public. Cette qualification s'impose pour des raisons de sécurité juridique et permet d'assurer l'égalité des justiciables. Le critère de qualification d'ordre public tient ainsi à la protection d'un intérêt public dépassant les intérêts des seules parties au litige⁽¹⁷⁶⁾. *A contrario*, il s'ensuit que les moyens tendant à la garantie d'intérêts personnels doivent être considérés comme des moyens ordinaires. En témoigne le contentieux indemnitaire.

β. Les délais de prescription, délais ordinaires

Le recours en responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne est soumis à un délai de prescription quinquennale⁽¹⁷⁷⁾, lequel, à la différence des délais de forclusion, n'est pas d'ordre public. Son caractère ordinaire ressort d'un arrêt de principe *Roquette Frères* de 1989. Il y a été appuyé sur une analyse comparée du droit des États membres, dont la majorité

171. Il est devenu habituel pour le juge de relever, après avoir constaté la tardiveté du recours, que la partie requérante n'a pas établi, voire n'a pas invoqué, l'existence d'un cas fortuit ou de force majeure. Voy. p. ex. : CJCE, 15 janvier 1987, *Misset c/ Conseil*, aff. 152/85, *Rec.*, p. 223, pt 11 ; CJCE, ord., 25 novembre 2008, *S.A.B.A.R. c/ Commission*, aff. C-501/07 P, non publiée, pt 25 ; CJCE, ord., 9 juillet 2009, *Fornaci Laterizi Danesi SpA c/ Commission*, aff. C-498/08 P, non publiée, pt 26 ; TPI, ord., 11 mars 1996, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-195/95, *Rec.*, p. II-171, pt 19 ; TPI, ord., 31 mars 2003, *Hecq c/ Commission*, aff. T-227/02, *RecFP*, pp. I-A-115 et II-571, pt 22.

172. TPI, 5 octobre 2009, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission* et *Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pt 205 ; Trib. UE, ord., 13 mai 2015, *Klar et Fernandez Fernandez c/ Commission*, aff. T-665/14 P, *Rec. num.*, pt 39.

173. Trib. UE, ord., 12 décembre 2011, *AO c/ Commission*, aff. T-365/11 P, non publiée, pt 33.

174. En principe, le juge de la fonction publique se contente de constater l'absence d'invocation d'un tel fait par la partie intéressée, voy. p. ex. : TPI, 24 juin 2004, *Österholm c/ Commission*, aff. T-190/02, *RecFP*, pp. I-A-197 et II-877, pt 34.

175. Ce constat semble toutefois devoir être nuancé compte tenu de l'appréciation, par le juge, du caractère raisonnable du délai d'introduction d'un recours formé par un agent de la BEL. Voy. à cet égard *supra*, note n° 155 du présent Chapitre.

176. Voy. déjà : CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 479.

177. Art. 46 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

ne permettait pas au juge de relever d'office la prescription de l'action⁽¹⁷⁸⁾. Au regard de la nature ordinaire du délai de prescription, la formulation générique selon laquelle la recevabilité de conclusions en indemnité « peut être examinée d'office par le juge en tant qu'elle touche à l'ordre public »⁽¹⁷⁹⁾ est malheureuse et devrait être évitée ou précisée.

En 2012, la Cour de justice a dégagé une autre assise du caractère ordinaire du délai de prescription, tirée de la nature de ce délai et de ses fonctions intrinsèquement subjectives. À la différence des délais procéduraux, le délai de prescription quinquennale, « entraînant l'extinction de l'action en justice, se rapporte au droit matériel puisqu'il affecte l'exercice d'un droit subjectif dont la personne concernée ne peut plus se prévaloir effectivement en justice »⁽¹⁸⁰⁾. Ce délai n'a pas pour objectif d'assurer la sécurité juridique, autrement dit un intérêt public, mais de garantir des intérêts subjectifs de la partie qui s'estime lésée et de la personne responsable du dommage⁽¹⁸¹⁾.

Cette jurisprudence, qui a été transposée au délai de prescription d'une action en responsabilité contractuelle⁽¹⁸²⁾, subordonne ainsi la qualification d'ordre public à la mise en cause d'intérêts publics. Elle met en avant le volet matériel, subjectif, de la prescription⁽¹⁸³⁾. Un moyen ayant pour fonction principale, voire unique d'assurer la garantie d'intérêts privés est,

178. CJCE, 30 mai 1989, *Roquette Frères c/ Commission*, aff. 20/88, *Rec.*, p. 1553, pts 12-13, et concl. DARMON sous cet arrêt, pts 11-13. Voy. déjà en ce sens : concl. LAGRANGE sous CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 14/60, 16/60, 17/60, 20/60, 24/60, 26/60, 27/60 et 1/61, *Rec.*, p. 321, spéc. pp. 345-347. *Adde* : L. GOFFIN, « Recours en indemnité », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *op. cit.*, pp. 333-339, spéc. p. 337 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 346.

179. TPI, 17 octobre 2002, *Astipesca c/ Commission*, aff. T-180/00, *Rec.*, p. II-3985, pt 139 ; Trib. UE, ord., 13 janvier 2014, *Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT c/ Commission*, aff. T-134/12, non publiée, pt 59 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Holistic Innovation Institute c/ Commission*, aff. T-468/14, *Rec. num.*, pt 49.

180. CJUE, 8 novembre 2012, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. C-469/11 P, *Rec. num.*, pt 52 et, plus généralement pts 49-54. Cette différence a notamment pour effet que, contrairement à ce qui ressortait d'un arrêt isolé du Tribunal (TPI, 14 septembre 1995, *Lefebvre e.a. c/ Commission*, aff. T-571/93, *Rec.*, p. II-2379, pt 26), le délai de distance forfaitaire de dix jours dont les délais de forclusion sont augmentés ne s'applique pas à l'introduction d'un recours en responsabilité extra-contractuelle (pt 59 de l'arrêt *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*).

181. Pt 53 de l'arrêt *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*. Voy. toutefois pour une approche plus nuancée, selon laquelle « la prescription a pour fonction de concilier la protection des droits de la personne lésée et le principe de sécurité juridique » : CJCE, ord., 18 juillet 2002, *Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi c/ Commission*, aff. C-136/01 P, *Rec.*, p. I-6565, pt 28.

182. Trib. UE, 15 janvier 2014, *SICOM c/ Commission*, aff. T-279/12, non publié, pt 25.

183. Ce constat trouve une confirmation dans la transposition explicite du caractère ordinaire du délai de prescription, condition de recevabilité, au moyen de légalité pris, en substance, d'une prescription d'une créance dont le recouvrement faisait l'objet de l'acte attaqué : CJUE, 14 juin 2016, *Marchiani c/ Parlement*, aff. C-566/14 P, *Rec. num.*, pt 94. Voy.

en règle générale, dépourvu de caractère d'ordre public⁽¹⁸⁴⁾. Eu égard aux indications jurisprudentielles univoques quant au caractère ordinaire du délai de prescription et à ses fondements, le caractère d'ordre public, dans le contentieux de la fonction publique, de (certains) délais d'introduction d'une demande précontentieuse, qui peuvent être des délais de prescription⁽¹⁸⁵⁾, surprend. Il faudrait en déduire que le caractère ordinaire de principe du délai de prescription rencontre une limite dans ce contentieux spécifique.

La jurisprudence se résume ainsi à une distinction entre les délais de forclusion, d'ordre public, et les délais de prescription, ordinaires. La forclusion d'un recours en annulation non intenté affectant la recevabilité de recours ultérieurs, voire d'autres voies de droit, les irrecevabilités en résultant pourraient également être qualifiées d'ordre public.

ii. *L'extrapolation du caractère d'ordre public*

La forclusion d'un recours en annulation non intenté s'oppose à toute contestation ultérieure d'actes purement confirmatifs de l'acte non attaqué, par un justiciable qui aurait été recevable à introduire un tel recours. L'irrecevabilité du recours ultérieur qui en résulte est d'ordre public⁽¹⁸⁶⁾. Si le fondement de cette qualification est parfois recherché dans la notion d'acte attaquant, il est à nos yeux constitué par la forclusion du recours contre l'acte original⁽¹⁸⁷⁾.

infra, ce Titre, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (pp. 219 et s.), et Sous-section 2, § 2, A, 1. La durée des procédures administratives (pp. 246 et s.).

184. Il est permis de penser que le même constat s'impose pour des règles entourant la recevabilité qui se rapportent avant tout au droit matériel, dès lors le délai de prescription relève, malgré son affiliation au droit matériel (TPI, 11 janvier 2002, *Biret et Cie c/ Conseil*, aff. T-210/00, *Rec.*, p. II-47, pt 46), d'une condition de recevabilité. Le propos doit toutefois être nuancé, tant il est vrai que les liens d'une fin de non-recevoir avec le fond du litige ne sont pas, par principe, de nature à exclure la qualification d'ordre public. En cas de demande d'annulation partielle, le caractère détachable des dispositions dont l'annulation est demandée relève d'une fin de non-recevoir d'ordre public (voy. *supra*, note n° 87 du présent Chapitre). Cependant, « la vérification [de ce] caractère détachable [peut] suppose[r] l'examen du fond du litige, à savoir de la portée desdites dispositions, afin de pouvoir évaluer si leur annulation modifierait l'esprit et la substance de [l'acte attaqué] » (CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 29).

185. Voy. *supra*, en particulier notes nos 166 et 167 du présent Chapitre.

186. TPI, 12 juillet 2006, *Ayadi c/ Conseil*, aff. T-253/02, *Rec.*, p. II-2139, pts 67, 68 et 70 ; Trib. UE, 8 février 2011, *Paroc c/ OHMI*, aff. T-157/08, *Rec.*, p. II-137, pts 28-29.

187. Le fondement de cette qualification est tantôt rattaché au caractère d'ordre public de l'existence d'un acte attaquant (CJCE, 10 juin 1986, *Usinor c/ Commission*, aff. jtes 81/85 et 119/85, *Rec.*, p. 1777, pts 18 et 23 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. pp. 386-388), tantôt au délai de recours (G. KNAUB, « La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 2, pp. 269-318, spéc. p. 274). Cette dernière voie nous paraît préférable, le caractère définitif de l'acte non contesté se prolongeant dans le caractère définitif de tout acte confirmatif (CJCE, 18 octobre 2007, *Commission c/*

La forclusion d'un recours en annulation non intenté peut également rejaillir sur la recevabilité d'un recours en indemnité⁽¹⁸⁸⁾ et d'une exception d'illégalité⁽¹⁸⁹⁾. Elle exprime une forme de « hiérarchisation des voies de droit communautaire [de l'Union européenne], caractérisée par la prééminence du recours en annulation »⁽¹⁹⁰⁾. En tant que « conséquences de l'expiration des délais de recours »⁽¹⁹¹⁾, ces irrecevabilités devraient, à leur tour, être qualifiées d'ordre public⁽¹⁹²⁾.

Une telle qualification ressort de manière ambiguë mais certaine de la jurisprudence relative à l'exception de détournement de procédure du recours en indemnité, laquelle est explicitement rattachée à la prévention

Parlement et Conseil, aff. C-299/05, *Rec.*, p. I-8695, pts 28-30), lequel « ne saurait [...] avoir pour effet d'ouvrir, en faveur du destinataire de l'acte antérieur, un nouveau délai de recours » (CJCE, 10 décembre 1980, *Grasselli c/ Commission*, aff. 23/80, *Rec.*, p. 3709, pt 18). Ainsi, c'est parfois au stade de l'examen du délai de recours que le juge vérifie d'office la nature purement confirmative de l'acte attaqué : TPI, 18 septembre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. jtes T-121/96 et T-151/96, *Rec.*, p. II-1355, pts 38-39, 41-42 et 48 ; TPI, 10 juin 2009, *Pologne c/ Commission*, aff. T-257/04, *Rec.*, p. II-1545, pts 68-73.

188. Un recours en indemnité est irrecevable lorsqu'il tend, en réalité, au retrait d'un acte administratif individuel devenu définitif et qu'il aurait pour effet, s'il était accueilli, d'annihiler les effets juridiques de cet acte (CJCE, 26 février 1986, *Krohn Import-Export c/ Commission*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 753, pt 33), voire lorsque ce recours tend au retrait d'un acte « susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation introduit par une personne physique ou morale et contre lequel un recours n'a pas été introduit dans les délais » (TPI, ord., 4 mai 2005, *Holcim c/ Commission*, aff. T-86/03, *Rec.*, p. II-1539, pt 47 ; Trib. UE, ord., 24 mai 2011, *Power-One Italy c/ Commission*, aff. T-489/08, non publiée, pts 44-46). Une exception similaire s'applique dans le contentieux de la fonction publique, lorsque le recours en indemnité présente un lien étroit avec le recours en annulation (CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 480).

189. TPI, 13 septembre 1995, *TWD c/ Commission*, aff. jtes T-244/93 et T-486/93, *Rec.*, p. II-2265, pt 103 ; TPI, 12 juillet 2001, *Kik c/ OHMI*, aff. T-120/99, *Rec.*, p. II-2235, pt 21.

190. L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. p. 49.

191. CJCE, ord., 14 février 2002, *Commission c/ Artegoda*, aff. C-440/01 P(R), *Rec.*, p. I-1489, pt 70.

192. Pressenti par G. BEBR (« Direct and indirect judicial control of Community acts in practice : The relation between articles 173 and 177 of the EEC Treaty », in *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 91-111, spéc. pp. 95-97), un principe analogue s'applique dans le renvoi préjudiciel en appréciation de validité (CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C-188/92, *Rec.*, p. I-833, pts 14 et 17). Le renvoi préjudiciel ayant été écarté du champ de la présente étude, il suffit de relever que rien ne semble s'opposer à une telle vérification d'office par la Cour de justice dans l'exercice de ses fonctions (voy. en faveur d'un examen d'office : concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 23 février 2006, *Atzeni e.a.*, aff. jtes C-346/03 et C-529/03, *Rec.*, p. I-1875, pt 61). Voy. à propos de cette jurisprudence critiquée, *inter alia* : A. BARAV, « Déviation préjudicielle », in *Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Études en honneur à Jean Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 227-247 ; D. RITLÉNG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », *op. cit.* ; Sh. TURNER, « Challenging EC law before a national court : a further restriction of the rights of natural and legal persons ? », *Irish Journal of European Law*, 1995, pp. 68-87 ; G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : À la recherche d'une identité perdue », in M. DONY (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. I, pp. 619-648, spéc. pp. 631-633.

du contournement du délai de forclusion⁽¹⁹³⁾. D'un côté, « la charge de la preuve d'un tel détournement de procédure pèse sur la partie qui s'en prévaut »⁽¹⁹⁴⁾, ce qui contrarie une qualification d'ordre public. De l'autre côté, toutefois, la répartition de la charge de la preuve entre les parties ne paraît pas constituer un élément décisif en vue de cette qualification⁽¹⁹⁵⁾. En toute hypothèse, la nature d'ordre public ressort implicitement de la jurisprudence de la Cour⁽¹⁹⁶⁾ et clairement de celle du Tribunal⁽¹⁹⁷⁾. Des considérations analogues ressortent du contentieux de la fonction publique⁽¹⁹⁸⁾.

193. Voy. notamment : CJCE, ord., 26 octobre 1995, *Pevasa et Inpesca c/ Commission*, aff. jtes C-199/94 P et C-200/94 P, *Rec.*, p. I-3709, pt 28 ; TPI, ord., 3 février 1998, *Polyvios c/ Commission*, aff. T-68/96, *Rec.*, p. II-153, pts 33, 43 et 45 ; TPI, ord., 4 mai 2005, *Holcim c/ Commission*, aff. T-86/03, *Rec.*, p. II-1539, pt 50.

194. TPI, 24 septembre 1993, *Dreyfus c/ Commission*, aff. T-485/93, *Rec.*, p. II-1101, pt 68 ; Trib. UE, ord., 6 juin 2013, *VIP Car Solutions c/ Parlement*, aff. T-668/11, non publiée, pt 18.

195. D'une part, s'agissant de la recevabilité d'une demande d'annulation partielle, le Tribunal a jugé que, « puisque les conditions de recevabilité d'un recours [...] peuvent être examinées d'office [...], l'absence de démonstration par la [partie défenderesse] de l'irrecevabilité d'un tel recours n'exclut pas qu'il constate que ledit recours est irrecevable » (Trib. UE, 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours [France] e.a. c/ Commission*, aff. T-31/07, non publié, pt 90). D'autre part, alors qu'il ressort d'une jurisprudence constante que la partie qui se prévaut d'un dépassement du délai doit apporter la preuve de la date à laquelle ledit délai a commencé à courir (CJCE, 5 juin 1980, *Belfiore c/ Commission*, aff. 108/79, *Rec.*, p. 1769, pt 7), cette circonstance n'ôte pas aux délais de forclusion leur caractère d'ordre public. En outre, le juge, ayant constaté que le détournement de procédure n'est pas établi par la partie intéressée, ajoute des motifs établissant la recevabilité du recours (TPI, 24 septembre 1993, *Dreyfus c/ Commission*, aff. T-485/93, *Rec.*, p. II-1101, pt 69 ; Trib. UE, ord., 6 juin 2013, *VIP Car Solutions c/ Parlement*, aff. T-668/11, non publiée, pts 21-22), « conciliant ainsi le respect de la charge de la preuve pesant sur le défendeur quant au détournement de procédure et la forclusion, d'ordre public, liée aux délais de recours » (A. BOUVERESSE, « Autonomie et systématique des contentieux », *Europe*, 2013, n°s 8-9, comm. 339).

196. Voy. en ce sens : CJCE, 26 février 1986, *Krohn c/ Commission*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 753, pt 15. Dans une autre affaire, la Cour évita toutefois de prendre position sur la question : CJUE, ord., 4 octobre 2010, *Ivanov c/ Commission*, aff. C-532/09 P, non publiée, pts 28-30.

197. TPI, 17 octobre 2002, *Astipesca c/ Commission*, aff. T-180/00, *Rec.*, p. II-3985, pt 139. Voy. également en ce sens : Trib. UE, ord., 30 septembre 2009, *Ivanov c/ Commission*, aff. T-166/08, non publiée, pt 52 ; Trib. UE, ord., 13 janvier 2014, *Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT c/ Commission*, aff. T-134/12, non publiée, pt 59 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Holistic Innovation Institute c/ Commission*, aff. T-468/14, *Rec. num.*, pts 46-49. Il nous semble dès lors exagéré d'affirmer que le recours en indemnité est « excepté » de la considération selon laquelle « les moyens qui concernent la recevabilité du recours [...] doivent être soulevés d'office par le juge » : K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261, spéc. p. 246.

198. Voy. en ce sens : CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 480 ; TFP, 13 janvier 2010, *A et G c/ Commission*, aff. jtes F-124/05 et F-96/06, *Rec. num.*, pt 228. L'examen d'office a un double fondement tiré de la régularité de la procédure précontentieuse et du respect des délais.

En revanche, l'irrecevabilité d'une exception d'illégalité en raison de la forclusion du recours en annulation n'a pas encore été consacrée comme étant d'ordre public. Seul le contentieux de la fonction publique fournit des indices à ce titre⁽¹⁹⁹⁾. La qualification d'ordre public s'impose néanmoins au regard de l'impérativité des délais et de la sécurité juridique, ainsi que dans un souci de cohérence.

Au delà de cette extrapolation à d'autres contentieux, le caractère d'ordre public du délai de recours se prolonge dans les délais procéduraux qui rythment le déroulement de l'instance. Leur statut contentieux soulève encore des questions.

b) Les délais relatifs au déroulement de l'instance

Le bon déroulement de la procédure juridictionnelle est assuré par de nombreux délais procéduraux pour le dépôt des actes de procédure et pour l'invocation de conclusions ou de moyens nouveaux en cours d'instance. La jurisprudence s'oriente vers la reconnaissance du caractère d'ordre public de l'ensemble de ces délais. Cependant, leur hétérogénéité impose une approche nuancée quant aux délais relatifs au dépôt des actes de procédure (i). Pour sa part, le caractère d'ordre public des délais conditionnant l'invocation de conclusions ou de moyens nouveaux ne fait guère de doute (ii).

199. Un requérant qui aurait pu mais n'a pas contesté par voie d'action des actes préparatoires s'inscrivant dans une procédure complexe, telles les procédures de recrutement et de concours, peut, lors d'un recours dirigé contre l'acte individuel adopté au terme de cette procédure, exciper de l'illégalité de ces actes préparatoires pour peu que les moyens qu'il soulève à ce titre présentent un lien étroit avec la motivation de l'acte individuel (CJCE, 31 mars 1965, *Ley c/ Commission*, aff. jtes 12/64 et 29/64, *Rec.*, p. 143, spéc. p. 158 ; CJCE, 11 mars 1986, *Adams e.a. c/ Commission*, aff. 294/84, *Rec.*, p. 977, pt 17 ; CJCE, 8 mars 1988, *Sergio e.a. c/ Commission*, aff. jtes 64/86, 71/86 à 73/86 et 78/86, *Rec.*, p. 1399, pts 13 et 15). En revanche, « à défaut de lien entre la motivation même de la décision [individuelle] attaquée et le moyen en cause [tiré de l'illégalité de l'acte préparatoire] ce dernier doit être déclaré irrecevable, en application des règles d'ordre public relatives aux délais de recours » (TPI, 16 septembre 1993, *Noonan c/ Commission*, aff. T-60/92, *Rec.*, p. II-911, pt 27 ; TPI, 15 février 2005, *Pyres c/ Commission*, aff. T-256/01, *RecFP*, pp. I-A-23 et II-99, pt 19 ; TFP, 23 janvier 2013, *Katrakasas c/ Commission*, aff. F-24/11, non publié, pt 71). Des considérations similaires semblent prévaloir en cas de contestation incidente d'une stipulation contractuelle sur laquelle est fondée l'adoption d'une décision mettant fin à l'engagement du requérant en tant qu'agent contractuel, le juge vérifiant, en l'espèce en réponse à une mise en cause de la recevabilité, si une telle contestation contourne les délais d'ordre public (TFP, 15 septembre 2011, *Bennett e.a. c/ OHMI*, aff. F-102/09, non publié, pts 77-81).

i. Les délais entourant le dépôt des actes de procédure

Le déroulement de la procédure écrite est enserré dans un ensemble de délais procéduraux relatifs notamment aux demandes incidentes⁽²⁰⁰⁾, aux mémoires en défense ou en réponse⁽²⁰¹⁾, aux mémoires en réplique et en duplique⁽²⁰²⁾, aux mémoires en intervention⁽²⁰³⁾, ainsi qu'aux observations sur différents incidents de procédure⁽²⁰⁴⁾. S'agissant plus spécifiquement du déroulement pratique de la procédure, des délais sont également prévus, *inter alia*, pour la demande de la tenue d'une audience ou d'un second tour de mémoires⁽²⁰⁵⁾, ou fixés au cas par cas aux fins des réponses à des questions posées par la juridiction. Par ailleurs, la méconnaissance de certaines exigences formelles des requêtes donne lieu à des demandes de

200. Il en va ainsi notamment des demandes en intervention (art. 130, § 1, et art. 190, § 2, RP/C [2012] ; art. 143, § 1, et art. 213, § 1, RP/T [2015]), des pourvois incidents (art. 176 RP/C [2012] ; art. 202 RP/T [2015]), ainsi que des recours incidents en matière de propriété intellectuelle (art. 182, § 1, RP/T [2015]). Le nouveau règlement de procédure du Tribunal transpose le délai pour le dépôt du mémoire en défense au dépôt d'une exception d'irrecevabilité ou d'incompétence par acte séparé (art. 130 RP/T [2015]), conformément à une orientation jurisprudentielle antérieure (Trib. UE, ord., 20 mars 2014, *Donnici c/ Parlement*, aff. T-43/13, *Rec. num.*, pt 39). Il transpose le délai de recours à une demande d'adaptation des conclusions (art. 86, §§ 2 et 3, RP/T [2015]), conformément à une initiative jurisprudentielle (voy. *infra*, note n° 209 du présent Chapitre).

201. Les délais pour le dépôt des mémoires en défense (art. 124, §§ 1 et 3, RP/C [2012] ; art. 81, §§ 1 et 3, RP/T [2015]), en réponse à un pourvoi, principal ou incident (art. 172 et 179 RP/C [2012] ; art. 198 et 205 RP/T [2015]), ou encore en réponse au recours, principal ou incident, en matière de propriété intellectuelle (art. 179 et 185 RP/T [2015]) sont fixés par les règlements de procédure. En revanche, la plupart des dispositions relatives aux voies de la rétractation prévoient la fixation des délais pour le dépôt des observations sur les demandes en vertu de ces règlements (art. 155, § 2, art. 156, § 3, et art. 159, § 5, RP/C [2012] ; art. 165, § 3, art. 166, § 3, art. 167, § 4, art. 168, § 4, et art. 169, § 4, RP/T [2015]).

202. Voy. s'agissant des répliques et dupliques en première instance et lors des pourvois, principal et incident : art. 126, § 2, art. 175, § 2, et art. 180, § 2, RP/C (2012) ; art. 83, § 3, art. 201 et 206 RP/T (2015). Devant le Tribunal, en matière de propriété intellectuelle, la phase écrite de la procédure est limitée à un seul échange de mémoires (art. 181 et 186 RP/T [2015]).

203. Art. 132, § 1, RP/C (2012) ; art. 145, § 1, RP/T (2015).

204. À titre d'exemple, l'on renverra aux observations sur les demandes et mémoires en intervention (art. 131, § 1, et art. 132, § 3, RP/C [2012] ; art. 144, § 2, et art. 145, § 3, RP/T [2015]), sur une exception déposée par acte séparé (art. 151, § 3, RP/C [2012] ; art. 130, §§ 4 et 5, RP/T [2015]), sur un moyen nouveau ou des offres de preuve nouvelles (art. 127, § 2, et art. 128, § 2, RP/C [2012] ; art. 84 et 85 RP/T [2015]), sur une demande de sursis à l'exécution de l'acte attaqué ou d'adoption de mesures provisoires (art. 160, § 5, RP/C [2012] ; art. 157, § 1, RP/T [2015]). Ces délais sont fixés par le président au sens des règlements de procédure, étant précisé que certaines dispositions prévoient seulement que les parties sont mises en mesure de présenter des observations (en particulier : art. 84 et 85 RP/T [2015]), ce qui implique, en pratique, la fixation d'un délai par la juridiction.

205. Voy. s'agissant de la demande d'une audience de plaidoiries : art. 76, § 1, RP/C (2012) ; art. 106, § 2, et art. 207, § 1, RP/T (2015). Voy. s'agissant de la demande d'un second tour de mémoires : art. 175, § 1, et art. 180, § 1, RP/C (2012) ; art. 83, § 2, art. 201, § 1, et art. 206, § 1, RP/T (2015).

régularisation dans un délai fixé par la juridiction, dont la méconnaissance est susceptible d'entraîner l'irrecevabilité formelle de l'acte⁽²⁰⁶⁾.

Le statut contentieux de ces délais n'a pas encore fait l'objet d'une réflexion approfondie. Trois indices jurisprudentiels laissent toutefois entrevoir leur caractère d'ordre public. D'abord, il est parfois rappelé que, non seulement les délais de recours, mais encore les « délais de procédure » sont d'ordre public⁽²⁰⁷⁾. Si la notion de « délais de procédure » n'est pas définie dans la jurisprudence, il paraît raisonnable d'y ranger les délais relatifs au déroulement de l'instance. Ensuite, tant le délai d'introduction d'une demande en intervention⁽²⁰⁸⁾ que le délai pour l'adaptation des conclusions⁽²⁰⁹⁾ ont déjà pu être qualifiés d'ordre public. Enfin, le Tribunal de la fonction publique a qualifié d'ordre public le délai du dépôt du mémoire en défense⁽²¹⁰⁾.

Or, une qualification d'ordre public de tout délai de procédure se heurte aux caractéristiques intrinsèques de certains d'entre eux. D'une part, à la différence du délai de forclusion, délai « fixe, absolu et non prorogeable »⁽²¹¹⁾

206. Voy. s'agissant des requêtes, pourvois et demandes d'adaptation des conclusions : art. 119, § 4, et art. 122, § 3, RP/C (2012) ; art. 78, § 6, art. 86, § 5, art. 177, § 7, et art. 194, § 6, RP/T (2015).

207. Voy. p. ex. : CJUE, 8 novembre 2012, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. C-469/11 P, *Rec. num.*, pt 50 ; TPI, ord., 14 décembre 2006, *Smanor e.a. c/ Commission*, aff. T-150/06, non publiée, pt 14 ; TFP, 14 novembre 2006, *Villa e.a. c/ Parlement*, aff. F-4/06, *RecFP*, pp. I-A-1-133 et II-A-1-505, pt 24.

208. TPI, ord. prés. 5^e ch., 14 mai 1996, *Area Cova e.a. c/ Conseil*, aff. T-194/95 INTV II, *Rec.*, p. II-343, pt 2 ; Trib. UE, ord. prés., 15 juillet 2011, *Collège des représentants du personnel de la BEI e.a. c/ Böhmcke*, aff. T-213/11 P(I), non publiée, pts 20 et 22 ; Trib. UE, ord., 26 septembre 2011, *Consortio vino Chianti Classico c/ OHMI*, aff. T-143/11, non publiée, pt 22 ; Trib. UE, ord., 12 juin 2012, *Stichting Regionaal Opleidingencentrum van Amsterdam c/ OHMI*, aff. T-165/11, non publiée, pt 19. Voy. également en ce sens : G. MUGUET-POULLENNEC et D. DOMENICUCCI, « L'intervention devant le Tribunal après l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure : entre droit d'ingérence et urgence judiciaire », *RLC*, 2015, n° 45, pp. 61-71, spéc. p. 68.

209. Cette qualification s'est opérée eu égard à la transposition par analogie, d'abord prétorienne, du délai de recours, voy. p. ex. : Trib. UE, 6 septembre 2013, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. jtes T-35/10 et T-7/11, *Rec. num.*, pt 55 ; Trib. UE, 4 février 2014, *Syrian Lebanese Commercial Bank c/ Conseil*, aff. jtes T-174/12 et T-80/13, *Rec. num.*, pt 52 ; Trib. UE, 16 juillet 2014, *Hassan c/ Conseil*, aff. T-572/11, *Rec. num.*, pt 32 ; Trib. UE, 9 décembre 2014, *BelTechExport c/ Conseil*, aff. T-438/11, non publié, pts 67 et 72 ; Trib. UE, 9 décembre 2014, *Peftiev c/ Conseil*, aff. T-441/11, non publié, pts 64 et 69.

210. TFP, 14 novembre 2006, *Villa e.a. c/ Parlement*, aff. F-4/06, *RecFP*, pp. I-A-1-133 et II-A-1-505, pt 24. En l'espèce, le Tribunal de la fonction publique a indiqué à la partie défenderesse un « délai de deux mois, délai de distance inclus », pour le dépôt du mémoire en défense. Celui-ci a été déposé au greffe après l'expiration du délai de deux mois mais avant l'expiration du délai de distance forfaitaire. La qualification d'ordre public de ce délai peut donc être comprise en ce sens que le juge ne saurait réduire le délai en-deçà du délai minimal. Néanmoins, elle a depuis lors été confirmée dans d'autres circonstances procédurales : TFP, ord., 25 février 2014, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-118/11, non publiée, pt 36.

211. Trib. UE, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International c/ Commission*, aff. T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, pt 95.

et soustrait à la disposition tant du juge que des parties⁽²¹²⁾, certains délais procéduraux sont prorogeables par le juge et, ainsi, à la disposition de ce dernier. Tel est le cas de tous les délais fixés en vertu des règlements de procédure⁽²¹³⁾, dont la méconnaissance n'entraîne par ailleurs pas systématiquement l'irrecevabilité de l'acte⁽²¹⁴⁾. Cette circonstance devrait s'opposer à leur qualification d'ordre public⁽²¹⁵⁾. D'autre part, les délais concernent des actes qui ne sont pas tous de même nature. Certains actes s'apparentent à des requêtes en ce qu'ils comportent des demandes nouvelles incidentes, tandis que d'autres ne contiennent que des réponses des parties ou forment de simples demandes liées au déroulement de la procédure.

Dans ces conditions, une approche nuancée s'impose. Seraient d'ordre public, par analogie avec les délais de forclusion, les seuls délais fixés par les textes, sans possibilité de prorogation par le juge, et qui ont trait à des actes comportant des demandes, telle une demande d'intervention⁽²¹⁶⁾, une exception d'irrecevabilité ou d'incompétence, une demande d'adaptation des conclusions, un pourvoi incident ou un recours incident. Les deux critères liés à la nature des délais et à l'objet de l'acte, qui seraient cumulatifs, se rejoignent par ailleurs pour l'essentiel. Ainsi, les délais de dépôt des actes susceptibles de comporter des demandes sont, en principe, non prorogeables, tandis que les délais pour le dépôt des autres actes sont, en principe, fixés par la juridiction au cas par cas et/ou prorogeables⁽²¹⁷⁾. Font cependant exception à ce constat le délai pour le dépôt du mémoire en réponse à un pourvoi, principal ou incident⁽²¹⁸⁾, ainsi que le délai pour

212. Voy. en premier lieu : CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 479.

213. Art. 52 RP/C (2012) ; art. 61 RP/T (2015).

214. Devant le Tribunal : art. 62 RP/T (2015).

215. Voy. également en ce sens : K. P. E. LASOK, *op. cit.*, spéc. p. 567 ; F. PICOD, « Recevabilité », *op. cit.*, spéc. p. 891.

216. Relevons toutefois que, devant la Cour de justice, une demande en intervention déposée en dehors du délai de six semaines fixé peut encore être acceptée au titre de l'intervention dite de « seconde classe ». Un tel intervenant ne peut participer qu'à la phase orale de la procédure, s'il y a : art. 129, § 4, RP/C (2012).

217. Il en va ainsi notamment des délais pour le dépôt des mémoires en défense, en réplique et en duplique, des observations sur une exception d'irrecevabilité, un incident, un moyen nouveau, une mesure d'organisation de la procédure. Bien qu'établis par les règlements de procédure, les délais pour le dépôt des mémoires en défense peuvent exceptionnellement être prorogés : art. 124, §§ 1 et 3, RP/C (2012), art. 81, §§ 1 et 3, art. 154, § 1, art. 179 et 185 RP/T (2015).

218. Les délais de réponse aux pourvois, principal et incident, sont établis par les règlements de procédure et non prorogeables (art. 172 et 179 RP/C [2012] ; art. 198 et 205 RP/T [2015]). Leur caractère non prorogeable s'explique sans doute par un objectif d'économie et d'accélération de la procédure de pourvoi. Il pourrait aussi être la simple survivance du régime procédural antérieur, sous lequel le pourvoi incident pouvait être formé dans le mémoire en

le dépôt des mémoires échangés, après annulation d'un arrêt ou d'une ordonnance du juge de première instance et renvoi de l'affaire devant celui-ci⁽²¹⁹⁾, sans doute dans un objectif d'économie et d'accélération des procédures à un stade aussi avancé. La question de leur caractère ordinaire ou d'ordre public reste, au vu de notre analyse, ouverte. Si leur qualité de simple délai procédural s'oppose à une qualification d'ordre public, leur caractère impératif pourrait justifier une telle qualification.

Le statut contentieux des délais entourant le dépôt des actes de procédure soulève, en dépit de quelques indications jurisprudentielles en faveur de leur qualification d'ordre public, encore des questions. Par contraste, la jurisprudence est fermement établie quant au caractère d'ordre public de la forclusion des moyens et conclusions nouveaux.

ii. *La présentation de moyens et conclusions nouveaux*

Devant les juridictions de l'Union européenne, « la requête introductive "lie" l'instance »⁽²²⁰⁾ tant en l'objet qu'en la cause du litige. Partant, la production de moyens nouveaux en cours d'instance est en principe interdite, à moins que ces moyens se fondent sur des éléments de fait ou de droit qui se sont révélés en cours de procédure⁽²²¹⁾. Font également exception à la forclusion les arguments nouveaux⁽²²²⁾, les moyens constituant une simple ampliation de moyens soulevés dans la requête⁽²²³⁾ et, non sans ambiguïté, les moyens d'ordre public⁽²²⁴⁾. La forclusion des moyens nouveaux a été étendue aux conclusions nouvelles, selon le cas, sur le fondement discutable de l'interdiction des moyens nouveaux⁽²²⁵⁾, le cas échéant en combinaison avec

réponse, ce qui justifiait la soumission de ce dernier à un délai fixe non prorogeable. Désormais, le pourvoi incident doit être formé par acte séparé, ce qui aurait pu justifier une distinction de la nature des délais.

219. Art. 217, § 1, RP/T (2015).

220. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, 922 p., spéc. p. 693.

221. Art. 127, § 1, RP/C (2012) ; art. 84 RP/T (2015).

222. CJCE, 12 juin 1958, *Compagnie des hauts fourneaux de Chasse c/ Haute Autorité*, aff. 2/57, *Rec.*, p. 131, spéc. p. 146.

223. CJCE, 15 décembre 1961, *Fives Lille Cail e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Rec.*, p. 559, spéc. p. 589 ; CJCE, 30 septembre 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, pt 25 ; TPI, 20 septembre 1990, *Hanning c/ Parlement*, aff. T-37/89, *Rec.*, p. II-463, pt 38.

224. Voy. sur cette question *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, B, 1. La levée de la forclusion en cours d'instance (pp. 605 et s.).

225. Voy. en particulier : CJCE, 18 octobre 1979, *GEMA c/ Commission*, aff. 125/78, *Rec.*, p. 3173, pt 26 ; TPI, 18 septembre 1992, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, pt 43. « Cette façon de procéder paraît confuse et erronée » : J. RIDEAU et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles...*, *op. cit.*, spéc. p. 600.

l'exigence de clarté des écritures⁽²²⁶⁾, ou, plus justement, sur le fondement du délai de recours⁽²²⁷⁾.

À l'instar des délais de recours, ces règles d'immutabilité du litige sont destinées à garantir la sécurité juridique et l'égalité des requérants. Elles ont en outre pour objet d'assurer le respect du contradictoire dans la procédure juridictionnelle ainsi que son « déroulement régulier »⁽²²⁸⁾ et loyal. Dans le prolongement du délai de recours⁽²²⁹⁾, la forclusion d'un moyen⁽²³⁰⁾ ou d'un grief⁽²³¹⁾ nouveau est d'ordre public. Il en va de même de la forclusion des conclusions nouvelles, dont on peut trouver des illustrations en particulier dans le contentieux de la fonction publique⁽²³²⁾, le contentieux contractuel⁽²³³⁾ et celui de l'annulation⁽²³⁴⁾.

En somme, la jurisprudence relative aux délais de recours et de procédure révèle une finalité forte du moyen d'ordre public du contentieux de l'Union européenne : la garantie de la sécurité juridique et de l'accès égal

226. TPI, 26 octobre 1993, *Weissenfels c/ Parlement*, aff. T-22/92, *Rec.*, p. II-1095, pt 27 ; TPI, 20 mai 2009, *VIP Car Solutions c/ Parlement*, aff. T-89/07, *Rec.*, p. II-1403, pt 110 ; TPI, 26 octobre 2010, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-236/07, *Rec.*, p. II-5253, pts 27-28. S'agissant de l'exigence de clarté, voy. *infra*, ce §, B, 1, a. L'exigence de clarté (pp. 122 et s.).

227. Voy. la jurisprudence citée *supra*, note n° 209 du présent Chapitre.

228. Concl. MAYRAS sous CJCE, 30 mai 1973, *Meganck c/ Commission*, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, spéc. p. 539. À propos du caractère contradictoire des procédures contentieuses, voy. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties (pp. 683 et s.).

229. Voy. à propos des liens entre la forclusion des moyens et les délais de recours : concl. MAYRAS sous CJCE, 30 mai 1973, *Meganck c/ Commission*, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, spéc. p. 539.

230. TPI, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-305/94 à 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 60-64 ; TPI, 12 juillet 2001, *Mattila c/ Conseil et Commission*, aff. T-204/99, *Rec.*, p. II-2265, pt 31 ; TPI, 26 juin 2008, *SIC c/ Commission*, aff. T-442/03, *Rec.*, p. II-1161, pt 157 ; Trib. UE, 18 septembre 2015, *Petro Suisse Intertrade c/ Conseil*, aff. jtes T-156/13 et T-373/14, non publié, pt 114. Il en va de même d'une nouvelle branche d'un moyen : TPI, 27 février 1997, *FFSA e.a. c/ Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 123. Tout moyen nouveau qui n'est pas suffisamment articulé dans la requête introductive d'instance doit d'office être considéré comme irrecevable : TPI, 14 décembre 2005, *Honeywell c/ Commission*, aff. T-209/01, *Rec.*, p. II-5527, pts 53-55 ; Trib. UE, 29 novembre 2012, *Thesing et Bloomberg Finance c/ BCE*, aff. T-590/10, non publié, pts 28-30.

231. Trib. UE, 13 janvier 2011, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c/ Commission*, aff. T-362/08, *Rec.*, p. II-11, pt 131.

232. TPI, 11 juillet 1997, *Bernardi c/ Parlement*, aff. T-146/95, *Rec.*, p. II-769, pts 22 et 31-32.

233. Le juge constate d'office l'irrecevabilité manifeste d'un nouveau chef de conclusions lorsque celui-ci modifie la nature ou l'objet du recours : Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-246/09, non publié, pts 104 et 105 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-366/09, non publié, pts 84-89.

234. C'est précisément le délai d'ordre public du recours en annulation qui s'impose, sous peine d'être relevé d'office par le juge, à l'adaptation des conclusions en cas de remplacement, en cours d'instance, de l'acte attaqué par un acte ayant le même objet. Voy. la jurisprudence citée *supra* (note n° 209 du présent Chapitre), qui est aujourd'hui codifiée à l'article 86 RP/T (2015).

au juge. Elle reflète la nature objective de l'ordre public, qui n'est pas destiné à garantir des droits subjectifs des parties au litige. Des considérations objectives de sécurité juridique sont également aux soubassements de la qualification d'ordre public de l'exception tirée de l'autorité de la chose jugée.

2) L'exception d'ordre public tirée de la chose jugée : la garantie de la sécurité juridique

L'autorité de la chose jugée s'attachant aux décisions rendues par le juge est un « principe fondamental de l'ordre juridique [de l'Union européenne], dont le respect doit être garanti non seulement dans l'intérêt des parties, mais également dans l'intérêt général »⁽²³⁵⁾. Elle rend irrecevable tout recours ultérieur qui oppose les mêmes parties, porte sur le même objet et est fondé sur les mêmes moyens qu'un recours déjà tranché. Elle s'oppose à l'examen, par le juge, d'un moyen portant sur un point de droit ou de fait définitivement tranché par un arrêt passé en force de chose jugée, y compris, pour autant que l'autorité soit absolue, à défaut d'identité des parties et de l'acte litigieux⁽²³⁶⁾.

S'opposant à la remise en cause de décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours, l'autorité de la chose jugée tend à « garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration »⁽²³⁷⁾. Ce sont ces finalités qui justifient sa qualification de fin de non-recevoir d'ordre public silencieusement opérée dans une ordonnance de 1987⁽²³⁸⁾. Cette qualification ressort aujourd'hui, de manière explicite, d'une jurisprudence étoffée⁽²³⁹⁾. Elle embrasse tant

235. Concl. TIZZANO sous CJCE, 1^{er} juin 2006, *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845, pt 66.

236. CJCE, 1^{er} juin 2006, *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845, pts 41 et 43-44.

237. CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pt 38.

238. CJCE, ord., 1^{er} avril 1987, *Ainsworth e.a. c/ Commission*, aff. jtes 159/84, 267/84, 12/85 et 264/85, *Rec.*, p. 1579, pts 2-4. Relevant que les recours en annulation et en responsabilité en cause « oppos[ai]ent les mêmes parties, tend[ai]ent aux mêmes fins, sur le fondement des mêmes moyens » que des recours précédemment rejetés au fond, la Cour les a rejetés comme irrecevables en application des dispositions relatives aux fins de non-recevoir d'ordre public. Voy. déjà en faveur du relevé d'office de l'exception tirée de l'autorité de la chose jugée : concl. ROEMER du 19 octobre 1965 sous CJCE, 9 décembre 1965, *Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 29/63, 31/63, 36/63, 39/63 à 47/63, 50/63 et 51/63, *Rec.*, p. 1123, spéc. p. 1174.

239. Voy. s'agissant de cette fin de non-recevoir d'ordre public : A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 581 p., spéc. pp. 208-212.

l'irrecevabilité du recours ou d'un chef de conclusions du fait de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt précédent⁽²⁴⁰⁾ ou d'une ordonnance précédente⁽²⁴¹⁾, que l'irrecevabilité d'un moyen portant sur un point de droit définitivement tranché⁽²⁴²⁾. Cette qualification d'ordre public s'impose sans distinction selon le caractère relatif ou absolu de l'autorité de la chose jugée⁽²⁴³⁾.

À l'inverse, un avocat général s'est interrogé sur la question de savoir si, à l'occasion d'un recours de « manquement sur manquement », la Cour de justice pouvait d'office examiner une « exception de chose non jugée ». En d'autres termes, la Cour peut-elle d'office relever que l'arrêt ayant constaté un manquement étatique n'a pas abordé un point faisant l'objet de la nouvelle procédure ? L'approche ne paraît pas avoir été retenue par la Cour de justice⁽²⁴⁴⁾.

Ancrée dans des considérations objectives de sécurité et de stabilité juridiques, l'autorité de la chose jugée prolonge, dans la conception du juge de l'Union européenne, l'exception de litispendance⁽²⁴⁵⁾. Également d'ordre public, cette dernière se rattache en revanche davantage à des

240. TPI, 26 février 2003, *Lucaccioni c/ Commission*, aff. T-164/01, *RecFP*, pp. I-A-67 et II-367, pt 28 ; Trib. UE, 23 novembre 2011, *Sison c/ Conseil*, aff. T-341/07, *Rec.*, p. II-7915, pt 20 ; Trib. UE, 30 juin 2016, *CW c/ Conseil*, aff. T-516/13, non publié, pts 216-217 ; TFP, 12 décembre 2012, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-43/10, non publié, pt 68.

241. Voy. les ordonnances du président de la CJCE du 11 avril 2001, *Commission c/ Cambridge Healthcare Supplies*, aff. C-471/00 P(R), *Rec.*, p. I-2865, pts 50-52 ; *Commission c/ Bruno Farmaceutici e.a.*, aff. C-474/00 P(R), *Rec.*, p. I-2909, pts 52-54 ; *Commission c/ Hänsele*, aff. C-475/00 P(R), *Rec.*, p. I-2953, pts 52-54 ; *Commission c/ Roussel et Roussel Diamant*, aff. C-477/00 P(R), *Rec.*, p. I-3037, pts 52-54 ; *Commission c/ Roussel et Roussel Iberica*, aff. C-478/00 P(R), *Rec.*, p. I-3079, pts 52-54 ; *Commission c/ Gerot Pharmazeutika*, aff. C-479/00 P(R), *Rec.*, p. I-3121, pts 47-48.

242. Voy. en ce sens : TPI, 1^{er} juillet 2009, *ThyssenKrupp Stainless c/ Commission*, aff. T-24/07, *Rec.*, p. II-2309, pt 94 ; Trib. UE, 4 mai 2017, *Haw Par c/ EUIPO*, aff. T-25/16, non publié, pts 29 et 42-46. La qualification d'ordre public est appuyée sur l'arrêt de principe *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission* (CJCE, 1^{er} juin 2006, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845, pt 45). La Cour de justice y avait qualifié d'ordre public « la question relative à l'autorité absolue de la chose jugée », s'agissant d'un moyen de pourvoi tiré de ce que le Tribunal avait méconnu ladite autorité de la chose jugée.

243. Alors que, s'agissant du moyen de fond, seule la violation de l'autorité absolue de la chose jugée est d'ordre public (voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 1. La garantie de l'effectivité de la mission du juge et de la sécurité juridique : l'autorité absolue de la chose jugée, pp. 300 et s.), en matière de recevabilité, la violation de l'autorité relative de chose jugée est incontestablement d'ordre public. Voy. p. ex. l'affaire *Ainsworth* citée *supra* (note n° 238 du présent Chapitre). Voy. également : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. p. 292.

244. Concl. DARMON sous CJCE, 8 mai 1991, *Commission c/ Italie*, aff. C-266/89, *Rec.*, p. I-2411, pt 7. Voy. à cet égard et pour le terme d'exception de chose non jugée : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. pp. 181-182.

245. Voy. pour une illustration éclairante : TFP, 12 décembre 2012, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-43/10, non publié, pts 67-68. Voy. également à propos des liens fonctionnels entre l'exception de litispendance et l'exception de chose jugée : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. pp. 182-185.

considérations de bonne administration de la justice. Elle illustre ainsi le second fondement objectif des fins de non-recevoir d'ordre public explicitement retenu par la jurisprudence.

B. La garantie de la mission du juge et d'une bonne administration de la justice

Devant les juridictions de l'Union européenne, seules les parties ont l'initiative des procédures contentieuses. Elles délimitent les contours du litige à travers la définition des faits pertinents et/ou litigieux, ainsi que leurs conclusions, leurs moyens et leurs arguments⁽²⁴⁶⁾. Ce cadre s'impose au juge, qui doit l'épuiser en statuant sur toutes les prétentions des parties, sans pour autant et en principe pouvoir le dépasser. Encore faut-il, toutefois, que ce cadre soit clairement délimité. Les conditions de recevabilité tenant à la définition claire des limites du litige sont d'ordre public dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (1). Ambivalente et protéiforme, cette dernière justifie également la consécration du caractère d'ordre public de l'exception de litispendance (2).

1) La définition claire des limites du litige

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, l'étendue de la saisine du juge est fonction des prétentions des parties. Afin de lui permettre de statuer dans le respect de ces prétentions et, ainsi, de sa compétence activée, le statut et les règlements de procédure ont institué une exigence de clarté des écritures. Celle-ci est d'ordre public (a). Dans les voies de droit précédées d'une procédure précontentieuse, cette exigence se dédouble d'une exigence de concordance. Liée à la définition claire de l'étendue de la saisine du juge, celle-ci est également d'ordre public (b).

a) L'exigence de clarté

Le contenu minimal des requêtes est déterminé à l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et précisé par les règlements de procédure⁽²⁴⁷⁾. La requête doit d'abord permettre l'identification de la partie défenderesse. Le manquement à cette exigence donne lieu à une fin de non-recevoir d'ordre public⁽²⁴⁸⁾, dont relève, sous une forme singulière, l'identification *formelle* de la partie défenderesse. Tandis que l'erreur dans

246. Voy. à ce propos : K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure... », *op. cit.*, spéc. pp. 245-246.

247. Art. 120 RP/C (2012) ; art. 76 RP/T (2015).

248. Voy. en ce sens : Trib. UE, ord., 27 mars 2017, *Frank c/ Commission*, aff. T-603/15, non publiée, pts 48, 67 et 72-75.

la désignation de cette partie peut être rectifiée par le juge⁽²⁴⁹⁾, la persistance du requérant à identifier une partie défenderesse erronée conduit au rejet de son recours comme irrecevable⁽²⁵⁰⁾. La détermination *substantielle* de la correcte partie défenderesse est rattachée à cette même condition. Son examen peut conduire le juge à statuer sur la répartition des compétences en matière de délégations⁽²⁵¹⁾.

Plus fondamentalement, toute requête, « titre de la compétence [du juge] à statuer sur le litige »⁽²⁵²⁾, doit contenir l'objet du litige et un exposé sommaire des moyens invoqués. Cet exposé doit être suffisamment clair et précis pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au juge d'exercer son contrôle. Les éléments de droit et de fait sur lesquels un recours est fondé doivent ressortir d'une façon cohérente et compréhensible de la requête⁽²⁵³⁾.

Opposables à toute partie pour toutes écritures⁽²⁵⁴⁾, ces « règles impératives »⁽²⁵⁵⁾ sont parfois rattachées, outre à la bonne administration de la justice, à l'impératif de sécurité juridique⁽²⁵⁶⁾. Elles sont génératrices de fins de non-recevoir d'ordre public⁽²⁵⁷⁾.

249. CJCE, ord., 3 juillet 1986, *Commission c/ Conseil des gouverneurs de la BEI*, aff. 85/86, *Rec.*, p. 2215, pt 6.

250. TPI, ord., 16 octobre 2006, *Aisne et Nature c/ Commission*, aff. T-173/06, non publiée, pt 18 ; Trib. UE, ord., 16 octobre 2014, *Christodoulou et Stavrinou c/ Commission et BCE*, aff. T-332/13, non publiée, pt 36.

251. Voy. pour une illustration hors qualification d'ordre public : Trib. UE, ord., 4 juin 2013, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. T-213/12, *Rec. num.*

252. Ch. VAN REEPINGHEN et P. ORIANNE, *La Procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles – Paris, Larcier – Dalloz, 1961, 181 p., spéc. p. 37.

253. Voy. parmi une jurisprudence abondante : CJCE, 9 janvier 2003, *Italie c/ Commission*, aff. C-178/00, *Rec.*, p. I-303, pt 6 ; CJUE, 30 avril 2014, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-209/13, *Rec. num.*, pt 30 ; TPI, ord., 29 novembre 1993, *Koelman c/ Commission*, aff. T-56/92, *Rec.*, p. II-1267, pt 21 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Roca Sanitario c/ Commission*, aff. T-408/10, *Rec. num.* (extraits), pt 194 ; TFP, 28 avril 2009, *Violetti e.a. c/ Commission*, aff. jtes F-5/05 et F-7/05, *RecFP*, pp. I-A-1-83 et II-A-1-473, pt 58 ; TFP, 12 décembre 2013, *Lebedef c/ Commission*, aff. F-68/12, non publié, pt 66.

254. Y compris à d'éventuels intervenants : Trib. UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission*, aff. T-587/08, *Rec. num.*, pts 394 et 541. Le mémoire en défense doit indiquer notamment les moyens et conclusions du défendeur : art. 124, § 1, sous b) et c), RP/C (2012) ; art. 81, § 1, sous c) et d), RP/T (2015).

255. CJCE, 15 décembre 1961, *Fives Lille Cail e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Rec.*, p. 559, spéc. p. 588. Voy. pour une confirmation récente : CJUE, ord., 29 septembre 2016, *Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT c/ Commission*, aff. C-102/14 P, non publiée, pt 113.

256. Voy. à titre d'exemple : TPI, ord., 25 novembre 2003, *IAMA Consulting c/ Commission*, aff. T-85/01, *Rec.*, p. II-4973, pt 58.

257. CJCE, 15 décembre 1961, *Fives Lille Cail e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Rec.*, p. 559, spéc. p. 588 ; CJUE, ord., 17 juillet 2014, *Melkveebedrijf Overenk e.a. c/ Commission*, aff. C-643/13 P, non publiée, pt 38 ; TPI, 21 mars 2002, *Joynson c/ Commission*,

Celles-ci affectent la recevabilité, selon le cas, du recours en son intégralité, d'un chef de conclusions⁽²⁵⁸⁾, d'un moyen⁽²⁵⁹⁾, d'un grief⁽²⁶⁰⁾, d'une argumentation⁽²⁶¹⁾ ou d'une exception d'illégalité⁽²⁶²⁾.

À titre d'illustration, entre dans cette catégorie de fins de non-recevoir d'ordre public « l'incomplète formulation de la requête » en indemnité au regard des conditions d'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne⁽²⁶³⁾. Dans le contentieux de l'urgence, « le non-respect des dispositions du règlement de procédure constitu[e] une fin de non-recevoir d'ordre public »⁽²⁶⁴⁾, dont relève l'exigence de spécifier, dans la demande en référé, l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence

aff. T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, pt 154 ; TPI, 23 mars 2004, *Theodorakis c/ Conseil*, aff. T-310/02, *RecFP*, pp. I-A-95 et II-427, pt 21 ; TPI, ord., 19 mai 2008, *TF1 c/ Commission*, aff. T-144/04, *Rec.*, p. II-761, pt 13.

258. Voy. p. ex. : CJUE, ord., 29 septembre 2016, *Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT c/ Commission*, aff. C-102/14 P, non publiée, pts 112-114 ; TPI, 23 mars 2004, *Theodorakis c/ Conseil*, aff. T-310/02, *RecFP*, pp. I-A-95 et II-427, pt 21 ; TFP, ord., 19 février 2008, *R c/ Commission*, aff. F-49/07, *RecFP*, pp. I-A-1-35 et II-A-1-171, pts 25 et 49-50.

259. Voy. en ce sens : Trib. UE, 14 février 2012, *Italie c/ Commission*, aff. T-267/06, *Rec. num.*, pt 37.

260. Voy. p. ex. : TPI, 21 mars 2002, *Joynson c/ Commission*, aff. T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, pt 154 ; Trib. UE, 2 décembre 2014, *Italie c/ Commission*, aff. T-661/11, *Rec. num.*, pts 50-51, 60 et 88 ; Trib. UE, 8 octobre 2015, *Italie c/ Commission*, aff. T-358/13, *Rec. num.*, pt 46 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Italie c/ Commission*, aff. T-384/14, *Rec. num.* (extraits), pt 38. Il n'est pas toujours aisé de distinguer cette fin de non-recevoir d'ordre public de celle relative à l'interdiction des moyens et griefs nouveaux. Voy. à ce dernier titre, *supra*, ce §, A, 1, b, ii. La présentation de moyens et conclusions nouveaux (pp. 118 et s.).

261. Voy. en ce sens : Trib. UE, 30 avril 2015, *Al-Chihabi c/ Conseil*, aff. T-593/11, *Rec. num.*, pts 90 et 96.

262. Trib. UE, 11 décembre 2012, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-15/11, *Rec. num.*, pts 47-48.

263. À savoir l'illégalité de comportement reprochée, le préjudice et le lien de causalité : TPI, 10 juillet 1990, *Automec c/ Commission*, aff. T-64/89, *Rec.*, p. II-367, pts 73-74 ; TPI, ord., 13 décembre 1996, *Lebedef c/ Commission*, aff. T-128/96, *RecFP*, pp. I-A-629 et II-1679, pt 25 ; TPI, 8 juin 2000, *Camar et Tico c/ Commission et Conseil*, aff. jtes T-79/96, T-260/97 et T-117/98, *Rec.*, p. II-2193, pts 181-182 et 217 ; TPI, 25 mai 2004, *Distilleria Palma c/ Commission*, aff. T-154/01, *Rec.*, p. II-1493, pts 56-57. Le recours est d'office rejeté comme irrecevable lorsque l'exposé ne serait-ce que d'une seule de ces conditions est insuffisant, voy. p. ex. : TPI, 18 septembre 1996, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. T-387/94, *Rec.*, p. II-961, pts 107-110 ; TPI, 10 juillet 1997, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-38/96, *Rec.*, p. II-1223, pts 42-47 ; TPI, ord., 27 octobre 1999, *Meyer c/ Commission*, aff. T-106/99, *Rec.*, p. II-3273, pts 46-49 ; TPI, ord., 14 décembre 2005, *Arizona Chemical e.a. c/ Commission*, aff. T-369/03, *Rec.*, p. II-5839, pts 119-121.

264. TPI, ord. prés., 7 mai 2002, *Aden e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-306/01 R, *Rec.*, p. II-2387, pt 43 ; TPI, ord. prés., 23 juin 2003, *Schmitt c/ AER*, aff. T-175/03 R, *RecFP*, pp. I-A-175 et II-883, pt 15 ; TPI, ord. prés., 25 mai 2009, *Biofrescos c/ Commission*, aff. T-159/09 R, non publiée, pt 15 ; Trib. UE, ord. prés., 14 octobre 2011, *Rousse Industry c/ Commission*, aff. T-489/11 R, non publiée, pt 6 ; Trib. UE, ord. prés., 18 décembre 2013, *Istituto di vigilanza dell'urbe c/ Commission*, aff. T-579/13 R, non publiée, pt 7.

ainsi que les moyens de droit et de fait justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire demandée (*fumus boni juris*)⁽²⁶⁵⁾.

Cette qualification d'ordre public est intrinsèquement liée à l'office du juge et aux principes directeurs régissant le contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne. Eu égard à la physionomie générale de ce contentieux, l'exigence d'un exposé clair des prétentions et des moyens reflète la répartition des rôles entre le juge et les parties. Elle tend à prévenir tant l'*ultra petita*, le dépassement par le juge des limites de son office, que l'*infra petita*, le non-épuisement par le juge de sa compétence pour statuer sur la demande dont il est saisi⁽²⁶⁶⁾. Elle est une condition consubstantielle au bon exercice de la mission du juge en ce qu'elle tend à mettre celui-ci en mesure de remplir son rôle⁽²⁶⁷⁾. En cela, la clarté des débats facilite aussi le déroulement des procédures et, ainsi, accélère la marche du procès. Elle s'inscrit, partant, dans une idée d'économie de procédure. Enfin, l'exposé clair des demandes et des moyens est également destiné à mettre l'autre partie à la procédure en mesure de préparer sa défense. Les fonctions objectives s'adjoignent ainsi d'une fonction d'apparence subjective⁽²⁶⁸⁾. La

265. Art. 160, § 3, RP/C (2012) ; art. 156, § 4, RP/T (2015).

266. CJCE, 14 décembre 1962, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. jtes 46/59 et 47/59, *Rec.*, p. 783, spéc. p. 801. Voy. pour une reprise par le Tribunal : Trib. UE, 28 mars 2012, *Egan et Hackett c/ Parlement*, aff. T-190/10, non publié, pt 49. Dans le contexte du manquement, cette considération prend un relief plus subjectif tendant en définitive à la protection des droits de la défense de l'État membre défendeur. Voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 2. Une fonction exceptionnellement prépondérante : les droits procéduraux de l'État membre défendeur en manquement (pp. 151 et s.).

267. CJCE, 15 décembre 1961, *Fives Lille Caïl e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Rec.*, p. 559, spéc. p. 588. Cette considération est d'autant plus prégnante dans le contentieux de l'urgence, le juge des référés devant être mis en mesure de statuer, le cas échéant, sans autres informations à l'appui (voy. p. ex. : CJUE, ord. prés., 30 avril 2010, *Ziegler c/ Commission*, aff. C-113/09 P[R], non publiée, pt 13 ; Trib. UE, ord. prés., 11 mars 2013, *Calestep c/ ECHA*, aff. T-89/13 R, non publiée, pt 11) et « avec la célérité requise » (TPI, ord. prés., 25 mai 2009, *Biofrescos c/ Commission*, aff. T-159/09 R, non publiée, pt 19). Ce lien avec le rôle du juge laisse douter de l'opportunité de prolonger le caractère d'ordre public de la clarté de la requête en première instance au stade du pourvoi, comme le Tribunal a semblé le faire dans une affaire *L c/ Parlement* (Trib. UE, 11 septembre 2013, aff. T-317/10 P, non publié, pts 22 et 23). Cette prolongation s'expliquait dans les circonstances de l'espèce. Le requérant avait déposé au greffe du Tribunal de la fonction publique un document d'une page se référant à deux requêtes antérieures. Ce document n'avait pas été enregistré comme requête. Néanmoins, le requérant avait été prié de le régulariser, ce qu'il avait fait par le dépôt d'une requête d'une cinquantaine de pages. Le Tribunal de la fonction publique avait uniquement qualifié ce dernier document de requête. En revanche, sur pourvoi, le Tribunal a qualifié de requête chacun des deux documents. Il a ensuite rejeté comme irrecevable la requête d'une page, en ce qu'elle manquait de la clarté requise. En définitive, il reprochait ainsi au Tribunal de la fonction publique non pas d'avoir statué sur la base d'une requête qui ne l'avait pas mis en mesure d'exercer son contrôle, mais de ne pas avoir qualifié de requête un document qui, bien que non conforme aux exigences de clarté et de ce fait irrecevable, devait l'être.

268. Voy. à cet égard *infra*, cette Section, Sous-section 2. La garantie de droits procéduraux subjectifs, fonction secondaire (pp. 149 et s.).

recevabilité d'une demande se mesure par rapport à la possibilité effective pour l'autre partie de se défendre et à la possibilité pour le juge de statuer utilement⁽²⁶⁹⁾.

En définitive, la qualification d'ordre public de l'exigence de clarté s'inscrit principalement dans un objectif de garantie de la mission du juge et, en particulier, des limites de sa compétence activée. Ce constat explique le caractère strictement négatif de cette qualification, qui ne tend qu'au rejet, d'office, de demandes ou d'allégations insuffisamment précises ou inintelligibles. En revanche, le juge ne s'estime pas tenu de rechercher, ailleurs que dans les écritures des parties, les arguments et moyens venant à l'appui de leurs demandes⁽²⁷⁰⁾.

Dans les contentieux précédés d'une phase précontentieuse, la définition claire du litige requiert en outre une concordance de l'objet des procédures précontentieuse et contentieuse, elle-même d'ordre public.

b) *L'exigence de concordance*

L'exigence de concordance reflète une limitation de l'objet du recours et des moyens susceptibles d'être avancés devant le juge. Seuls les demandes et les moyens avancés au stade précontentieux peuvent être portés devant ce dernier. Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, une telle exigence est requise, selon des modalités variables, dans le recours en manquement, dans le recours en carence⁽²⁷¹⁾, dans les recours des fonctionnaires et agents, qui sont précédés d'une procédure précontentieuse obligatoire⁽²⁷²⁾. La concordance est ancrée, dans le recours en manquement,

269. À défaut d'exposé suffisamment clair pour permettre à la partie défenderesse et au juge, respectivement, de se défendre et d'opérer le contrôle, le juge rejette, même d'office, un recours ou un chef de conclusions comme irrecevable : TPI, ord., 27 octobre 1999, *Meyer c/ Commission*, aff. T-106/99, *Rec.*, p. II-3273, pts 46 et 49.

270. Il n'appartient pas au juge de rechercher dans les annexes aux écritures les éléments venant à l'appui des prétentions des parties (CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. I-5425, pts 97 et 100). De même, le juge des référés estime qu'« il [ne lui] incombe pas [...] de rechercher, en lieu et place de la partie concernée, les éléments contenus dans les annexes ou dans la requête au principal qui seraient de nature à corroborer la demande en référé » (voy. p. ex. : TPI, ord. prés., 25 mai 2009, *Biofrescos c/ Commission*, aff. T-159/09 R, non publiée, pt 18). En revanche, lorsque le manque de clarté n'affecte qu'un chef de conclusions, moyen ou grief, le juge examine ceux dont l'exposé est suffisamment clair et cohérent (voy. p. ex. : TPI, ord. prés., 25 avril 2008, *Vakakis c/ Commission*, aff. T-41/08 R, non publiée, pts 41 et 45-46).

271. A. BARAV, « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *RTDE*, 1975, n° 1, pp. 53-71, spéc. p. 62 ; et « Carence (Recours en -) », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *op. cit.*, pp. 157-161, spéc. p. 160.

272. De manière analogue, une exigence de concordance est requise aux fins des recours dirigés contre les actes de certains organes et organismes de l'Union, tels qu'en particulier l'EUIPO et certaines agences (voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 1. La limitation des pouvoirs du juge à l'égard des instances décisionnelles, pp. 85 et s.).

dans un objectif par essence subjectif de garantie des droits procéduraux des États membres⁽²⁷³⁾. Elle n'a jamais encore été qualifiée d'ordre public dans le recours en carence.

Dans le cadre du contentieux de la fonction publique, l'exigence de concordance affecte à la fois l'objet du recours et sa cause⁽²⁷⁴⁾. En d'autres termes, tant les demandes exprimées par les chefs de conclusions que les moyens de droit et de fait allégués à leur appui doivent coïncider aux stades précontentieux et contentieux. En ces deux facettes, la concordance forme une question d'ordre public⁽²⁷⁵⁾, parfois rattachée « à la régularité de la procédure [précontentieuse] qui a été qualifiée par la Cour de formalité substantielle »⁽²⁷⁶⁾. Elle est liée à l'objectif de cette procédure et, en particulier, à la recherche d'un règlement amiable⁽²⁷⁷⁾, « l'objet [de la] phase [précontentieuse étant] moins de préparer le recours juridictionnel

Une certaine forme de concordance est également requise dans le cadre des pourvois (voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. La limitation de la compétence du juge du pourvoi, pp. 98 et s.).

273. L'exigence de concordance du recours en manquement sera examinée *infra* (cette Section, Sous-section 2, § 2, A, 1. La consécration de fins de non-recevoir d'ordre public se rapportant à la procédure précontentieuse, pp. 151 et s.).

274. Tandis que « la notion d'objet du litige [...] correspond aux prétentions de l'intéressé », « celle de cause du litige [...] correspond au fondement, juridique et factuel, de ces prétentions » : Trib. UE, 25 octobre 2013, *Commission c/ Moschonaki*, aff. T-476/11 P, non publié, pt 84 ; Trib. UE, 4 juillet 2014, *Kimman c/ Commission*, aff. T-644/11 P, non publié, pt 59.

275. TPI, 29 mars 1990, *Alexandrakis c/ Commission*, aff. T-57/89, *Rec.*, p. II-143, pt 8 ; TPI, 16 juillet 1992, *Della Pietra c/ Commission*, aff. T-1/91, *Rec.*, p. II-2145, pt 25 ; TPI, 4 mai 1999, *Z c/ Parlement*, aff. T-242/97, *RecFP*, pp. I-A-77 et II-401, pt 58 ; TPI, 17 décembre 2003, *Chaudhry c/ Commission*, aff. T-133/02, *RecFP*, pp. I-A-329 et II-1617, pt 48 ; TPI, 31 mai 2005, *Dionyssopoulou c/ Conseil*, aff. T-284/02, *RecFP*, pp. I-A-131 et II-597, pts 61-62 ; TFP, 17 juillet 2012, *BG c/ Médiateur*, aff. F-54/11, *RecFP num.*, pt 57 ; TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pt 24. Le juge du pourvoi qualifie d'ordre public la recevabilité, eu égard à l'exigence de concordance, d'un moyen soulevé en première instance : Trib. UE, 22 mai 2014, *BG c/ Médiateur*, aff. T-406/12 P, non publié, pt 27.

276. Voy. notamment : TPI, 29 mars 1990, *Alexandrakis c/ Commission*, aff. T-57/89, *Rec.*, p. II-143, pt 8 ; TPI, 11 juillet 1991, *Von Hoessle c/ Cour des comptes*, aff. T-19/90, *Rec.*, p. II-615, pt 33 ; TPI, 16 juillet 1992, *Della Pietra c/ Commission*, aff. T-1/91, *Rec.*, p. II-2145, pt 25 ; TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pt 26. La qualification de « formalité substantielle » est issue de l'arrêt *De Lacroix c/ Cour de justice* (CJCE, 3 février 1977, aff. C-91/76, *Rec.*, p. 225, pts 10-11).

277. Voy. notamment la jurisprudence citée à la note précédente. Voy. déjà : CJCE, 1^{er} juillet 1976, *Sergy c/ Commission*, aff. 58/75, *Rec.*, p. 1139, pt 32 ; CJCE, 14 mars 1989, *Casto del Amo Martinez c/ Parlement*, aff. 133/88, *Rec.*, p. 689, pt 9. Voy. pour une critique selon laquelle, en pratique, cette procédure ne permet pas toujours d'atteindre ce résultat et tend même davantage à protéger les intérêts de l'institution ou de l'organe défendeur : G. VANDERSANDEN, « Le contentieux de la fonction publique de l'Union européenne : décision judiciaire ou règlement amiable ? », *CDE*, 2010, n^{os} 5-6, pp. 569-585, spéc. pp. 570-572 ; *id.*, « Propositions d'amélioration du régime des voies de recours en matière de fonction publique communautaire », in P. DEMARET, I. GOVAERE et D. HANF (ed.), *European Legal Dynamics. Dynamiques juridiques européennes*, Bruxelles, Peter Lang, 2007, pp. 161-170, spéc.

que de l'éviter »⁽²⁷⁸⁾. Du fait de l'interprétation relativement stricte de la règle de concordance⁽²⁷⁹⁾, il nous semble que la procédure précontentieuse a également, sinon principalement, pour fin et effet la cristallisation de la dispute entre les parties et, partant, la définition claire du litige porté devant le juge. En dépit de ses incontestables spécificités, cette condition et sa qualification d'ordre public s'inscrivent ainsi dans une continuité fonctionnelle avec l'exigence de clarté des écritures. Des finalités similaires sont sous-jacentes, bien que de manière moins explicite, à la qualification d'ordre public de l'exception de litispendance.

2) L'exception de litispendance

La litispendance est la « [s]ituation qui naît lorsqu'un litige pendant devant une juridiction est porté devant une autre juridiction également compétente pour en connaître et qui se résout par le dessaisissement de cette dernière, si l'une des parties le demande »⁽²⁸⁰⁾. Elle concerne des demandes formées entre les mêmes parties, ayant le même objet et la même cause. L'exception de litispendance prend un relief particulier dans le contentieux de l'Union européenne. Étant donné que les compétences

pp. 163-164 et 167. *Adde*, s'agissant du règlement amiable dans le contentieux de la fonction publique : S. VAN RAEPENBUSCH, « Quelques réflexions sur le règlement amiable des litiges portés devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », *RAE*, 2013, n° 2, pp. 291-298.

278. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *RecFP num.*, pt 113.

279. En particulier à la suite d'une redéfinition plus souple proposée par le Tribunal de la fonction publique et infléchie par le Tribunal. Dans l'arrêt *Mandt c/ Parlement* cité à la note précédente, le premier a, s'agissant du contentieux de l'annulation, réinterprété la notion de cause juridique par référence à une distinction entre la légalité interne et la légalité externe. Il suffisait au fonctionnaire de soulever dans la réclamation un moyen se rapportant à l'une ou l'autre de ces causes pour être en droit de soulever, dans sa requête, tout autre moyen se rapportant à la même cause. L'exception d'illégalité et les moyens d'ordre public ont été exemptés de la règle de concordance (pts 109-121 de l'arrêt *Mandt c/ Parlement*). Dans le contentieux indemnitaire, le Tribunal de la fonction publique a ensuite défini la notion de cause juridique comme correspondant au « chef de préjudice » (TFP, 12 mai 2011, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. F-50/09, *RecFP num.*, pt 84). Ces avancées ont été censurées par le Tribunal, tant dans le contentieux de l'annulation (Trib. UE, 25 octobre 2013, *Commission c/ Moschonaki*, aff. T-476/11 P, non publié, pts 75-80), qu'à propos du contentieux indemnitaire (Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pt 90). Seule la dérogation instaurée au profit de l'exception d'illégalité a été validée par le Tribunal (Trib. UE, 27 octobre 2016, *BCE c/ Cerafogli*, aff. T-787/14 P, *Rec. num.*, pts 47, 49 et 61). Voy. pour une analyse : M. ORZAN, « La phase précontentieuse dans le domaine de la fonction publique européenne, à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal de l'Union européenne », *RAE*, 2014, n° 3, pp. 581-589. Voy. également *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 1, a, i. La règle de concordance à la lumière de la jurisprudence récente (pp. 594 et s.).

280. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 620.

des juridictions de l'Union sont exclusives les unes des autres⁽²⁸¹⁾, elle fait échec à la recevabilité d'un recours opposant les mêmes parties, portant sur le même objet et étant fondé sur les mêmes moyens qu'un recours⁽²⁸²⁾ également pendant devant la *même* juridiction⁽²⁸³⁾.

D'ordre public de longue date⁽²⁸⁴⁾, l'exception de litispendance est fondée sur des conditions matérielles identiques à celles de l'exception tirée de l'autorité de la chose jugée. Illustration de la fonction négative de cette autorité⁽²⁸⁵⁾, elle s'en distingue néanmoins. Elle tend, en effet, moins à assurer la sécurité juridique qu'elle ne permet d'« éviter des procédures parallèles »⁽²⁸⁶⁾ devant le même juge. Elle s'inscrit ainsi avant tout dans une

281. Il en va ainsi des compétences respectives de la Cour de justice et du Tribunal (CJCE, ord., 27 mai 2004, *IAMA Consulting c/ Commission*, aff. C-517/03, non publiée, pt 15) et en allait de même de celles du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique (Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pt 47).

282. Le Tribunal prend en considération non seulement un *recours autonome* répondant à cette triple identité d'objet, de cause et de parties, mais également une *adaptation des conclusions* au sens de l'article 86 RP/T (2015) antérieure à l'introduction d'un nouveau recours opposant les mêmes parties, ayant le même objet et étant fondé sur les mêmes moyens : Trib. UE, ord., 21 juin 2012, *Hamas c/ Conseil*, aff. T-531/11, non publiée, pt 16 ; Trib. UE, 18 septembre 2014, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. T-262/12, non publié, pt 40 ; Trib. UE, ord., 12 septembre 2016, *Ezz c/ Conseil*, aff. T-268/16, non publiée, pt 11.

283. « Dans le contentieux de l'Union européenne, la litispendance s'est souvent manifestée sous la forme d'une double saisine d'une seule et même juridiction » : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. p. 182.

284. Voy. en ce sens : CJCE, 26 mai 1971, *Bode c/ Commission*, aff. jtes 45/70 et 49/70, *Rec.*, p. 465, pt 11 ; CJCE, 17 mai 1973, *Perinciole c/ Conseil*, aff. jtes 58/72 et 75/72, *Rec.*, p. 511, pt 5 ; TPI, 12 décembre 1996, *Stott c/ Commission*, aff. T-99/95, *Rec.*, p. II-2227, pts 22-23 ; TPI, ord., 10 mars 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia c/ Commission*, aff. jtes T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 à T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 à T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 à T-276/00, T-281/00, T-287/00 et T-296/00, *Rec.*, p. II-787, pt 39 ; TPI, ord., 14 juin 2007, *Landtag Schleswig-Holstein c/ Commission*, aff. T-68/07, non publiée, pt 12 ; Trib. UE, 18 septembre 2014, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. T-262/12, non publié, pts 38-44 ; Trib. UE, ord., 7 janvier 2015, *Cham et Bena Properties c/ Conseil*, aff. T-607/14, non publiée, pt 16 ; Trib. UE, ord., 12 septembre 2016, *Ezz c/ Conseil*, aff. T-268/16, non publiée, pts 11-12 ; Trib. UE, ord., 29 mai 2017, *Le Pen c/ Parlement*, aff. T-863/16, non publiée, pts 25-26.

285. Voy. à cet égard : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. pp. 182-185. Cette proximité explique que le juge peut requalifier une exception de litispendance invoquée en exception d'autorité de la chose jugée si, en cours d'instance dans laquelle la première est invoquée, la seconde affaire est réglée (voy. les exemples cités par A. TURMO, *op. cit.*, spéc. p. 185, note n° 705).

286. Voy. par analogie en droit international privé : CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a.*, aff. C-351/89, *Rec.*, p. I-3317, pt 16 ; CJUE, 9 novembre 2010, *Purrucker*, aff. C-296/10, *Rec.*, p. I-11163, pt 64. S'agissant de la litispendance d'affaires portées devant les juridictions de deux États membres, cet objectif d'éviter les procédures parallèles s'accompagne d'un objectif tout aussi fondamental d'éviter les contrariétés de décisions qui pourraient en résulter (mêmes arrêts). Cet objectif est moins prégnant devant les juridictions de l'Union européenne, dans la mesure où il est impossible que deux affaires ayant le même objet et la même cause soient portées, entre les mêmes parties, devant deux juridictions également compétentes, leurs compétences étant exclusives les unes des autres.

optique d'économie de procédure et, partant, de bonne administration de la justice. Les deux exceptions sont « associée[s] à un stade différent des procédures contentieuses en cours »⁽²⁸⁷⁾.

La qualification d'ordre public des conditions de recevabilité examinées jusqu'alors est fondée sur deux considérations principales tenant, en substance, d'une part, à la sécurité juridique et à l'accès égal au juge et, d'autre part, au bon déroulement de la mission de ce dernier et du procès au nom de la bonne administration de la justice. Ces deux fondements sont, en réalité, intrinsèquement liés en ce qu'ils dérivent de la conception que le juge se fait de son office. Il dépasserait les limites de cet office s'il statuait en méconnaissance des conditions de recevabilité⁽²⁸⁸⁾ dont la réunion est indispensable à l'activation de sa compétence⁽²⁸⁹⁾. Ce fondement permet d'expliquer la généralisation du caractère d'ordre public des conditions de recevabilité. C'est ainsi qu'il se trouve à la base de la qualification d'ordre public de l'ensemble des autres conditions de recevabilité.

§ 2. – Des considérations implicites de la qualification d'ordre public des autres conditions de recevabilité

À la différence des fins de non-recevoir d'ordre public examinées au paragraphe précédent, la qualification d'ordre public des autres conditions de recevabilité s'est opérée sans réflexion apparente dans la jurisprudence. Ce relatif silence du juge de l'Union européenne tranche avec l'étendue de la qualification d'ordre public qui embrasse la totalité de ces conditions. La généralisation du caractère d'ordre public ne s'en s'explique pas moins par une extrapolation des considérations liées à la sécurité juridique, à l'égal accès à la justice, à l'office du juge et à la bonne administration de la justice. Le respect de toutes conditions de recevabilité forme, en effet, un préalable nécessaire à l'activation de la compétence du juge. Leur vérification

287. A. TURMO, *op. cit.*, spéc. p. 185.

288. En ce sens, dans son célèbre arrêt « *UPA* » (CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 44), la Cour de justice a constaté que « [s]'il est vrai que [la] condition [de recevabilité du recours en annulation d'une personne physique ou morale contre un règlement selon laquelle elle doit être concernée non seulement directement mais également individuellement] doit être interprétée à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective en tenant compte des diverses circonstances qui sont de nature à individualiser un requérant [...], une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter la condition en cause, qui est expressément prévue par le traité, sans excéder les compétences attribuées par celui-ci aux juridictions communautaires ».

289. Aussi, le juge estime parfois que, parce qu'un moyen ou recours est irrecevable, il ne peut l'examiner au fond : TPI, 26 septembre 1990, *F c/ Commission*, aff. T-122/89, *Rec.*, p. II-517, pt 24 ; TFP, 28 octobre 2010, *Vicente Carbajosa e.a. c/ Commission*, aff. F-77/08, *RecFP num.*, pt 48. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1. Les limites liées à la hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public (pp. 510 et s.).

systématique garantit l'égalité des justiciables face à la justice et renforce tant l'image de neutralité du juge que la prévisibilité de l'application de ces conditions. L'ensemble des conditions de recevabilité sont ainsi d'ordre public sans distinction. Du fait de leur nature et des modalités et contraintes inhérentes à leur vérification par le juge, une distinction peut être opérée entre les conditions objectives (A) et les conditions subjectives de recevabilité (B).

A. Les conditions objectives de recevabilité

Les fins de non-recevoir d'ordre public relatives aux conditions objectives de recevabilité peuvent, *grosso modo*, être réparties en quatre catégories ayant trait aux délais et à la présentation des écritures, déjà abordés, aux actes susceptibles de contrôle juridictionnel (1) et à la régularité d'une procédure précontentieuse (2).

1) L'acte susceptible de contrôle juridictionnel

Tout acte d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union européenne n'est pas nécessairement susceptible de contrôle juridictionnel. Outre l'exclusion du champ de la compétence du juge de l'Union de certains actes non justiciables, l'acte déféré au juge doit remplir certaines conditions pour être susceptible de contrôle. La condition tenant à l'existence d'un tel acte, « [c]ondition essentielle à la recevabilité », est vérifiée d'office⁽²⁹⁰⁾. Elle se décompose en deux catégories de fins de non-recevoir d'ordre public.

En premier lieu, l'acte déféré au contrôle du juge ne peut être examiné que pour autant qu'il existe. D'une part, cet acte doit exister matériellement. L'inexistence matérielle de l'acte constitue une fin de non-recevoir d'ordre public du recours en annulation⁽²⁹¹⁾. Ce type de fin de non-recevoir d'ordre public pourrait trouver un renouveau avec l'existence de décisions implicites de rejet parfois admises dans le droit dérivé⁽²⁹²⁾. Le juge sanctionne d'office

290. Voy. p. ex. s'agissant du contentieux de l'annulation : TPI, 10 juillet 1990, *Automec c/ Commission*, aff. T-64/89, *Rec.*, p. II-367, pt 41 ; TPI, ord., 18 novembre 1992, *Rendo e.a. c/ Commission*, aff. T-16/91, *Rec.*, p. II-2417, pt 39 ; TPI, ord., 14 décembre 1993, *Calvo Alonso-Cortés c/ Commission*, aff. T-29/93, *Rec.*, p. II-1389, pt 40 ; Trib. UE, 14 septembre 2011, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-236/02, non publié, pt 125.

291. CJCE, ord., 14 janvier 1992, *ISAE et INTERDATA c/ Commission*, aff. C-130/91, *Rec.*, p. I-69, pts 9 et 11. Voy. également en ce sens : TPI, 12 septembre 2007, *UFEX e.a. c/ Commission*, aff. T-60/05, *Rec.*, p. II-3397, pts 47-49 ; TPI, 9 septembre 2009, *Brink's Security Luxembourg c/ Commission*, aff. T-437/05, *Rec.*, p. II-3233, pts 54-59.

292. Voy. à ce propos : J.-C. BONICHOT, « Le silence de l'administration communautaire – Le silence est-il d'or en droit de l'Union ? », in A. TIZZANO (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 117-129.

le défaut de formation – autrement dit l'inexistence matérielle – d'une telle décision en l'absence de procédure régulière⁽²⁹³⁾.

D'autre part, l'acte doit exister juridiquement. La théorie de l'inexistence juridique, consacrée très tôt par la Cour de justice⁽²⁹⁴⁾, est entourée de conditions strictes et « réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes »⁽²⁹⁵⁾. Moyen d'ordre public soumis à un régime procédural très particulier, l'inexistence de l'acte mis en cause entraîne l'irrecevabilité de la demande⁽²⁹⁶⁾ mais découle de vices substantiels particulièrement graves s'apparentant aux vices, d'ordre public, de légalité⁽²⁹⁷⁾.

En second lieu, l'acte existant doit présenter certaines qualités pour être susceptible de contrôle juridictionnel. Ces qualités, variables selon la voie de droit considérée, relèvent de l'ordre public, comme l'illustrent de nombreux exemples.

Le principal exemple est fourni par le contentieux de l'annulation au titre de l'article 263 TFUE. La fin de non-recevoir tirée de l'absence d'acte attaquant, entendu en substance comme un acte producteur d'effets

293. Voy. en ce sens, dans un cas où la Commission n'a pas été mise en mesure de traiter la demande de la requérante : Trib. UE, ord., 27 mars 2017, *Frank c/ Commission*, aff. T-603/15, non publiée, pts 48 et 54-63. Le classement de cette fin de non-recevoir d'ordre public n'est pas univoque, dans la mesure où elle pourrait tout autant être rangée dans la régularité d'une procédure précontentieuse, en l'occurrence une procédure de contrôle administratif préalable par la Commission des décisions prises par une agence exécutive.

294. CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spéc. p. 122 ; CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 219 et 220 ; CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 12-13 ; CJCE, 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff. 15/85, *Rec.*, p. 1005, pt 10. Au sujet de la nature d'ordre public de l'inexistence juridique, voy. *infra*, en particulier ce Titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 2. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence absolue de l'Union européenne (pp. 169 et s.), ainsi que cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1. Des moyens d'ordre public dérivés de la gravité de l'illégalité : la théorie de l'inexistence (pp. 289 et s.).

295. CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pt 50.

296. CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201. Ainsi, des auteurs l'examinent avec les conditions de recevabilité, voy. notamment : J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015, 816 p., spéc. pp. 687-688 ; F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 94.

297. Le contrôle de l'inexistence constitue un contrôle de légalité (voy. en particulier : D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. p. 362). Dès lors, sa qualification d'ordre public sera examinée avec les moyens d'ordre public de fond.

juridiques vis-à-vis des tiers⁽²⁹⁸⁾, est d'ordre public⁽²⁹⁹⁾. Dans le contentieux de la fonction publique, relève de l'ordre public la fin de non-recevoir analogue tirée de l'absence d'acte faisant grief⁽³⁰⁰⁾. Ces fins de non-recevoir d'ordre public appellent d'importantes vérifications d'office.

Sous leur couvert et d'office, le juge examine le caractère préparatoire de l'acte attaqué⁽³⁰¹⁾, vérifie exceptionnellement si l'acte a été adopté par

298. La notion d'acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE fait l'objet de lignes de jurisprudence discordantes. Selon l'arrêt de principe dit *AETR*, un acte est attaquant lorsqu'il produit des effets juridiques vis-à-vis des tiers (CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, *Rec.*, p. 263, pt 42). Cette condition est parfois subjectivée et rapprochée de la notion de qualité pour agir, au point que l'acte doit produire « des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci » (CJCE, 11 novembre 1981, *IBM c/ Commission*, aff. 60/81, *Rec.*, p. 2639, pt 9). Cette définition subjectivée peut entraîner des confusions (voy. p. ex. : TPI, 27 novembre 2007, *Pitsiorlas c/ Conseil et BCE*, aff. jtes T-3/00 et T-337/04, *Rec.*, p. II-4779, pts 56-78). La Cour a tenté de la limiter à la mise en cause d'actes dont le requérant non privilégié est destinataire (CJUE, 13 octobre 2011, *Deutsche Post c/ Commission*, aff. jtes C-463/10 P et C-475/10 P, *Rec.*, p. I-9639, pts 36-38). Enfin, en vue de la distinction des actes relevant du contrôle de légalité de ceux relevant du contentieux contractuel, la notion d'acte attaquant est parfois réduite, en contradiction patente avec la jurisprudence *AETR*, aux seuls actes visés à l'article 288 TFUE (TPI, ord., 3 octobre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. T-186/96, *Rec.*, p. II-1633, pts 50-51 ; Trib. UE, ord., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro c/ Commission*, aff. T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, pt 23).

299. Voy., sans égard aux distinctions relevées à la note précédente : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 19 ; CJCE, ord., 4 juin 1986, *Groupe des droites européennes c/ Parlement*, aff. 78/85, *Rec.*, p. 1754, pts 9-11 ; CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS e.a. c/ Commission*, aff. C-313/90, *Rec.*, p. I-1125, pts 23-24 ; TPI, ord., 25 octobre 2001, *Métropole Télévision – M 6 c/ Commission*, aff. T-354/00, *Rec.*, p. II-3177, pts 27 et 29 ; TPI, ord., 14 mai 2009, *US Steel Košice c/ Commission*, aff. T-22/07, non publiée, pts 28, 29, 40 et s. ; TPI, 9 septembre 2009, *Brink's Security Luxembourg c/ Commission*, aff. T-437/05, *Rec.*, p. II-3233, pts 54, 60 et s. ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-194/10, non publié, pts 17-18.

300. CJCE, ord., 11 décembre 1986, *Suss c/ Commission*, aff. 25/86, *Rec.*, p. I-3929, pts 5-6 ; CJCE, ord., 7 octobre 1987, *Brüggemann c/ Comité économique et social*, aff. 248/86, *Rec.*, p. 3963, pt 6 ; CJCE, ord., 16 juin 1988, *Progoulis c/ Commission*, aff. 372/87, *Rec.*, p. I-3091, pts 9-10 ; TPI, 25 octobre 2005, *Fardoom et Reinard c/ Commission*, aff. T-43/04, *RecFP*, pp. I-A-329 et II-1465, pts 24-25 ; TPI, 17 mai 2006, *Lavagnoli c/ Commission*, aff. T-95/04, *RecFP*, pp. I-A-2-121 et II-A-2-569, pts 31-32 ; TPI, 19 octobre 2006, *Buendía Sierra c/ Commission*, aff. T-311/04, *Rec.*, p. II-4137, pt 47 ; TPI, 30 janvier 2008, *Strack c/ Commission*, aff. T-85/04, *RecFP*, pp. I-A-2-1 et II-A-2-1, pts 20-21 ; TFP, ord., 23 octobre 2013, *Psarras c/ ENISA*, aff. F-7/12, non publiée, pt 36. *Adde*, s'agissant des actes susceptibles de recours par les agents de la Banque centrale européenne (BCE) : TFP, 16 septembre 2009, *Vinci c/ BCE*, aff. F-130/07, *RecFP*, pp. I-A-1-307 et II-A-1-1651, pts 43-44.

301. Voy. p. ex. : TPI, 10 juillet 1990, *Automec c/ Commission*, aff. T-64/89, *Rec.*, p. II-367, pt 42 ; TPI, 22 mars 1995, *Kotzonis c/ CES*, aff. T-586/93, *Rec.*, p. II-665, pt 31 ; TPI, 3 mai 2007, *Crespinet c/ Commission*, aff. T-261/04, *RecFP*, pp. I-A-2-103 et II-A-2-717, pts 38-44 ; TFP, 14 mai 2014, *Delcroix c/ SEAE*, aff. F-11/13, non publié, pts 24-27. Exceptionnellement, le caractère prématuré du recours dirigé contre un acte préparatoire semble être rattaché aux délais de recours d'ordre public : TPI, 16 décembre 1993, *Moat c/ Commission*, aff. T-58/92, *Rec.*, p. II-1443, pts 36 et 38-39.

l'autorité compétente⁽³⁰²⁾ ou tient compte d'un vice de forme influant sur la recevabilité du recours⁽³⁰³⁾. L'identification de cet acte devrait également relever de cette fin de non-recevoir d'ordre public⁽³⁰⁴⁾.

Une telle fin de non-recevoir d'ordre public peut par ailleurs avoir pour objet la délimitation du champ du recours en annulation par rapport à celui du contentieux contractuel et constituer, de ce fait, un préalable à la vérification, par le juge, de sa compétence⁽³⁰⁵⁾.

Important, l'activisme du juge qui suit la qualification d'ordre public trouve cependant des limites dans l'objet de sa saisine. Ainsi, dans

302. Voy. p. ex. : TPI, 30 juin 1993, *Devillez e.a. c/ Parlement*, aff. T-46/90, *Rec.*, p. II-699, pts 12-14 ; TPI, 18 décembre 2012, *Belgique et Commission c/ Genette*, aff. jtes T-90/07 P et T-99/07 P, *Rec.*, p. II-3859, pts 86 et s. L'on renverra à cet égard à la fine analyse menée par D. RITLÉNG des situations dans lesquelles la Cour de justice fait dépendre la recevabilité du fond et, plus précisément, le caractère attaquant de l'acte attaqué de l'existence d'une compétence en vue de vérifier, selon le cas, que l'acte peut être imputé à une institution, voire qu'il est susceptible de produire des effets juridiques (*Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. pp. 336-353). De même, l'étendue du pouvoir d'une institution et sa nature purement discrétionnaire sont parfois prises en compte, en particulier pour dénier la qualité d'acte attaquant au refus de la Commission d'ouvrir une procédure en constatation de manquement, ce qui a pu être critiqué (N. CATALANO, « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTDE*, 1966, n° 3, pp. 371-382).

303. Ainsi, lors d'un examen d'office du caractère attaquant d'une lettre envoyée par la Commission en réponse à une demande initiale d'accès aux documents, fondée sur le règlement (CE) n° 1049/2001, précité, le Tribunal tient compte de l'omission, contraire à l'article 7, paragraphe 1, dudit règlement, de la Commission d'informer la partie requérante de son droit de présenter une demande confirmative. Ce « vice de forme » rend alors « recevable, à titre exceptionnel », la demande d'annulation de la décision prétendument contenue dans ladite lettre, étant donné que « [s]'il en était autrement, la Commission pourrait se soustraire au contrôle du juge [de l'Union] en raison d'un vice de forme qui lui est imputable » : TPI, 9 septembre 2009, *Brink's Security Luxembourg c/ Commission*, aff. T-437/05, *Rec.*, p. II-3233, pts 54 et 63-75.

304. L'on songe en particulier aux hypothèses de recours préalables à la saisine du juge et ouverts devant des instances internes à diverses agences de l'Union européenne ou devant la Commission. Le cadre légal est marqué d'une relative hétérogénéité, liée aux différences entre les régimes établis par les actes créant les agences, ainsi qu'à une jurisprudence sectorielle qui manque de vision globale. Les questions sont nombreuses, qu'il s'agisse de déterminer le caractère obligatoire ou facultatif d'une telle procédure préalable, le caractère attaquant de l'acte initial ou de l'acte pris au terme de ce contrôle et le respect des délais. Les conditions de recevabilité liées à l'acte attaquant, à la détermination de la partie défenderesse, à la régularité d'une procédure précontentieuse, voire à la limitation de la compétence du juge par rapport à l'objet de cette procédure se chevauchent et restent à être clarifiées. Voy. à propos des problèmes liés au contrôle juridictionnel des actes des agences de l'Union européenne, *inter alia* : M. CHAMON, « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 541-574, spéc. pp. 543-567 ; L. GRARD, « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », in F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *op. cit.*, pp. 137-159. Voy., plus généralement, au sujet des agences de l'Union : J.-F. COUZINET (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Études de l'IREDE, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 306 p. ; D. DÉRO-BUGNY, « Agences européennes », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 245, 2016.

305. Les actes non détachables de relations contractuelles sont insusceptibles de recours en annulation. Cette vérification semble relever d'une fin de non-recevoir d'ordre public : TPI, ord., 9 juin 2005, *Helm Döngemittel c/ Commission*, aff. T-265/03, *Rec.*, p. II-2009, pts 27, 38 et 39.

le contexte de la distinction des champs respectifs des contentieux contractuel et d'annulation, le juge, saisi erronément d'un recours en annulation d'un acte non détachable de la relation contractuelle entre les parties au litige, rejette le recours comme irrecevable et ne le requalifie en recours contractuel que sur demande de la partie intéressée ou, à tout le moins, à condition que celle-ci ne s'y oppose pas⁽³⁰⁶⁾. Il refuse, ce faisant, de « sauver » la recevabilité d'un recours. Il ne peut davantage étendre d'office l'objet du recours à des actes que la partie requérante aurait pu avoir intérêt à inclure dans son action, mais qu'elle n'a pas visés⁽³⁰⁷⁾.

De manière plus résiduelle, d'autres exemples de la nature d'ordre public des conditions relatives aux actes susceptibles de contrôle peuvent être trouvés en dehors ou à la marge du contentieux de l'annulation. Ainsi, dans le cadre de la CECA, la procédure en carence instituée par l'article 35 du traité CECA était subordonnée à l'existence d'une « carence » entendue comme décision implicite de rejet susceptible de recours. La Cour de justice relevait d'office l'inexistence d'une telle « carence »⁽³⁰⁸⁾. Son caractère d'ordre public se justifiait par l'impératif d'assurer l'étanchéité des champs respectifs des recours en annulation, dirigés contre une décision explicite de rejet, et des recours en carence du traité CECA, dirigés fictivement contre une décision implicite⁽³⁰⁹⁾. Il illustre également qu'une fin de non-recevoir d'ordre public peut se présenter à « double facette » en assurant à la fois le respect des conditions de recevabilité de la voie de recours introduite et le respect de celles d'une autre voie de recours liée à la première.

De manière tout aussi résiduelle, les conditions de recevabilité d'une exception d'illégalité et, plus particulièrement, celles relatives aux actes susceptibles d'en faire l'objet ainsi que l'exigence d'un lien direct entre ces

306. Voy. en particulier : TPI, ord., 10 mai 2004, *Musée Grévin c/ Commission*, aff. jtes T-314/03 et T-378/03, *Rec.*, p. II-1421, pt 88 ; Trib. UE, 24 octobre 2014, *Technische Universität Dresden c/ Commission*, aff. T-29/11, *Rec. num.*, pts 42-43.

307. Le Tribunal ne peut d'office et en l'absence de demande en ce sens modifier l'objet du recours de sorte à inclure, par voie d'adaptation des conclusions, des actes intervenus en cours d'instance et par lesquels les mesures restrictives prises à l'égard du requérant ont été maintenues : Trib. UE, 25 avril 2013, *Gossio c/ Conseil*, aff. T-130/11, non publié, pt 33.

308. CJCE, 17 juillet 1959, *Snupat c/ Haute Autorité*, aff. jtes 32/58 et 33/58, *Rec.*, p. 275, spéc. p. 299 ; CJCE, 17 juillet 1959, *SAFE c/ Haute Autorité*, aff. 42/58, *Rec.*, p. 381, spéc. p. 400 ; CJCE, 6 avril 1962, *Meroni e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 21/61 à 26/61, *Rec.*, p. 143, spéc. p. 154. Voy. sur le recours en carence de la CECA : M. DONY et Th. RONSE, « Réflexions sur la spécificité du recours en carence », *CDE*, 2000, n^{os} 5-6, pp. 595-636, spéc. pp. 599-601 ; P. SOLDATOS, « L'introuvable recours en carence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1969, n^o 3, pp. 313-334, spéc. pp. 315-323 ; A. BARAV, « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *op. cit.*, spéc. pp. 63-64.

309. Voy. en ce sens : concl. MISCHO sous CJCE, 9 avril 1987, *Assider et Italie c/ Commission*, aff. jtes 167/85 et 212/85, *Rec.*, p. 1701, spéc. p. 1711.

actes et le litige principal semblent relever de l'ordre public⁽³¹⁰⁾. Devraient également être hissées au rang d'ordre public les exigences relatives aux décisions susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi⁽³¹¹⁾ ou d'une demande de révision⁽³¹²⁾. Il en va de même, dans le contentieux de la propriété intellectuelle, des décisions d'une chambre de recours de l'EUIPO qui peuvent faire l'objet d'une demande d'annulation ou de réformation⁽³¹³⁾.

Il ressort de ce panorama jurisprudentiel que la définition de l'acte susceptible d'être soumis au contrôle juridictionnel relève, en tant que telle, de l'ordre public. Cette qualification tend à garantir la définition des conditions du contrôle juridictionnel et l'utilité de l'intervention du juge. La qualification d'ordre public est entière, dès lors que le juge prend d'office en considération l'ensemble des éléments entourant l'acte déféré à son contrôle, tels qu'ils ressortent du dossier. Est également d'ordre public une seconde série de conditions objectives de recevabilité, ayant trait au déroulement régulier des procédures précontentieuses.

2) Les procédures précontentieuses

Des procédures précontentieuses sont instituées dans les recours en manquement et en carence ainsi que dans le contentieux de la fonction publique⁽³¹⁴⁾. Les conditions de régularité de ces procédures sont d'ordre

310. Voy. en ce sens : CJCE, 18 mars 1980, *Valsabbia c/ Commission*, aff. jtes 154/78, 205/78, 206/78, 226/78 à 228/78, 263/78 et 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 et 85/79, *Rec.*, p. 907, pts 7-9 ; TPI, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-305/94 à 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 282-293. L'irrecevabilité d'une exception d'illégalité découlant de l'irrecevabilité du recours sur lequel elle se greffe semble d'ordre public : TPI, ord., 8 juillet 1999, *Area Cova e.a. c/ Conseil*, aff. T-194/95, *Rec.*, p. II-2271, pts 22 et 78-79 ; TPI, ord., 8 juillet 1999, *Area Cova e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-12/96, *Rec.*, p. II-2301, pts 21 et 77-78.

311. À savoir les décisions mettant fin à l'instance et les décisions qui tranchent partiellement le litige au fond ou qui mettent fin à un incident de procédure portant sur une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité : art. 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne. Voy. en faveur d'une qualification d'ordre public : CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pt 46.

312. TFP, 20 septembre 2011, *Fouwels e.a. c/ Commission*, aff. F-8/05 REV, non publié, pts 19-20 ; TFP, 20 septembre 2011, *De Buggenoms e.a. c/ Commission*, aff. F-45/06 REV, non publié, pts 19-20 ; TFP, 20 septembre 2011, *Saintraint c/ Commission*, aff. F-103/06 REV, non publié, pts 19-20.

313. Voy. en ce sens : Trib. UE, 13 mai 2015, *Group Nivelles c/ OHMI*, aff. T-15/13, *Rec. num.*, pts 25-35. La recevabilité d'une telle demande est subordonnée au fait que la décision n'a pas fait droit aux prétentions de la partie en cause. Ces conditions présentent un lien évident avec la qualité pour agir.

314. Nous écartons d'emblée le contentieux contractuel. Certes, la Cour de justice a pu constater d'office l'irrecevabilité d'un chef de conclusions d'un recours introduit sur le fondement d'une clause compromissoire faute d'avoir fait l'objet d'une demande de conciliation précontentieuse, prescrite par la loi italienne applicable au contrat et relevée d'office par le juge italien (CJCE, 6 avril 1995, *Bauer c/ Commission*, aff. C-299/93, *Rec.*, p. I-839, pts 20-22).

public dans leur intégralité. À la différence des deux autres procédures, la procédure précontentieuse du manquement est toute entière tournée vers la garantie des droits de la défense de l'État membre défendeur. Elle sera dès lors examinée ultérieurement⁽³¹⁵⁾.

Dans le recours en carence et dans le contentieux de la fonction publique, la qualification d'ordre public des conditions de régularité de la procédure précontentieuse est de principe et d'un large rayonnement. Elle recouvre tous les aspects, étapes et délais de ces procédures, que le juge examine d'office eu égard aux éléments du dossier.

Ainsi, s'agissant du recours en carence, le « non-respect des formalités essentielles » prévues à l'article 265, deuxième alinéa, TFUE est constitutif d'une fin de non-recevoir d'ordre public⁽³¹⁶⁾ dont relèvent tant l'absence de toute invitation à agir⁽³¹⁷⁾ que, semble-t-il, son irrégularité⁽³¹⁸⁾, voire sa tardiveté⁽³¹⁹⁾.

De manière analogue, les règles relatives à la procédure précontentieuse du contentieux de la fonction publique, posées aux articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires de l'Union européenne (ci-après le « statut des fonctionnaires »), sont d'ordre public⁽³²⁰⁾. Leur vérification peut conduire

Néanmoins, l'affaire est dépourvue de pertinence aux fins de la présente analyse dès lors que tant le relevé d'office que la condition d'une demande précontentieuse étaient appuyés sur le seul droit applicable au contrat. F. CASTILLO DE LA TORRE (« Le relevé d'office... », *op. cit.*, spéc. p. 419) semble toutefois en déduire que la Cour examine d'office, dans ce contentieux, la recevabilité des chefs de conclusions.

315. Voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 2, A. Un fondement subjectif explicite : les fins de non-recevoir d'ordre public se rapportant à la procédure précontentieuse (pp. 151 et s.).

316. CJCE, ord., 14 janvier 1992, *ISAE et INTERDATA c/ Commission*, aff. C-130/91, *Rec.*, p. I-69, pts 9 et 12.

317. TPI, ord., 11 mars 1996, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-195/95, *Rec.*, p. II-171, pt 22.

318. Voy. en ce sens : CJCE, ord., 14 janvier 1992, *ISAE et INTERDATA c/ Commission*, aff. C-130/91, *Rec.*, p. I-69, pts 9 et 12. Il est à noter, toutefois, que le non-respect des formalités essentielles semble tenir, en l'espèce, à la tardiveté du recours (voy. les arguments de la Commission, pt 7). En revanche, l'avocat général GULMANN avait, dans une affaire antérieure, proposé à la Cour de ne pas relever d'office la non-conformité de l'invitation à agir avec les exigences de l'article 175 CEE : concl. GULMANN sous CJCE, 24 novembre 1992, *Buckl e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, pt 12.

319. L'invitation à agir doit être présentée dans un « délai raisonnable » : CJCE, 6 juillet 1971, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. 59/70, *Rec.*, p. 639, pt 19 ; CJCE, 16 février 1993, *ENU c/ Commission*, aff. C-107/91, *Rec.*, p. I-599, pts 23-25. L'avocat général GEELHOED semble s'être prononcé pour une possibilité de relever d'office la tardiveté d'une invitation à agir : concl. sous CJCE, 25 septembre 2003, *Schlüsselverlag J. S. Moser e.a. c/ Commission*, aff. C-170/02 P, *Rec.*, p. I-9889, pts 30, 33 et 45-47. La Cour ne s'est pas prononcée sur cette question.

320. CJCE, ord., 4 juin 1987, *P. c/ CES*, aff. 16/86, *Rec.*, p. 2409, pts 5-6 ; CJCE, 27 juin 1989, *Giordani c/ Commission*, aff. 200/87, *Rec.*, p. 1877, pts 10-11 ; TPI, ord., 11 mai 1992, *Whitehead c/ Commission*, aff. T-34/91, *Rec.*, p. II-1723, pts 18-19 ; TPI, 8 juin 1993, *Fiorani c/ Parlement*,

le juge à qualifier de manière autonome⁽³²¹⁾ les actes intervenus dans les relations entre l'institution et le fonctionnaire ou l'agent, à déterminer la procédure précontentieuse applicable⁽³²²⁾ et à vérifier le respect et la régularité de chacune de ses étapes⁽³²³⁾. En l'absence de toute procédure précontentieuse, le caractère prématuré du recours est constaté à titre de fin de non-recevoir d'ordre public⁽³²⁴⁾. En cas d'adoption, en cours d'instance, d'une nouvelle décision se substituant à la décision attaquée, le juge de la fonction publique vérifie d'office si la demande d'annulation visant désormais la nouvelle décision est recevable en l'absence de déroulement d'une nouvelle procédure précontentieuse⁽³²⁵⁾.

L'étendue de la qualification d'ordre public s'explique par les exigences de régularité de la saisine du juge, mais aussi par l'objectif des procédures précontentieuses, qui sont destinées à éviter une telle saisine. Elle reflète également le caractère d'ordre public des délais de recours, tant il est vrai que « la phase du préalable administratif est essentielle pour la détermination du point de départ du délai »⁽³²⁶⁾.

En somme, le caractère d'ordre public des conditions objectives de recevabilité est entier. Le juge procède d'office à toutes les vérifications nécessaires, sous la seule réserve des exceptions qui, comme cela a été

aff. T-50/92, *Rec.*, p. II-555, pt 14 ; TPI, ord., 15 décembre 1998, *de Compte c/ Parlement*, aff. T-25/98, *RecFP*, pp. I-A-629 et II-1903, pt 38 ; TFP, 30 novembre 2009, *Ridolfi c/ Commission*, aff. F-3/09, *RecFP*, pp. I-A-1-491 et II-A-1-2671, pt 80 ; TFP, 16 septembre 2013, *Höpcke c/ Commission*, aff. F-46/12, non publié, pt 24.

321. Voy. notamment : TPI, ord., 11 mai 1992, *Whitehead c/ Commission*, aff. T-34/91, *Rec.*, p. II-1723, pt 19 ; TFP, 8 mars 2012, *Kerstens c/ Commission*, aff. F-12/10, non publié, pt 116.

322. Cette procédure diffère selon que le fonctionnaire met en cause un acte faisant grief ou un comportement dépourvu de caractère décisionnel ayant causé un dommage (voy. *supra*, note n° 164 du présent Chapitre). La détermination de la procédure précontentieuse applicable requiert une détermination de l'origine de la faute alléguée, laquelle, « indispensable » à la vérification des conditions de procédure et des délais, « relève de la seule compétence du juge [de l'Union] sans qu'il soit tenu à cet égard par la qualification donnée par les parties » : TPI, ord., 10 novembre 2009, *Tiralongo c/ Commission*, aff. T-180/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-117 et II-B-1-711, pt 25 ; Trib. UE, 13 décembre 2012, *A c/ Commission*, aff. T-595/11 P, non publié, pt 112.

323. TPI, 13 juillet 2006, *Andrieu c/ Commission*, aff. T-285/04, *RecFP*, pp. I-A-2-161 et II-A-2-775, pts 129-136 ; TPI, 14 septembre 2006, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. T-119/04, *RecFP*, pp. I-A-2-175 et II-A-2-859, pts 59 et 61-64 ; TPI, 5 décembre 2006, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-424/04, *RecFP*, pp. I-A-2-323 et II-A-2-1649, pt 146. Le juge vérifie également les délais, voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1, A, 1, a, i, α. Les délais de forclusion, délais d'ordre public (pp. 104 et s.).

324. Voy. en ce sens : CJCE, ord., 28 novembre 1985, *Grégoire-Foulon c/ Parlement*, aff. 19/85, *Rec.*, p. 3771, pts 8-9 ; TPI, 18 décembre 2012, *Belgique et Commission c/ Genette*, aff. jtes T-90/07 P et T-99/07 P, *Rec.*, p. II-3859, pts 86 et 106.

325. TPI, 26 octobre 2004, *Brendel c/ Commission*, aff. T-55/03, *RecFP*, pp. I-A-311 et II-1437, pts 45-56.

326. Voy. s'agissant du recours en carence : G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 225.

relevé en matière de délais de recours, doivent être invoquées par la partie intéressée. Cette approche du juge tranche de prime abord avec le traitement qu'il réserve aux conditions subjectives de recevabilité. Leur caractère d'ordre public est, en effet, essentiellement négatif. Tandis que le juge relève d'office les éléments conduisant à un constat d'irrecevabilité, il refuse de rechercher d'office des éléments de nature à démontrer la réunion des conditions subjectives. La différence est toutefois davantage de degré que de nature et s'explique essentiellement par les éléments figurant au dossier porté devant le juge.

B. *Les conditions subjectives de recevabilité*

Les conditions subjectives de recevabilité concernent, dans le droit du contentieux de l'Union européenne, avant tout les requérants dits « non privilégiés », c'est-à-dire des requérants autres que les États membres et les institutions de l'Union. Dits « privilégiés », ces derniers peuvent agir sans avoir à démontrer ni de qualité particulière ni d'intérêt à agir⁽³²⁷⁾. En revanche, les requérants non privilégiés doivent dûment établir tant leur intérêt que leur qualité pour former un recours, pour présenter certaines demandes, voire pour soulever certains moyens. En outre, l'intervention est soumise à la démonstration d'un intérêt à la solution du litige, étant précisé que la qualité d'un intervenant pour soulever des moyens est réduite. Exceptionnellement, la qualité d'une partie défenderesse peut être mise en cause.

Les conditions tenant à l'intérêt et à la qualité sont en substance destinées à assurer un effet pratique à la décision du juge⁽³²⁸⁾ et permettent de réguler le flot des affaires portées devant lui. Essentielles et cumulatives, elles sont d'ordre public. Le juge rejette d'office, au nom de l'ordre public, un recours ou une demande à défaut pour la partie intéressée d'avoir établi son intérêt (1) ou sa qualité (2).

1) L'intérêt

L'intérêt à agir « constitue la condition essentielle et première de tout recours en justice »⁽³²⁹⁾. L'existence d'un tel intérêt tend à assurer l'utilité de

327. Voy. explicitement s'agissant du recours en annulation : Trib. UE, 6 avril 2017, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. T-219/14, *Rec. num.*, pt 43.

328. En cas d'irrecevabilité pour défaut de qualité ou d'intérêt de la partie requérante, « une décision rendue sur le bien-fondé de la prétention resterait sans effet ; elle n'aurait servi qu'à entretenir l'esprit de chicane et exacerber les antagonismes » : S. JAHEL, *op. cit.*, spéc. p. 726.

329. CJCE, ord. prés. 2^e ch., 31 juillet 1989, *S. c/ Commission*, aff. 206/89 R, *Rec.*, p. 2841, pt 8 ; CJUE, 17 septembre 2015, *Mory e.a. c/ Commission*, aff. C-33/14 P, *Rec. num.*, pt 58.

l'intervention du juge et à garantir sa fonction juridictionnelle⁽³³⁰⁾. Le défaut d'intérêt à agir constitue une fin de non-recevoir d'ordre public par nature. Il en va ainsi de l'intérêt à agir en annulation⁽³³¹⁾, de l'intérêt à faire constater une carence⁽³³²⁾, de l'intérêt à se pourvoir⁽³³³⁾ ou encore de l'intérêt à obtenir le sursis sollicité⁽³³⁴⁾. Il semble en être de même de l'absence d'intérêt à la solution du litige d'un demandeur non privilégié en intervention⁽³³⁵⁾ ou du défaut d'intérêt à soulever un moyen ou une branche de moyen⁽³³⁶⁾.

La jurisprudence relative au caractère d'ordre public de l'intérêt à agir appelle deux observations. D'une part, étrangement et sans nécessité, ce caractère est parfois transposé à la perte de l'intérêt à agir en cours

Voy. à propos de l'intérêt à agir : M. CANEDO, « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *RTDE*, 2000, n° 3, pp. 451-510. L'auteur procède toutefois à quelques confusions entre l'intérêt à agir et la qualité pour agir.

330. Voy. en ce sens : L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, 997 p., spéc. pp. 344-345.

331. TPI, 28 septembre 2004, *MCI c/ Commission*, aff. T-310/00, *Rec.*, p. II-3253, pts 44-45 ; TPI, 14 avril 2005, *Sniace c/ Commission*, aff. T-141/03, *Rec.*, p. II-1197, pt 22 ; TPI, 18 mars 2009, *Shanghai Excell M&E Enterprise et Shanghai Adepteck Precision c/ Conseil*, aff. T-299/05, *Rec.*, p. II-565, pt 42 ; Trib. UE, ord., 24 mars 2011, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. T-36/10, *Rec.*, p. II-1403, pt 45 ; Trib. UE, 14 novembre 2013, *ICdA e.a. c/ Commission*, aff. T-456/11, *Rec. num.*, pt 29 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. T-219/14, *Rec. num.*, pt 42. Voy. également, s'agissant du contentieux de la fonction publique : CJCE, ord., 7 octobre 1987, *D. M. c/ Conseil et CES*, aff. 108/86, *Rec.*, p. 3933, pt 10 ; CJCE, ord., 24 septembre 1987, *Vlachou c/ Cour des comptes*, aff. 134/85, *Rec.*, p. 3633, pts 6 et 8 ; TPI, 18 février 1993, *Mc Avoy c/ Parlement*, aff. T-45/91, *Rec.*, p. II-83, pt 22 ; TPI, ord., 22 novembre 2006, *Milbert e.a. c/ Commission*, aff. T-434/04, *RecFP*, pp. I-A-2-273 et II-A-2-1423, pt 29 ; TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 55.

332. TPI, 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni c/ Commission*, aff. T-26/01, *Rec.*, p. II-3951, pts 92-93.

333. CJCE, 19 octobre 1995, *Rendo e.a. c/ Commission*, aff. C-19/93 P, *Rec.*, p. I-3319, pt 13 ; CJUE, ord. prés., 27 octobre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. C-605/10 P(R), non publiée, pt 15 ; CJUE, 21 mars 2013, *Commission c/ Buczek Automotive et Pologne*, aff. C-405/11 P, non publié, pt 15 ; CJUE, ord., 16 mai 2013, *Caixa Geral de Depósitos c/ Commission et Portugal*, aff. C-242/11 P, non publiée, pt 18.

334. TPI, ord. prés., 18 février 2008, *Jurado Hermanos c/ OHMI*, aff. T-410/07 R, non publiée, pts 25 et 30 ; Trib. UE, ord. prés., 2 décembre 2011, *Carbuniún c/ Conseil*, aff. T-176/11 R, non publiée, pts 17-18 ; Trib. UE, ord. prés., 16 juin 2015, *Alcogroup et Alcodis c/ Commission*, aff. T-274/15 R, non publiée, pts 14 et 16-17.

335. CJUE, ord., 21 décembre 2012, *Conseil c/ Fulmen et Mahmoudian*, aff. C-280/12 P, non publiée, pts 6 et s. Alors que les parties principales ne se sont pas opposées à la demande d'intervention, la Cour de justice l'a rejetée faute d'intérêt à la solution du litige. Cela étant, en pratique, à défaut de contestation, les demandes d'intervention sont fréquemment admises, pour peu que le demandeur avance quelques éléments établissant son intérêt à la solution du litige.

336. Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10, *Rec. num.* (extraits), pts 52-53.

d'instance⁽³³⁷⁾, ce qui confère un champ excessif à la notion de fin de non-recevoir d'ordre public et conduit à confondre deux situations distinctes⁽³³⁸⁾. D'autre part, la nature d'ordre public du défaut d'intérêt à agir doit être conciliée avec la jurisprudence selon laquelle il appartient à la partie requérante « d'apporter la preuve de son intérêt à agir »⁽³³⁹⁾. Il s'ensuit, probablement, que cette fin de non-recevoir opère essentiellement dans un sens négatif. L'intérêt à agir tenant avant tout à la situation individuelle de la partie intéressée, le juge n'a d'autre moyen que d'examiner si, au vu des éléments du dossier, cette condition est ou non remplie. Il relève ainsi d'office le défaut d'intérêt, le cas échéant après avoir sollicité les observations de la partie concernée de sorte à lui permettre de justifier de son intérêt⁽³⁴⁰⁾. Il ne peut en revanche guère compléter une telle justification de sa propre initiative, dès lors que ladite justification dépend d'éléments factuels que seule la partie intéressée peut apporter.

Cette observation permet également d'expliquer la différence, apparente, entre l'étendue de la qualification d'ordre public des conditions objectives de recevabilité et celle de la qualification analogue de l'intérêt à agir. Tandis que les premières peuvent, en principe, être vérifiées sur la base des éléments figurant au dossier, à savoir les éléments permettant de déterminer le point de départ d'un délai et sa computation, l'acte déferé au contrôle, dont le juge apprécie le caractère attaquant à la lumière de sa

337. Le Tribunal a jugé que « le défaut d'intérêt à agir constitue une fin de non-recevoir d'ordre public que le juge de l'Union européenne peut examiner d'office » et « que, s'agissant de la disparition de l'intérêt à agir en cours d'instance, le juge de l'Union peut également l'examiner d'office » (voy. p. ex. : Trib. UE, 5 octobre 2011, *Mindo c/ Commission*, aff. T-19/06, *Rec.*, p. II-6795, pt 60). Le TFP en a déduit que « la question de la disparition de l'intérêt à agir en cours d'instance constitue une fin de non-recevoir d'ordre public que le juge de l'Union doit examiner d'office » (TFP, 11 décembre 2012, *Ntouvas c/ ECDC*, aff. F-107/11, non publié, pt 34). En outre, il arrive que le Tribunal, après avoir qualifié d'ordre public le défaut de l'intérêt à agir vérifié en réalité son maintien (Trib. UE, 7 mars 2013, *Acino c/ Commission*, aff. T-539/10, non publié, pts 29-46 ; Trib. UE, 10 avril 2013, *GRP Security c/ Cour des comptes*, aff. T-87/11, non publié, pts 43-49).

338. Si l'existence d'un intérêt à agir au moment de l'introduction du recours est une condition de recevabilité, qualifiée d'ordre public, la perte de l'intérêt à agir en cours d'instance ne rend pas le recours irrecevable mais conduit à un non-lieu qui peut être constaté d'office : Trib. UE, 6 avril 2017, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. T-219/14, *Rec. num.*, pt 45 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Saremar c/ Commission*, aff. T-220/14, *Rec. num.* (extraits), pt 52.

339. CJCE, ord. prés. 2^e ch., 31 juillet 1989, *S. c/ Commission*, aff. C-206/89 R, *Rec.*, p. 2841, pt 8 ; CJUE, 4 juin 2015, *Andechser Molkerei Scheitz c/ Commission*, aff. C-682/13 P, non publié, pts 27-28 ; TPI, 14 avril 2005, *Sniace c/ Commission*, aff. T-141/03, *Rec.*, p. II-1197, pt 31 ; Trib. UE, 14 novembre 2013, *ICdA e.a. c/ Commission*, aff. T-456/11, *Rec. num.*, pt 31.

340. Dans la mesure où le juge doit en principe entendre les parties avant de procéder à un relevé d'office (voy. *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties, pp. 683 et s.), la partie intéressée aura tout loisir de se prévaloir d'éventuelles circonstances particulières.

substance, et les éléments relatifs au déroulement d'une procédure précontentieuse éventuelle, les éléments de fait qui seraient de nature à démontrer un intérêt à agir sont afférents à la situation du justiciable et ne peuvent, par définition, qu'être apportés par celui-ci. Un constat analogue s'impose quant à la qualité pour agir.

2) La qualité

La qualité de partie au litige devant les juridictions de l'Union européenne relève de l'ordre public. Seules peuvent ester devant ces juridictions certaines personnes, physiques ou morales ; seuls peuvent se voir attirés en justice devant ces juridictions, outre les institutions de l'Union européenne et, dans le cadre du recours en manquement, les États membres, les organes et organismes de celle-ci. Si la qualité de partie défenderesse donne rarement lieu à débat⁽³⁴¹⁾, les conditions tenant à la qualité pour agir peuvent être de nature à fortement restreindre l'accès des requérants non privilégiés au juge. Elles sont, par définition, d'ordre public, qu'il s'agisse de la qualité pour former un recours (a) ou de celle, plus rarement requise, pour formuler certaines demandes ou soulever certains moyens (b).

a) La qualité pour former un recours

La qualité pour agir est le « [t]itre auquel est attaché, dans certaines actions, le droit d'agir en justice »⁽³⁴²⁾. Elle est, par principe, constitutive d'une fin de non-recevoir d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne.

Certaines considérations d'ordre public liées au statut de la partie requérante devant les juridictions de l'Union européenne sont communes à l'ensemble des voies de droit⁽³⁴³⁾. Il en va ainsi, en particulier, de la condition, liée à la capacité pour agir, pour une personne morale de fournir la preuve de son existence juridique et de l'établissement régulier du mandat donné à son avocat⁽³⁴⁴⁾. Le Tribunal s'interroge également d'office sur le statut d'une

341. Le problème se situe alors soit au niveau de l'identification formelle de la partie défenderesse, soit au niveau de la détermination de l'entité à laquelle l'acte faisant l'objet du litige est imputable. Voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 1. La garantie de la compétence de principe des juridictions nationales (pp. 72 et s.), ainsi que cette Sous-section, § 1, B, 1, a. L'exigence de clarté (pp. 122 et s.).

342. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 838.

343. Dans le cadre du traité CECA, seules certaines entités privées avaient qualité pour agir devant la Cour. Le défaut de cette qualité était d'ordre public : TPI, 24 octobre 1997, *EISA c/ Commission*, aff. T-239/94, *Rec.*, p. II-1839, pt 27 ; TPI, 7 juillet 2004, *Lormines c/ Commission*, aff. jtes T-107/01 et T-175/01, *Rec.*, p. II-2125, pt 52.

344. TPI, 3 juillet 2007, *Au Lys de France c/ Commission*, aff. T-458/04, non publié, pts 33-34. Voy. déjà implicitement : CJCE, 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54, *Rec.*, p. 53, spéc. p. 86. De même, la condition pour une personne morale d'être représentée par un avocat ayant

partie requérante en ce que celle-ci n'était pas pourvue d'une personnalité juridique autonome⁽³⁴⁵⁾. Ces considérations communes mises à part, la qualité pour agir est toutefois définie en fonction des différentes voies de droit. Sa qualification de fin de non-recevoir d'ordre public est de principe.

Cette qualification ressort tout particulièrement de la jurisprudence relative à la qualité d'un requérant non privilégié à agir, au titre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE⁽³⁴⁶⁾, en annulation d'un acte dont il n'est pas destinataire. La recevabilité d'un tel recours peut être établie dans deux hypothèses alternatives. Le requérant non privilégié est recevable s'il établit son affectation individuelle et directe. Ces conditions cumulatives sont toutes les deux d'ordre public⁽³⁴⁷⁾. Alternativement, ledit requérant

la qualité de tiers à son égard est d'ordre public : Trib. UE, ord., 21 mars 2011, *Milux c/ OHMI*, aff. jtes T-139/10, T-280/10 à T-285/10 et T-349/10 à T-352/10, *Rec.*, p. II-55, pts 112, 117 et s. ; Trib. UE, ord., 23 mai 2011, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej c/ Commission*, aff. T-226/10, *Rec.*, p. II-2467, pts 7, 12 et s. ; Trib. UE, ord., 9 novembre 2011, *Glaxo Group c/ OHMI*, aff. T-243/11, non publiée, pts 8 et s. Ces éléments peuvent être examinés d'office par le greffe du Tribunal : Trib. UE, 12 juillet 2012, *Winzer Pharma c/ OHMI*, aff. T-346/09, non publié, pt 36.

345. Voy. à propos du ministère de l'Énergie iranien, qui a fait l'objet de mesures restrictives : Trib. UE, 8 septembre 2015, *Ministry of Energy of Iran c/ Conseil*, aff. T-564/12, *Rec. num.*, pts 20-27.

346. Voy. *inter alia* parmi une doctrine abondante : P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, 1045 p. ; A. ARNULL, « Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EEC Treaty », *CML Rev.*, 1995, pp. 7-49 ; A. BARAV, « Direct and Individual Concern : An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court », *CML Rev.*, 1994, pp. 191-198 ; A. BARAV, « Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 191-216 ; P. CASSIA, « Quelles perspectives pour la recevabilité du recours en annulation des particuliers ? », *D.*, 2002, pp. 2825-2830 ; R. KOVAR et A. BARAV, « Variations nouvelles sur un thème ancien : les conditions du recours individuel en annulation dans la CEE. À propos du cas d'un acte pris sous l'apparence d'un règlement », *CDE*, 1976, n° 1, pp. 73-109 ; R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », *RTDE*, 2003, n° 1, pp. 23-50 ; H. RASMUSSEN, « Why is Article 173 Interpreted Against Private Plaintiffs ? », *E.L.Rev.*, 1980, n° 2, pp. 112-127 ; G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2, du Traité CEE », *RTDE*, 1966, n° 1, pp. 31-46 ; 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*, 1996, n° 5-6, pp. 535-552. Voy. à propos de l'incidence du traité de Lisbonne et de la jurisprudence ultérieure : L. COUTRON, « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA*, 2014, n° 10, pp. 548-556 ; F.-V. GUIOT, « L'affaire *Inuit* : une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE », *RTDE*, 2014, n° 2, pp. 389-408 ; K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *CDE*, 2009, n° 5-6, pp. 711-745 ; A. TURMO, « Nouveau refus d'élargir l'accès des particuliers au recours en annulation contre les actes de l'Union européenne », *RAE*, 2013, n° 4, pp. 825-835.

347. Voy. pour une qualification d'ordre public des deux conditions : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 19 ; CJCE, 11 juillet 1990, *Neotype Technomaxexport c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-305/86 et C-160/87, *Rec.*, p. I-2945, pt 18 ; CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS e.a. c/ Commission*, aff. C-313/90,

est recevable à contester un acte réglementaire qui ne comporte pas de mesures d'exécution et qui le concerne directement. Ces conditions sont également d'ordre public⁽³⁴⁸⁾. L'examen d'office de ces deux hypothèses distinctes de recevabilité conduit parfois le juge à les mêler⁽³⁴⁹⁾. Cet examen

Rec., p. I-1125, pts 19, 23 et 28 ; CJCE, 15 juin 1993, *Matra c/ Commission*, aff. C-225/91, *Rec.*, p. I-3203, pts 10 et 13 ; CJCE, ord., 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a. c/ Commission*, aff. C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, pt 32 ; CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. C-417/04 P, *Rec.*, p. I-3881, pt 36 ; TPI, 12 février 2008, *BUPA e.a. c/ Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 69 ; TPI, ord., 5 octobre 2009, *Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, aff. T-2/08, non publiée, pt 16 ; Trib. UE, 28 mars 2012, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-123/09, *Rec. num.*, pts 56 et 193 ; Trib. UE, 12 décembre 2014, *Crown Equipment (Suzhou) et Crown Gabelstapler c/ Conseil*, aff. T-643/11, *Rec. num.* (extraits), pt 25. Si des auteurs ont pu douter du caractère d'ordre public de l'exigence tenant à l'affectation directe (F. MARIATTE et D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne. Annulation. Exception d'illégalité*, Paris, Lamy, 2011, 390 p., spéc. p. 182), celui-ci ressort non seulement de cette jurisprudence mais encore d'affaires ayant précisément porté sur le lien direct (CJCE, ord., 26 septembre 1984, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Conseil*, aff. 297/83, *Rec.*, p. I-3339, pt 7 ; Trib. UE, 28 juin 2016, *AF Steelcase c/ EUIPO*, aff. T-652/14, non publié, pts 86 et 93). Dans le contexte de la CECA, la condition selon laquelle les entreprises pouvaient former un recours en annulation contre les décisions individuelles « les concernant » (art. 33, al. 2, CECA) était déjà d'ordre public : TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pts 51 et s.

348. CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonpunt e.a. c/ Commission*, aff. C-132/12 P, *Rec. num.*, pts 44-45 ; CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonline e.a. c/ Commission*, aff. C-133/12 P, *Rec. num.*, pts 31-32 ; Trib. UE, ord., 4 décembre 2013, *Forgital Italy c/ Conseil*, aff. T-438/10, non publiée, pts 32 et s. L'acte réglementaire est défini comme un acte de portée générale non législatif (CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, *Rec. num.*, pts 60-61). Sa distinction de l'acte législatif (voy. : D. RITLENG, « Les catégories des actes de l'Union. Réflexions à partir de la catégorie d'acte législatif », in B. BERTRAND [dir.], *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 155-174) se fonde sur un critère formel relatif à la procédure d'adoption de l'acte (Trib. UE, ord., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. T-18/10, *Rec.*, p. II-5599, pt 65), dont on a pu mettre en exergue la « vertu simplificatrice évidente » (L. COUTRON, « Premières précisions sur la clause « Jégo-Quéré » », *RAE*, 2012, n° 1, pp. 163-169, spéc. p. 165). Il est cependant permis de se demander si le juge de l'Union européenne s'arrêtera, en vue d'examiner la recevabilité d'un recours contre un acte adopté sur une base juridique imposant une procédure législative, au constat formel de l'adoption de l'acte en vertu d'une telle procédure. L'on peut en effet envisager, eu égard à la jurisprudence qui lui imposait, en vue de la distinction entre les actes de portée générale et ceux de portée individuelle, de vérifier la substance des actes (CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. c/ Conseil*, aff. jtes 16/62 et 17/62, *Rec.*, p. 901, spéc. p. 918), que le juge sera amené à vérifier le choix correct de la base juridique (voy. déjà l'étonnement de D. SIMON, « Article 263 TFUE. Recours individuels contre des actes réglementaires : première application de l'article 263, alinéa 4 TFUE », *Europe*, 2011, n° 11, comm. 388, ainsi que les interrogations de F.-V. GUIOT, « L'affaire *Inuit...* », *op. cit.*). Dans l'affirmative, se poserait la question du caractère d'ordre public d'une erreur de base juridique examinée au stade de la recevabilité.

349. Voy. p. ex. : Trib. UE, 4 juin 2014, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-67/12, non publié, pt 42 ; Trib. UE, 17 février 2017, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a. c/ Conseil*, aff. jtes T-14/14 et T-87/14, *Rec. num.*, pt 49.

peut conduire à une irrecevabilité partielle lorsque la partie requérante n'a pas qualité pour contester l'acte attaqué en son intégralité⁽³⁵⁰⁾.

Face aux limites de la qualité pour agir au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, les juridictions de l'Union européenne n'hésitent pas à affirmer la complétude du système de protection juridictionnelle de l'Union européenne, compte tenu des différentes voies de droit ouvertes devant elles et de l'obligation pour les États membres d'établir les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union⁽³⁵¹⁾. La qualification d'ordre public de la qualité pour agir est ainsi, dans une certaine mesure, également liée à la garantie de la systématique des voies de droit et des compétences respectives des juridictions de l'Union et des juridictions nationales⁽³⁵²⁾.

Cette fin de non-recevoir d'ordre public recouvre un volet principalement « négatif », en ce que le juge se limite à relever d'office des éléments conduisant à l'irrecevabilité du recours. En revanche, il impose à la partie requérante la charge d'établir qu'elle a effectivement qualité pour agir, s'agissant, en particulier, de l'affectation individuelle⁽³⁵³⁾, qui est marquée par des appréciations souvent factuelles. Le juge ne recherche point de sa propre initiative des éléments destinés à établir la recevabilité⁽³⁵⁴⁾.

Cette assertion s'impose avec une acuité particulière dans le contentieux des aides d'État, s'agissant d'un recours en annulation formé par un concurrent du bénéficiaire de mesures étatiques à l'encontre d'une décision de ne pas soulever d'objections, prise par la Commission au terme de la procédure préliminaire d'examen. En la matière, la qualité pour agir est appréciée différemment selon que le recours tend à la sauvegarde des droits

350. Voy. en ce sens : TPI, 19 septembre 2001, *Mukand e.a. c/ Conseil*, aff. T-58/99, *Rec.*, p. II-2521, pts 19-21.

351. Conformément à l'article 19, § 1, al. 2, TUE.

352. Voy. explicitement : CJCE, 6 mars 1979, *Simmenthal c/ Commission*, aff. 92/78, *Rec.*, p. 777, pts 21-22 et 29. La Cour de justice examine d'office, en ce qu'elle « touche à la répartition des compétences entre [elle] et les juridictions nationales », une question de recevabilité tenant à la qualité pour agir de la partie requérante contre une décision de la Commission, adressée aux États membres, et fondement d'une décision de rejet opposée à ladite partie par les autorités nationales.

353. Sur pourvoi, la Cour de justice a pu rejeter comme tardive une argumentation de la partie requérante tendant à établir son affectation individuelle (CJCE, 28 juin 2001, *Eridania e.a. c/ Conseil*, aff. C-352/99 P, *Rec.*, p. I-5037, pts 52-55), ce qui implique que cette argumentation ne jouit pas d'une qualification d'ordre public. Voy. également à l'encontre d'une telle qualification : Trib. UE, ord., 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV c/ Commission*, aff. T-58/10, non publiée, pt 45 ; Trib. UE, ord., 27 mars 2012, *Connefroy e.a. c/ Commission*, aff. T-327/09, non publiée, pts 25-33.

354. Voy. pour un refus d'aller au-delà des éléments factuels apportés par la partie requérante quant à son affectation individuelle : Trib. UE, ord., 12 juin 2012, *Vesteda Groep c/ Commission*, aff. T-206/10, non publiée, pt 38.

procéduraux du requérant ou à la contestation du bien-fondé de la décision quant à l'existence et à la compatibilité d'une aide d'État. La qualité pour obtenir le respect des droits procéduraux est soumise à un test allégé⁽³⁵⁵⁾. En revanche, pour contester le bien-fondé d'une telle décision, le requérant doit démontrer l'affectation substantielle de sa position sur le marché afin d'établir son affectation individuelle⁽³⁵⁶⁾. Lorsque le requérant conteste le bien-fondé de la décision mais omet d'établir une telle affectation, il n'appartient pas au juge, en l'absence de tout moyen tendant à la garantie des droits procéduraux, de requalifier d'office l'objet du recours en le limitant à la mise en cause des droits procéduraux⁽³⁵⁷⁾. En d'autres termes, le juge ne peut « sauver » un recours irrecevable en requalifiant d'office son objet pour établir la qualité pour agir⁽³⁵⁸⁾. En raison du caractère d'ordre public de celle-ci, il tient, en revanche, parfois compte d'éléments produits tardivement par la partie intéressée afin d'établir sa qualité⁽³⁵⁹⁾.

Dans la mesure où le recours en annulation et le recours en carence sont « l'expression d'une seule et même voie de droit »⁽³⁶⁰⁾, les exigences tenant à la qualité pour agir du recours en annulation ont été transposées au recours

355. Il suffit, en effet, au requérant d'établir sa qualité de partie intéressée au sens de l'article 1^{er}, sous h), du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [108 TFUE] (*JO*, 1999, L 83, p. 1), désormais article 1^{er}, sous h), du règlement (UE) n° 2015/1589 du Conseil, du 13 juillet 2015, portant modalités d'application de l'article 108 [TFUE] (*JO*, 2015, L 248, p. 9). Ce dernier règlement a abrogé le règlement (CE) n° 659/1999.

356. Jurisprudence constante depuis les arrêts *Cook* (CJCE, 19 mai 1993, *Cook c/ Commission*, aff. C-198/91, *Rec.*, p. I-2487) et *Matra* (CJCE, 15 juin 1993, *Matra c/ Commission*, aff. C-225/91, *Rec.*, p. I-3203).

357. Le Tribunal avait tendance à requalifier gracieusement l'objet du recours, ce que la Cour de justice ne manqua pas de sanctionner (CJCE, 13 décembre 2005, *Commission c/ Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, aff. C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, pts 44-45 ; CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pt 25). Le Tribunal peut, en revanche, faire preuve d'une certaine bienveillance dans l'examen des moyens dans le respect de l'objet du recours défini par la partie requérante (CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Kronoply et Kronotex*, aff. C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, pts 55-57 ; Trib. UE, ord., 13 juillet 2012, *IVBN c/ Commission*, aff. T-201/10, non publiée, pt 56 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Hamr – Sport c/ Commission*, aff. T-693/14, non publiée, pt 37).

358. Cette requalification vise un « objet spécifique du recours » (CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Kronoply et Kronotex*, aff. C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, pt 48), défini par rapport non pas à l'acte contesté, mais au but recherché, qui consiste, selon le cas, en la garantie des droits procéduraux ou en la contestation des conclusions matérielles de la décision attaquée.

359. TPI, 12 décembre 2006, *Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid et Federación Catalana de Estaciones de Servicio c/ Commission*, aff. T-95/03, *Rec.*, p. II-4739, pt 50 ; TPI, 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco c/ Commission*, aff. jtes T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, *Rec.*, p. II-3029, pt 115.

360. CJCE, 18 novembre 1970, *Chevalley c/ Commission*, aff. 15/70, *Rec.*, p. 975, pt 6.

en carence⁽³⁶¹⁾. Il en va de même de leur qualification d'ordre public⁽³⁶²⁾. Ainsi, la cohérence et la systématique des voies de droit induisent un traitement contentieux unique des conditions de recevabilité partagées par ou communes à plusieurs voies de droit⁽³⁶³⁾.

Enfin, cette catégorie de fins de non-recevoir d'ordre public se rencontre sur pourvoi, que seules les parties ayant partiellement ou totalement succombé en leurs conclusions en première instance peuvent former⁽³⁶⁴⁾. Le non-respect de cette condition est constitutif d'une fin de non-recevoir d'ordre public⁽³⁶⁵⁾, y compris lorsqu'est appréciée la recevabilité d'un pourvoi incident⁽³⁶⁶⁾.

La qualité pour former un recours se dédouble parfois d'une qualité pour soulever certains moyens ou présenter certaines demandes, également d'ordre public.

b) *La qualité pour formuler certaines demandes et soulever certains moyens*

À titre plus exceptionnel, la qualification d'ordre public de la qualité pour agir peut également concerner la qualité pour formuler certaines demandes et soulever certains moyens. Trois situations peuvent être distinguées.

Dans une première situation, la qualité pour soulever certains moyens découle directement de la qualité limitée pour agir en justice. Elle doit, par ricochet, être qualifiée d'ordre public. L'hypothèse la plus classique est

361. CJCE, 26 novembre 1996, *T. Port c/ Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, aff. C-68/95, *Rec.*, p. I-6065, pt 59.

362. Voy. pour une qualification implicite s'agissant de l'absence d'affectation individuelle et/ou directe : Trib. UE, ord., 4 mai 2012, *UPS Europe et United Parcel Service Deutschland c/ Commission*, aff. T-344/10, non publiée, pts 31 et s. Cette fin de non-recevoir semble être purement « négative » (voy. pts 61-64 de l'ordonnance).

363. Cette considération confirme et renforce le caractère d'ordre public de l'irrecevabilité d'un recours en indemnité et d'une exception d'illégalité en raison de la forclusion d'un recours en annulation non intenté (voy. *supra*, cette Sous-section, § 1, A, 1, a, ii. L'extrapolation du caractère d'ordre public, pp. 111 et s.). Cette irrecevabilité extrapolée est conditionnée par la qualité, au-delà de tout doute, de la partie intéressée pour agir en annulation. La recevabilité de ces voies de droit est subordonnée à l'absence de qualité pour agir en annulation. Dès lors, outre par extrapolation du délai de forclusion, c'est par reflet du caractère d'ordre public de la qualité pour agir en annulation que ladite irrecevabilité est d'ordre public. Cette qualification découle ainsi de la systématique des voies de droit.

364. Art. 56, al. 2, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

365. CJCE, 29 avril 2004, *IPK-München c/ Commission et Commission c/ IPK-München*, aff. jtes C-199/01 P et C-200/01 P, *Rec.*, p. I-4627, pts 40-43. La fin de non-recevoir d'ordre public en cause est parfois rattachée à la notion d'intérêt à se pourvoir : CJCE, 20 septembre 2001, *Procter & Gamble c/ OHMI*, aff. C-383/99 P, *Rec.*, p. I-6251, pts 17, 18, 25 et 26.

366. L'irrecevabilité d'un pourvoi incident sollicitant une substitution des motifs est d'ordre public : Trib. UE, 14 décembre 2011, *De Luca c/ Commission*, aff. T-563/10 P, non publié, pt 29.

celle, déjà relevée ci-dessus, du contentieux des aides d'État⁽³⁶⁷⁾ ou encore celle des recours des requérants semi-privilegiés, lesquels ne jouissent d'un allègement des conditions de recevabilité qu'en vue de la sauvegarde de leurs prérogatives⁽³⁶⁸⁾.

Une deuxième situation a trait à la qualité des intervenants pour invoquer des moyens autonomes⁽³⁶⁹⁾. Selon la jurisprudence, la recevabilité de moyens ou arguments avancés par ceux-ci « soulève une question d'ordre public »⁽³⁷⁰⁾. Il semble en aller de même du défaut – discutable – de qualité d'un intervenant pour mettre en cause la recevabilité du recours, en l'absence de toute conclusion en ce sens par la partie principale soutenue⁽³⁷¹⁾.

367. Voy. s'agissant des moyens invocables à l'appui d'un tel recours limité aux droits procéduraux, la synthèse opérée par le Tribunal : Trib. UE, 16 septembre 2013, *Colt Télécommunications France c/ Commission*, aff. T-79/10, non publié, pt 84.

368. Il s'agit, à l'heure actuelle, des recours formés par la Cour des comptes, par la BCE et par le Comité des régions, tendant à la sauvegarde de leurs prérogatives (art. 263, al. 3, TFUE). Il s'agissait, d'antan, également des recours du Parlement tendant à la sauvegarde de ses prérogatives, suite à l'arrêt interlocutoire de la Cour du 22 mai 1990, *Parlement c/ Conseil, dit « Tchernobyl »* (aff. C-70/88, *Rec.*, p. I-2041, pts 27-28). Cette « réduction de l'éventail des moyens alléguables » a pu être rattachée, plutôt qu'à la qualité, à l'intérêt pour soulever certains moyens, constituant ainsi « une entorse au principe selon lequel l'intérêt à agir d'un requérant s'apprécie uniquement par rapport aux conclusions dont il saisit le juge et non par rapport aux moyens qu'il allègue à l'appui » : D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité...*, op. cit., spéc. p. 305.

369. Dans le contentieux général, l'intervenant ne peut modifier l'objet du litige par l'ajout de conclusions autonomes par rapport à celles de la partie soutenue. En revanche, la qualité de l'intervenant pour soulever des moyens, griefs et arguments nouveaux est plus discutée : O. DE SCHUTTER, « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 85-104, spéc. p. 103 ; H.-O. NISSEN, *Die Intervention Dritter im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Instituten der Drittbeteiligung vor deutschen und französischen Zivil- und Verwaltungsgerichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, 284 p., spéc. pp. 223-239 ; T. MATERNE, « La procédure en intervention devant la Cour de justice de l'Union européenne », *CDE*, 2013, n° 1, pp. 77-131, spéc. pp. 121-125 ; G. VANDERSANDEN, « Le recours en intervention devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1969, n° 1, pp. 1-27, spéc. pp. 19-21. Seul l'intervenant en matière de propriété intellectuelle jouit d'un statut plus favorable équivalant à celui d'une partie principale, conformément à l'article 173, § 3, RP/T (2015). Voy. à propos de ces questions, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. La levée partielle amorcée des irrecevabilités liées à la qualité des parties intervenantes (pp. 634 et s.).

370. CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, aff. 30/59, *Rec.*, p. 1, spéc. p. 37 ; TPI, 24 octobre 1997, *British Steel c/ Commission*, aff. T-243/94, *Rec.*, p. II-1887, pts 68 et 93 ; Trib. UE, 9 juin 2010, *Éditions Odile Jacob c/ Commission*, aff. T-237/05, *Rec.*, p. II-2245, pts 35-36 ; Trib. UE, 13 janvier 2011, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c/ Commission*, aff. T-362/08, *Rec.*, p. II-11, pt 143.

371. Voy. implicitement : TPI, 24 octobre 1997, *EISA c/ Commission*, aff. T-239/94, *Rec.*, p. II-1839, pts 23-25.

Une troisième situation se rencontre dans le contentieux de la propriété intellectuelle, du fait de la position procédurale singulière de l'EUIPO, partie défenderesse⁽³⁷²⁾. Pour autant qu'il ne modifie pas l'objet du recours, celui-ci peut se rallier à une conclusion de la partie requérante ou s'en remettre à la sagesse du Tribunal, tout en présentant les arguments qu'il estime utiles⁽³⁷³⁾. Ces considérations semblent relever de l'ordre public, le juge indiquant d'office qu'il peut tenir compte, aux fins d'examiner le bien-fondé du recours, des arguments soulevés par l'EUIPO à l'encontre de la décision attaquée⁽³⁷⁴⁾.

À la lumière de cette jurisprudence, il faut conclure que la qualité pour agir est, par définition et à l'instar de l'intérêt à agir, une condition d'ordre public. Leur qualification d'ordre public s'inscrit dans une fonction globalisante du moyen d'ordre public procédural du droit du contentieux de l'Union européenne. Cette fonction est tirée de la garantie de la mission du juge et des limites de son office, dans le respect des exigences de la sécurité juridique, d'un accès égal au juge et d'une bonne administration de la justice. Cette qualification reflète l'intérêt collectif des justiciables, non l'intérêt subjectif d'un justiciable requérant. Ce n'est qu'exceptionnellement et souvent à titre accessoire que ce dernier sert de fondement à la nature d'ordre public des conditions de recevabilité.

SOUS-SECTION 2. – LA GARANTIE DE DROITS PROCÉDURAUX SUBJECTIFS, FONCTION SECONDAIRE

La qualification d'ordre public repose exceptionnellement sur des considérations subjectives liées au respect des droits de la défense de certaines parties au litige. Ces considérations sont en principe accessoires ou secondaires par rapport aux considérations objectives prééminentes. Tel est le cas s'agissant de la qualification d'ordre public des règles relatives au déroulement des procédures (§ 1). Lesdites considérations sont exceptionnellement prépondérantes dans le recours en manquement,

372. Voy. s'agissant de la position procédurale spécifique de l'OHMI (EUIPO) : CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pt 32 ; TPI, 25 octobre 2005, *Peek & Cloppenburg c/ OHMI*, aff. T-379/03, *Rec.*, p. II-4633, pt 22.

373. CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pt 34 ; TPI, 30 juin 2004, *GE Betz c/ OHMI*, aff. T-107/02, *Rec.*, p. II-1845, pt 34 ; TPI, 15 juin 2005, *Spa Monopole c/ OHMI*, aff. T-186/04, *Rec.*, p. II-2333, pt 20.

374. Voy. en ce sens : TPI, 17 octobre 2006, *Armour Pharmaceutical c/ OHMI*, aff. T-483/04, *Rec.*, p. II-4109, pts 12-14 ; TPI, 16 novembre 2006, *Jabones Pardo c/ OHMI*, aff. T-278/04, non publié, pts 15-17 ; TPI, 16 mai 2007, *Merant c/ OHMI*, aff. T-491/04, non publié, pts 19-21 ; TPI, 14 février 2008, *Usinor c/ OHMI*, aff. T-189/05, non publié, pts 41-43.

faisant de ses fins de non-recevoir une catégorie de moyens d'ordre public à part entière (§ 2).

§ 1. – Une fonction en principe secondaire : les règles relatives au déroulement des procédures

Ce n'est qu'à titre secondaire ou accessoire que la qualification d'ordre public des fins de non-recevoir est assise sur des considérations subjectives, qui sont au demeurant susceptibles d'être objectivisées. Il en va ainsi des exigences tenant à la présentation claire des écritures des parties, dont le caractère d'ordre public a déjà été relevé. Cette qualification d'ordre public s'appuie à titre principal sur des considérations objectives intrinsèquement liées à la garantie de la mission du juge et des limites de son office. Elle se fonde en outre sur des considérations subjectives, se rapportant à la préparation utile de la défense de l'autre partie⁽³⁷⁵⁾.

Ce fondement subjectif occupe toutefois une place secondaire à deux égards. D'une part, il ne fait qu'accompagner des considérations éminemment objectives justifiant à elles seules le statut d'ordre public de cette condition. D'autre part, il est lui-même sujet à objectivisation. En mettant l'autre partie en mesure de se défendre, l'exigence de clarté tend à assurer la sauvegarde du caractère contradictoire et le bon déroulement de la procédure juridictionnelle⁽³⁷⁶⁾. Elle garantit ainsi l'utilité des débats et la pleine information du juge afin de faciliter sa mission et le processus décisionnel conduisant au jugement. De ce fait, quand bien même la jurisprudence met en avant un critère subjectif, il est difficile d'en déduire que des considérations subjectives sont, en tant que telles, suffisantes pour justifier une qualification d'ordre public. Seules les fins de non-recevoir d'ordre public du recours en manquement tranchent de manière nette avec cette prééminence des fondements objectifs.

375. Jurisprudence constante. Voy. en particulier : CJCE, 9 janvier 2003, *Italie c/ Commission*, aff. C-178/00, *Rec.*, p. I-303, pt 6 ; CJCE, 16 décembre 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-24/03, non publié, pt 74 ; CJCE, 15 septembre 2005, *Irlande c/ Commission*, aff. C-199/03, *Rec.*, p. I-8027, pt 50.

376. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1, B, 1, a. L'exigence de clarté (pp. 122 et s.).

§ 2. – Une fonction exceptionnellement prépondérante : les droits procéduraux de l'État membre défendeur en manquement

La procédure en manquement, « procédure originale, importante et revêtant un caractère grave »⁽³⁷⁷⁾ à l'égard des États membres, ménage une place importante à la garantie des droits procéduraux de ces derniers à travers un florilège de conditions de recevabilité d'ordre public⁽³⁷⁸⁾. Bien que ces dernières présentent des traits communs avec les fins de non-recevoir d'ordre public d'autres recours directs, elles constituent une catégorie à part entière du fait de leur fonction intrinsèquement subjective. Leur qualification d'ordre public procède d'un inversement de l'équilibre entre finalités objectives et subjectives. Leur fondement subjectif ressort avec clarté de la jurisprudence relative aux fins de non-recevoir se rapportant à la procédure précontentieuse (A) et constitue un prisme de lecture approprié pour les autres fins de non-recevoir d'ordre public de ce recours (B).

A. *Un fondement subjectif explicite : les fins de non-recevoir d'ordre public se rapportant à la procédure précontentieuse*

La qualification d'ordre public des fins de non-recevoir relatives à la régularité de la procédure précontentieuse et à l'exigence de concordance entre les deux phases, contentieuse et précontentieuse, de la procédure en constatation de manquement (1) provient essentiellement de la nature même de cette procédure et de la recherche d'un équilibre entre ses conséquences potentiellement graves pour l'État membre défendeur et la garantie de ses droits procéduraux (2).

1) La consécration de fins de non-recevoir d'ordre public se rapportant à la procédure précontentieuse

La phase contentieuse du recours en manquement est précédée d'une procédure précontentieuse obligatoire, marquée par l'envoi, à l'État membre concerné, d'une lettre de mise en demeure pour observations, suivie d'un avis motivé. L'objet du manquement reproché est défini par la lettre de mise

377. G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 97.

378. La Cour de justice emploie une formule générale selon laquelle les conditions de recevabilité du recours en manquement ainsi que des griefs soulevés à son appui sont d'ordre public, voy. p. ex. : CJCE, 31 mars 1992, *Commission c/ Italie*, aff. C-362/90, *Rec.*, p. I-2353, pt 8 ; CJCE, 15 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, *Rec.*, p. I-305, pt 8 ; CJCE, 4 mai 2006, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/04, *Rec.*, p. I-4003, pt 16 ; CJCE, 1^{er} février 2007, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-199/04, *Rec.*, p. I-1221, pt 20 ; CJUE, 26 janvier 2012, *Commission c/ Slovénie*, aff. C-185/11, non publié, pt 28 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Commission c/ Pologne*, aff. C-281/11, *Rec. num.*, pt 121.

en demeure. Ne pouvant être étendu que par l'envoi d'une lettre de mise en demeure supplémentaire, il lie les étapes ultérieures de la procédure à travers une exigence de concordance.

La Cour de justice examine d'office, au titre de fins de non-recevoir d'ordre public, tant la régularité de la procédure précontentieuse⁽³⁷⁹⁾ que la concordance de l'objet du recours avec l'objet de cette dernière. Cette jurisprudence prolonge le caractère d'ordre public du moyen de légalité, tiré, dans le contentieux de la CECA, de la violation des formes substantielles par la Haute Autorité⁽³⁸⁰⁾.

En premier lieu, s'agissant des conditions de la régularité de la procédure précontentieuse, leur caractère d'ordre public découle, d'abord, de la jurisprudence constante selon laquelle la Cour de justice peut examiner d'office le respect des conditions prévues à l'article 258 TFUE⁽³⁸¹⁾, qui énonce les étapes de la procédure précontentieuse. Ensuite, il est arrivé que la Cour relève d'office, au titre d'une fin de non-recevoir d'ordre public, l'irrecevabilité partielle d'un recours en manquement en raison de l'irrégularité de la procédure précontentieuse⁽³⁸²⁾. La concordance entre l'avis motivé et la lettre de mise en demeure, le premier ne pouvant ajouter de nouveaux griefs non indiqués dans la seconde, semble également devoir être qualifiée d'ordre public⁽³⁸³⁾. En revanche, il n'est pas certain que la durée excessive de la procédure précontentieuse, qui aurait porté atteinte au droit de l'État membre de se défendre, doive également être qualifiée d'ordre public⁽³⁸⁴⁾. Par analogie, il conviendrait d'étendre ces constats à la procédure précontentieuse alléguée d'un recours introduit sur le fondement de l'article 260 TFUE en cas d'inexécution, par un État membre, d'un précédent arrêt constatant un manquement dudit État.

379. De même, la doctrine admet qu'« [a]u besoin, la Cour relèverait d'office les vices dont [la] phase préalable serait entachée » : J. AMPHOUX, « Recours en constatation des manquements des États. Les traités C.E.E. et Euratom », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *op. cit.*, pp. 379-389, spéc. p. 381. *Adde* : F. BERROD, *op. cit.*, spéc. pp. 66-67.

380. CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.*, p. 663, spéc. pp. 694-695, et concl. ROEMER, p. 711. Voy. à cet égard : G. BEBR, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure (Rapport général) », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *op. cit.*, pp. 77-120, spéc. pp. 92-94 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. pp. 121-123.

381. Voy. en premier lieu : CJCE, 31 mars 1992, *Commission c/ Italie*, aff. C-362/90, *Rec.*, p. I-2353, pt 8.

382. CJCE, 26 avril 1994, *Commission c/ Italie*, aff. C-272/91, *Rec.*, p. I-1409, pts 14-17 ; CJCE, 27 octobre 2005, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-23/05, *Rec.*, p. I-9535, pts 5-8.

383. Voy. en ce sens : CJCE, 12 juin 1997, *Commission c/ Irlande*, aff. C-151/96, *Rec.*, p. I-3327, pt 10.

384. Outre le fait que la procédure précontentieuse n'est, en principe, enserrée dans aucun délai, il semble appartenir à l'État membre d'établir une telle atteinte à son droit de se défendre : CJCE, 16 mai 1991, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-96/89, *Rec.*, p. I-2461, pt 16.

En second lieu, l'objet du recours en manquement est circonscrit par la procédure précontentieuse. La Commission ne peut, devant le juge, ni soulever des griefs qu'elle n'a pas avancés au stade précontentieux ni mettre en cause d'actes étatiques autres que ceux ayant fait l'objet de la procédure précontentieuse. L'extension de l'objet du litige au stade contentieux constitue « une violation des formes substantielles de la régularité de la procédure constatant le manquement »⁽³⁸⁵⁾. La qualification d'ordre public de cette règle de concordance ressort d'une jurisprudence relativement étoffée. La Cour de justice relève d'office l'irrecevabilité d'un grief nouveau soulevé en méconnaissance de cette exigence⁽³⁸⁶⁾. Elle constate d'office l'irrecevabilité d'un grief dans la mesure où il dépasse le manquement allégué au stade précontentieux⁽³⁸⁷⁾. Elle vérifie d'office la mesure dans laquelle, en cas de changement législatif intervenu sur le plan national entre les phases précontentieuse et contentieuse de la procédure, les griefs soulevés peuvent être redirigés contre le nouveau dispositif légal national⁽³⁸⁸⁾. Elle fait de même lorsqu'un changement est intervenu au niveau du droit dérivé de l'Union européenne en raison d'une modification ou abrogation de l'acte dans lequel les obligations dont la violation est alléguée trouvent leur origine⁽³⁸⁹⁾.

385. CJCE, 9 novembre 1999, *Commission c/ Italie*, aff. C-365/97, *Rec.*, p. I-7773, pts 36 et 39 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-52/08, *Rec.*, p. I-4275, pt 42 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-53/08, *Rec.*, p. I-4309, pt 131.

386. CJCE, 28 avril 1993, *Commission c/ Italie*, aff. C-306/91, *Rec.*, p. I-2133, pt 26 ; CJCE, 11 juin 1998, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-206/96, *Rec.*, p. I-3401, pts 12-15 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/04, *Rec.*, p. I-10257, pts 8-11 ; CJUE, 6 septembre 2012, *Commission c/ Portugal*, aff. C-38/10, *Rec. num.*, pts 14-18.

387. Voy. s'agissant d'une extension du champ géographique du manquement allégué : CJCE, 10 mai 2001, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-152/98, *Rec.*, p. I-3463, pts 22-25 ; CJUE, 15 mars 2012, *Commission c/ Chypre*, aff. C-340/10, *Rec. num.*, pts 20-23.

388. Le recours ou le grief en cause reste recevable en cas de changement législatif intervenu sur le plan national pour autant que, dans son ensemble, le système national mis en cause ait été maintenu par les nouvelles mesures, y compris lorsque ces dernières ont partiellement remédié au manquement allégué (CJCE, 22 septembre 2005, *Commission c/ Belgique*, aff. C-221/03, *Rec.*, p. I-8307, pts 39-40). Sur ce fondement, la Cour de justice rejette d'office comme irrecevables des griefs tirés de « manquements supplémentaires par rapport à ceux figurant dans l'avis motivé » (CJCE, 22 septembre 2005, *Commission c/ Belgique*, aff. C-221/03, *Rec.*, p. I-8307, pts 58 et 135) ou limite d'office son examen aux « seules dispositions de la réglementation en cause qui étaient en vigueur à la date d'expiration du délai imparti dans l'avis motivé » (CJCE, 7 juin 2007, *Commission c/ Grèce*, aff. C-156/04, *Rec.*, p. I-4129, pt 67).

389. CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Portugal*, aff. C-52/08, *Rec.*, p. I-4275, pt 39 ; CJUE, 24 mai 2011, *Commission c/ Autriche*, aff. C-53/08, *Rec.*, p. I-4309, pt 127 ; CJUE, 5 avril 2017, *Commission c/ Bulgarie*, aff. C-488/15, *Rec. num.*, pt 50. À la marge de la recevabilité et du fond, la Cour de justice admet d'office la recevabilité d'un recours tendant à faire constater un manquement pour une période antérieure à l'entrée en vigueur de la disposition du droit de

La qualification d'ordre public de l'ensemble de ces conditions répond à une finalité éminemment subjective de garantie du droit de l'État membre de se défendre. Elle s'explique par la nature spécifique de la procédure en constatation de manquement.

2) Un fondement subjectif issu de la nature spécifique de la procédure en manquement

Le recours en manquement fut qualifié, dès 1960, de « procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États [membres] »⁽³⁹⁰⁾. Il aboutit, le cas échéant, à la constatation judiciaire du manquement étatique en tant qu'« *ultima ratio* permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par le traité contre l'inertie et contre la résistance des États membres »⁽³⁹¹⁾. La procédure en manquement a été aussitôt identifiée comme une procédure originale mais lourde de conséquences pour les États membres du fait des implications politiques d'un constat de manquement⁽³⁹²⁾.

En contrepartie, cette procédure objective⁽³⁹³⁾ ménage dès lors une place importante au droit subjectif de l'État membre de se défendre dans le cadre de la procédure précontentieuse. Celle-ci tend, en substance, à la fois à circonscrire l'objet du litige par la définition du manquement reproché et à donner audit État la possibilité de présenter ses observations sur ce reproche et de mettre fin au manquement pour éviter la saisine du

l'Union visée par la Commission, lorsque cette disposition ne fait que maintenir les obligations issues du cadre légal applicable antérieurement : CJUE, 5 avril 2017, *Commission c/ Bulgarie*, aff. C-488/15, *Rec. num.*, pts 50-55.

390. À propos du recours institué par l'article 88 du traité CECA : CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.*, p. 663, spéc. p. 692. Voy. à ce sujet : Ph. CAHIER, « Le recours en constatation de manquements des États membres devant la Cour des Communautés européennes », *CDE*, 1967, n° 2, pp. 123-162, spéc. p. 159.

391. CJCE, 15 juillet 1960, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 25/59, *Rec.*, p. 723, spéc. p. 761 (à propos du traité CECA) ; CJCE, 6 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-196/07, non publié, pt 28 (à propos du traité CE).

392. Voy. notamment : A. BARAV, « Failure of Member States to fulfil their obligations under Community law », *CML Rev.*, 1975, pp. 369-383, spéc. pp. 370-371 ; R. KOVAR, « La Commission, gardienne des traités », in *La Commission des Communautés Européennes et l'élargissement de l'Europe*, Bruxelles, Institut d'Études européennes, 1974, pp. 9-83 ; G. NAFILYAN, « La position des États membres et les recours en manquement des articles 169 C.E.E. et 141 C.E.E.A. », *RTDE*, 1977, n° 2, pp. 214-243, spéc. pp. 214 et 220. Elle est d'autant plus lourde de conséquences aujourd'hui que le manquement persistant peut donner lieu à des sanctions pécuniaires en application de l'article 260, § 2, TFUE.

393. A. BARAV, « Failure of Member States to fulfil their obligations under Community law », *op. cit.*, spéc. p. 383.

juge. Cette finalité protectrice⁽³⁹⁴⁾, qui se justifie eu égard à la gravité de la procédure⁽³⁹⁵⁾, fonde la qualification d'ordre public des conditions de recevabilité se rapportant à la procédure précontentieuse⁽³⁹⁶⁾ contrairement à une position prise par certains avocat généraux⁽³⁹⁷⁾. Sa régularité constitue une forme substantielle⁽³⁹⁸⁾ qui doit être assurée quand bien même l'État membre estimerait ne pas devoir en faire usage⁽³⁹⁹⁾. Ainsi, la Cour de justice s'estime « en droit de vérifier d'office le respect de garanties procédurales conférées par l'ordre juridique de l'Union »⁽⁴⁰⁰⁾.

Éminemment subjectif, ce fondement n'est pas pour autant soustrait à toute considération objective. D'une part, il pourrait être objectivisé pour autant que l'on considère la garantie des droits procéduraux des États membres comme une valeur essentielle et objective, prévue, dans

394. Elle apparaît avec d'autant plus de clarté que, alors que la Commission est limitée au stade contentieux par l'objet de la procédure précontentieuse, l'État membre ne peut se voir opposer d'exigence de concordance avec la défense présentée au stade précontentieux. Une telle exigence « serait contraire au principe général du respect des droits de la défense » (CJCE, 16 septembre 1999, *Commission c/ Espagne*, aff. C-414/97, *Rec.*, p. I-5585, pt 19). Voy. pour une critique de l'attitude des États membres consistant à ne se défendre au fond qu'au stade contentieux : L. PRETE et B. SMULDERS, « The coming of age of infringement proceedings », *CML Rev.*, 2010, pp. 9-61, spéc. p. 41.

395. « L'importance de la procédure de constatation de manquements et, en particulier, la gravité pour l'État de l'arrêt qui la terminera le cas échéant, justifient une rigueur particulière dans l'observation des règles qui comportent à la fois des garanties pour l'État présumé en infraction et des moyens efficaces et souples de rétablir une situation compatible avec les dispositions du traité » : J.-V. LOUIS, « Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation de manquements », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch...*, *op. cit.*, pp. 225-239, spéc. p. 229.

396. Voy. également en ce sens, dans le contexte du contentieux en manquement de la CECA : G. BEBR, « Prozeßmaximen... », *op. cit.*, spéc. pp. 93-94.

397. La subjectivité des droits de la défense a pu faire douter de l'opportunité et de la nécessité d'une éventuelle qualification d'ordre public : concl. GULMANN sous CJCE, 7 avril 1992, *Commission c/ Grèce*, aff. C-61/90, *Rec.*, p. I-2444, spéc. pp. 2428-2429. *Adde* : concl. LENZ sous CJCE, ord. prés., 4 mars 1994, *Commission c/ France*, aff. C-249/91, *Rec.*, p. I-787, pt 22.

398. Voy. en premier lieu, dans le contexte de la CECA : CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.*, p. 663, spéc. p. 695. Voy. ensuite dans le contexte du traité CEE : CJCE, 17 février 1970, *Commission c/ Italie*, aff. 31/69, *Rec.*, p. 25, pt 13.

399. À propos de la possibilité pour l'État membre de présenter ses observations au cours de la procédure précontentieuse : CJCE, 17 février 1970, *Commission c/ Italie*, aff. 31/69, *Rec.*, p. 25, pt 13.

400. CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-3713, pt 40. La Cour de justice fonde cette considération sur son arrêt du 7 mai 1991, *Interhotel c/ Commission* (aff. C-291/89, *Rec.*, p. I-2257, pts 14-15), dans lequel elle a, en substance, qualifié de moyen d'ordre public de légalité, la méconnaissance d'une obligation de consulter un État membre dans une procédure de financement. La citation croisée de jurisprudence pertinente en matière de moyens d'ordre public de fond et de moyens d'ordre public relatifs à la recevabilité du recours laisse d'ores et déjà apercevoir les liens entre les différentes catégories de moyens d'ordre public. À propos de l'arrêt *Interhotel c/ Commission*, voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 1, A. La garantie du droit d'être entendu des États membres, moyens en principe d'ordre public (pp. 236 et s.).

une Union de droit, dans l'intérêt général et non seulement dans l'intérêt immédiat de l'État membre concerné⁽⁴⁰¹⁾. D'autre part, la finalité subjective s'adjoit d'une finalité, moins prégnante, tendant à la sauvegarde de l'objet même de la procédure précontentieuse, qui tient à la cristallisation du litige entre la Commission et l'État et au prompt rétablissement de la légalité. Or, la limitation du rôle du juge en résultant est elle-même justifiée par la protection de l'État membre, lequel doit pouvoir s'attendre que le litige porté devant la Cour de justice porte sur le même objet que celui sur lequel il avait la possibilité de prendre position lors de la procédure précontentieuse⁽⁴⁰²⁾.

Cette jurisprudence illustre ainsi la prédominance – exceptionnelle et propre à la procédure en manquement – de considérations subjectives en vue de la qualification d'ordre public des conditions de recevabilité. Il s'agit là d'un prisme de lecture adéquat des autres conditions de recevabilité d'ordre public de cette voie de droit.

B. Un fondement subjectif implicite : les autres fins de non-recevoir d'ordre public

Au-delà des fins de non-recevoir d'ordre public se rapportant à régularité de la procédure précontentieuse et à la concordance, le recours en manquement est soumis à des conditions de recevabilité communes avec les autres recours directs. Leur qualification d'ordre public dans le recours en manquement peut être lue à travers le prisme de la protection des droits procéduraux des États membres. Ainsi, elle se singularise par rapport à la qualification analogue opérée dans les autres recours directs. Ce constat vaut tant pour le manque de clarté des écritures de la Commission (1) que, plus encore, pour la tardiveté des griefs nouveaux (2).

1) L'exigence de clarté des écritures de la Commission

L'exigence de clarté et de précision des écritures est destinée, dans le recours en manquement, à « permettre à l'État membre et à la Cour de justice d'appréhender exactement la portée de la violation du droit de

401. Voy. par analogie : concl. JACOBS sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 142.

402. Voy. en ce sens s'agissant de l'exigence de concordance : CJCE, 7 juin 2007, *Commission c/ Grèce*, aff. C-156/04, *Rec.*, p. I-4129, pt 67. La Cour de justice, après avoir rappelé son pouvoir d'examiner d'office les conditions de recevabilité (pt 64), a jugé que « [s]i [elle] étendait son contrôle à une réglementation de l'État membre en cause n'ayant pas fait l'objet de la phase précontentieuse et visée pour la première fois dans les conclusions de la requête, pour les raisons de facilité invoquées par la Commission lors de l'audience de plaidoiries, la procédure établie par les auteurs du traité à l'article 226 CE serait vidée de son contenu et ceci constituerait un détournement de cette procédure » (pt 67).

l'Union reprochée, condition nécessaire pour que ledit État puisse faire valoir utilement ses moyens de défense et pour que la Cour puisse vérifier l'existence du manquement allégué »⁽⁴⁰³⁾.

Cette exigence est d'ordre public dans le contexte de ce recours comme dans celui des autres recours directs. Son caractère d'ordre public est le plus souvent englobé dans la considération générale selon laquelle « la Cour peut examiner d'office si les conditions prévues à l'article 226 CE [devenu article 258 TFUE] pour l'introduction d'un recours en manquement sont remplies »⁽⁴⁰⁴⁾. Dans d'autres arrêts, la Cour de justice estime tout simplement nécessaire « de s'interroger sur la recevabilité [d'un] grief même si celle-ci n'a pas été contestée par [l'État membre défendeur] » et procède à son examen au regard, notamment, de l'exigence de clarté⁽⁴⁰⁵⁾. Enfin, la qualification d'ordre public est parfois rattachée aux dispositions du règlement de procédure⁽⁴⁰⁶⁾.

Relèvent de cette fin de non-recevoir d'ordre public l'insuffisante identification du manquement allégué en ce que la Commission n'explique pas en quoi les dispositions nationales mises en cause seraient constitutives du manquement⁽⁴⁰⁷⁾, l'absence d'identification de l'obligation prétendument violée par l'État membre⁽⁴⁰⁸⁾ ou encore l'absence d'indications relatives aux éléments de droit national nécessaires pour l'appréciation du manquement allégué⁽⁴⁰⁹⁾. En cas d'irrecevabilité partielle, la Cour de justice n'hésite pas à définir l'étendue de la recevabilité du recours⁽⁴¹⁰⁾.

403. CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Estonie*, aff. C-39/10, *Rec. num.*, pt 26.

404. CJCE, 15 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-439/99, *Rec.*, p. I-305, pts 8, 12 et 14 ; CJCE, 4 mai 2006, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-98/04, *Rec.*, p. I-4003, pts 16-18 ; CJCE, 1^{er} février 2007, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-199/04, *Rec.*, p. I-1221, pts 20-21 ; CJCE, 26 avril 2007, *Commission c/ Finlande*, aff. C-195/04, *Rec.*, p. I-3351, pts 21-22. Cette même formule est utilisée lorsque la Cour de justice est amenée à vérifier d'office la recevabilité d'un grief soulevé par la Commission : CJUE, 26 janvier 2012, *Commission c/ Slovaquie*, aff. C-185/11, non publié, pts 28-29 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Commission c/ Pologne*, aff. C-281/11, *Rec. num.*, pts 121-123 ; CJUE, 2 juin 2016, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-233/14, *Rec. num.*, pt 43.

405. CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ Grèce*, aff. C-375/95, *Rec.*, p. I-5981, pts 32 et 35.

406. Ainsi, la Cour de justice a constaté que les exigences de clarté de la requête « peuvent faire l'objet d'un examen d'office » dans un recours en manquement : CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Estonie*, aff. C-39/10, *Rec. num.*, pt 25.

407. CJUE, 24 mars 2011, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08, *Rec.*, p. I-1915, pts 35-36 et 46.

408. CJUE, 8 mars 2012, *Commission c/ Portugal*, aff. C-524/10, *Rec. num.*, pts 64-66.

409. CJUE, 3 juin 2010, *Commission c/ Espagne*, aff. C-487/08, *Rec.*, p. I-4843, pts 70-71 et 74.

410. À titre d'illustration, dans une affaire, dans laquelle la Commission demandait à la Cour de justice de constater le manquement de la République tchèque « notamment » à certaines dispositions d'une directive, cette cour a constaté d'office que la Commission n'avait pas satisfait aux exigences de précision de la requête s'agissant des dispositions non

Cette qualification d'ordre public repose sur différentes considérations. Elle tend à garantir, sur un plan objectif, tant le rôle de la Cour de justice que les limites de son contrôle, en ce que la précision de la requête doit lui permettre d'exercer son office et prévenir l'*ultra* ou l'*infra petita*⁽⁴¹¹⁾. Partagée avec celle des autres voies de droit⁽⁴¹²⁾, cette finalité est, cependant, inexorablement liée à la garantie des droits procéduraux de l'État membre⁽⁴¹³⁾. La mission de la Cour de justice doit s'accomplir dans le respect de ces droits. Ce constat s'impose d'autant plus que cette qualification s'appuie sur l'objectif de permettre à l'État membre de se défendre sur le plan contentieux. Elle s'inscrit ainsi dans une continuité fonctionnelle avec les exigences se rapportant à la procédure précontentieuse, qui apparaît clairement dans le rattachement fréquent de l'exigence de clarté à la considération selon laquelle les conditions prévues à l'article 258 TFUE sont d'ordre public⁽⁴¹⁴⁾. Dans l'esprit du juge, ladite qualification semble de ce fait se distinguer de celle de l'exigence de clarté des autres recours directs en prenant un relief sensiblement plus subjectif. Des considérations similaires s'imposent, avec d'autant plus d'acuité, s'agissant de l'irrecevabilité des moyens et griefs nouveaux produits en cours d'instance.

2) L'interdiction des griefs nouveaux

La production, par la Commission, de moyens ou de griefs nouveaux en cours d'instance est prohibée dans le recours en manquement, comme

explicitement visées « dès lors que ni l'identité de ces autres dispositions ni les motifs pour lesquels la République tchèque serait en défaut de les avoir transposées dans le délai prescrit [n'étaient] précisés dans le recours ». La Cour a redéfini l'objet du recours en le déclarant partiellement recevable en tant qu'il portait sur les seules dispositions explicitement visées par la Commission dans la requête (CJUE, 14 janvier 2010, *Commission c/ République tchèque*, aff. C-343/08, *Rec.*, p. I-275, pts 25-28). En outre, la Cour de justice relève parfois d'office un manque de définition de la période pendant laquelle le manquement allégué aurait été commis, tout en prenant soin de rechercher dans le dossier des éléments lui permettant de définir une période de manquement (CJUE, 15 novembre 2012, *Commission c/ Portugal*, aff. C-34/11, *Rec. num.*, pts 42-44, 47 et 49-51 ; CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Italie*, aff. C-68/11, *Rec. num.*, pts 49-51, 53 et 55-57).

411. CJCE, 20 novembre 2003, *Commission c/ France*, aff. C-296/01, *Rec.*, p. I-13909, pt 121 ; CJCE, 15 juin 2006, *Commission c/ France*, aff. C-255/04, *Rec.*, p. I-5251, pt 24 ; CJUE, 11 juillet 2013, *Commission c/ République tchèque*, aff. C-545/10, *Rec. num.*, pt 109.

412. Dans les deux premiers arrêts cités à la note précédente, la Cour de justice se réfère à son arrêt *Meroni c/ Haute Autorité* (CJCE, 14 décembre 1962, aff. jtes 46/59 et 47/59, *Rec.*, p. 783, spéc. p. 801), marquant ainsi une certaine unité conceptuelle de l'exigence de clarté dans l'ensemble des recours directs.

413. Lorsqu'elle statue *ultra petita*, en constatant un manquement non allégué, la Cour de justice porte atteinte au droit de l'État membre de se défendre. En sens inverse, lorsqu'elle omet de statuer sur un grief, elle n'épuise pas le litige et laisse l'État dans l'incertitude quant à la compatibilité de ses agissements avec le droit de l'Union européenne.

414. Voy. la jurisprudence citée à la note n° 404 du présent Chapitre. Or, cette disposition n'énonce aucune condition quant à la clarté de la demande de la Commission.

dans les autres recours directs⁽⁴¹⁵⁾. À la différence de ces derniers, il n'existe aucune exception à ce principe dans le contexte du manquement. En effet, les moyens ou griefs soulevés par la Commission se confondent avec l'objet de la demande adressée à la Cour de justice⁽⁴¹⁶⁾, qu'ils définissent. La prohibition des griefs nouveaux en cours d'instance s'appuie de ce fait également, sinon davantage, sur l'interdiction de modifier l'objet du litige en cours d'instance. De surcroît, pour peu que le grief nouveau n'ait pas fait l'objet de la procédure précontentieuse, son irrecevabilité recoupe le défaut de concordance⁽⁴¹⁷⁾.

Ces considérations militent en faveur de la consécration de cette irrecevabilité comme étant d'ordre public, qui ressort d'un arrêt isolé de la Cour de justice⁽⁴¹⁸⁾. Elles mettent en exergue la spécificité de cette fin de non-recevoir d'ordre public dans le recours en manquement, en ce qu'elle tend principalement à la garantie des droits subjectifs de l'État membre et, plus précisément, de son droit de se défendre utilement.

Le recours en manquement donne ainsi naissance à une catégorie à part entière de fins de non-recevoir d'ordre public à fonction principalement subjective. Leur rang d'ordre public ne constitue en définitive que la pierre d'achoppement de cette « philosophie fondamentale qui inspire [l]a jurisprudence [de la Cour de justice] relative aux garanties offertes aux États par la procédure en manquement »⁽⁴¹⁹⁾. Il marque le point d'équilibre

415. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1, A, 1, b, ii. La présentation de moyens et conclusions nouveaux (pp. 118 et s.).

416. Un grief tiré de la méconnaissance, par l'État membre, d'une règle du droit de l'Union européenne se confond avec le chef de conclusions tendant à la constatation du manquement à cette règle. En écartant une mise en cause de la recevabilité d'un grief prétendument nouveau au motif que « le fait que la Commission a détaillé un grief qu'elle avait déjà fait valoir de manière plus générale dans la requête n'a pas modifié l'objet du manquement allégué et n'a donc eu aucune incidence sur la portée du litige » (CJCE, 11 novembre 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-543/08, *Rec.*, p. I-11241, pt 23), la Cour de justice illustre les rapports entre les griefs et l'objet du recours en manquement.

417. À l'appui de la conclusion tirée dans l'arrêt cité à la note précédente, la Cour de justice s'est référée à deux arrêts dans lesquels elle avait apprécié la recevabilité de griefs prétendument présentés pour la première fois au stade contentieux, en méconnaissance, selon l'État membre défendeur, de l'exigence de concordance : CJCE, 27 novembre 2003, *Commission c/ Finlande*, aff. C-185/00, *Rec.*, p. I-14189, pts 84-87 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/08, *Rec.*, p. I-6817, pt 29.

418. CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c/ Pologne*, aff. C-271/09, *Rec.*, p. I-13613, pts 23-25 et 28. Invitée par l'État membre, dans la duplique, à déclarer d'office irrecevable un grief nouveau qui aurait été invoqué pour la première fois au stade de la réplique, la Cour de justice a rappelé son pouvoir d'examiner d'office le respect des conditions instituées pour l'introduction d'un recours en manquement et examiné la question de recevabilité ainsi posée.

419. Selon les mots empruntés à J.-V. LOUIS, « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », in F. CAPOTORTI et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 387-409, spéc. p. 399.

entre la gravité et l'objectivité de la procédure en manquement, d'un côté, et la nécessaire garantie des droits des États membres, de l'autre⁽⁴²⁰⁾.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'analyse des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle révèle un ordre public qui transcende l'office du juge et le procès. C'est par principe que les compétences juridictionnelles et les conditions de recevabilité sont qualifiées d'ordre public. Cette qualification ne connaît que de très ponctuelles exceptions. Elle sert la mission du juge, en garantissant à la fois l'étendue de sa compétence et le bon déroulement de l'instance dans le respect des conditions spécifiques à chaque voie de droit. Du fait de la généralité de cette qualification d'ordre public, le manque regrettable de distinction claire entre les notions d'(in)compétence et d'(ir)recevabilité, de moyen, d'exception ou de fin de non-recevoir d'ordre public apparaît, en pratique, sans grande importance.

L'analyse de la jurisprudence fait apparaître la nature objective de la notion de moyen d'ordre public. La qualification d'ordre public procède de considérations étrangères aux intérêts des parties. Celles-ci ont trait au bon déroulement du procès. De manière schématique, ces considérations sont tirées, d'une part, de la garantie du principe de la compétence d'attribution et du respect des sphères de compétences respectives des différents juges, de l'Union européenne et nationaux, des États membres et des institutions de l'Union. D'autre part, elles sont puisées dans la garantie de la sécurité juridique, dans le respect des sphères respectives des voies de recours, dans l'égalité des justiciables devant le juge, dans le bon déroulement du procès. En somme, elles aspirent à faciliter la mission du juge dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. S'il n'est évidemment pas dans l'intérêt individuel du justiciable requérant, déjà affecté par le manque d'ouverture de certaines voies de droit⁽⁴²¹⁾, de voir son recours rejeté d'office au nom de l'ordre public procédural, il n'en demeure pas moins que le respect scrupuleux de cet ordre public permet au juge de concentrer ses efforts sur les affaires qui doivent être traitées au fond. L'élévation de la quasi-totalité

420. De façon analogue, J. CANDELA CASTILLO et B. MONGIN (« Les infractions au droit communautaire commises par les États membres : quelques apports clés de la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de manquement », *RMCE*, 1996, pp. 51-58, spéc. p. 52) ont pu voir dans les garanties procédurales des États membres une forme de tempérament au pouvoir discrétionnaire de la Commission.

421. Ainsi, le manque d'esprit ouvert de la Cour de justice quant à la recevabilité des recours des particuliers a pu être déploré : G. VANDERSANDEN, « Mais où est la Cour de justice d'antan ? », in P. MAGNETTE (dir.), *La Grande Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 237-246.

des conditions de compétence du juge et de recevabilité des demandes au rang d'ordre public s'inscrit ainsi dans l'intérêt collectif des justiciables.

Cela étant, des considérations subjectives ne sont pas étrangères à la qualification d'ordre public. En effet, la qualification d'ordre public des compétences du juge peut tendre à prévenir leur contournement et, partant, d'éventuels détournements de procédure, notion subjective. Plus encore, au stade des conditions de recevabilité, des considérations subjectives peuvent venir compléter les fondements objectifs. En principe secondaires, elles sont exceptionnellement élevées en fondements principaux d'une qualification d'ordre public dans le contexte singulier du recours en manquement.

L'examen des moyens d'ordre public de garantie de la procédure décisionnelle confirme et conforte ces considérations. L'étendue de la notion du moyen d'ordre public est vaste, au point de couvrir de nombreuses règles régissant la répartition des compétences décisionnelles et la régularité des procédures d'adoption d'actes contraignants de l'Union européenne. Sur ce terrain également, l'ordre public est avant tout objectif, voire formaliste, largement détaché des considérations liées à la garantie subjective des droits des destinataires de ces actes, voire, plus largement, des justiciables et des citoyens de l'Union européenne.

CHAPITRE 2

LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DE FOND À FONCTION PROCÉDURALE

Les moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale sont fondamentalement ancrés dans l'idée de respect des compétences d'attribution, de l'équilibre institutionnel, des principes démocratiques et, à un degré moindre, des droits de la défense⁽¹⁾. Ils tendent à assurer à chaque acteur, à savoir à l'Union européenne, à ses États membres, à ses institutions, organes et organismes, voire au justiciable, sa participation *régulière* au processus d'adoption d'actes de l'Union. Pour sa part, l'adoption des décisions judiciaires est soumise à un ensemble de règles procédurales⁽²⁾, dont le juge du pourvoi assure le respect. L'étendue et la nature des pouvoirs et des droits de participation varient en fonction de la matière concernée, de la nature des compétences et des procédures. Il n'est pas pour autant opportun d'opérer de telles distinctions aux fins de dessiner les contours de ces moyens d'ordre public. Ceux-ci se dégagent, en effet, davantage des fonctions attribuées aux règles méconnues et aux moyens pris de leur violation que de la nature des procédures ou de la matière concernée.

Au vu de leurs fonctions, ces moyens d'ordre public se situent au croisement de deux classifications possibles à nos yeux. Une première

1. Voy. aussi : C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001, 426 p., spéc. p. 333.

2. Ainsi que nous l'avons relevé dans l'introduction du présent Titre (pp. 65 et s.), les moyens de pourvoi, tirés de la méconnaissance, par le juge de première instance, des conditions de sa compétence ou de la recevabilité du recours porté devant lui, soulèvent pour l'essentiel des problématiques liées au régime des moyens d'ordre public (qui seront abordées *infra*, Partie 2, Titre 1. Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, dérogation à la passivité du juge, pp. 431 et s.). Dans ces conditions, ces moyens de pourvoi ne sont pas spécifiquement abordés dans le présent Chapitre.

classification est ternaire. Elle distingue selon que le caractère d'ordre public est fondé, premièrement, sur la garantie de la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, deuxièmement, sur la garantie des règles de « délimitation horizontale du pouvoir »⁽³⁾ entre les institutions de l'Union à travers l'équilibre institutionnel, qu'il s'agisse de la délimitation de leurs pouvoirs décisionnels respectifs ou de l'étendue de leurs droits de participation aux procédures, et, troisièmement, le cas échéant à titre plus subsidiaire, sur la garantie des droits procéduraux subjectifs accordés, dans certaines procédures, au justiciable. Les catégories ainsi déterminées ne sont toutefois pas étanches.

Dans ces conditions, une classification alternative est préférable. Binaire, celle-ci met en exergue la fonction principalement objective des moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale, qui ne tient souvent qu'indirectement compte de l'intérêt subjectif du justiciable. À l'instar des moyens d'ordre public destinés à la garantie de la procédure juridictionnelle, les moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale jouent, en effet, un double rôle de garant, d'une part, des compétences décisionnelles (Section 1) et, d'autre part, des procédures et des formes (Section 2).

3. Selon l'expression de K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p., spéc. pp. 340 et s.

SECTION 1. – LA GARANTIE DES COMPÉTENCES DÉCISIONNELLES

Il est « un principe traditionnel du droit public », selon lequel « les règles de compétences [sont] impératives »⁽⁴⁾. Leur violation constitue l'« illégalité la plus grave aux yeux des juristes »⁽⁵⁾. Sans surprise ni ambages⁽⁶⁾, le juge de l'Union européenne qualifie d'ordre public l'incompétence au sens de l'article 263 TFUE. Contrairement à une idée répandue, toute incompétence n'est pas d'ordre public pour autant.

La plupart des hypothèses rassemblées sous l'incompétence d'ordre public sont formellement rattachées à l'incompétence d'une institution de l'Union, auteur de l'acte attaqué. « F'il rouge » de la jurisprudence, cette notion n'épuise cependant pas le moyen d'ordre public. Partant, là où la jurisprudence ne distingue souvent pas, une distinction s'impose.

4. V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p., spéc. p. 305.

5. Ch. DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, 528 p., spéc. p. 7.

6. Encore que l'on a pu relever, trop hâtivement, l'hésitation de la jurisprudence quant au pouvoir du juge de l'Union européenne de soulever l'incompétence en tant que moyen d'ordre public : J. MOUSSÉ, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 828 p., spéc. p. 593.

Celle-ci doit s'appuyer sur le caractère « essentiellement bifide »⁽⁷⁾ de la notion d'incompétence en droit de l'Union européenne, compte tenu de l'imbrication d'une double répartition, verticale et horizontale, des compétences et pouvoirs⁽⁸⁾. Le moyen d'ordre public pris de l'incompétence se dédouble en conséquence. Il peut avoir trait à la garantie de la répartition verticale des compétences entre l'Union et ses États membres (Sous-section 1) ou de la répartition horizontale des compétences au sein de l'Union (Sous-section 2).

Sous-section 1. – LA GARANTIE DE LA RÉPARTITION VERTICALE DES COMPÉTENCES ENTRE L'UNION EUROPÉENNE ET SES ÉTATS MEMBRES

La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres se fonde sur deux séries de « principes directeurs »⁽⁹⁾, à savoir le principe d'attribution, d'un côté, et les principes de subsidiarité et de proportionnalité, de l'autre. Le premier est garanti par des moyens *a priori* d'ordre public, dont les contours varient selon que sont en cause les compétences des États membres ou celles de l'Union (§ 1). Les seconds, régissant l'exercice des compétences de cette dernière, relèvent, en pratique, de moyens ordinaires (§ 2).

§ 1. – La garantie des règles d'attribution des compétences

En vertu du principe des compétences d'attribution⁽¹⁰⁾, l'Union européenne ne jouit que des compétences qui lui ont été attribuées par les

7. 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, 725 p., spéc. p. 34.

8. La doctrine distingue les termes de « compétence » et de « pouvoir » (V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*), « la compétence [étant] le domaine dans lequel une autorité est habilitée à exercer les pouvoirs dont elle dispose » (K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *CDE*, 1994, n^{os} 1-2, pp. 3-85, spéc. p. 11). D'autres auteurs emploient, en vue de la même distinction, les notions d'« incompétence matérielle » et d'« incompétence fonctionnelle » (D. RITLENG, *op. cit.*, spéc. p. 37, reprenant la distinction et la terminologie employées par P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden – Genève, Sijthoff – Institut universitaire de hautes études internationales, 1972, 99 p., spéc. pp. 31 et s., et par G. ISAAC, *Droit communautaire général*, 5^e ed., Paris, Colin, 1996, 328 p., spéc. pp. 39 et s.). Nous maintiendrons, dans les développements qui suivent, la notion d'(in)compétence, telle qu'elle ressort de la jurisprudence.

9. V. CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, n^o 2, pp. 305-317, spéc. p. 306.

10. Art. 5, § 1, TUE (première phrase). Sur le principe d'attribution, voy. notamment : H.-P. KRAUSSER, *Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags*, Berlin, Duncker und Humblot, 1991, 190 p. ; D. TRIANTAFYLLOU, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi. Étude sur les*

traités constitutifs en vue d'atteindre ses objectifs. En revanche, « [t]oute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres »⁽¹¹⁾. Le principe d'attribution implique ainsi une définition positive des compétences de l'Union et une délimitation « en creux » des compétences étatiques, qui correspondent aux compétences non attribuées à l'Union⁽¹²⁾. Tandis que la compétence étatique est « de principe et de droit commun »⁽¹³⁾, celle de l'Union doit être « attribuée ».

Cette double délimitation induit deux séries de moyens d'ordre public potentiels aux finalités opposées mais complémentaires. Doublement garanti à travers ses volets à la fois positif, d'attribution des compétences à l'Union européenne, et négatif, de délimitation de ces compétences par rapport à celles des États membres⁽¹⁴⁾, le principe d'attribution l'est en réalité inégalement. D'un côté, les moyens rattachés à l'incompétence absolue de l'Union, en ce qu'ils tendent à la garantie des compétences étatiques, sont d'ordre public. Ils irriguent toutes les voies de l'appréciation de légalité des actes de l'Union (A). De l'autre côté, le statut contentieux des moyens tendant à la garantie de la compétence attribuée à l'Union est variable, voire incertain. Il est raisonnable de penser que ces moyens sont, en principe, des moyens ordinaires (B).

A. *La garantie des compétences des États membres à travers des moyens d'ordre public*

Dès ses premiers arrêts, la Cour de justice mit l'accent sur le caractère définitif du dessaisissement des États membres par l'attribution des

fondements juridiques de l'activité administrative communautaire, Bruxelles, Bruylant, 1997, 432 p. Sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, l'on se référera notamment à : V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, op. cit. ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, Éd. L'Harmattan, 2003, 704 p.

11. Art. 5, § 2, TUE.

12. À l'exception, unique, de la compétence d'exécution « que l'Union confère à l'État » : O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », in E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 293-314, spéc. p. 295.

13. V. CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », op. cit., spéc. p. 306.

14. Tout comme la compétence attribuée à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne fait l'objet d'une double protection positive, à travers la garantie de la compétence attribuée, et négative, à travers sa délimitation par rapport à la compétence non attribuée et la protection corrélatrice de la compétence d'autres ordres juridictionnels et, en particulier, des juridictions nationales. Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1. La garantie des compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne par rapport aux juridictions étrangères à cet ordre (pp. 72 et s.).

compétences à la Communauté économique européenne⁽¹⁵⁾, ainsi que son irréversibilité sauf disposition contraire ou révision du traité⁽¹⁶⁾. Cette jurisprudence bénéfique aux Communautés européennes, puis à l'Union européenne, dont les compétences n'ont cessé de croître, s'accompagne d'un instrument efficace de protection des compétences subsistantes des États membres. En effet, les moyens se rattachant à l'incompétence absolue de l'Union sont d'ordre public (1). Il semble en aller de même de l'exception d'illégalité fondée sur une telle incompétence (2).

1) Lincompétence absolue de l'Union européenne

Le moyen tiré de l'incompétence absolue de l'Union européenne peut se présenter tant sous une forme explicite, tendant par exemple « à nier [sa] compétence »⁽¹⁷⁾, que sous une forme dissimulée, tirée de l'incompétence de l'auteur de l'acte déféré au contrôle juridictionnel⁽¹⁸⁾. C'est sous sa forme dissimulée, d'identification plus délicate, que ce moyen a été qualifié de moyen d'ordre public. Un exemple est fourni par un moyen pris de l'incompétence *ratione temporis* de la Haute Autorité, qui masquait l'incompétence absolue de la CECA pour adopter des actes transitoires au-delà d'un certain délai⁽¹⁹⁾.

15. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, spéc. p. 1160.

16. CJCE, 14 décembre 1971, *France c/ Haute Autorité*, aff. 7/71, *Rec.*, p. 1003, pts 20 et 23-26.

17. Voy. pour un moyen tendant « à nier la compétence de la Communauté » : CJCE, 27 octobre 1992, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-240/90, *Rec.*, p. I-5383, pt 9.

18. Un moyen pris de l'incompétence d'une institution peut cacher celle de l'Union européenne : B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. p. 120.

19. CJCE, 10 mai 1960, *Allemagne c/ Haute Autorité*, aff. 19/58, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 488, à propos de la compétence *ratione temporis* de la Haute Autorité pour adopter, sur le fondement de la convention sur les dispositions transitoires, une décision comportant suppression ou modification des tarifs spéciaux accordés à certaines entreprises allemandes. Au-delà du délai d'action ainsi conféré à cette autorité, la CECA perdait sa compétence d'adopter de tels actes transitoires (voy. aussi : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 118). Un autre exemple est fourni par un arrêt *Laboratoires Servier c/ Commission* du Tribunal qualifiant de « moyen d'annulation d'ordre public » un moyen pris de « l'incompétence de l'institution qui a adopté l'acte attaqué » (TPI, 28 janvier 2003, aff. T-147/00, *Rec.*, p. II-85, pt 45), à savoir l'incompétence de la Commission pour adopter une décision retirant des autorisations de mise sur le marché (AMM) de médicaments à usage humain. Le Tribunal a soulevé d'office une double atteinte au domaine résiduel de la compétence exclusive des États membres concernés pour la gestion des AMM en cause (pts 61-62). D'une part, il a constaté qu'une décision par laquelle la Commission avait, en 1996, harmonisé les AMM, certes « devenue définitive », n'en portait pas moins atteinte à cette compétence des États et était, dès lors « privée de toute base légale » (pts 56 et 58-61). D'autre part, et par conséquent, il a annulé la décision attaquée, qui ne pouvait valablement être adoptée sur le fondement de l'article 15bis, § 1, de la deuxième directive 75/319/CEE

L'examen des bases juridiques peut révéler, en cas d'absence de toute base, une incompétence absolue de l'Union européenne⁽²⁰⁾, souvent sous une forme dissimulée. La qualification d'ordre public d'une telle absence de base juridique était perceptible dans la jurisprudence ancienne⁽²¹⁾. Elle ressort avec clarté de l'arrêt *Kadi I* du Tribunal. Celui-ci y a vérifié d'office, au titre d'un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, « si le Conseil était compétent pour adopter le règlement attaqué sur la base légale des articles 60 CE, 301 CE et 308 CE »⁽²²⁾. De sa conclusion selon laquelle cette triple base conférerait effectivement la compétence requise au Conseil, de sorte que ce dernier « n'a pas élargi le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant des dispositions du traité »⁽²³⁾, il apparaît que le Tribunal a en réalité examiné l'existence d'une compétence de la Communauté⁽²⁴⁾.

Cette qualification d'ordre public des moyens mettant en cause la compétence de l'Union européenne est formellement fondée sur leur affiliation au contrôle de la compétence de l'institution auteur de l'acte⁽²⁵⁾. À nos yeux, son véritable fondement réside cependant dans le respect du principe de la compétence d'attribution. Cette distinction reflète ainsi des réflexions doctrinales sur une gradation des illégalités. L'incompétence de l'Union européenne, absolue ou externe, serait une source d'inexistence

du Conseil, du 20 mai 1975, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques (*JO*, 1975, L 147, p. 13), telle que modifiée à plusieurs reprises (pts 56 et 62-65).

20. « S'il n'existe pas de base juridique, la situation est simple puisque la décision envisagée ne peut être adoptée, faute de compétence » : J. P. JACQUÉ, « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 249-256, spéc. p. 250.

21. CJCE, 30 septembre 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, pt 28 ; CJCE, 30 septembre 1982, *Roquette Frères c/ Conseil*, aff. 110/81, *Rec.*, p. 3159, pt 34. La Cour de justice « estim[ait] devoir indiquer les raisons pour lesquelles le Conseil était compétent pour établir une cotisation sur la production d'isoglucose ». Elle a vérifié si cette cotisation pouvait être instituée et ses modalités fixées en vertu de l'article 43 CEE. Étant donné que, à défaut, la Communauté eût été incompétente pour l'instituer, le moyen concernait, sous couvert d'un examen de la compétence du Conseil, la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres. Voy. B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 120.

22. TPI, 21 septembre 2005, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pt 61.

23. *Id.*, pt 134 (nous soulignons).

24. Ainsi que le Tribunal le confirme lui-même dans un arrêt ultérieur : TPI, 11 juillet 2007, *Sison c/ Conseil*, aff. T-47/03, non publié, pt 99. Voy. également en ce sens : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463, spéc. p. 425.

25. Voy. toutefois pour une vérification d'office de la « compétence externe » de l'Union européenne : concl. ØE sous CJUE, 25 octobre 2017, *Commission c/ Conseil*, aff. C-687/15, *Rec. num.*, pt 32.

juridique de l'acte soumis au contrôle, tandis que l'incompétence d'une institution de l'Union, relative ou interne, serait une simple cause d'annulation⁽²⁶⁾. Cette distinction trouve toute sa raison d'être lorsque l'on envisage la question du caractère d'ordre public d'une exception d'illégalité fondée sur l'incompétence absolue de l'Union (ci-après « l'exception d'incompétence absolue »).

2) L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence absolue de l'Union européenne

Le caractère d'ordre public de l'exception d'incompétence absolue découle implicitement d'une décision ancienne de la Cour de justice, qui a également fondé les réflexions sur l'inexistence juridique. Dans un arrêt de 1969, la Cour a, en effet, examiné une argumentation tirée de l'illégalité de décisions individuelles devenues définitives, alors qu'elle aurait dû être rejetée comme irrecevable. Cette argumentation était présentée par le gouvernement français, d'une part, en défense à un recours en manquement, introduit au titre du traité CEE, par lequel la Commission reprochait à la France d'avoir méconnu la décision 68/301/CEE⁽²⁷⁾. D'autre part, elle venait à l'appui d'un second recours introduit par la France à l'encontre d'une décision prise par la Commission sur le fondement de l'article 88 du traité CECA⁽²⁸⁾ et constatant que la France ne s'était pas conformée à la décision 914/68/CECA⁽²⁹⁾.

26. Voy. notamment, pour une réflexion sur une distinction entre la « simple incompétence », cause d'annulation, et l'« incompétence grave », cause d'inexistence : Ph. CAHIER, Note sous l'arrêt de la CJCE du 10 décembre 1969, aff. jtes 6 et 11/69, *CDE*, 1970, n° 5, pp. 576-584, spéc. pp. 580-581 ; P. MATHISEN, « Nullité et annulabilité des actes des institutions européennes », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, t. 2, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 1972, pp. 271-283, spéc. pp. 278-282. Adde : R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1981, 302 p., spéc. p. 96.

27. Décision de la Commission, du 23 juillet 1968, autorisant la République française à prendre certaines mesures de sauvegarde conformément à l'article 108 paragraphe 3 du traité [CEE] (*JO*, 1968, L 178, p. 15).

28. L'article 88 du traité CECA instituait une procédure en constatation de manquement fort différente de celle de l'actuel article 258 TFUE. Sur cette procédure, voy. notamment : G. FERRIERE, *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1968, 143 p., spéc. pp. 22-38 ; L. PLOUVIER, « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379 ; H. CALVET, « Manquement (Recours en constatation de) », *Rép. communautaire Dalloz*, 1992, 25 p., §§ 69-114.

29. Décision de la Commission, du 6 juillet 1968, autorisant le gouvernement de la République française à octroyer certaines mesures d'aides à l'industrie sidérurgique (*JO*, 1968, L 159, p. 4).

Tout en relevant que ces décisions étaient devenues définitives⁽³⁰⁾, la Cour de justice a accepté d'examiner leur légalité au regard de la répartition des compétences entre les Communautés et leurs États membres. S'agissant de l'exception soulevée dans le cadre du recours en manquement au titre du traité CEE, la France, invoquant « l'ordre public communautaire », arguait que la Commission, agissant pour le compte de la Communauté économique européenne, avait empiété sur le domaine de compétence réservé aux États membres en matière de politique monétaire. La Cour a examiné cette exception dès lors « que si cette affirmation était fondée, la décision [68/301/CEE] manquerait de toute base juridique dans l'ordre communautaire et que dans une procédure où la Commission, dans l'intérêt de la Communauté, poursuit un manquement d'État, c'est une exigence fondamentale de l'ordre juridique que la Cour contrôle si tel est le cas »⁽³¹⁾. Sans reproduire cette justification, la Cour a également apprécié la légalité de la décision 914/68/CECA dans le cadre du recours de pleine juridiction introduit par la France sur le fondement du traité CECA⁽³²⁾. Dans les deux cas, elle a conclu que la Commission n'avait pas empiété sur le domaine réservé aux États membres.

Or, ces exceptions d'illégalités auraient dû être tenues pour irrecevables⁽³³⁾. Leur examen au fond constitue dès lors un fort indice quant à leur caractère d'ordre public. L'étendue de cet examen et, partant, de ce caractère d'ordre public était limitée à l'incompétence absolue des Communautés européennes. La Cour de justice a, en effet, refusé de statuer sur les autres moyens avancés par la France à l'appui des exceptions⁽³⁴⁾. À cet égard, les termes de son arrêt ont été lus comme faisant allusion à la théorie de l'inexistence juridique⁽³⁵⁾, elle-même d'ordre public⁽³⁶⁾. Le fondement de la nature d'ordre public de l'exception d'incompétence absolue s'en voit renforcé, en ce qu'il repose à la fois sur la valeur fondamentale des règles de répartition verticale des compétences et sur la gravité en quelque sorte

30. CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 11 et 40.

31. *Id.*, pts 12-13.

32. *Id.*, pts 41-46.

33. La Cour avait, dans un arrêt antérieur, écarté la possibilité pour un État de soulever une exception d'illégalité d'une décision devenue définitive dans le cadre d'un recours introduit sur le fondement de l'article 88 CECA : CJCE, 8 mars 1960, *Allemagne c/ Haute Autorité*, aff. 3/59, *Rec.*, p. 117, spéc. pp. 133 et 134.

34. CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 24 et 47.

35. Voy. en particulier : Ph. CAHIER, *op. cit.*, spéc. pp. 580-581. Voy. également : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 113, note n° 50, et pp. 150-151.

36. Sur cette question, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1. Des moyens d'ordre public dérivés de la gravité de l'illégalité : la théorie de l'inexistence (pp. 289 et s.).

présumée d'un empiétement, par les Communautés, sur les compétences de leurs États.

Ce caractère d'ordre public a parfois été limité, par la doctrine, au champ du recours en manquement⁽³⁷⁾. Pareille déduction nous paraît toutefois erronée⁽³⁸⁾. D'une part, l'importance de la règle violée est suffisante pour justifier le caractère d'ordre public de l'exception d'incompétence absolue dans toute procédure contentieuse. D'autre part, dans son arrêt de 1969, la Cour de justice a examiné une telle exception non seulement dans le contexte d'un recours en manquement fondé sur le traité CEE, mais encore en tant que moyen de légalité à l'appui du recours formé par la France contre la décision de la Commission⁽³⁹⁾.

L'arrêt est resté isolé. La Cour de justice ne déduit plus d'une incompétence absolue l'inexistence juridique de l'acte⁽⁴⁰⁾ et la qualification d'ordre public de l'exception d'incompétence absolue n'a, à notre connaissance, donné lieu qu'à une seule illustration, elle-même implicite⁽⁴¹⁾.

Il serait dès lors exagéré de constater que la jurisprudence a consacré le caractère d'ordre public de l'exception d'incompétence absolue. La jurisprudence contient néanmoins des indices, rares mais convaincants, en faveur d'une telle qualification qui serait cohérente avec l'importance fondamentale du principe d'attribution et découlerait, *a fortiori*, du

37. Eu égard aux termes employés par la Cour dans l'arrêt *Commission c/ France* (CJCE, 10 décembre 1969, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523) : L. J. BRINKHORST et I. M. VERUGSTRAETE, Note sous l'arrêt du 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6 et 11/69, *CML Rev.*, 1970, pp. 483-489, spéc. pp. 484-485, cités en ce sens par M. VAN EMPEL, « L'acte public inexistant et le droit communautaire », *CDE*, 1971, n° 3, pp. 251-283, spéc. p. 281, note n° 85.

38. Sous l'angle de la théorie de l'inexistence, M. VAN EMPEL (*op. cit.*, spéc. pp. 281-282) a également estimé que l'arrêt ne devrait pas être lu comme limitant le champ de cette théorie au recours en manquement au sens du traité CECA.

39. Il est vrai que le recours prévu à l'article 88 du traité CECA était un recours de pleine juridiction. Cependant, la nature particulière de cette voie spécifique tenait moins aux pouvoirs du juge qu'à la possibilité pour l'État membre « d'invoquer [...] tous moyens tirés non seulement de la légalité, mais encore de toutes causes justificatives du défaut d'exécution » (CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Commission*, aff. 20/59, *Rec.*, p. 663, spéc. p. 691). De ce fait, cette particularité procédurale ne devrait pas s'opposer à la reconnaissance du caractère d'ordre public d'une telle exception dans toutes les voies de droit.

40. L'inexistence découle par ailleurs davantage d'une appréciation *in concreto* de la gravité du vice que d'une catégorisation des vices, ainsi que l'a relevé C. ANNACKER : « Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1995, n° 22, pp. 755-761, spéc. p. 757.

41. Dans l'arrêt *Laboratoires Servier c/ Commission* (TPI, 28 janvier 2003, aff. T-147/00, *Rec.*, p. II-85, pts 56 et 58-61, voy. note n° 19 du présent Chapitre), le Tribunal a constaté qu'une décision non contestée, certes « devenue définitive », portait atteinte à la compétence des États membres et était, dès lors « privée de toute base légale ». Il n'a pas précisé s'il entendait ainsi examiner une exception d'illégalité autonome ou si la constatation de l'absence de toute base légale constituait une simple étape nécessaire à l'examen du moyen tiré de l'incompétence de la Commission pour adopter la décision attaquée.

statut d'ordre public du moyen pris de l'incompétence absolue de l'Union européenne et de sa fonction première, la garantie des compétences appartenant aux États. Le principe d'attribution serait ainsi garanti à travers l'élévation entière au rang d'ordre public de *l'incompétence* absolue de l'Union européenne. En revanche, la *compétence* de celle-ci ne paraît, pour l'instant, guère bénéficier de la protection inhérente à l'ordre public.

B. La garantie des compétences de l'Union européenne à travers des moyens en principe ordinaires

À la différence de l'incompétence absolue de l'Union européenne, sa compétence ne paraît pas pouvoir être qualifiée d'ordre public. L'étendue de la compétence qui lui est attribuée est traditionnellement défendue par des moyens ordinaires. Il en va ainsi en cas d'empiétement par un État membre sur la compétence de l'Union. Un tel empiétement, révélateur d'une incompétence de l'État, relève d'un moyen ou grief⁽⁴²⁾ ordinaire dans le recours en constatation de manquement (1). Ce constat découle vraisemblablement des spécificités procédurales de ce recours et ne s'oppose, partant, guère à ce que, dans d'autres configurations procédurales, des moyens tendant à la défense des compétences de l'Union européenne puissent être qualifiés de moyens d'ordre public. À titre prospectif, l'incompétence d'une institution portant atteinte aux compétences de l'Union constitue un moyen d'ordre public potentiel (2).

1) L'incompétence d'un État membre, moyen ordinaire

L'action d'un État membre en méconnaissance d'une compétence attribuée à l'Union européenne révèle, à l'instar d'un empiétement par cette dernière sur les compétences de ses États, une atteinte au principe d'attribution. D'origine commune, l'une constituant le reflet miroir de l'autre, tous les deux pourraient bénéficier d'un statut contentieux identique, fût-ce dans des contextes procéduraux différents mettant en cause, selon le cas, un acte ou comportement étatique ou un acte ou comportement de l'Union européenne.

Toutefois, le juge de l'Union européenne se montre réticent quant à la qualification d'ordre public de l'incompétence d'un État membre dans le

42. Dans la procédure en manquement, la Cour de justice emploie plutôt le terme de « grief », pour désigner les violations du droit de l'Union européenne reprochées aux États membres, que celui de « moyen », même si l'emploi de cette dernière terminologie n'est pas exclu (voy. p. ex. : CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-7917, pt 36). Dans les développements qui suivent, nous emploierons ces termes sans opérer de distinction.

cadre du recours en manquement. C'est ainsi à une occasion unique que, dans un tel recours, la Cour de justice a d'office pris en considération des arguments relatifs à la compétence de l'État membre défendeur, « en vue d'un examen complet du litige sous tous ses aspects »⁽⁴³⁾. Ce relevé d'office s'expliquait par la connexité de cette affaire avec une affaire préjudicielle dans laquelle la question de la compétence avait été explicitement soulevée et débattue⁽⁴⁴⁾. Les deux arrêts ayant été rendus le même jour, il était cohérent d'aborder, y compris dans l'arrêt de manquement, la problématique de la compétence. De surcroît, le grief d'incompétence a été écarté comme étant non fondé⁽⁴⁵⁾. Aussi la Cour de justice pouvait-elle raisonnablement, même de sa propre initiative, préciser la répartition des compétences entre la Communauté et ses États dans le domaine de la conservation des ressources de la pêche. Il n'est pas certain qu'elle eût eu la même audace si l'examen du grief d'incompétence avait entraîné la constatation d'un manquement⁽⁴⁶⁾. Partant, en l'absence de tout précédent en sens inverse et contrairement à ce qui a pu être envisagé⁽⁴⁷⁾, l'incompétence d'un État membre ne peut être considérée comme étant d'ordre public.

La protection de la répartition des compétences sous l'angle du principe d'attribution est ainsi déséquilibrée, seules les compétences étatiques bénéficiant de la garantie renforcée du moyen d'ordre public. Elle est inversement proportionnée à l'évolution historique de cette répartition, qui fut marquée par l'extension des compétences de l'Union européenne et le rétrécissement corrélatif des compétences étatiques⁽⁴⁸⁾. Discutable au regard de l'origine commune des deux moyens d'incompétence, qui sont tous deux puisés dans le principe d'attribution, ce déséquilibre est en revanche cohérent avec le souci originaire de protection des compétences

43. CJCE, 16 février 1978, *Commission c/ Irlande*, aff. 61/77, *Rec.*, p. 417, pts 21 et s.

44. CJCE, 16 février 1978, *Minister for Fisheries c/ Schonenberg e.a.*, aff. 88/77, *Rec.*, p. 473.

45. CJCE, 16 février 1978, *Commission c/ Irlande*, aff. 61/77, *Rec.*, p. 417, pt 68.

46. Cette considération s'impose d'autant plus aujourd'hui eu égard à la procédure de l'article 260, § 2, TFUE et à la possibilité de condamner l'État défaillant à une astreinte et une somme forfaitaire (CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pts 81-82) en cas d'inexécution d'un précédent arrêt ayant constaté un manquement.

47. U. FASSETT-ROMMÉ (*Parteiherrschaft im Verfahren vor dem EuGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 181 p., spéc. p. 78) explique l'arrêt *Commission c/ Irlande*, précité, par un recours à la notion d'ordre public ainsi que par la gravité de la procédure en manquement qui impliquerait de s'assurer de la légalité de l'acte que l'État membre aurait méconnu. Ce dernier argument surprend, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'un examen d'office incident de la légalité d'un tel acte, mais bien d'un grief qui aurait pu justifier une constatation de manquement.

48. Voy. à ce titre : K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1999, 876 p., spéc. pp. 91 et s.

étatiques⁽⁴⁹⁾. Il s'inscrit dans la dialectique inhérente à la nécessaire prise en compte des intérêts étatiques dans un « système de compétences »⁽⁵⁰⁾ constituant un « cadre favorable au développement de l'intégration »⁽⁵¹⁾ et à l'extension des compétences de l'Union européenne. Il illustre la nature « sensible »⁽⁵²⁾ des questions liées à la délimitation de ces compétences.

Ce déséquilibre s'explique encore par les spécificités du recours en manquement, transcendé par un constant souci de garantie des droits procéduraux de l'État membre défendeur. Au nom de l'ordre public, cet État ne peut se voir opposer de grief autre que les griefs ayant fait l'objet de la procédure précontentieuse⁽⁵³⁾. Cette dernière exigence d'ordre public s'oppose à tout relevé d'office d'un moyen de fond, fût-il d'ordre public⁽⁵⁴⁾. Dans ce cas, l'ordre public procédural prédomine. Il empêche le jeu, voire la naissance même d'un l'ordre public substantiel.

Dès lors qu'il est lié aux spécificités du recours en manquement, ce caractère ordinaire d'un moyen tendant à la défense des compétences de l'Union européenne ne devrait pas s'opposer à l'apparition, en dehors de ce contexte, de moyens d'ordre public poursuivant le même but. Ainsi, l'atteinte à la compétence de l'Union pourrait être qualifiée d'ordre public lorsqu'elle est le fait non plus d'un État membre mais d'une institution de l'Union. La garantie positive de la compétence attribuée à l'Union se transforme alors en potentiel vecteur de l'ordre public substantiel.

2) L'incompétence d'une institution portant atteinte aux compétences de l'Union européenne, moyen d'ordre public potentiel

Le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence d'une institution peut tendre à la garantie des compétences étatiques lorsqu'il reflète

49. Ce souci s'exprimait en particulier par l'organisation initiale du recours en annulation : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., spéc. p. 176.

50. CJCE, 4 octobre 1991, *Parlement c/ Conseil*, dit « Tchernobyl », aff. C-70/88, *Rec.*, p. I-4529, pt 9.

51. K. BOSKOVITS, *op. cit.*, spéc. p. 472.

52. Qualificatif emprunté à L. GUILLAUD-COLLIAT, *L'action normative de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 310 p., spéc. p. 85.

53. À propos des exigences de l'ordre public procédural lié à la garantie des droits de la défense de l'État membre défendeur, voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2. Une fonction exceptionnellement prépondérante : les droits procéduraux de l'État membre défendeur en manquement (pp. 151 et s.).

54. Voy. dans le même sens : concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, *Rec.*, p. I-2291, pt 33. Ce constat induit une interdiction absolue pour le juge des manquements étatiques de procéder au relevé d'office de moyens de fond, sous peine de statuer *ultra petita*. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A, 1, a. L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge des manquements étatiques (pp. 540 et s.).

l'incompétence de l'Union européenne⁽⁵⁵⁾. Inversement, il est permis de penser que l'incompétence d'une institution, lorsqu'elle porte atteinte à la compétence même de l'Union, serait également d'ordre public. Le caractère d'ordre public d'un tel moyen mettrait en avant non le titulaire (l'Union) de la compétence protégée, mais formerait le prolongement du caractère d'ordre public de l'incompétence de l'institution, fil rouge de toute la jurisprudence en la matière. Cette réflexion s'opère, en l'absence de précédent jurisprudentiel, à titre purement hypothétique dans deux configurations.

En premier lieu, il est constant que le Conseil de l'Union européenne ne saurait autoriser une coopération renforcée⁽⁵⁶⁾ dans un domaine de compétence exclusive de l'Union⁽⁵⁷⁾. En d'autres termes, le Conseil n'est pas compétent pour autoriser une coopération renforcée qui conduirait les États membres y participant à empiéter sur les compétences exclusives de l'Union⁽⁵⁸⁾. L'incompétence du Conseil, auteur d'un acte de l'Union, a d'ores et déjà été qualifiée de moyen d'ordre public⁽⁵⁹⁾. Cette qualification pourrait être transposée à l'hypothèse d'une coopération renforcée autorisée dans un domaine de compétence exclusive. Sa qualification d'ordre public servirait de vecteur dissimulé de défense des compétences de l'Union.

En second lieu, dans le cadre de la procédure de révision simplifiée des traités⁽⁶⁰⁾, le Conseil européen ne saurait ni « adopter de décision modifiant le texte des traités en dehors de la troisième partie du [traité FUE], [ni] modifier le texte de celle-ci d'une manière qui serait incompatible avec les dispositions de droit primaire qui n'en font pas partie »⁽⁶¹⁾. Sous le contrôle du juge⁽⁶²⁾, cette procédure fait interdiction au Conseil européen

55. Voy. *supra*, ce §, A. La garantie des compétences des États membres à travers des moyens d'ordre public (pp. 166 et s.).

56. Parmi une doctrine abondante, voy. : Ch. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 619 p. ; S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 880 p. ; L. GOUILLOU-DOLLIAT, « Le principe majoritaire et les coopérations renforcées », in F. PICOD (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 155-177.

57. Art. 20, § 1, TUE et art. 329, § 1, TFUE.

58. CJUE, 16 avril 2013, *Espagne et Italie c/ Conseil*, aff. jtes C-274/11 et C-295/11, *Rec. num.*, pts 16-26.

59. Voy., s'agissant d'un moyen d'incompétence du Conseil dissimulant une incompétence de la Communauté européenne : TPI, 21 septembre 2005, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pt 61. Voy. *supra*, ce §, A, 1. L'incompétence absolue de l'Union européenne (pp. 167 et s.).

60. Art. 48, § 6, al. 2, TUE.

61. Prise de position de l'avocat général KOKOTT sous CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, *Rec. num.*, pt 29.

62. CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, *Rec. num.*, pts 36-37. Pour une analyse, voy. : F. GIORGI, « Le pouvoir constituant européen, "l'arlésienne" du constitutionnalisme européen ? Quelques réflexions à propos de l'arrêt *Pringle* », in V. KRONENBERGER, M. T. D'ALESSIO

tant d'accroître les compétences de l'Union européenne⁽⁶³⁾, que de porter atteinte aux compétences que cette dernière détient en vertu des parties du traité FUE autres que la troisième. Les conditions de cette procédure s'inscrivent ainsi dans une dialectique de protection à la fois des compétences étatiques⁽⁶⁴⁾ et de celles de l'Union. La méconnaissance de ces limites présente des liens étroits tant avec le champ d'application de la procédure de révision simplifiée⁽⁶⁵⁾ qu'avec la compétence du Conseil européen⁽⁶⁶⁾. Le rattachement d'une telle méconnaissance à l'incompétence d'une institution de l'Union permettrait de l'élever au rang de moyen d'ordre public⁽⁶⁷⁾, sous réserve que l'incompétence du Conseil européen doive, à l'instar de celle des autres institutions, être considérée comme d'ordre public.

En définitive, tandis que l'atteinte portée, par un État membre, aux compétences attribuées à l'Union européenne constitue un moyen ordinaire, l'incompétence d'une institution traduisant une telle atteinte pourrait être qualifiée de moyen d'ordre public à l'avenir. En l'état actuel de la jurisprudence, toutefois, les moyens ayant trait à la garantie des compétences de l'Union sont, contrairement à ceux relatifs à la garantie des compétences étatiques, dépourvus de caractère d'ordre public. Le principe d'attribution des compétences génère ainsi des moyens complémentaires aux statuts contentieux opposés. Ce constat tranche avec la complétude de la qualification d'ordre public des moyens liés à la compétence attribuée

et V. PLACCO (coord.), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 263-278, spéc. pp. 273-275.

63. Art. 48, § 6, al. 3, TUE.

64. La violation de cette limite pourrait être qualifiée de moyen d'ordre public, voy. *supra*, ce §, A. La garantie des compétences des États membres à travers des moyens d'ordre public (pp. 166 et s.).

65. Par effet de miroir, le strict respect du champ de cette procédure tend à garantir le champ de la procédure de révision ordinaire et, partant, la maîtrise des évolutions des traités par les États membres en leur qualité de constituant.

66. CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, *Rec. num.*, pt 52 : « Il y a donc lieu de déterminer, premièrement, si la décision 2011/199 [...] octroie aux États membres une compétence dans le domaine de la politique monétaire en ce qui concerne les États membres dont la monnaie est l'euro. En effet, si tel était le cas, la modification du traité concernée *empiéterait sur la compétence exclusive de l'Union* prévue à l'article 3, paragraphe 1, sous c), TFUE et, dès lors que cette dernière disposition figure dans la première partie du traité FUE, *une telle modification ne pourrait être réalisée qu'au moyen de la procédure de révision ordinaire* prévue à l'article 48, paragraphes 2 à 5, TUE » (nous soulignons).

67. Il convient toutefois de préciser que, dans le *renvoi préjudiciel* dans l'affaire *Pringle*, cette question de compétence avait été abordée devant le juge de renvoi (prise de position KOKOTT, précitée, pts 35 et 37). Cette question n'ayant pas été déférée à la Cour de justice par ce juge, ni celle-ci ni son avocat général ne l'ont examinée, ce qui pourrait militer à l'encontre de sa qualification d'ordre public.

à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne⁽⁶⁸⁾. Une distinction se dessine ainsi entre la garantie d'ordre public complète de l'attribution des compétences à cet ordre *juridictionnel* et la garantie d'ordre public partielle de l'attribution des compétences *décisionnelles* à l'Union. Ces divergences s'expliquent par les configurations procédurales différentes dans lesquelles opèrent les moyens pris, respectivement, de l'incompétence et de la compétence de l'Union. Tout en se situant dans le prolongement de l'attribution des compétences, les règles régissant leur exercice ne paraissent pas relever de l'ordre public.

§ 2. – La garantie des règles d'exercice des compétences de l'Union européenne

L'exercice des compétences attribuées à l'Union européenne est limité par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Régulateurs de cet exercice, ces principes pourraient être hissés au rang d'ordre public. La jurisprudence et la nature des principes en cause obligent toutefois à modérer le propos. Tandis que la violation du principe de subsidiarité constitue un moyen d'ordre public potentiel dont la consécration paraît peu probable (A), la violation du principe de proportionnalité forme, en toute hypothèse, un moyen ordinaire (B).

A. *La méconnaissance du principe de subsidiarité, moyen d'ordre public potentiel mais peu probable*

Conformément au principe de subsidiarité, l'Union européenne ne peut intervenir que « si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres »⁽⁶⁹⁾. Ce principe définit ainsi les conditions dans lesquelles l'Union européenne peut exercer une compétence partagée avec les États membres ou, autrement dit, les conditions de son activation par l'Union et l'intensité de son action⁽⁷⁰⁾. Présumé protecteur de l'exercice étatique des compétences, ledit principe peut tout autant « favoriser l'action de

68. Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1. La garantie des compétences attribuées à l'ordre juridictionnel de l'Union européenne par rapport aux juridictions étrangères à cet ordre (pp. 72 et s.).

69. Art. 5, § 3, al. 1, TUE.

70. Voy. en ce sens également : K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, *op. cit.*, spéc. p. 11.

l'Union »⁽⁷¹⁾. En son volet d'activation⁽⁷²⁾, il revêt un fort potentiel d'ordre public (1). En pratique, toutefois, le moyen tiré de sa violation se présente comme un moyen ordinaire (2).

1) Un moyen d'ordre public potentiel

Le principe de subsidiarité, dont la justiciabilité ne fait plus guère de doute⁽⁷³⁾, ne concerne pas « [la] répartition [des compétences] entre les niveaux national et communautaire »⁽⁷⁴⁾. En tant que « corollaire du principe d'attribution »⁽⁷⁵⁾, il définit les conditions d'exercice d'une compétence attribuée à l'Union européenne à titre partagé avec les États membres. Il joue « un rôle de filtre » à cet égard⁽⁷⁶⁾. En tant que « principe régulateur des compétences »⁽⁷⁷⁾ partagées, il nourrit des liens étroits avec le principe d'attribution⁽⁷⁸⁾ et se situe dans une continuité logique et temporelle avec celui-ci. Son contrôle est « voisin d'un contrôle de la compétence »,

71. F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in C. KESSEDIAN (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 21-40, spéc. p. 27.

72. Son volet relatif à l'intensité de l'action sera examiné de concert avec le principe de proportionnalité (voy. *infra*, ce §, B. La méconnaissance du principe de proportionnalité, moyen ordinaire, pp. 182 et s.).

73. Si cette justiciabilité a pu faire couler beaucoup d'encre (voy. notamment : A. TOTH, « Is Subsidiarity Justiciable ? », *E.L.Rev.*, 1994, n° 3, pp. 268-285), elle est aujourd'hui admise en son principe (CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.*, p. I-5755, pt 47 ; CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, pts 177-185 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. jtes C-154/04 et C-155/04, *Rec.*, p. I-6451, pts 104-107 ; CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, aff. C-58/08, *Rec.*, p. I-4999, pts 76-79 ; CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.*, p. I-3727, pts 76-83 ; TPI, 21 février 1995, *SPO e.a. c/ Commission*, aff. T-29/92, *Rec.*, p. II-289, pt 330). Voy. à ce titre : B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, pp. 329-354 ; C. BLUMANN, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in C. BOUTAYEB (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet. Liber amicorum discipulorumque*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 439-461 ; J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 527-542.

74. J. ZILLER, *op. cit.*, spéc. p. 528. Le Tribunal rattache la subsidiarité parfois à la répartition verticale des compétences : TPI, 23 septembre 2009, *Pologne c/ Commission*, aff. T-183/07, *Rec.*, p. II-3395, pts 82 et s. ; TPI, 23 septembre 2009, *Estonie c/ Commission*, aff. T-263/07, *Rec.*, p. II-3463, pts 49 et s.

75. M. WATHELET, « Propos liminaires », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 2002, pp. 17-20, spéc. p. 18.

76. J. PERTEK, *Droit des institutions de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, 499 p., spéc. p. 117.

77. H. GAUDIN, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés Européennes et la subsidiarité », *RAE*, 1998, n° 1-2, pp. 10-27, spéc. p. 12.

78. Voy. en ce sens : V. CONSTANTINESCO, « Who's Afraid of Subsidiarity ? », *YEL*, 1991, pp. 33-55, spéc. p. 50.

sans pour autant se confondre avec ce dernier⁽⁷⁹⁾. Ainsi, lorsque l'Union européenne agit alors que les conditions de la subsidiarité ne sont pas réunies, elle agit sans « habilitation »⁽⁸⁰⁾. En agissant lorsque le principe de subsidiarité pointe vers un exercice étatique de la compétence partagée, elle empiète sur l'exercice de la compétence par ses États⁽⁸¹⁾.

Aussi la méconnaissance du principe de subsidiarité mobilise-t-elle les considérations qui justifient le caractère d'ordre public du moyen tiré de l'incompétence absolue de l'Union européenne, à savoir la méconnaissance, par celle-ci, d'une règle protectrice des compétences étatiques⁽⁸²⁾. Conjuguées à la valeur fondamentale de ce principe⁽⁸³⁾, qui « s'inscrit dans un contexte plus large concernant les exigences de légitimité, de démocratie, de transparence, de proximité aux citoyens, et de bonne administration »⁽⁸⁴⁾, ces considérations justifieraient l'élévation du moyen pris de sa méconnaissance au rang de moyen d'ordre public. Toutefois, des objections pratiques rendent illusoirs les perspectives d'une telle qualification d'ordre public.

2) Un moyen d'ordre public peu probable

En dépit de toute prise de position définitive du juge sur le statut contentieux du moyen pris de la violation du principe de subsidiarité et malgré son air d'ordre public incontestable, sa qualification analogue est peu probable en pratique. Le risque pressenti que ce contrôle puisse « entraîner

79. V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45, spéc. p. 43. Le contrôle du principe de subsidiarité s'inscrit dans un contrôle de compétence (D. RITLENG, *op. cit.*, spéc. p. 71), bien qu'il soit parfois rattaché à la violation du traité (K. BOSKOVITS, *op. cit.*, spéc. pp. 773-774 et note n° 255).

80. H. GAUDIN, *op. cit.*, spéc. p. 15.

81. Voy. en ce sens : K. BOSKOVITS, *op. cit.*, spéc. p. 775.

82. Inversement, le principe de subsidiarité est susceptible de protéger les compétences de l'Union européenne d'un empiètement par les États membres (sur cette double fonction : V. CONSTANTINESCO, « Who's Afraid of Subsidiarity ? », *op. cit.*, spéc. p. 35). Ce potentiel d'ordre public pourrait être extrapolé au moyen tiré de la méconnaissance par un État membre du principe de subsidiarité, pour autant d'admettre sa justiciabilité à cet égard (pour un avis favorable : A. TOTH, *op. cit.*, spéc. pp. 276-279 ; pour une analyse de la justiciabilité sous le seul angle du contrôle des actes de l'Union : J.-C. GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 3-8, spéc. p. 4). Or, par analogie avec les développements quant à l'incompétence d'un État membre, un tel moyen serait sans doute un moyen ordinaire.

83. Voy. toutefois J. VERHOEVEN (« Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in F. DELPÉRÉE [dir.], *op. cit.*, pp. 375-385, spéc. p. 385) qui qualifie le principe de subsidiarité de « "principe" hâtivement réputé fondamental ».

84. A. BARAV, « Le principe de subsidiarité et sa mise en œuvre », in Ch. PHILIP et P. SOLDATOS (dir.), *L'Union européenne de l'an 2000 : défis et perspectives*, Montréal, Université de Montréal, 1997, pp. 113-133, spéc. p. 129.

[les juges] au-delà de leurs compétences proprement juridictionnelles »⁽⁸⁵⁾ et les modalités pratiques dudit contrôle laissent présumer sa nature ordinaire.

Certes, certaines objections tirées du contrôle de la subsidiarité ne sont pas dirimantes. Ainsi, l'efficacité de ce contrôle a pu être mise en doute eu égard à la grande variabilité et au caractère aléatoire de ses modalités. Ledit contrôle, « [p]arfois confondu avec le principe de proportionnalité, parfois assimilé à un contrôle de la preuve quand il n'est pas tout simplement rattaché à un contrôle de la nécessité »⁽⁸⁶⁾, serait un contrôle restreint, minimal⁽⁸⁷⁾. Or, la difficulté de saisir l'objet du contrôle, les réticences que le juge peut éprouver à son égard, voire le risque de dérive vers un contrôle d'opportunité⁽⁸⁸⁾ ne sont pas de nature à minorer l'importance du principe de subsidiarité en tant que valeur fondamentale du droit de l'Union européenne. Si elles pouvaient rendre le contrôle inefficace en pratique, elles ne devraient pas pour autant invalider son caractère potentiellement d'ordre public. De surcroît, une définition du moyen d'ordre public fondée, à l'instar de celle proposée par l'avocat général Jacobs⁽⁸⁹⁾, notamment sur le caractère fondamental de la règle violée au sein de l'ordre juridique considéré de même qu'une approche fonctionnelle du moyen d'ordre public permettraient d'écarter toute objection tirée de la limitation du contrôle.

D'autres objections sont toutefois de nature à induire une qualification de moyen ordinaire à ce stade. Ainsi, un arrêt relativement confus de la Cour de justice semble reléguer le moyen pris de la violation du principe de subsidiarité au rang de moyen ordinaire⁽⁹⁰⁾. En toute hypothèse, le contrôle de la subsidiarité impose au juge de procéder à un contrôle du

85. E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p., spéc. p. 126.

86. B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 342.

87. G. DE BÜRCA, « The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor », *Journal of Common Market Studies*, 1998, n° 2, pp. 217-235, spéc. p. 225.

88. Le principe de subsidiarité « place parfois le juge aux limites du contrôle d'opportunité » : J.-C. GAUTRON, « Article I-11 – Principes fondamentaux », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2007, t. 1, pp. 181-190, spéc. p. 188.

89. Concl. JACOBS sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 141-143.

90. CJUE, 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-521/09 P, *Rec.*, p. I-8947, pts 35, 73 et 78. La Cour de justice écarta comme irrecevable, au motif que le pourvoi ne saurait modifier l'objet du litige tel qu'il s'est présenté en première instance, un argument tiré de la violation du principe de subsidiarité. Or, d'une part, la partie requérante reprochait non à la Commission, mais au Tribunal, d'avoir méconnu ce principe, de sorte que cet argument n'aurait pas dû être rejeté comme irrecevable pour avoir modifié l'objet du litige. D'autre part, l'argument en cause ne visait assurément pas le principe de subsidiarité, condition d'exercice des compétences partagées, mais intervenait à l'appui d'une argumentation relative à un « principe de l'autonomie des personnes morales ».

fond de l'acte en cause⁽⁹¹⁾, en vue d'apprécier et de comparer l'efficacité des actions de l'Union européenne et des États membres. Aussi les moyens afférents à ce principe sont-ils, en pratique, tirés de moyens de légalité interne⁽⁹²⁾ et non de l'incompétence de l'Union⁽⁹³⁾, ce qui milite à l'encontre de leur examen d'office⁽⁹⁴⁾. Le contrôle de la subsidiarité relève de celui de l'erreur d'appréciation⁽⁹⁵⁾, « [allant] certes au-delà de l'erreur manifeste d'appréciation mais [...] somme toute assez réduit »⁽⁹⁶⁾. Or, l'erreur d'appréciation constitue sans conteste un moyen ordinaire⁽⁹⁷⁾.

Partant, le moyen tiré de la violation du principe de subsidiarité reste, malgré son indéniable potentiel d'ordre public, un moyen ordinaire en pratique. Comme cela a pu être remarqué, si ce principe « peut jouer un rôle appréciable », « il n'y a pas lieu de lui octroyer une place privilégiée »⁽⁹⁸⁾ sur un plan contentieux. Une telle conclusion s'impose d'autant plus s'agissant du moyen pris de la violation du principe de proportionnalité.

91. Il a par ailleurs été envisagé que le principe de subsidiarité peut également jouer dans le recours en carence, au titre du contrôle de l'inaction : C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, 864 p., spéc. p. 470. Ces professeurs ont toutefois abandonné la référence au recours en carence dans leur 6^e éd., 2016, 922 p., spéc. pp. 506-507. Voy. également : G. VANDERSANDEN, « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Mélanges Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. I, pp. 193-210, spéc. p. 209, cité en ce sens par K. BOSKOVITS, *op. cit.*, spéc. p. 775.

92. Des moyens afférents à la subsidiarité ont encore pu avoir trait à la violation de l'obligation de motivation. La motivation au regard de la subsidiarité s'inscrit dans l'obligation générale de motivation (CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec.*, p. I-2405, pts 25-28). À ce propos, voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, A. La violation de l'obligation de motivation (pp. 209 et s.).

93. Il convient toutefois de noter que la violation du principe de subsidiarité peut être soulevée à l'appui d'un moyen tiré d'une erreur de base juridique : CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.*, p. I-5755, pt 47.

94. En ce sens, les professeurs C. BLUMANN et L. DUBOIS (*Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, 922 p., spéc. pp. 508-509) ont relevé que « le contrôle du principe de subsidiarité ne s'effectue pas au stade de la compétence de l'Union, ce qui obligerait à soulever d'office un tel moyen[,] mais au stade plus confortable de la violation du traité ou des règles prises pour son application ».

95. Voy. p. ex. : Th. DEBARD, « Le principe de subsidiarité », in Ch. PHILIP et P. SOLDATOS (dir.), *op. cit.*, pp. 97-112, spéc. p. 108 ; A. TOTH, *op. cit.*, spéc. p. 284 ; J. ZILLER, *op. cit.*, spéc. p. 534.

96. C. BLUMANN, « La légistique dans le système de l'Union européenne : quelle nouvelle approche ? », in F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 7-26, spéc. p. 18.

97. TPI, 17 avril 2008, *Dainichiseika Colour & Chemicals Mfg. c/ OHMI*, aff. T-389/03, non publié, pt 85 (erreur d'appréciation) ; TPI, 28 janvier 2009, *Centro Studi Manieri c/ Conseil*, aff. T-125/06, *Rec.*, p. II-69, pts 57-58 (erreur manifeste d'appréciation). Voy. aussi *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, A. Les moyens se rapportant aux faits : apparition d'un principe de non-qualification d'ordre public (pp. 262 et s.).

98. J.-V. LOUIS, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in A. DE WALSCHE (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 283-305, spéc. p. 305.

B. *La méconnaissance du principe de proportionnalité, moyen ordinaire*

Encadrant l'exercice des compétences de l'Union européenne, le principe de proportionnalité « intervient à deux niveaux », à savoir, d'une part, au titre de la subsidiarité, « pour définir l'ampleur que doit revêtir l'action [de l'Union] par rapport aux actions des États membres » et, d'autre part, au titre du principe de proportionnalité à proprement parler, « pour trancher les conflits qui peuvent surgir entre l'objectif de l'action envisagée et d'autres objectifs ou valeurs [de l'Union] auxquels ladite action risque de porter atteinte »⁽⁹⁹⁾. En ses deux expressions, le principe de proportionnalité est déconnecté des considérations ayant trait à la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres (1), au point que le moyen tiré de sa violation constitue un moyen ordinaire (2).

1) Un moyen déconnecté de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres

Le principe de proportionnalité tend à protéger les États membres d'une emprise disproportionnée du droit de l'Union européenne. En cela, il présente une certaine proximité fonctionnelle avec les moyens tirés de l'incompétence absolue de l'Union et de la violation du principe de subsidiarité. Toutefois, il ne régit ni la répartition ni le partage des compétences entre l'Union et ses États⁽¹⁰⁰⁾. Il intervient en aval⁽¹⁰¹⁾. Son application présuppose, d'une part, l'existence d'une compétence attribuée à l'Union européenne et, d'autre part, dans le cas d'une compétence partagée, son activation. De ce fait, sa méconnaissance n'entraîne ni l'incompétence de l'Union pour agir, car, par définition, une compétence existe, ni la méconnaissance des compétences étatiques par l'activation d'une compétence partagée, car l'activation relève du principe de subsidiarité. La méconnaissance du principe de proportionnalité s'exprime, en revanche, par l'intensité excessive de l'action de l'Union. Son examen conduit le juge à « comparer différentes manières concrètes dont une compétence peut être exercée, comparaison à l'occasion de laquelle les avantages et désavantages qui résultent des différentes manières possibles sont confrontés entre eux et mis en balance

99. K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, *op. cit.*, spéc. p. 63.

100. A. TOTH, *op. cit.*, spéc. p. 270.

101. Voy., s'agissant de la succession dans le temps des principes de subsidiarité et de proportionnalité, p. ex. : G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, 1994, n° 3, pp. 373-390, spéc. pp. 379-380.

avec des objectifs et intérêts précis »⁽¹⁰²⁾. Ainsi, un moyen pris de la violation du principe de proportionnalité s'insère davantage dans la légalité interne, de sorte que son statut contentieux ne saurait être établi par un raisonnement appuyé *a fortiori* sur le caractère d'ordre public des moyens tirés de l'incompétence de l'Union. Il devra, au contraire, être apprécié à l'aune de la jurisprudence relative aux moyens de légalité interne. Celle-ci laisse entrevoir sa nature ordinaire.

2) Un moyen ordinaire

À notre connaissance, le juge de l'Union européenne ne s'est encore jamais prononcé sur le statut contentieux du moyen pris de la violation du principe de proportionnalité tel que consacré à l'article 5, paragraphe 4, TUE. Il ne fait toutefois guère de doute que ce moyen relève du contrôle de l'erreur (manifeste) d'appréciation⁽¹⁰³⁾, moyen ordinaire par excellence⁽¹⁰⁴⁾. En outre, le caractère d'ordre public de certains moyens tirés de la violation du principe de proportionnalité a explicitement été écarté par le juge. Il en va ainsi tant d'un moyen relatif à la proportionnalité du montant d'une amende infligée à une entreprise ayant participé à une entente⁽¹⁰⁵⁾ que d'un moyen relatif à la proportionnalité d'une prétendue atteinte au droit de propriété de la partie requérante⁽¹⁰⁶⁾. Certes, de telles violations du principe de proportionnalité tendent *a priori* à la garantie de droits ou d'intérêts individuels, tandis que, bien que déconnecté *stricto sensu* de la répartition et du partage des compétences entre l'Union et ses États membres, le moyen analogue pris de l'article 5, paragraphe 4, TUE, poursuit un objectif plus général qui dépasse la sphère des intérêts purement privés. De par leur affiliation commune au contrôle de proportionnalité, les deux types de moyens devraient toutefois suivre, pour des raisons de cohérence, le même sort quant à leur statut contentieux. Partant, la violation du principe de proportionnalité doit être regardée comme un moyen ordinaire.

102. W. VAN GERVEN, « Les principes de "subsidiarité, proportionnalité et coopération" en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1281-1292, spéc. p. 1289.

103. C. BLUMANN, « La légistique... », *op. cit.*, spéc. p. 18 ; L. GUILLOUD-COLLAT, *op. cit.*, spéc. p. 101.

104. Voy. notamment la jurisprudence citée à la note n° 97 du présent Chapitre.

105. CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pt 70 ; CJUE, 14 mars 2013, *Viega c/ Commission*, aff. C-276/11 P, non publié, pt 57 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Siemens c/ Commission*, aff. jtes C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, non publié, pt 340 ; Trib. UE, 12 décembre 2012, *Almamet c/ Commission*, aff. T-410/09, non publié, pt 270.

106. CJUE, 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-501/11 P, *Rec. num.*, pt 127.

Ainsi, la jurisprudence relative aux principes régissant l'exercice par l'Union européenne de ses compétences constitue un terrain peu propice à la consécration de moyens d'ordre public. Tout au plus, la violation du principe de subsidiarité pourrait-elle, à l'avenir, être consacrée comme telle. Le statut contentieux des moyens relatifs à ces principes tranche avec celui des moyens relatifs au principe d'attribution. Sous couvert de la mise en cause de la compétence d'une institution, auteur de l'acte, le principe d'attribution apparaît, par essence, porteur de moyens d'ordre public. Dans le prolongement de la nature d'ordre public de la répartition verticale des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, la répartition horizontale des compétences au sein de l'Union donne lieu à de nombreux moyens d'ordre public.

Sous-section 2. – La garantie de la répartition horizontale des compétences au sein de l'Union européenne

Les compétences attribuées à l'Union européenne sont réparties entre ses institutions sur la base d'un principe d'attribution dont le respect est essentiel à la garantie de l'équilibre institutionnel. Les institutions peuvent, dans certaines hypothèses, déléguer leurs compétences à d'autres entités. La méconnaissance des règles régissant ces compétences est sanctionnée par des moyens d'ordre public rattachés à l'incompétence au sens de l'article 263 TFUE. Leur qualification d'ordre public tend à englober *toute* incompétence, d'une institution, d'un organe, d'un organisme, voire d'un membre ou fonctionnaire agissant pour leur compte. L'analyse attentive de la jurisprudence révèle cependant des nuances. Une ligne de démarcation peut, sous réserve d'exceptions, être tracée selon que sont, ou non, affectés la compétence d'attribution et l'équilibre institutionnel. Ainsi, les moyens relatifs à l'attribution des compétences aux institutions, organes et organismes de l'Union et à l'équilibre institutionnel sont d'ordre public (§ 1), tandis que ceux ayant trait à l'organisation, en leur sein, de l'exercice des compétences sont en principe des moyens ordinaires (§ 2).

§ 1. – La garantie de l'attribution des compétences et de l'équilibre institutionnel

L'article 13, paragraphe 2, TUE consacre un « principe de la séparation des pouvoirs [régissant] les relations entre les différentes institutions de l'Union [européenne] ». Ce principe de séparation « caractérise le fonctionnement

de cette dernière en tant qu'Union de droit »⁽¹⁰⁷⁾. Reconnu dans un premier temps comme « garantie fondamentale »⁽¹⁰⁸⁾, l'équilibre institutionnel⁽¹⁰⁹⁾ constitue le « complément normatif nécessaire du principe des compétences d'attribution de chaque institution »⁽¹¹⁰⁾. Son importance fondamentale fonde et justifie la qualification d'ordre public de l'incompétence relative ou interne, à savoir l'incompétence d'une institution, d'un organe ou d'un organisme. Ce moyen est d'ordre public lorsqu'il est tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué (A) et pourrait l'être, *a fortiori*, lorsqu'il est tiré d'une exception d'illégalité fondée sur l'incompétence de l'auteur de l'acte de base (B).

A. L'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué

Destinée à garantir le respect des principes d'attribution et d'équilibre institutionnel, la sanction de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué relève indubitablement de l'ordre public. Une jurisprudence étoffée confirme ce constat et lui confère un vaste champ. L'étendue de ce moyen d'ordre public (1) permet d'envisager son rayonnement au-delà de l'incompétence *stricto sensu*, dans le champ des moyens qui, sans relever formellement de celle-ci, présentent néanmoins des liens étroits avec elle (2).

1) L'étendue du moyen d'ordre public

Le moyen tiré de l'incompétence d'une institution de l'Union européenne, auteur de l'acte attaqué, est incontestablement d'ordre public.

107. CJUE, ord., 18 avril 2013, *Germanwings*, aff. C-413/11, non publiée, pt 16. Voy. s'agissant de la théorie de la séparation des pouvoirs dans l'Union européenne : S. ROLAND, *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs. Recherches sur la distribution des pouvoirs législatif et exécutif dans la Communauté*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 722 p. ; K. LENAERTS, « Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community », *CML Rev.*, 1991, n° 1, pp. 11-35.

108. CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 9/56, *Rec.*, p. 9, spéc. p. 44. La Cour de justice a ultérieurement écarté cette fonction protectrice : CJCE, 13 mars 1992, *Vreugdenhil c/ Commission*, aff. C-282/90, *Rec.*, p. I-1937, pt 20. Voy. sur ce changement : J. P. JACQUÉ, « The principle of institutional balance », *CML Rev.*, 2004, pp. 383-391, spéc. pp. 384-386.

109. Voy. notamment : F. LE BOT, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, thèse, Paris II, 2012, 586 p. ; V. CONSTANTINESCO, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, pp. 481-491 ; G. GUILLERMIN, « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, pp. 319-346.

110. T. GEORGIOPOULOS, « Doctrine de séparation des pouvoirs et intégration européenne », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-30, spéc. p. 14.

Cette qualification est liée, outre au nécessaire respect de l'équilibre institutionnel, à la garantie de la sécurité juridique⁽¹¹¹⁾.

Construite autour de l'incompétence *ratione temporis*⁽¹¹²⁾, cette qualification s'étend à toute incompétence d'une institution⁽¹¹³⁾, voire d'un organe ou organisme, y compris en cas de dépassement du champ matériel de la compétence qui lui est attribuée⁽¹¹⁴⁾. Ce moyen d'ordre public a une certaine force d'attraction⁽¹¹⁵⁾ qui impose de délimiter son champ avec précision. Au gré des affaires, le juge de l'Union européenne a affiné ce champ au regard de trois questions particulières tenant à la notion d'incompétence *ratione temporis*, à la nature et au titulaire de la compétence enfreinte.

En premier lieu, le juge a pris position sur l'incompétence *ratione temporis* à propos d'actes adoptés après l'écoulement d'un délai institué à cette fin. Il opère dans ce contexte une distinction subtile. Un moyen tiré de l'écoulement d'un délai de forclusion au-delà duquel l'institution perd son titre de compétence est d'ordre public, car rattaché à l'incompétence *ratione temporis*⁽¹¹⁶⁾.

111. Le respect du principe d'attribution s'impose au nom de la sécurité juridique, tout acte producteur d'effets devant emprunter sa force obligatoire à une base légale qu'il doit identifier : CJCE, 6 juin 1993, *France c/ Commission*, aff. C-325/91, *Rec.*, p. I-3283, pt 26.

112. CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 49-57. Voy. pour une qualification d'ordre public plus récente de l'incompétence *ratione temporis*, du fait de la suppression d'une base juridique de droit dérivé habilitant la Commission à agir : Trib. UE, 13 mai 2014, *McBride e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-458/10 à T-467/10 et T-471/10, non publié, pts 25, 28 et 36.

113. Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pts 70, 86, 87 et 111.

114. Voy. en ce sens : concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 15 janvier 2014, *Commission c/ Portugal*, aff. C-292/11 P, *Rec. num.*, pt 54. Voy., par analogie, s'agissant d'un dépassement des limites de sa compétence par une chambre de recours de l'OHMI (EUIPO) : Trib. UE, 29 février 2012, *Certmedica International c/ OHMI*, aff. jtes T-77/10 et T-78/10, non publié, pts 88-92 et 95 ; Trib. UE, 18 novembre 2014, *Lumene c/ OHMI*, aff. T-484/13, non publié, pts 18-19 et 22-25 ; Trib. UE, 16 décembre 2015, *Perfetti Van Melle c/ OHMI*, aff. jtes T-381/13 et T-382/13, non publié, pts 32-34 et 38-41.

115. Il est toutefois rarement mis en avant : J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 1464 p., spéc. p. 871.

116. Tel un moyen tiré de l'incompétence de la Commission pour apprécier, dans le cadre de la CECA, la compatibilité d'une aide notifiée après l'expiration du délai de notification fixé dans le cinquième code des aides à la sidérurgie (Décision n° 3855/91/CECA de la Commission, du 27 novembre 1991, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie, *JO*, 1991, L 362, p. 57), ce délai de notification « constitua[nt] un délai de forclusion dans le sens qu'il excluait l'approbation [par la Commission] de tout projet d'aides notifié tardivement » (CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 49, 55 et 56). Le délai dépassé, l'aide retombait dans le champ de l'interdiction absolue des aides, en vertu de l'article 4, sous c), du traité CECA, et ne pouvait, dès lors, plus être autorisée par la Commission sauf modification des dispositions du cinquième code des aides à la sidérurgie par celle-ci avec l'avis conforme du Conseil, conformément à l'article 95, premier et deuxième alinéas, du traité CECA.

En revanche, un moyen pris du dépassement par l'institution d'un délai encadrant l'exercice de sa compétence et déterminant les conséquences juridiques de l'inaction durant ce délai n'est pas nécessairement d'ordre public⁽¹¹⁷⁾. Un tel moyen ne relève pas de l'incompétence de l'auteur de l'acte⁽¹¹⁸⁾, mais a trait aux règles relatives à l'adoption des actes⁽¹¹⁹⁾, voire conditionne l'appréciation d'un moyen tiré de la durée déraisonnable de la procédure⁽¹²⁰⁾. Selon le cas, il peut être d'ordre public au titre de la garantie des formes procédurales⁽¹²¹⁾.

En deuxième lieu, le juge a précisé que l'incompétence d'une institution était d'ordre public indépendamment de la nature et de l'origine de la compétence, qu'elle découle du traité ou du droit dérivé⁽¹²²⁾, y compris lorsqu'il s'agit d'une compétence d'exécution de la Commission⁽¹²³⁾. Elle

117. Sur la distinction de ces deux types de délais, voy. notamment : concl. STIX-HACKL sous CJCE, 12 décembre 2002, *Belgique c/ Commission*, aff. C-5/01, *Rec.*, p. I-11991, pt 100.

118. La détermination de la nature d'un délai donné constituant une question préalable à l'appréciation de la compétence *ratione temporis* d'une institution, elle peut être effectuée, même d'office, au titre d'un moyen d'incompétence. Si le délai n'est pas de forclusion, le moyen d'incompétence est écarté au fond. Voy. en ce sens : TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pts 70-77.

119. Telle la prescription des poursuites en matière de pratiques anticoncurrentielles, prévue à l'art. 25, § 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (*JO*, 2003, L 1, p. 1), qui n'ôte pas son pouvoir de sanction à la Commission. B. SACHS (*op. cit.*, spéc. pp. 122-124) a affirmé, et critiqué, que, dans un arrêt (TPI, 10 mars 1992, *Shell c/ Commission*, aff. T-11/89, *Rec.*, p. II-757, pts 325-327), le Tribunal a examiné d'office, au titre de l'incompétence de la Commission, un moyen pris du dépassement d'un délai de prescription quinquennale prévu par le règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuite et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la [CEE] (*JO*, 1974, L 319, p. 1), reconnaissant ainsi implicitement son caractère d'ordre public. Or, le Tribunal n'a pas opéré de rattachement à une prétendue incompétence de la Commission et s'est contenté d'écarter au fond un moyen tardif sans examiner sa recevabilité. Une telle approche n'équivaut pas à un relevé d'office.

120. Voy. en ce sens, s'agissant de la prescription du pouvoir de poursuite en matière de pratiques anticoncurrentielles : Trib. UE, 16 septembre 2013, *CEPSA c/ Commission*, aff. T-497/07, non publié, pts 239-250.

121. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (pp. 219 et s.). Comp. avec ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, A. La garantie du délai raisonnable, moyen ordinaire (pp. 246 et s.).

122. Voy. en ce sens : Trib. UE, ord., 13 avril 2011, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec.*, p. II-1673, pts 40-41 (voy. *infra*, note n° 160 du présent Chapitre) ; Trib. UE, 13 mai 2014, *McBride e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-458/10 à T-467/10 et T-471/10, non publié, pts 25, 28 et 36.

123. Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pts 70, 86, 87 et 111. Le Tribunal consacre, à juste titre, comme moyen d'ordre public l'incompétence de la Commission au titre d'une compétence d'exécution. Opérant une confusion malheureuse avec la violation des règles encadrant la procédure d'adoption de la décision attaquée, il déduit d'une violation des formes substantielles, prise en substance d'un défaut de consultation du comité de réglementation, l'incompétence de la Commission pour adopter cette décision, au motif que

est d'ordre public sans égard à la fonction, législative⁽¹²⁴⁾ ou exécutive⁽¹²⁵⁾, exercée par l'institution. Sa vérification peut impliquer la recherche d'une base juridique dans le droit dérivé, en l'absence de laquelle le juge constate l'incompétence de l'auteur de l'acte⁽¹²⁶⁾.

Cette appréhension extensive de l'incompétence d'ordre public devrait couvrir des moyens tirés de l'attribution irrégulière de compétences déléguées ou d'exécution au sens des articles 290 et 291 TFUE ou pris du dépassement de ces compétences⁽¹²⁷⁾. De tels moyens sont en effet évalués à l'aune des principes d'attribution et d'équilibre institutionnel⁽¹²⁸⁾, vecteurs

sa compétence était « subordonnée au respect par elle de la procédure de réglementation » (pt 111). Cette confusion était inutile dès lors qu'un défaut de consultation est en tout état de cause d'ordre public (voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel, pp. 219 et s.).

124. Voy. notamment : C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, 175 p. ; C. BLUMANN, « La fonction législative dans l'Union "modifiée" », in M. BLANQUET (dir.), *op. cit.*, pp. 31-59 ; D. BLANC, « La fonction législative communautaire : la loi concurrencée », in F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *op. cit.*, pp. 45-63 ; J. RIDEAU, « La fonction législative dans les Communautés européennes », *RAE*, 1995, n° 1, pp. 63-82.

125. Voy. en particulier : D. CURTIN, *Executive Power of the European Union. Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford, OUP, 2009, 345 p. ; J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 687 p. ; P. PESCATORE, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *CDE*, 1978, n° 4, pp. 387-406 ; D. RITLÉNG, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union », in J. DUTHEIL DE LA ROCHE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 27-51. Adde : L. GUILLOUD-COLIAT, « Actes non législatifs », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 191-2, 2015.

126. Trib. UE, 13 mai 2014, *McBride e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-458/10 à T-467/10 et T-471/10, non publié, pts 25, 28, 33 et 35-36.

127. Sur les notions de délégation et de compétence d'exécution, voy. : Y. GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, thèse, Strasbourg, 1995, 538 p. ; K. LENAERTS, « Regulating the regulatory process : "delegation of powers" in the European Community », *E.L.Rev.*, 1993, n° 1, pp. 23-49. Voy. sur la distinction désormais imposée par les articles 290 et 291 TFUE *inter alia* : F. BERROD et Ch. MESTRE, « L'incidence des considérations organiques sur la distinction entre les actes délégués et les actes d'exécution », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 79-93 ; C. BLUMANN, « À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués », in G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 127-144 ; M. CHAMON, « The dividing line between delegated and implementing acts, part two : The Court of Justice settles the issue in *Commission v. Parliament and Council (Visa reciprocity)* », *CML Rev.*, 2015, pp. 1617-1634 ; L. GUILLOUD-COLIAT, « L'exégèse des articles 290 TFUE et 291 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne : le juge précise, complète et modifie sa jurisprudence », *RAE*, 2015, n° 3, pp. 575-582 ; E. NEFRAMI, « Le renouveau du règlement : acte de base / acte d'exécution », in F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *op. cit.*, pp. 27-43 ; D. RITLÉNG, « La délégation du pouvoir législatif de l'Union européenne », in G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 559-576 ; *ibid.*, « The dividing line between delegated and implementing acts : The Court of Justice sidesteps the difficulty in *Commission v. Parliament and Council (Biocides)* », *CML Rev.*, 2015, pp. 243-258.

128. Ainsi, la Cour de justice a refusé, avant l'inscription de la délégation législative à l'article 290 TFUE, toute possibilité de déléguer des pouvoirs législatifs sur le fondement des principes d'attribution des compétences et d'équilibre institutionnel : CJCE, 6 mai 2008, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-133/06, *Rec.*, p. I-3189, pts 56-57.

de qualification d'ordre public. Une telle qualification pourrait s'appuyer sur une lecture constructive de l'arrêt *Hongrie c/ Commission*, précité⁽¹²⁹⁾, et se justifie en toute hypothèse par le rattachement des moyens visés à l'incompétence⁽¹³⁰⁾ de l'auteur, selon le cas, de l'acte délégué ou de l'acte d'exécution.

En troisième lieu, le juge a inclus dans ce moyen d'ordre public l'incompétence de tout organe ou organisme, voire d'une instance de recours créée en leur sein, en méconnaissance des limites des pouvoirs qui leur ont été octroyés⁽¹³¹⁾. Ainsi, l'empiètement, par une agence exécutive, sur les compétences de la Commission, qui l'a créée, est constitutif d'un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte⁽¹³²⁾. Sont également d'ordre public des moyens tirés de l'incompétence d'une chambre de recours de l'EUIPO⁽¹³³⁾ ou de l'Office communautaire des

129. Voy. *supra*, note n° 123 du présent Chapitre.

130. Le lien entre la méconnaissance de l'étendue d'une délégation et la méconnaissance des règles de compétence ressort de la jurisprudence (voy. s'agissant d'une compétence déléguée au sens de l'article 290 TFUE : CJUE, 17 mars 2016, *Parlement c/ Commission*, aff. C-286/14, *Rec. num.*, pt 61) et est également opéré par la doctrine (D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. pp. 53-59 ; K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, spéc. p. 378).

131. La création de tels organes et les délégations instituées à leur profit ne relèvent pas des articles 290 et 291 TFUE (CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*, aff. C-270/12, *Rec. num.*, pts 82-83), ce qui a justifié leur traitement à part. Voy. également dans le sens d'une telle distinction : B. BERTRAND, « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs : le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 21-37 ; D. RITLENG, « The dividing line between delegated and implementing acts... », *op. cit.*, spéc. p. 257, et « La nouvelle typologie des actes de l'Union. Un premier bilan critique de son application », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 7-20, sous II.B.

132. Trib. UE, 4 février 2016, *Italian International Film c/ EACEA*, aff. T-676/13, *Rec. num.*, pts 40 et 49-53. Le Tribunal n'a pas pour autant annulé la décision attaquée dans la mesure où elle avait été prise, fût-ce incompétemment par l'agence, au titre d'une compétence liée de la Commission [*sic* !] (pts 54-55 et 64-65). *Adde* : Trib. UE, 16 février 2017, *Holistic Innovation Institute c/ REA*, aff. T-706/14, non publié, pts 24-25. Voy. à propos des pouvoirs délégués aux agences : M. CHAMON, « EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea », *CML Rev.*, 2011, pp. 1055-1075 ; T. ZWART, « La poursuite du père Meroni ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *op. cit.*, pp. 159-173, spéc. pp. 164-168.

133. Telle que l'incompétence pour exercer un pouvoir non attribué à la chambre de recours (Trib. UE, 18 octobre 2011, *Reisenthel c/ OHMI*, aff. T-53/10, *Rec.*, p. II-7287, pts 27 et 50) ou pour statuer sur une question non soumise à son examen (Trib. UE, 29 février 2012, *Certmedica International c/ OHMI*, aff. jtes T-77/10 et T-78/10, non publié, pts 88-91 ; Trib. UE, 18 novembre 2014, *Lumene c/ OHMI*, aff. T-484/13, non publié, pts 18-19 et 22-25 ; Trib. UE, 16 décembre 2015, *Perfetti Van Melle c/ OHMI*, aff. jtes T-381/13 et T-382/13, non publié, pts 32-34 et 38-41). En revanche, la Cour de justice a refusé de suivre son avocat général pour qualifier d'ordre public un moyen pris d'une violation, par une chambre de recours de l'EUIPO, de sa compétence en ce qu'elle avait statué en méconnaissance des règles de recevabilité applicables devant elle (CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, et concl. Bor, pts 45-48, 58-63, 73 et 116-118). Ce refus ne paraît pas remettre en cause la

variétés végétales (OCVV)⁽¹³⁴⁾, ainsi que celle de la commission de recours des autorités européennes de surveillance⁽¹³⁵⁾. De manière analogue, l'on peut penser qu'un moyen de pourvoi pris du dépassement, par le juge de première instance, de sa compétence pour trancher le litige porté devant lui serait à son tour d'ordre public⁽¹³⁶⁾.

Fermement ancré dans la jurisprudence, le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte recouvre, en définitive, toute incompétence d'une institution, d'un organe ou organisme de l'Union européenne. L'incompétence étant intimement liée à d'autres moyens traditionnellement rattachés à la légalité interne, il est permis, à titre prospectif, de s'interroger sur le rayonnement de son statut d'ordre public au-delà de l'incompétence *stricto sensu*.

2) Le rayonnement du moyen d'ordre public au-delà de l'incompétence *stricto sensu*

Les moyens pris de l'erreur de base juridique, de la méconnaissance du champ d'application de la loi et d'une méconnaissance par le juge de première instance de la répartition des compétences entre institutions présentent des liens étroits avec l'incompétence au sens de l'article 263 TFUE. Ces liens pourraient justifier une extension de la nature d'ordre public de celle-ci à ceux-là quand bien même ils relèvent en principe de la légalité interne.

Le moyen pris de l'erreur de base juridique s'apparente à un moyen tiré d'une atteinte à la répartition des compétences entre les institutions de l'Union européenne, lorsqu'il consiste à reprocher à une institution d'avoir agi sur le fondement d'une base juridique erronée alors que la base juridique correcte aurait conféré compétence à une autre institution⁽¹³⁷⁾.

jurisprudence susvisée du Tribunal. À nos yeux, il s'agit d'un simple reflet du caractère ordinaire des conditions de recevabilité des recours devant les chambres de recours de l'EUIPO (CJUE, 25 février 2010, *Lancôme c/ OHMI*, aff. C-408/08 P, *Rec.*, p. I-1347, pt 52).

134. S'agissant de la détermination de l'étendue de la compétence d'une chambre de recours : Trib. UE, ord., 21 octobre 2013, *Lyder Enterprises c/ OCVV*, aff. T-367/11, non publiée, pt 28.

135. Incompétence pour statuer sur une décision insusceptible de recours devant elle et ne relevant, ainsi, pas de sa compétence : Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pts 57 et 59. L'arrêt est singulier, voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 2, a. L'intérêt du requérant dans le contentieux de la légalité (pp. 554 et s.).

136. Voy. pour une qualification d'ordre public et une proposition discutable – non suivie par la Cour de justice – de relever d'office un dépassement, par le Tribunal, des limites de son contrôle en première instance : concl. Bot sous CJUE, 21 juillet 2017, *Easy Sanitary Solutions c/ Group Nivelles*, aff. jtes C-361/15 P et C-405/15 P, *Rec. num.*, pts 57, 59, 64 et s.

137. En ce sens, l'erreur de base juridique est rapprochée de l'incompétence (A. WEBER, « Die Kontrolle kompetenzwidriger Gemeinschaftsakte », in H.-W. RENGELING [ed.], *Europäisierung des Rechts*, Cologne, Heymann, 1996, pp. 21-33, spéc. pp. 22-23) et le

Sous cet angle, il devrait être élevé au rang de moyen d'ordre public. À l'instar d'un moyen formellement pris de l'incompétence, il tend en effet à assurer la garantie des principes d'attribution et d'équilibre institutionnel. En ce sens, le Tribunal a pu examiner, au titre d'un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur d'un acte, en l'occurrence une chambre de recours de l'OHMI (EUIPO), le choix de la base juridique opéré par celle-ci. Constatant que la décision attaquée ne relevait pas de la base choisie et ne pouvait être rattaché à aucune autre base juridique, le Tribunal a conclu que « la chambre de recours ne disposait d'aucune compétence pour adopter la décision » en cause⁽¹³⁸⁾. Mise à part cette hypothèse qui relève en réalité de l'absence de base juridique et, ainsi, incontestablement de la notion d'incompétence⁽¹³⁹⁾, il nous semble, toutefois, que des hypothèses d'erreur de base juridique se traduisant par l'incompétence sont assez rares en pratique⁽¹⁴⁰⁾. Une telle erreur se traduit plus aisément par des irrégularités procédurales⁽¹⁴¹⁾.

Moyen fort singulier, la méconnaissance du champ d'application de la loi est également susceptible de se traduire par une incompétence de l'institution auteur de l'acte et devrait, partant, bénéficier de son rayonnement d'ordre

contrôle des bases juridiques rattaché à la notion de compétence (J. D. COMBREXELLE, « Cour de justice – Recours en annulation – Cas d'ouverture – Arrêts statuant sur des recours en annulation », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 331, 1993, §§ 24-29, cité par D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. pp. 279-280). Avec le professeur D. RITLENG, il convient toutefois de noter que « l'erreur quant à la base juridique ne se double, elle d'une incompétence que si la base pertinente pour fonder l'acte contesté qui a été méconnue désigne une autre autorité que celle, investie par la base erronée choisie, qui a pris cet acte ; or, base adéquate et base erronée peuvent fort bien ne pas varier sur le titulaire du pouvoir normatif, mais, par exemple, soumettre la mise en œuvre de celui-ci à une autre procédure ».

138. Trib. UE, 18 octobre 2011, *Reisenthel c/ OHMI*, aff. T-53/10, *Rec.*, p. II-7287, pts 27, 28 et 47-51.

139. Voy. également : Trib. UE, 13 mai 2014, *McBride e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-458/10 à T-467/10 et T-471/10, non publié, pts 25, 28 et 36.

140. Voy. les exemples cités par K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution...*, *op. cit.*, spéc. pp. 360-362. Le juge, saisi d'un moyen tiré d'une erreur ou d'une insuffisance de base juridique, estime parfois devoir vérifier si l'institution avait compétence pour adopter l'acte en cause sur le fondement de la base juridique choisie (CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 68/86, *Rec.*, p. 855, pt 7 ; CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 131/86, *Rec.*, p. 905, pt 12 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Conseil*, aff. 165/87, *Rec.*, p. 5545, pts 6, 11 et 18). À titre d'exemple, la Cour a conclu à l'incompétence du Conseil lorsque la base utilisée, issue d'un texte de droit dérivé, prévoyait l'adoption d'actes d'exécution à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, alors que la base correcte, issue du traité, prévoyait l'adoption d'actes à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement (CJCE, 13 décembre 2001, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-93/00, *Rec.*, p. I-119, pts 35-44).

141. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2, A. L'erreur de base juridique (pp. 227 et s.).

public. Connu du droit du contentieux administratif français⁽¹⁴²⁾, ce moyen est relevé d'office lorsque, à défaut de relevé d'office, le juge statuerait sur la base d'une norme inapplicable⁽¹⁴³⁾. La notion de « loi » est entendue dans un sens large⁽¹⁴⁴⁾, en particulier comme « toute disposition de nature générale et impersonnelle applicable au litige »⁽¹⁴⁵⁾. Pour l'instant, la jurisprudence ne fournit d'exemples que dans le contentieux de la fonction publique⁽¹⁴⁶⁾.

De manière plus originale, il serait enfin envisageable de faire entrer dans l'arène des moyens d'ordre public un moyen de pourvoi pris de la méconnaissance, par le juge de première instance, de la répartition des compétences entre institutions de l'Union européenne. L'hypothèse pourrait se rencontrer en particulier en cas d'interprétation erronée, par le Tribunal, de ladite répartition⁽¹⁴⁷⁾. Sa qualification d'ordre public permettrait d'assurer, à l'instar de celle d'un moyen d'annulation tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, le respect de l'équilibre institutionnel. La question, qui n'est pas sans lien avec la définition du régime contentieux du moyen d'ordre public⁽¹⁴⁸⁾, n'a pas encore été tranchée.

L'incompétence d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union européenne, auteur de l'acte attaqué, doit être qualifiée d'ordre public. D'étendue vaste, ce statut d'ordre public est susceptible de rayonner au-delà des limites de l'incompétence *stricto sensu*. Il s'appuie tout particulièrement sur des considérations tenant à la garantie des compétences d'attribution et de l'équilibre institutionnel. *A fortiori*,

142. Voy. en particulier : A. BERNARD, concl. sur CE, Sect., 21 mars 1958, *Delteil, Rec.*, p. 189, spéc. pp. 196-199.

143. TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 51.

144. Ch. DEBOUY, *op. cit.*, spéc. p. 110.

145. TFP, 23 septembre 2009, *Neophytou c/ Commission*, aff. F-22/05 RENV, *RecFP*, pp. I-A-1-327 et II-A-1-1723, pt 58.

146. Voy. la jurisprudence citée *infra*, note n° 194 du présent Chapitre.

147. À titre d'exemple, la Cour de justice a pu constater une violation, par le Tribunal, de l'article 290 TFUE en raison, en substance, d'une interprétation extensive de la norme d'habilitation établie au profit de la Commission (CJUE, 26 juillet 2017, *République tchèque c/ Commission*, aff. C-696/15 P, *Rec. num.*, pts 46-55). Dans une autre affaire, elle a été conduite à constater une méconnaissance, par le Tribunal, des « compétences respectives du Conseil et de la Commission en matière d'harmonisation des législations relatives aux droits d'accise, d'une part, et en matière d'aides d'États, d'autre part » (CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 45).

148. Dans un cas où la méconnaissance de la répartition des compétences entre institutions n'aurait pas été soulevée par les parties et où le juge de première instance aurait omis de l'examiner d'office, la question se poserait de savoir s'il était tenu de le faire et si le juge du pourvoi pouvait encore d'office se saisir de la question. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1. Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, dérogation à la passivité du juge (pp. 431 et s.).

l'exception d'incompétence, en ce qu'elle tend à la garantie de ces mêmes principes, devrait être qualifiée de moyen d'ordre public.

B. *L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence d'une institution de l'Union européenne*

La nature d'ordre public de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué devrait s'étendre à l'exception d'illégalité tirée de l'incompétence d'une institution. Deux hypothèses sont, à cet égard, pertinentes, à savoir l'exception d'illégalité fondée sur l'incompétence de l'auteur d'un acte incidemment mis en cause et l'exception d'illégalité dirigée contre l'acte sur la base duquel l'acte attaqué a été adopté. Dans cette dernière hypothèse, sans égard à la nature de l'illégalité entachant l'acte de base, la qualification d'ordre public de l'exception serait déduite de la nature de l'acte incidemment mis en cause, en tant que base juridique de l'acte directement contesté. Dès lors, si les deux hypothèses se recoupent partiellement lorsqu'est en cause l'incompétence de l'auteur de l'acte constituant la base juridique de l'acte attaqué, elles n'en sont pas pour autant identiques. Quelle que soit l'hypothèse visée, le caractère d'ordre public de l'exception d'incompétence ne découle pas avec certitude de la jurisprudence.

Le point de départ de la jurisprudence est l'arrêt *Société des fonderies de Pont-à-Mousson* de 1957. Une lecture constructive de celui-ci a fait apparaître la teinte d'ordre public d'un moyen tiré de l'illégalité de la disposition ou de l'acte sur la base duquel l'institution a agi et ce, *a priori*, quelle que soit l'illégalité entachant cette disposition ou cet acte. La Cour de justice était saisie d'un recours en annulation d'une décision individuelle par laquelle la Haute Autorité avait refusé à la requérante, une fonderie de fonte de première fusion, une exonération de la péréquation de ferraille. La décision générale 2-57⁽¹⁴⁹⁾, prise par la Haute Autorité sur avis conforme du Conseil statuant à l'unanimité, prévoyait une exonération au profit des seules fonderies d'acier intégrées. La requérante reprochait à la Haute Autorité, notamment, d'avoir violé le principe de non-discrimination ainsi que plusieurs dispositions du traité CECA. La Cour de justice a constaté qu'un tel grief ne pouvait valablement être dirigé contre la décision individuelle mais aurait dû l'être contre la décision générale sous forme d'exception d'illégalité. Aucune exception n'ayant été soulevée, la Cour l'a examinée d'office au motif qu'il lui paraissait « inopportun de laisser subsister des doutes quant à la régularité de la décision 2-57 pour autant

149. Décision de la Haute Autorité, du 26 janvier 1957 (*JO* du 28 janvier 1957, p. 62).

que la solution de cette question intéresse le litige en cause »⁽¹⁵⁰⁾. La Cour a implicitement dressé un lien entre le relevé d'office de cette exception d'illégalité et la compétence de la Haute Autorité, par opposition à la compétence conjointement attribuée à cette dernière et au Conseil, pour refuser l'exonération à la requérante⁽¹⁵¹⁾.

L'exception d'illégalité serait dès lors d'ordre public pour peu qu'elle soit dirigée contre l'acte général à la base de la compétence en vertu de laquelle l'acte attaqué a été adopté. Cette conclusion doit toutefois être formulée avec prudence dès lors que l'arrêt *Société des fonderies de Pont-à-Mousson* est resté isolé et a parfois été méconnu.

Cet arrêt a été méconnu, voire remis en cause, s'agissant d'une exception d'illégalité, tirée de l'incompétence et dirigée contre l'acte constituant la base juridique de l'acte attaqué. Le Tribunal a établi une distinction nette entre l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, qu'il lui appartient de relever d'office, et « l'incompétence de l'institution ayant adopté l'acte sur la base duquel l'acte attaqué a été pris », laquelle « n'est pas d'ordre public »⁽¹⁵²⁾. Cette distinction est erronément appuyée sur l'arrêt *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*, lequel « n'étaye en rien [cette dernière] conclusion »⁽¹⁵³⁾ et aurait plutôt milité en faveur du caractère d'ordre public de l'exception⁽¹⁵⁴⁾. Elle est discutable en ce qu'elle méconnaît la finalité du caractère d'ordre public du moyen tiré de l'incompétence. Il est, en effet,

150. CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité*, aff. 14/59, *Rec.*, p. 445, spéc. p. 474.

151. *Id.*, spéc. p. 473 : « dans ces conditions, il convient de rechercher si la Haute Autorité pouvait, sans violer la [...] décision [2-57], et sans dépasser les *limites de sa propre compétence*, accorder la dérogation demandée par la requérante, alors que la décision 2-57 avait prévu une dérogation pour les seules fonderies d'acier intégrées et non pas pour les fonderies de fonte de première fusion ; [...] *cette question – ayant trait* tant à la différence de portée et d'effets entre décisions générales et décisions individuelles d'application subséquentes qu'*au partage entre les compétences attribuées à la Haute Autorité seule et les compétences attribuées conjointement à la Haute Autorité et au Conseil – doit être examinée d'office* » (nous soulignons).

152. TPI, 27 septembre 2005, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. jtes T-134/03 et T-135/03, *Rec.*, p. II-3923, pt 52.

153. Concl. MENGOTZI sous CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, pt 99.

154. En effet, d'une part, l'exception d'illégalité en cause était dirigée contre un acte dont l'institution défenderesse avait fait application en adoptant l'acte attaqué. D'autre part, alors même que, dans l'affaire *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*, l'exception d'illégalité était fondée sur un moyen de légalité interne, elle l'était, dans l'affaire *Common Market Fertilizers*, sur l'incompétence de l'auteur de l'acte incidemment contesté. Or, il est peu convaincant de qualifier d'ordre public une exception d'illégalité fondée sur un moyen de légalité interne (en principe ordinaire) au seul motif que l'exception est dirigée contre l'acte ayant servi de base à l'adoption de l'acte attaqué, tout en refusant de qualifier comme telle une exception d'illégalité fondée sur un moyen tiré de l'incompétence (en principe d'ordre public) de l'auteur de l'acte incidemment contesté. Voy. en ce sens aussi : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 150.

difficile de justifier que le caractère d'ordre public de la violation de la répartition des compétences entre institutions varie selon que l'acte est mis en cause par voie d'action ou d'exception⁽¹⁵⁵⁾, sauf à consacrer un principe selon lequel toute exception d'illégalité est dépourvue de caractère d'ordre public⁽¹⁵⁶⁾. Sur pourvoi, la Cour de justice n'a ni validé ni infirmé cette nature ordinaire de l'exception d'illégalité fondée sur l'incompétence de l'auteur de l'acte incidemment contesté⁽¹⁵⁷⁾.

La jurisprudence ultérieure du Tribunal entretient le doute sur la question. Dans deux arrêts, il semblait réaffirmer, non sans ambiguïté, le caractère d'ordre public dégagé dans l'arrêt *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*.

D'une part, motif pris de ce qu'« une contestation qui touche à la compétence de l'auteur de l'acte doit être relevée d'office », le Tribunal a examiné un moyen de pourvoi tiré de ce que le Tribunal de la fonction publique aurait erronément omis d'examiner d'office un moyen tiré de l'incompétence de la Commission pour adopter les dispositions sur le fondement desquelles elle avait pris la décision attaquée. Il a toutefois conclu que le requérant s'était, en première instance, contenté d'invoquer une exception d'illégalité, non d'incompétence, des dispositions générales en cause, et que cette exception était irrecevable dès lors qu'elle n'avait pas été invoquée dans la réclamation précontentieuse⁽¹⁵⁸⁾. Le Tribunal semblait ainsi établir une distinction entre l'exception d'illégalité fondée sur des moyens autres que l'incompétence et l'exception d'incompétence. La première doit être soulevée par la partie intéressée, tandis que la seconde pourrait être examinée d'office. Toutefois, malgré l'invitation claire en ce sens de la partie requérante, le Tribunal ne s'est pas prononcé sur un tel relevé d'office.

155. Voy. également : concl. MENDOZZI, précitées, sous l'arrêt *Common Market Fertilizers c/ Commission*, pt 104.

156. Un tel principe pourrait se justifier pour des raisons de sécurité juridique et dans un objectif de protection des actes de portée générale devenus définitifs. S'il était retenu, une exception devrait être ménagée pour l'exception d'incompétence absolue. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1, A, 2. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence absolue de l'Union européenne (pp. 169 et s.).

157. Elle écarte l'exception au fond et conclut que « la question du caractère d'ordre public d'une illégalité n'est pas pertinente lorsque le Tribunal, à bon droit, considère que l'acte n'est pas affecté d'illégalité et ne soulève donc pas d'office une exception d'illégalité » (CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, pts 113 et 137-138). L'avocat général MENDOZZI a qualifié l'exception d'ordre public (concl., pts 106-107).

158. Trib. UE, 27 octobre 2010, *Realì c/ Commission*, aff. T-65/09 P, non publié, pts 42-49. Cette jurisprudence a été abandonnée, voy. *supra*, note n° 279 du Chapitre précédent.

D'autre part, sous couvert d'un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, le Tribunal a examiné une exception d'illégalité fondée sur l'incompétence de l'auteur de l'acte sur la base duquel avaient été adoptés les actes attaqués⁽¹⁵⁹⁾. Il a énoncé ce statut d'ordre public lors de l'appréciation non de la légalité de ces actes mais de leur caractère attaquant⁽¹⁶⁰⁾. Statuant ultérieurement au fond dans la même affaire, il a toutefois nuancé ses propos et introduit une nouvelle distinction entre l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué et l'incompétence de l'auteur de l'acte de base. À la différence de la première, d'ordre public, la seconde ne doit pas obligatoirement être soulevée d'office. Le juge peut toutefois « [être] amené à le faire », en particulier « en fonction des éléments versés au dossier ou s'il s'agit d'un vice revêtant un caractère manifeste » en ce qu'il est aisément décelable et identifiable comme tel⁽¹⁶¹⁾. En l'occurrence, le Tribunal a procédé à un tel relevé d'office et constaté que l'incompétence de la Commission pour adopter l'acte de base avait privé l'acte attaqué de sa base légale et, ainsi, l'auteur de ce dernier de sa compétence⁽¹⁶²⁾.

159. Trib. UE, ord., 13 avril 2011, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec.*, p. II-1673, pts 40-41.

160. La requérante contestait des actes en vertu desquels elle avait fait l'objet d'un signalement dans le système d'alerte précoce à l'usage des ordonnateurs de la Commission et des agences exécutives, créé par la décision 2008/969/CE de la Commission, du 16 décembre 2008 (*JO*, 2008, L 344, p. 125), et destiné à assurer la circulation d'informations de diffusion restreinte concernant les tiers qui pourraient représenter une menace pour les intérêts financiers et la réputation des Communautés ou pour tout autre fonds géré par elles. La Commission a excipé de l'irrecevabilité du recours, faute d'acte attaquant. Le Tribunal a précisé que l'existence d'une affectation des intérêts de la requérante, au sens de la jurisprudence relative à la notion d'acte attaquant, dépendait de plusieurs facteurs dont les dispositions applicables délimitant la compétence de l'administration. À cet égard, il a relevé « que la décision 2008/969, sur laquelle les actes litigieux [étaient] fondés, ne fai[sai]t référence à aucune disposition du droit primaire ou dérivé attribuant explicitement à la Commission la compétence de créer, de mettre en œuvre et de gérer une base de données quant aux personnes morales ou physiques soupçonnées de représenter un risque pour les intérêts financiers de l'Union », avant de poursuivre que, « [b]ien que la requérante n'ait pas soulevé de moyen à cet égard, l'incompétence de l'auteur des actes litigieux constitu[ait] une question d'ordre public qui [devait], comme telle, être soulevée d'office ». Or, bien que présenté comme ayant trait à l'incompétence de la Commission en tant qu'auteur des actes attaqués, ce moyen est, en définitive, fondé sur une exception d'illégalité dirigée contre l'acte de base. Cette interprétation semble découler également de l'arrêt rendu par la Cour de justice sur pourvoi (CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c/ Planet*, aff. C-314/11 P, *Rec. num.*, pt 18). Notons par ailleurs qu'il n'est pas exceptionnel que le juge établisse un lien étroit entre l'acte faisant grief et son adoption par une autorité compétente, cette dernière « question d'ordre public » conditionnant l'aptitude de l'acte à faire grief : TPI, 30 juin 1993, *Devillez e.a. c/ Parlement*, aff. T-46/90, *Rec.*, p. II-699, pts 12-14.

161. Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pt 35. L'arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi.

162. *Id.*, pts 36-37 et 70-72. Voy. dans le même sens : A. BOUVERESSE, « Incompétence relevée d'office », *Europe*, 2015, n° 6, comm. 221.

La lecture de l'arrêt n'est pas aisée. D'un côté, il apparaît que, s'appuyant sur des critères interprétés hors contexte⁽¹⁶³⁾, le Tribunal a donné naissance à des vices « intermédiaires », qui se situeraient entre le moyen d'ordre public et le moyen ordinaire et s'en distingueraient à travers leur régime. En cela, son approche est discutable et contraire aux fondements de la notion de moyen d'ordre public qui sont précisément liés à un besoin d'intervention active du juge dans un contexte procédural marqué par sa passivité. De l'autre côté, le relevé d'office est en l'espèce intrinsèquement lié à l'incompétence de la Commission pour adopter les actes attaqués, faute de base juridique. L'examen de cette compétence de la Commission requiert la vérification préalable de l'existence d'une base légale valide. En cela, l'approche du Tribunal est justifiée, bien que maladroitement motivée⁽¹⁶⁴⁾.

À l'heure actuelle, la jurisprudence ne permet pas d'affirmer avec certitude que l'exception d'incompétence est en toutes circonstances d'ordre public. À notre sens, seule l'exception d'illégalité fondée sur l'incompétence de l'auteur d'un acte incidemment mis en cause devrait être considérée comme telle⁽¹⁶⁵⁾. Son caractère d'ordre public découle alors, à l'instar de celui des moyens ayant trait à l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, de l'objet de la règle violée, à savoir la garantie des principes d'attribution et d'équilibre institutionnel. Certes, l'illégalité de l'acte sur la base duquel une institution a pris l'acte attaqué prive celui-ci d'une base juridique valide et, corrélativement, celle-là de sa compétence. Néanmoins, considérer l'exception d'illégalité dirigée contre un tel acte de base comme étant d'ordre public sans égard à l'illégalité dont cet acte est entaché conférerait un caractère d'ordre public par ricochet à tout moyen d'illégalité susceptible d'entacher ledit acte sans égard à sa nature propre.

163. Le Tribunal se réfère au point 104 des conclusions, précitées, de l'avocat général MENDOZZI sous l'arrêt *Common Market Fertilizers c/ Commission*. Or, loin d'envisager un pouvoir du juge de relever d'office tout vice manifeste, l'avocat général, après avoir qualifié d'ordre public l'exception d'illégalité tirée de l'incompétence de l'auteur de l'acte de base (pt 107), a ajouté que cette qualification n'impliquait pas nécessairement d'obligation pour le Tribunal de relever l'exception d'office. Selon lui, « une telle obligation ne surgit que dans certaines circonstances » et « ne saurait éventuellement exister qu'en fonction des éléments versés au dossier ». En outre, « [l]e caractère manifeste de la violation en cause [...] pourrait constituer une condition supplémentaire d'une telle obligation » (pt 108). Dans l'arrêt *Planet c/ Commission*, précité, le Tribunal extrapole ces critères propres aux moyens d'ordre public à tout vice sans égard à sa qualification d'ordre public.

164. Une approche plus judicieuse aurait consisté à rattacher l'exception d'illégalité examinée d'office en l'espèce à l'incompétence de l'auteur de l'acte et de la faire bénéficier du caractère d'ordre public incontestable de cette dernière, ce que le Tribunal semble en substance avoir entendu faire (Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pts 35-37 et 71).

165. Voy. également contre une qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité de l'acte de base en tant que telle : P. DUBOIS, « L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1978, n° 4, pp. 407-439, spéc. pp. 410 et 413.

Or, une telle approche nous paraît exagérée. Des motifs de sécurité juridique justifient également une conception restrictive de la nature d'ordre public de l'exception d'illégalité⁽¹⁶⁶⁾.

En conclusion, l'incompétence d'une institution, d'un organe ou d'un organisme doit être qualifiée de moyen d'ordre public tant lorsqu'elle affecte la légalité d'un acte directement mis en cause que, selon nous, lorsqu'elle entache d'illégalité un acte incidemment mis en cause. Au-delà de ces questions, il apparaît que la jurisprudence relative à l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué a parfois servi de base à la qualification d'ordre public de moyens tirés de la méconnaissance d'une règle de répartition des compétences interne à une institution, un organe ou un organisme. Il s'agit toutefois d'une hypothèse exceptionnelle.

§ 2. – La garantie de la répartition des compétences au sein des institutions, organes et organismes de l'Union européenne

Il a pu être affirmé que la méconnaissance de la répartition des compétences au sein d'une institution, d'un organe ou d'un organisme (ci-après la « répartition intra-institutionnelle ») constituait un moyen d'ordre public⁽¹⁶⁷⁾. L'assertion peut en partie s'appuyer sur l'évolution de la jurisprudence. Après avoir tenu un tel moyen pour ordinaire, elle semble avoir consacré son caractère d'ordre public. L'assertion est toutefois exagérée dès lors que la jurisprudence, malgré son apparente homogénéité chronologique, est en réalité plus nuancée, sans pour autant être casuistique⁽¹⁶⁸⁾. Le moyen tiré de la violation de la répartition intra-institutionnelle des compétences est, en principe, un moyen ordinaire, sauf en cas d'atteinte aux compétences décisionnelles de l'institution même (A). Une exception est instituée dans le cadre du contentieux de la fonction publique au nom de la protection du fonctionnaire face à l'exercice du pouvoir hiérarchique (B).

A. Des moyens en principe ordinaires

La nature d'ordre public de l'incompétence d'une institution se justifie en particulier par sa finalité, à savoir la garantie de l'équilibre institutionnel.

166. Voy. à cet égard *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 2. L'exception d'illégalité, moyen d'ordre public revendiqué par la doctrine (pp. 316 et s.).

167. B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 119.

168. Comme suggéré par l'avocat général MENGOTZI dans ses conclusions sous CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, pt 103, et sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, pt 80.

Or, la répartition intra-institutionnelle « relève davantage des mesures de gestion ou d'administration internes »⁽¹⁶⁹⁾. Aussi le moyen tiré de sa méconnaissance n'est-il pas d'ordre public en principe, pour autant que la question de compétence en cause soit cantonnée à la sphère purement interne (1). Inversement, il est élevé au rang d'ordre public dès lors qu'il touche aux attributions de l'institution en cause (2).

1) Un moyen ordinaire dans la sphère purement interne

Peu d'arrêts portent sur la question de savoir si l'incompétence d'un membre d'une institution, d'un fonctionnaire ou d'un agent est d'ordre public. Des indices jurisprudentiels tendent à exclure une telle qualification.

Ainsi, dans une affaire *AKZO*, portant sur une décision de la Commission obligeant les requérantes à se soumettre aux vérifications dans le cadre d'une procédure d'infraction au droit de la concurrence, l'avocat général LENZ a suggéré à la Cour de justice d'examiner d'office un moyen tiré de l'incompétence de son auteur, un commissaire⁽¹⁷⁰⁾. La Cour a, en revanche, rejeté ce moyen comme irrecevable pour cause de tardiveté sans l'examiner d'office⁽¹⁷¹⁾. Toutes précautions gardées⁽¹⁷²⁾, il faut comprendre qu'elle a écarté son statut d'ordre public.

L'arrêt *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission* de 2010⁽¹⁷³⁾, lu en combinaison avec les conclusions de l'avocat général MENGOTZI, conforte le caractère ordinaire du moyen pris de la violation des règles de répartition intra-institutionnelle des pouvoirs. En première instance, le Tribunal avait rejeté le recours comme irrecevable au motif que l'acte attaqué, une décision prétendument contenue dans une lettre de la Commission refusant l'accès à certains documents, était purement confirmatif d'une décision antérieure définitive⁽¹⁷⁴⁾. Sur pourvoi, la requérante soutenait, notamment, que la décision antérieure était insusceptible de recours, étant donné qu'elle était

169. Pt 81 des concl. MENGOTZI sous l'arrêt *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, citées à la note précédente.

170. Concl. LENZ sous CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission*, aff. 5/85, *Rec.*, p. 2585, pts 44-47.

171. CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission*, aff. 5/85, *Rec.*, p. 2585, pt 15.

172. Selon l'avocat général, le moyen n'était pas fondé (concl. LENZ sous l'arrêt *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission*, pts 44-47). Or, un moyen d'ordre public non fondé peut être rejeté par prétérition, voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.).

173. CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669.

174. TPI, 5 juin 2008, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. T-141/05, non publié, pt 102.

inexistante ou nulle car adoptée par une autorité incompétente⁽¹⁷⁵⁾. L'avocat général a examiné si le Tribunal avait commis une erreur en ne soulevant pas d'office l'incompétence de l'auteur de la décision antérieure. Étant donné que la règle en cause, en vertu de laquelle « le pouvoir de répondre aux demandes confirmatives d'accès aux documents est délégué au secrétaire général [de la Commission], ne participe pas de manière significative au respect de l'équilibre institutionnel », mais « relève davantage des mesures de gestion ou d'administration internes à la Commission », le Tribunal n'aurait commis aucune erreur de droit à cet égard⁽¹⁷⁶⁾. En revanche, la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question. Incidemment, elle a écarté la thèse de la partie requérante selon laquelle cette incompétence serait cause d'inexistence juridique. Toutes précautions gardées, il est possible d'y voir une validation implicite de l'analyse de son avocat général selon laquelle ce moyen n'était pas d'ordre public.

Prudemment, de cette jurisprudence se dégage ainsi une tendance selon laquelle la méconnaissance des règles de répartition intra-institutionnelle des compétences n'est pas d'ordre public. Cette tendance est cohérente avec la fonction primaire attribuée au moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur d'un acte, à savoir la garantie du principe d'équilibre institutionnel, lequel n'est, en principe, pas affecté par une telle méconnaissance. Le principe de non-qualification d'ordre public est en revanche renversé lorsque les attributions d'une institution sont affectées.

2) Un moyen d'ordre public exceptionnel en cas d'affectation des attributions d'une institution

Exceptionnellement, le Tribunal a statué d'office sur un moyen pris de l'incompétence des membres d'une institution, voire de son personnel.

Ainsi, dans les arrêts *BASF* de 1992 et de 1995, le Tribunal, considérant que l'incompétence de l'auteur d'un acte notifié et publié est d'ordre public⁽¹⁷⁷⁾, semble avoir conféré au moyen tiré de la méconnaissance des règles de répartition interne un caractère d'ordre public à deux égards.

175. En méconnaissance de l'article 4 de l'annexe de la décision 2001/937 de la Commission, du 5 décembre 2001, modifiant son règlement intérieur (*JO*, 2001, L 345, p. 94). En vertu de cette disposition, la compétence était attribuée au secrétaire général de la Commission.

176. Concl. MENDOZZI sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, pts 80-82.

177. TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pt 31 (ci-après « l'arrêt *BASF I* du Tribunal ») ; TPI, 6 avril 1995, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89 à T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, *Rec.*, p. II-729, pt 95 (ci-après « l'arrêt *BASF II* du Tribunal »).

Les recours étaient dirigés contre des décisions constatant une infraction à l'article 85 CEE, prises, en leurs versions faisant foi, par le commissaire en charge des questions de concurrence, habilité par délibération de la Commission. Signées par ce commissaire, des copies des décisions avaient été notifiées aux requérantes et publiées au *Journal officiel*.

Le Tribunal a, d'une part, tenu pour d'ordre public un moyen tiré de l'incompétence *ratione materiae* du commissaire, motif pris de ce que l'adoption de telles décisions ne pouvait faire l'objet, sans violer le principe de collégialité, d'une habilitation au profit d'un seul commissaire. À cet égard, il a relevé que, selon l'article 27, paragraphe 1, du règlement intérieur de la Commission, cette dernière « [pouvait], à condition que le principe de sa responsabilité collégiale soit pleinement respecté, habilitier ses membres à prendre en son nom et sous son contrôle, des mesures de gestion ou d'administration clairement définies ». Or, selon le Tribunal, l'adoption d'une mesure constatant l'existence d'une entente contraire au traité ne pouvait être assimilée à une mesure de gestion ou d'administration au sens de cette disposition⁽¹⁷⁸⁾.

D'autre part, le Tribunal a examiné d'office la compétence *ratione temporis* du commissaire pour signer les copies de la décision attaquée. Constatant que ce commissaire « a[vait], sans nul doute, qualité pour signer les copies de l'acte arrêté par le collège des commissaires », le Tribunal a relevé qu'il avait en l'espèce apposé sa signature soit à une date postérieure à l'expiration de son mandat soit « à une date à laquelle les actes, tels que notifiés et publiés, n'existaient pas [encore] »⁽¹⁷⁹⁾.

Ces arrêts, en ce qu'ils consacrent comme d'ordre public le moyen tiré d'une méconnaissance d'une règle de répartition des compétences au sein de la Commission, n'emportent que partiellement la conviction. Le raisonnement du Tribunal quant à l'incompétence *ratione temporis* ne nous convainc guère. En particulier, la question de savoir qui est habilité à signer des copies d'actes adoptés par le collège des commissaires relève d'une question de pure gestion interne. Il est difficile de comprendre en quoi les règles relatives à la signature d'une copie reflètent un principe fondamental au point que leur violation constitue un moyen d'ordre public. Bien au contraire, un tel moyen doit être considéré comme moyen ordinaire.

En revanche, les explications relatives à l'incompétence *ratione materiae* paraissent plus fondées. Le Tribunal met l'accent sur le fait que la décision attaquée dépasse le cadre des seuls actes de gestion interne. La situation se distingue ainsi de celles en cause dans les affaires *AKZO* et

178. Pts 56-60 de l'arrêt *BASF I* du Tribunal ; pts 99-102 de l'arrêt *BASF II* du Tribunal.

179. Pt 63 de l'arrêt *BASF I* du Tribunal ; pt 105 de l'arrêt *BASF II* du Tribunal.

Internationaler Hilfsfonds. D'une part, le dépassement de la sphère des décisions de gestion et les conséquences considérables pour les entreprises concernées militent effectivement en faveur de sa consécration comme moyen d'ordre public. D'autre part, l'incompétence du commissaire est constitutive d'une atteinte aux attributions du collège, ce qui peut justifier son caractère d'ordre public. Nous serions toutefois plus encline à rattacher ce moyen à la méconnaissance des règles d'adoption d'un acte faisant grief⁽¹⁸⁰⁾, tout en le qualifiant, à l'instar d'un arrêt plus récent du Tribunal⁽¹⁸¹⁾, d'ordre public.

De manière analogue, dans l'arrêt *Doux c/ Commission* de 2016, le Tribunal a rangé, dans la catégorie des moyens d'ordre public tirés de l'incompétence de l'auteur de l'acte, l'examen de la compétence du directeur général de la direction générale de l'agriculture et du développement rural de la Commission pour signer un règlement fixant les restitutions à l'exportation dans le secteur de la viande de volaille. Sous ce moyen et au regard du règlement intérieur de la Commission, il a vérifié l'existence, d'une part, d'une habilitation valable au profit du membre de la Commission chargé de l'agriculture et du développement rural et, d'autre part, d'une subdélégation valable au profit dudit directeur général⁽¹⁸²⁾. Or, conformément au règlement intérieur de la Commission, une habilitation au profit d'un de ses membres devait respecter « le principe de sa responsabilité collégiale »⁽¹⁸³⁾.

Le contentieux général est ainsi marqué d'un principe de non-qualification d'ordre public des moyens tirés de la méconnaissance des règles internes de répartition des compétences, lequel n'est renversé que lorsqu'une telle méconnaissance porte atteinte aux attributions de l'institution. Cette

180. En ce sens, le Tribunal a, dans un arrêt ultérieur, examiné un moyen de même type que celui en cause dans les arrêts *BASF* au titre d'une « violation des règles concernant la procédure d'adoption des décisions de la Commission », soit d'un « vice de forme » : TPI, 27 avril 1995, *AAC e.a. c/ Commission*, aff. T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, pts 79 et s. Voy. en ce sens également : I. DERVISPOULOS, « Nichtigkeitsklagen », in H.-W. RENGELING, A. MIDDEKE et M. GELLERMANN (ed.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3^e éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2014, pp. 89-150, § 107.

181. TPI, 2 octobre 2009, *Chypre c/ Commission*, aff. jtes T-300/05 et T-316/05, non publié, pts 205-206 (à propos d'une atteinte au principe de collégialité). Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (pp. 219 et s.).

182. Trib. UE, 14 janvier 2016, *Doux c/ Commission*, aff. T-434/13, non publié, pts 79-80 et 133-146. Le Tribunal appuie cette qualification d'ordre public sur la jurisprudence relative à l'incompétence interne en matière de fonction publique (TPI, 13 juillet 2006, *Vounakis c/ Commission*, aff. T-165/04, *RecFP*, pp. I-A-2-155 et II-A-2-735, pt 80), ce qui paraît discutable, compte tenu des distinctions qui s'imposent à nos yeux.

183. Art. 13, al. 1, du règlement intérieur de la Commission, C (2000) 3614 (*JO*, 2000, L 308, p. 26).

conclusion s'accommode d'une dérogation propre au contentieux de la fonction publique.

B. Des moyens en principe d'ordre public dans le contentieux de la fonction publique

L'incompétence d'un fonctionnaire ou d'une autorité, investi, par les règles internes à l'institution, à l'organe ou à l'organisme dont il relève, du pouvoir d'adopter certaines décisions à l'égard des fonctionnaires, constitue, en principe, un moyen d'ordre public (1). Cette qualification dépend de la nature de l'acte contesté (2).

1) Un moyen en principe d'ordre public

Le contentieux de la fonction publique fournit de nombreux exemples de moyens d'ordre public tirés de l'incompétence d'un médecin-conseil⁽¹⁸⁴⁾, du signataire d'un rapport d'évaluation⁽¹⁸⁵⁾, de l'évaluateur d'appel⁽¹⁸⁶⁾, du validateur lors de l'adoption d'un rapport d'évaluation⁽¹⁸⁷⁾, du secrétaire général de la Commission⁽¹⁸⁸⁾, du membre de la Commission chargé du personnel⁽¹⁸⁹⁾, d'un chef d'unité⁽¹⁹⁰⁾, d'un chef d'équipe au sein de l'unité des ressources humaines d'une direction générale de la Commission⁽¹⁹¹⁾, d'un bureau liquidateur du régime commun d'assurance maladie⁽¹⁹²⁾ ou encore de l'Office européen de sélection du personnel (EPSO)⁽¹⁹³⁾. Une

184. TFP, 18 septembre 2007, *Botos c/ Commission*, aff. F-10/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1345, pts 78-81.

185. TFP, 7 juillet 2009, *Bernard c/ Europol*, aff. jtes F-99/07 et F-45/08, *RecFP*, pp. I-A-1-233 et II-A-1-1267, pts 74 et 78.

186. TPI, 13 juillet 2006, *Vounakis c/ Commission*, aff. T-165/04, *RecFP*, pp. I-A-2-155 et II-A-2-735, pts 29-30. Voy. également : TFP, 15 juin 2010, *Lebedef-Caponi c/ Commission*, aff. F-45/09, non publié, pt 38.

187. TFP, 18 mai 2009, *Meister c/ OHMI*, aff. jtes F-138/06 et F-37/08, *RecFP*, pp. I-A-1-131 et II-A-1-727, pts 147-150.

188. Compétence pour adopter un rapport d'évolution de carrière : TFP, 13 décembre 2007, *Diomedé Basili c/ Commission*, aff. F-108/06, *RecFP*, pp. I-A-1-447 et II-A-1-2515, pts 54 et 59.

189. TFP, 30 novembre 2009, *Wenig c/ Commission*, aff. F-80/08, *RecFP*, pp. I-A-1-479 et II-A-1-2609, pt 83.

190. TFP, 17 juin 2008, *De Fays c/ Commission*, aff. F-97/07, *RecFP*, pp. I-A-1-191 et II-A-1-1011, pt 50.

191. TFP, 19 juillet 2016, *Opreana c/ Commission*, aff. F-67/15, non publié, pts 38, 41-42 et 45-47.

192. S'agissant d'une incompétence *ratione loci* et d'une méconnaissance éventuelle des compétences de l'autorité investie du pouvoir de nomination : Trib. UE, ord., 21 février 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-85/11 P, non publiée, pts 99 et 101-102.

193. Incompétence pour fixer les conditions du déroulement et le contenu des tests d'accès, pour noter les épreuves et pour établir la liste des meilleurs candidats en méconnaissance de la répartition des compétences entre l'EPSO et le jury de concours : TFP, 28 octobre 2010, *Vicente Carbajosa c/ Commission*, aff. F-9/09, non publié, pts 26 et 39.

telle incompétence est parfois soulevée à travers un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi⁽¹⁹⁴⁾, qui était également d'ordre public dans la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique⁽¹⁹⁵⁾. En outre, l'existence d'une délégation régulière, de pouvoir ou de signature, consentie à l'auteur de l'acte attaqué est vérifiée au titre d'un moyen d'ordre public⁽¹⁹⁶⁾.

Ces règles de compétence proviennent en principe d'actes internes à l'institution, à l'organe ou à l'organisme en cause. Elles peuvent découler des dispositions générales d'exécution du statut (DGE), lesquelles « occupent dans la hiérarchie des normes un rang inférieur au statut »⁽¹⁹⁷⁾, ou des directives internes à l'institution, lesquelles sont d'une valeur inférieure tant au statut qu'aux DGE⁽¹⁹⁸⁾. Tandis que la violation de telles dispositions internes n'est, en principe, pas constitutive d'un moyen d'ordre public⁽¹⁹⁹⁾, elle l'est lorsque la disposition en cause fixe des règles de répartition interne des compétences⁽²⁰⁰⁾. Dans la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique, son caractère d'ordre public n'était pas remis en cause par le fait que, selon certains arrêts, la méconnaissance des règles de répartition des compétences interne à l'institution n'entraîne l'annulation qu'en cas d'atteinte à l'une des garanties accordées aux fonctionnaires par le statut ou aux règles d'une bonne administration en matière de gestion

194. Voy. en ce sens : TFP, 2 avril 2009, *Menidiatis c/ Commission*, aff. F-128/07, *RecFP*, pp. I-A-1-71 et II-A-1-383, pts 63 et 82 ; TFP, 2 avril 2009, *Kremlis c/ Commission*, aff. F-129/07, *RecFP*, pp. I-A-1-75 et II-A-1-413, pts 67 et 86 ; TFP, 2 avril 2009, *Yannoussis c/ Commission*, aff. F-143/07, *RecFP*, pp. I-A-1-79 et II-A-1-445, pts 57 et 76 ; TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pts 84-97.

195. TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-51. Cette qualification n'est validée par le Tribunal que par un rattachement du moyen en cause, notamment, à l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué : Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 61. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2, B. La méconnaissance du champ d'application de la loi (pp. 232 et s.).

196. TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pts 51-57 (défaut de délégation en vue de signer une décision de mise en congé d'office) ; TFP, 9 juillet 2008, *Kuchta c/ BCE*, aff. F-89/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1287, pts 51-55 (délégation de pouvoirs d'exécution).

197. TFP, ord., 27 septembre 2011, *Lübkking e.a. c/ Commission*, aff. F-105/06, non publiée, pt 96 ; TFP, ord., 27 septembre 2011, *Brown et Volpato c/ Commission*, aff. F-75/07, non publiée, pt 92 ; TFP, ord., 27 septembre 2011, *Dittert c/ Commission*, aff. F-82/07, non publiée, pt 93.

198. Voy. en ce sens : TPI, 8 décembre 2005, *Merladet c/ Commission*, aff. T-198/04, *RecFP*, pp. I-A-403 et II-1833, pt 41.

199. Voy. à propos d'une violation des DGE : TFP, 14 septembre 2010, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. F-85/09, non publié, pt 65.

200. TFP, 18 mai 2009, *Meister c/ OHMI*, aff. jtes F-138/06 et F-37/08, *RecFP*, pp. I-A-1-131 et II-A-1-727, pts 147-150 (à propos des règles découlant des DGE) ; TFP, 7 juillet 2009, *Bernard c/ Europol*, aff. jtes F-99/07 et F-45/08, *RecFP*, pp. I-A-1-233 et II-A-1-1267, pts 78-79 (à propos de lignes directrices).

du personnel⁽²⁰¹⁾. Une telle solution doit être approuvée. En effet, la vérification de l'existence d'une telle atteinte constitue une condition au caractère opérant ou bien fondé du moyen en cause. En cela, elle peut le cas échéant affecter les circonstances d'un relevé d'office. En revanche, elle est sans incidence sur la nature intrinsèque de la règle violée et, partant, sur la qualification d'ordre public du moyen pris de sa violation.

Il découle sans ambages de cette jurisprudence que la méconnaissance des règles internes de compétence constitue, dans le contentieux de la fonction publique, un moyen d'ordre public. Opérée principalement par le Tribunal de la fonction publique, cette qualification paraît avoir été entérinée par le Tribunal⁽²⁰²⁾, de sorte qu'elle devrait rester valable depuis la suppression du premier. Alors même que cette jurisprudence s'appuie fréquemment sur celle relative au caractère d'ordre public de l'incompétence d'une institution⁽²⁰³⁾, l'assise de cette qualification doit en l'occurrence être recherchée dans la protection du fonctionnaire vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques. Elle illustre la nature profondément « hybride »⁽²⁰⁴⁾ du contentieux de la fonction publique qui s'analyse à la fois comme un contentieux objectif de légalité et un « contentieux "à visage humain" »⁽²⁰⁵⁾. Du fait des conditions de ce contentieux, cette qualification d'ordre public dépend de la nature de l'acte contestée.

201. Voy. en ce sens : TFP, 13 décembre 2007, *Diomede Basili c/ Commission*, aff. F-108/06, *RecFP*, pp. I-A-1-447 et II-A-1-2515, pts 54 et 59-63 ; TFP, 7 juillet 2009, *Bernard c/ Europol*, aff. jtes F-99/07 et F-45/08, *RecFP*, pp. I-A-1-233 et II-A-1-1267, pts 87-93.

202. Voy. les arrêts du Tribunal cités *supra* dans les notes n^{os} 186, 192 et 195 du présent Chapitre.

203. Voy. p. ex. : TFP, 15 juin 2010, *Lebedef-Caponi c/ Commission*, aff. F-45/09, non publié, pt 38, qui cite l'arrêt CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 56.

204. S. VAN RAEPENBUSCH, « L'apport jurisprudentiel du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », in I. GOVAERE et G. VANDERSANDEN (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 141-185, spéc. pp. 151-152.

205. G. VANDERSANDEN, « Propositions d'amélioration du régime des voies de recours en matière de fonction publique communautaire », in P. DEMARET, I. GOVAERE et D. HANF (ed.), *European Legal Dynamics. Dynamiques juridiques européennes*, Bruxelles, Peter Lang, 2007, pp. 161-170, spéc. p. 169, cité par S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.* Il s'agit d'« un contentieux en voie de mutation, quittant les balises du droit administratif pour trancher des litiges relevant davantage du droit du travail » : S. VAN RAEPENBUSCH, « Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, huit ans après sa création. Quelques réflexions parfois peu conformistes », in U. LEANZA *et al.* (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1275-1294, spéc. p. 1276.

2) Une qualification d'ordre public dépendant de la nature de l'acte contesté

Le caractère d'ordre public du moyen tiré de l'incompétence d'une personne ou d'une autorité investie de certains pouvoirs décisionnels à l'égard des fonctionnaires est subordonné, pour l'essentiel, à la mise en cause d'un acte faisant grief⁽²⁰⁶⁾ ou d'un acte, même préparatoire, qui s'inscrit dans une procédure complexe⁽²⁰⁷⁾. Cette condition est sans doute liée à la subordination de la recevabilité du recours en annulation des fonctionnaires à la contestation d'un acte faisant grief⁽²⁰⁸⁾. Elle permet d'expliquer les quelques arrêts anciens qui semblaient tenir un tel moyen pour ordinaire.

Aussi la Cour de justice a-t-elle rejeté pour tardiveté un moyen tiré de l'incompétence d'un chef de service au motif que « [l]a compétence [de celui-ci] pour prendre des décisions de gestion ne [relevait] pas des questions [qu'elle] puisse examiner d'office » dans un arrêt *Hecq c/ Commission* de 1988⁽²⁰⁹⁾. Or, elle avait préalablement constaté que la décision en cause « ne [pouvait] pas être considérée comme constituant un acte faisant grief au sens du statut »⁽²¹⁰⁾. Implicitement, elle a ainsi lié le caractère ordinaire de ce moyen à l'absence d'acte faisant grief⁽²¹¹⁾. Ce lien est également perceptible dans la jurisprudence ultérieure⁽²¹²⁾.

206. Ainsi, les arrêts examinés ci-dessus précisent généralement que le moyen tiré de « l'incompétence de l'auteur d'un acte faisant grief » est un moyen d'ordre public, voy. p. ex. : Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 61 ; TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pt 51 ; TFP, 9 juillet 2008, *Kuchta c/ BCE*, aff. F-89/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1287, pt 51 ; TFP, 18 mai 2009, *Meister c/ OHMI*, aff. jtes F-138/06 et F-37/08, *RecFP*, pp. I-A-1-131 et II-A-1-727, pt 147 ; TFP, 15 juin 2010, *Lebedef-Caponi c/ Commission*, aff. F-45/09, non publié, pt 38.

207. À l'issue de cette procédure complexe est adopté un acte faisant grief lors de la contestation duquel l'illégalité de l'acte préparatoire peut être mise en cause. Voy. à propos de la compétence du collège des scrutateurs du Parlement : TPI, 24 septembre 1996, *Marx Esser et Del Amo Martinez c/ Parlement*, aff. T-182/94, *RecFP*, pp. I-A-411 et II-1197, pts 37 et 44.

208. Art. 91, § 1, du statut des fonctionnaires. Sur la notion d'acte faisant grief, voy. notamment : S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contentieux de la fonction publique européenne », *CDE*, 1992, n°s 5-6, pp. 565-602, spéc. pp. 581-585.

209. CJCE, 14 décembre 1988, *Hecq c/ Commission*, aff. 280/87, *Rec.*, p. 6433, pt 12.

210. *Id.*, pts 9-11.

211. En revanche, selon l'avocat général MISCHO, « la Cour ne saurait soulever d'office que les moyens ayant trait à sa propre incompétence ou à celle de l'institution dont émane l'acte en cause » : concl. sous l'arrêt *Hecq c/ Commission*, pt 15.

212. D'une part, dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Meganck c/ Commission* (CJCE, 30 mai 1973, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, pts 8-13), le requérant a soulevé, à l'audience, un moyen nouveau tiré de ce que la décision litigieuse, contenue dans une note du chef de la division du personnel de la Commission, avait été adoptée par une autorité incompétente. L'avocat général MAYRAS l'a qualifié de moyen d'ordre public, dès lors qu'« il ne fait pas de doute que les moyens relatifs à la compétence sont d'ordre public », y compris lorsqu'est en cause « la répartition,

L'analyse est encore confirmée par la nature ordinaire de l'incompétence de l'auteur d'une proposition d'adopter un acte, en l'occurrence une décision de licenciement, dès lors que l'acte final a été adopté par l'autorité compétente⁽²¹³⁾. Dans ce contexte, l'incompétence se confond assez largement avec de simples irrégularités procédurales⁽²¹⁴⁾.

En définitive, l'analyse des moyens se rapportant à l'incompétence au sens de l'article 263 TFUE permet de présumer que tout moyen se rattachant à ce cas d'ouverture bénéficie de son aura d'ordre public. Ce statut d'ordre public se justifie au regard des considérations fondamentales liées, sur le plan vertical, à la garantie du principe d'attribution des compétences et, sur le plan horizontal, à l'équilibre institutionnel. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles que l'incompétence est disqualifiée en moyen ordinaire, en particulier lorsqu'elle ne tend ni à l'un ni à l'autre de ces objectifs. Tel est le cas de la répartition intra-institutionnelle des compétences. Échappent cependant à cette disqualification les moyens analogues dans le contentieux de la fonction publique, au nom d'une finalité, subjective cette fois-ci, liée à la protection du fonctionnaire face au pouvoir hiérarchique. L'équilibre institutionnel à titre principal et la protection du fonctionnaire à titre plus subsidiaire sont également les vecteurs de qualification d'ordre public en matière de règles procédurales. Ils se voient complétés par des considérations liées à l'encadrement procédural des pouvoirs décisionnels afin de prévenir l'arbitraire.

entre les autorités administratives, du pouvoir de prendre des décisions exécutoires et de faire, par là même, usage d'une prérogative de puissance publique ». Ce moyen d'incompétence était, de surcroît, fondé (concl., pp. 540-541). En revanche, la Cour de justice, après avoir défini l'objet du recours comme portant non sur la légalité de la décision contenue dans cette note mais comme étant dirigé contre un autre acte, a écarté le moyen d'incompétence comme dépourvu de pertinence car dirigé contre un acte « qui n'est pas le véritable objet du recours ». D'autre part, dans un arrêt de 2007, le Tribunal de la fonction publique, après avoir annoncé que l'incompétence d'un médecin-conseil était un moyen d'ordre public, a vérifié que la décision en cause n'était pas, ainsi que le faisait valoir la partie défenderesse, dépourvue de caractère d'acte faisant grief (TFP, 18 septembre 2007, *Botos c/ Commission*, aff. F-10/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1345, pts 78-81).

213. CJCE, 21 octobre 1980, *Vecchioli c/ Commission*, aff. 101/79, *Rec.*, p. 3069, pt 19.

214. Voy. en ce sens, s'agissant d'un « vice d'incompétence [...] concern[ant] non pas l'auteur même de la décision attaquée [...] mais les personnes qui devaient être consultées [...] dans le cadre de la procédure [en cause] » : TFP, 30 janvier 2013, *Wahlström c/ Frontex*, aff. F-87/11, non publié, pt 58. L'arrêt n'est pas dépourvu d'équivoque dès lors que ce « vice d'incompétence », largement confondu avec une « irrégularité procédurale », a été rattaché, en définitive, à la « violation des formes substantielles ».

SECTION 2. – LA GARANTIE DES PROCÉDURES ET DES FORMES

Les règles de procédure sont destinées à garantir la participation régulière des institutions, organes et organismes de l'Union européenne,

mais aussi des États membres, voire du justiciable au processus décisionnel. En particulier dans les matières dans lesquelles les institutions sont investies de larges pouvoirs d'appréciation, ces règles tendent à encadrer l'exercice de ces pouvoirs de sorte à prévenir l'arbitraire. Pour ces raisons, la garantie des règles de procédure et de forme constitue un terrain propice à l'apparition de moyens d'ordre public.

Certains arrêts donnent même à penser que toute méconnaissance de telles règles est, pour peu qu'elle puisse être rattachée au cas d'ouverture de la violation des formes substantielles au sens de l'article 263 TFUE, d'ordre public⁽²¹⁵⁾. Constitue une forme substantielle une « condition [procédurale] essentielle [...] intrinsèquement liée à la formation ou à l'expression de la volonté de l'autorité adoptant l'acte en cause, [dont la seule violation est] de nature à altérer *ipso jure* la substance de celui-ci »⁽²¹⁶⁾. En revanche, des irrégularités procédurales insusceptibles d'être rattachées à la violation d'une telle forme seraient constitutives de moyens ordinaires. Ce critère de rattachement n'est simplificateur qu'en apparence, compte tenu des incertitudes qui entachent encore la notion de violation des formes substantielles⁽²¹⁷⁾ et qui se prolongent ainsi au stade de la définition du moyen d'ordre public.

Une lecture de la jurisprudence à travers le prisme de la violation des formes substantielles est ainsi insuffisante et susceptible d'induire en erreur. Plus fondamentalement, il apparaît qu'une distinction s'impose entre les règles qui définissent les exigences de forme et les procédures d'adoption des actes des institutions et celles qui accordent des droits de

215. Parmi de nombreux arrêts, voy. notamment : CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel c/ Commission*, aff. C-84/13 P, non publié, pt 50 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.*, pt 103 ; TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, pt 143 ; Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pt 70 ; Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*, pt 84.

216. Concl. MENGOZZI sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 72. *Adde* : Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pt 84 et la jurisprudence citée.

217. Cette notion fait l'objet de deux conceptions. Selon une conception objective, la simple transgression de la règle de forme substantielle encourt l'annulation de l'acte contesté. Selon une conception subjective, la méconnaissance d'une règle de forme n'entraîne l'annulation de cet acte que si elle s'est, potentiellement, répercutée sur le contenu dudit acte. Voy. à ce propos : P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, « La violation des formalités substantielles dans le recours en annulation de l'article 263 TFUE : vers une diffusion, dans les ordres juridiques nationaux, de la jurisprudence européenne relative aux vices de forme et de procédure ? », in N. KADA (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 149-163, spéc. pp. 156-159. Voy. déjà à propos des ambiguïtés inhérentes à la notion analogue, puisée du contentieux administratif français : G. BERLLA, « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1941, pp. 373-401, spéc. pp. 374-375.

participation et de défense aux intéressés. Tandis que les moyens relatifs au respect des formes procédurales sont des moyens d'ordre public confirmés (Sous-section 1), ceux relatifs au respect des droits procéduraux sont d'ordre public à géométrie variable (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LE RESPECT DES FORMES PROCÉDURALES, MOYENS D'ORDRE PUBLIC CONFIRMÉS

Selon la jurisprudence, le non-respect des règles de procédure relatives à l'adoption d'un acte constitue une violation des formes substantielles, que le juge peut examiner d'office⁽²¹⁸⁾. Sur la base de ce rattachement aux formes substantielles, de nombreux moyens d'ordre public ont été consacrés. Ils permettent au juge de s'assurer de la régularité de la procédure appliquée lors de l'adoption de l'acte déferé à son contrôle (§ 1). D'autres moyens conduisent le juge à vérifier la procédure choisie par l'auteur de l'acte, à contrôler ce choix et à déterminer la procédure applicable (§ 2).

§ 1. – La régularité de la procédure appliquée

Bénéficiant d'une forme de présomption de qualification d'ordre public, les moyens ayant trait à la régularité de la procédure appliquée, et des formes qu'elle impose, sont nombreux et variés. Néanmoins, seul un nombre réduit d'entre eux s'est vu explicitement hisser au statut de moyen d'ordre public. Parmi ces derniers, le moyen pris de la violation de l'obligation de motivation occupe une place particulière (A). À ses côtés apparaît une panoplie de moyens divers d'ordre public, destinés à assurer le respect des règles procédurales (B).

A. La violation de l'obligation de motivation

Conformément à l'article 296, alinéa 2, TFUE, « [l]es actes juridiques sont motivés »⁽²¹⁹⁾. La motivation « consiste à exprimer formellement les

218. Voy. les arrêts cités *supra* à la note n° 215 du présent Chapitre.

219. Sur l'obligation de motivation en droit de l'Union européenne, voy. notamment : Ch. HEN, « La motivation des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1977, n° 1, pp. 49-91 ; G. LE TALLEC et C.-D. EHLERMANN, « La motivation des actes des Communautés européennes », *RMC*, 1966, pp. 179-187 ; D. RITLENG, « Motivation », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 693-700 ; F. SCHOCKWEILER, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *CDE*, 1989, nos 1-2, pp. 3-40, spéc. pp. 33-36.

motifs sur lesquels repose » un acte⁽²²⁰⁾. L'obligation de motiver « constitue l'un des principes fondamentaux du droit [de l'Union européenne] »⁽²²¹⁾, dont la valeur fondamentale induit le caractère d'ordre public du moyen pris de sa violation. Les fondements du moyen d'ordre public (1) justifient son étendue (2).

1) Les fondements du moyen d'ordre public

La motivation des actes poursuit une double fonction. D'une part, elle doit permettre au justiciable de comprendre les motifs de l'acte, d'évaluer l'opportunité d'un recours et de former celui-ci. D'autre part, elle est destinée à mettre le juge en mesure d'examiner le bien-fondé de l'acte⁽²²²⁾. En cela, elle forme un préalable nécessaire au contrôle juridictionnel et participe tant à la garantie de l'effet utile des voies de recours qu'à l'équilibre entre les institutions et le juge⁽²²³⁾.

Après quelques errements jurisprudentiels initiaux⁽²²⁴⁾, c'est, historiquement, tout particulièrement la considération selon laquelle l'absence ou l'insuffisance de motivation entravent le contrôle juridictionnel qui a justifié

220. CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, pt 181.

221. TPI, 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlforening c/ Commission*, aff. T-61/89, *Rec.*, p. II-1931, pt 129 ; TPI, 17 février 2000, *Stork Amsterdam c/ Commission*, aff. T-241/97, *Rec.*, p. II-309, pt 74 ; TPI, 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-265/04, T-292/04 et T-504/04, non publié, pt 99.

222. Voy. sur cette double fonction *inter alia* : CJUE, 15 novembre 2012, *Conseil c/ Bamba*, aff. C-417/11 P, *Rec. num.*, pt 50.

223. Voy. en ce sens : TPI, 8 décembre 2005, *Reynolds c/ Parlement*, aff. T-237/00, *RecFP*, pp. I-A-385 et II-1731, pt 106.

224. Tout d'abord, la Cour de justice déclara irrecevable pour cause de tardiveté un moyen tiré d'une *insuffisance* de motivation soulevé au stade de la réplique, considérant par ailleurs que « l'ordre public n'exige[ait] pas un examen d'office » (CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 100). Ensuite, elle jugea de manière quelque peu curieuse que le *défaut* de motivation d'un avis de la Haute Autorité, acte inattaquable, entraînait l'inexistence juridique de celui-ci (CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 219 et 220), cette qualification ayant fait l'objet de multiples critiques justifiées (voy. notamment : A. BONAERT *et al.*, *Fragen der Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl im Lichte der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaften*, Francfort sur le Main, Vittorio Klostermann, 1961, 136 p., spéc. pp. 46-47 ; J. BOULOUIS, « Cour de justice des Communautés européennes du charbon et de l'acier [Note sous les arrêts de la Cour, 1957-1958] », *AFDI*, 1958, pp. 309-324, spéc. p. 314 ; H. A. WIEACKER, « Die Lehre vom Verwaltungshandeln [1^{er} Co-Rapport] », in K. CARSTENS et B. BÖRNER [dir.], *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 489-495 ; M. VAN EMPEL, *op. cit.*, spéc. pp. 273-274). Enfin, la Cour de justice revint en arrière en sanctionnant d'office la violation de l'obligation de motivation (*défaut ou*

la reconnaissance de leur caractère d'ordre public⁽²²⁵⁾. Aujourd'hui, le juge s'appuie en principe sur la double fonction de l'obligation de motivation, ainsi que l'illustre en particulier la consécration récente du caractère d'ordre public du moyen de pourvoi tiré de la violation de l'obligation de motivation par le juge de première instance⁽²²⁶⁾. Cette double fonction est susceptible de déclencher le relevé d'office d'un moyen pris de la violation de l'obligation de motiver⁽²²⁷⁾ et apparaît *in fine* comme une sorte de mesure de la suffisance de la motivation contenue dans l'acte⁽²²⁸⁾. Ainsi, malgré certaines formules jurisprudentielles qui déduisent le caractère d'ordre public de la violation de l'obligation de motivation de son rattachement à la violation des formes substantielles⁽²²⁹⁾, ce caractère s'explique essentiellement par des considérations inhérentes à l'impératif d'effectivité du contrôle

insuffisance) par la simple annulation de l'acte (CJCE, 20 mars 1959, *Nold c/ Haute Autorité*, aff. 18/57, *Rec.*, p. 89, spéc. pp. 114-115) avant de consacrer explicitement son caractère d'ordre public (CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pt 24).

225. CJCE, 20 mars 1959, *Nold c/ Haute Autorité*, aff. 18/57, *Rec.*, p. 89, spéc. pp. 114 et 115 ; CJCE, 1^{er} juillet 1986, *Usinor c/ Commission*, aff. 185/85, *Rec.*, p. 2079, pts 19-21. La Cour se contenta de procéder au relevé d'office sans qualifier le moyen de moyen d'ordre public. Voy. en ce sens également : Ch. HEN, *op. cit.*, spéc. p. 82.

226. CJUE, 11 avril 2013, *Mindo c/ Commission*, aff. C-652/11 P, *Rec. num.*, pts 29-30 ; CJUE, 28 janvier 2016, *Quimitécnica.com et de Mello c/ Commission*, aff. C-415/14 P, non publié, pt 57 ; CJUE, 4 avril 2017, *Médiateur c/ Staelen*, aff. C-337/15 P, *Rec. num.*, pt 85 ; CJUE, 20 décembre 2017, *EUIPO c/ European Dynamics Luxembourg e.a.*, aff. C-677/15 P, *Rec. num.*, pt 36. Voy. déjà : Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 37. S'agissant de la motivation des décisions de justice, voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.).

227. Aussi le juge procède-t-il au relevé d'office d'une telle violation au motif que la motivation de l'acte en cause ne le met pas en mesure d'en examiner le bien-fondé (voy. notamment : TPI, 22 juin 2005, *CIS c/ Commission*, aff. T-102/03, *Rec.*, p. II-2357, pts 48 et 59 ; TPI, 19 octobre 2005, *Freistaat Thüringen c/ Commission*, aff. T-318/00, *Rec.*, p. II-4179, pt 109 ; TPI, 10 septembre 2008, *Evropaïki Dynamiki c/ Cour de justice*, aff. T-272/06, non publié, pt 45) et/ou qu'elle ne permet pas aux intéressés de connaître les justifications de l'acte et de défendre leurs droits devant le juge (voy. notamment : TPI, 22 septembre 2005, *Suproco c/ Commission*, aff. T-101/03, *Rec.*, p. II-3839, pts 42, 43 et 48 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric c/ Commission*, aff. T-132/07, *Rec.*, p. II-4091, pt 169).

228. La motivation est suffisante lorsqu'elle permet au juge de contrôler l'acte au fond (CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, pt 181) et/ou lorsqu'elle a permis à la partie requérante de comprendre les raisons ayant conduit à l'adoption de cet acte (CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, aff. C-280/08 P, *Rec.*, p. I-9555, pt 133).

229. Le moyen tiré de la violation de l'article 296 TFUE « relève de la violation des formes substantielles, au sens de l'article 230 CE [263 TFUE], et constitue un moyen d'ordre public » : CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67. *Adde* p. ex. : CJCE, 30 mars 2000, *VBA c/ Florimex e.a.*, aff. C-265/97 P, *Rec.*, p. I-2061, pt 114 ; CJCE, 11 décembre 2008, *Commission c/ Département du Loiret*, aff. C-295/07 P, *Rec.*, p. I-9363, pt 57 ; TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pt 199 ; TPI, 21 mars 2002, *Joynson c/ Commission*, aff. T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, pt 163 ; TPI, 13 juillet 2006, *Andrieu c/ Commission*, aff. T-285/04, *RecFP*, pp. I-A-2-161

juridictionnel. En cela, le moyen pris de la violation de l'obligation de motivation partage ses fondements avec de nombreuses fins de non-recevoir d'ordre public⁽²³⁰⁾.

Cette valeur fondamentale attachée à l'obligation de motivation laisse penser que toute violation de cette obligation doit être qualifiée de moyen d'ordre public. L'étendue de ce moyen d'ordre public semble toutefois devoir être nuancée.

2) L'étendue du moyen d'ordre public

La qualification d'ordre public du moyen pris de la violation de l'obligation de motivation est de principe. Son étendue se mesure à travers des considérations liées au type d'irrégularité des motifs et au fondement légal de l'obligation de motiver, ainsi qu'à la nature de l'acte mis en cause, au destinataire de l'obligation ou encore au mode de mise en cause de la motivation. Tandis que les deux premières considérations affectent l'étendue de la qualification d'ordre public (a), les trois dernières influencent davantage son jeu pratique (b).

a) *L'étendue de la qualification d'ordre public*

En matière de motivation, le champ des moyens d'ordre public par rapport aux moyens ordinaires se définit par le type d'irrégularité des motifs allégué et le fondement légal de l'obligation prétendument enfreinte.

Ainsi, toute irrégularité entachant les motifs d'un acte n'entre pas dans le champ du moyen pris de la violation *formelle* de l'obligation de motivation. Relèvent d'une telle violation le défaut et l'insuffisance de la motivation, ainsi que la contradiction des motifs affectant leur compréhensibilité⁽²³¹⁾. Initialement, seuls le défaut et l'insuffisance de motivation furent consacrés comme moyens d'ordre public. Sous leur prisme, le juge examinait parfois la compatibilité logique des motifs avec le déroulement réel de la procédure⁽²³²⁾ ou la cohérence et le caractère compréhensible de la motivation⁽²³³⁾.

et II-A-2-775, pt 90 ; TPI, 28 janvier 2009, *Centro Studi Manieri c/ Conseil*, aff. T-125/06, *Rec.*, p. II-69, pt 58 ; Trib. UE, 6 septembre 2013, *Sepro Europe c/ Commission*, aff. T-483/11, non publié, pt 107.

230. Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1. La garantie de l'office du juge, de la sécurité juridique et de l'égalité des justiciables, fonction principale (pp. 102 et s.).

231. Voy. en ce sens : TPI, 30 mars 2000, *Kish Glass c/ Commission*, aff. T-65/96, *Rec.*, p. II-1885, pt 85.

232. S'agissant d'une procédure d'évaluation en matière d'appel d'offres : TPI, 10 septembre 2008, *Evropaïki Dynamiki c/ Cour de justice*, aff. T-272/06, non publié, pts 27-28 et 42.

233. Voy. en ce sens : TPI, 12 décembre 2006, *Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid et Federación Catalana de Estaciones de Servicio c/ Commission*, aff. T-146/03, non publié, pts 79 et 83 ; TPI, 12 septembre 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies c/ Commission*, aff. T-68/03, *Rec.*, p. II-2911, pts 348-349.

Ultérieurement, la contradiction des motifs⁽²³⁴⁾ ainsi que la contradiction entre ceux-ci et le dispositif d'une décision⁽²³⁵⁾ furent également hissées au rang d'ordre public.

À l'inverse, un moyen tiré du bien-fondé de la motivation ne relève ni de la violation de l'obligation de motivation ni de l'ordre public. Rattaché à la légalité interne, il est ordinaire⁽²³⁶⁾. Cependant, l'examen d'office de la motivation formelle intervient parfois lors de l'examen de la légalité interne⁽²³⁷⁾, au risque de les confondre.

Outre le type d'irrégularité, le fondement, voire la portée ou la nature intrinsèques de l'obligation de motivation sont susceptibles d'affecter son statut d'ordre public. Celui-ci ne recouvre que la violation de l'obligation générale de motivation prévue à l'article 296 TFUE ou d'une obligation de motivation de même portée. Tel est le cas des obligations pour l'EUIPO de motiver ses décisions⁽²³⁸⁾, pour l'administration de motiver les décisions

234. TPI, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, *Rec.*, p. II-1201, pt 75. Voy. également en ce sens, à propos d'une contradiction des motifs d'un arrêt du Tribunal : concl. MENGOSZI sous CJCE, 23 avril 2009, *AEPI c/ Commission*, aff. C-425/07 P, *Rec.*, p. I-3205, pt 53. Il est à noter toutefois que la Cour de justice n'a ni constaté de contradiction des motifs (mais seulement une certaine confusion, voy. pt 58 de l'arrêt) ni précisé le régime contentieux d'un tel moyen.

235. Voy. les arrêts du Tribunal du 16 décembre 2015, *Japan Airlines c/ Commission*, aff. T-36/11, non publié, pts 27, 31 et 43 ; *Cathay Pacific Airways c/ Commission*, aff. T-38/11, non publié, pts 31, 36 et 48 ; *Cargolux Airlines c/ Commission*, aff. T-39/11, non publié, pts 27, 31 et 43 ; *Latam Airlines Group et Lan Cargo c/ Commission*, aff. T-40/11, non publié, pts 37, 41 et 53 ; *Deutsche Lufthansa e.a. c/ Commission*, aff. T-46/11, non publié, pts 29, 33 et 45 ; *British Airways c/ Commission*, aff. T-48/11, non publié, pts 29, 33 et 45 ; *SAS Cargo Group e.a. c/ Commission*, aff. T-56/11, non publié, pts 34, 38 et 50 ; *Air France c/ Commission*, aff. T-63/11, non publié, pts 32, 36 et 48.

236. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67 ; TPI, 4 mars 2009, *Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management c/ Commission*, aff. T-445/05, *Rec.*, p. II-289, pt 66. Voy. s'agissant du « caractère erroné » de la motivation : TPI, 15 juin 2005, *Corsica Ferries France c/ Commission*, aff. T-349/03, *Rec.*, p. II-2197, pts 52 et 57-59 ; TPI, 5 décembre 2006, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-416/03, *RecFP*, pp. I-A-2-317 et II-A-2-1607, pt 91.

237. Voy. p. ex. : TPI, 18 décembre 2008, *Componenta c/ Commission*, aff. T-455/05, non publié, pts 94 et s. ; Trib. UE, 6 juillet 2011, *i-content c/ OHMI*, aff. T-258/09, *Rec.*, p. II-3797, pts 41-62.

238. Désormais art. 94 du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2017, L 154, p. 1). Ancien art. 75 du règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2009, L 78, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (*JO*, 2015, L 341, p. 21). La portée de cette obligation est identique à celle de l'article 296 TFUE : CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pt 29 ; CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pt 56 ; Trib. UE, 30 juin 2010, *Matratzen Concord c/ OHMI*, aff. T-351/08, non publié, pt 17.

faisant grief à ses fonctionnaires et agents⁽²³⁹⁾ et pour le juge de motiver ses décisions⁽²⁴⁰⁾. En outre, l'insuffisance ou le défaut de motivation d'un changement de position d'une institution constituent des moyens d'ordre public⁽²⁴¹⁾.

Par contraste, selon un arrêt isolé du Tribunal de la fonction publique, la violation d'« une obligation particulière de motivation », telle qu'une prétendue obligation de fournir les raisons pour lesquelles les appréciations figurant dans un rapport d'évaluation étaient en régression par rapport à celles contenues dans le rapport précédent, serait dépourvue de caractère d'ordre public⁽²⁴²⁾. Cette notion d'« obligation particulière de motivation » reste non définie. Lue à la lumière des enseignements que l'on peut tirer de l'affaire *Cascades*⁽²⁴³⁾, elle pourrait couvrir des exigences spécifiques, particulières et supplémentaires de motivation, qui iraient au-delà du « standard minimal »⁽²⁴⁴⁾ de l'article 296 TFUE. Ce serait alors moins le caractère spécifique que le caractère *supplémentaire* d'une motivation *souhaitée* qui exclurait sa qualification d'ordre public⁽²⁴⁵⁾. L'absence de

239. Cette obligation, prévue à l'article 25 du statut des fonctionnaires, « ne constitue que la reprise de l'obligation générale » (TPI, 8 décembre 2005, *Reynolds c/ Parlement*, aff. T-237/00, *RecFP*, pp. I-A-385 et II-1731, pt 92) et poursuit les mêmes buts que celle-ci (TPI, 19 octobre 2006, *Buendía Sierra c/ Commission*, aff. T-311/04, *Rec.*, p. II-4137, pt 268).

240. Pour une transposition pure et simple de la jurisprudence relative à l'obligation de motivation de l'article 296 TFUE à la motivation des arrêts : CJUE, 5 décembre 2013, *Solvay c/ Commission*, aff. C-455/11 P, non publié, pts 89 et s.

241. TPI, 21 mars 2001, *Métropole télévision c/ Commission*, aff. T-206/99, *Rec.*, p. II-1057, pts 42-43, à propos d'un changement de position de la Commission quant à l'application de l'article 81, § 1, CE (art. 101, § 1, TFUE).

242. TFP, 29 septembre 2011, *Kimman c/ Commission*, aff. F-74/10, non publié, pt 49.

243. S'agissant d'une évolution jurisprudentielle de l'obligation de motivation quant au calcul du montant d'une amende infligée pour participation à une entente, opérée dans les affaires du treillis soudé (TPI, 6 avril 1995, *Tréfilunion c/ Commission*, aff. T-148/89, *Rec.*, p. II-1063, pt 142) et opposée à la Commission par le Tribunal (TPI, 14 mai 1998, *Cascades c/ Commission*, aff. T-308/94, *Rec.*, p. II-925, pts 221-223). La Cour ne partagea pas cette analyse, considérant qu'il était certes souhaitable que la Commission fournisse davantage d'explications quant au mode de calcul de l'amende, sans pour autant que cela ne pût « modifier l'étendue des exigences découlant de l'obligation de motivation » telle que consacrée dans le traité (CJCE, 16 novembre 2000, *Cascades c/ Commission*, aff. C-279/98 P, *Rec.*, p. I-9693, pts 46-47).

244. Nous empruntons ce qualificatif à l'avocat général Mischo : concl. sous CJCE, 16 novembre 2000, *Mo och Domsjö c/ Commission*, aff. C-283/98 P, *Rec.*, p. I-9855, pt 67.

245. Une telle lecture permettrait par ailleurs de concilier l'arrêt *Kimman c/ Commission* du Tribunal de la fonction publique (voy. *supra*, note n° 242 du présent Chapitre) avec le fait que la violation de certaines règles « spécifiques » de motivation en matière de passation de marchés publics (Trib. UE, 15 mars 2012, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-236/09, non publié, pt 77), qui présentent d'ailleurs des liens étroits avec la règle générale de motivation consacrée à l'article 296 TFUE (CJUE, 4 octobre 2012, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. C-629/11 P, non publié, pts 20-23), n'en soit pas moins tenue pour d'ordre public (TPI, 10 septembre 2008, *Evropaïki Dynamiki c/ Cour de justice*, aff. T-272/06, non publié, pts 27-28 ; TPI, 20 mai 2009, *VIP Car Solutions c/ Parlement européen*, aff. T-89/07, *Rec.*, p. II-1403, pt 65).

moyen d'ordre public découlerait en définitive de l'absence d'obligation de motivation supplémentaire. Cette conclusion permet d'ores et déjà de constater que l'étendue de cette qualification est liée à l'existence d'une obligation.

En revanche, l'étendue de la qualification d'ordre public n'est pas affectée par des considérations liées à la nature de l'acte déféré au juge, à la qualité du requérant ou encore au mode d'invocation de l'obligation de motivation. En effet, tout acte susceptible de faire l'objet d'un recours doit être motivé⁽²⁴⁶⁾. La violation de cette obligation est d'ordre public sans égard à la portée individuelle ou générale de l'acte en cause et sans égard à sa nature administrative, réglementaire, législative, voire judiciaire⁽²⁴⁷⁾. Elle est d'ordre public au profit de tout requérant, qu'il soit privilégié ou ordinaire. Elle est *a priori* d'ordre public que le moyen soit dirigé contre l'acte attaqué ou, par voie d'exception, contre l'acte de base de celui-ci⁽²⁴⁸⁾. Cela étant, le juge n'a pas encore tranché la question de savoir si ce caractère d'ordre public s'attache au seul moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation, venant à l'appui d'une exception soulevée, ou s'il dépasse ce moyen et profite à l'exception d'illégalité en tant que telle⁽²⁴⁹⁾.

246. CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.*, p. I-8917, pt 42.

247. Après quelques hésitations jurisprudentielles (comp., pour, respectivement, un relevé d'office discret et une négation implicite du caractère d'ordre public : CJCE, 14 mai 1998, *Conseil c/ De Nil et Impens*, aff. C-256/96 P, *Rec.*, p. I-2915, pts 32-34, et concl. ELMER, pts 44-46 ; CJCE, 26 mars 2009, *Sunplus Technology c/ OHMI*, aff. C-21/08 P, non publié, pt 33) et sur suggestions de certains avocats généraux (concl. ELMER sous l'arrêt *Conseil c/ De Nil et Impens*, pts 44-45 ; concl. MENGOSZI sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, pt 90 et note n° 23, et sous CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott*, aff. C-290/07 P, *Rec.*, p. I-7763, pts 31-45) ainsi que de la doctrine (J. RIDEAU et F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *RMCUE*, 1995, n° 392, pp. 584-601, spéc. p. 595), la Cour de justice a finalement consacré comme d'ordre public le moyen du pourvoi tiré de la violation de l'obligation de motivation par le juge de première instance (voy. *supra*, note n° 226 du présent Chapitre).

248. Le Tribunal de la fonction publique a ainsi relevé d'office un moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation de l'acte incidemment mis en cause venant à l'appui d'une exception d'illégalité soulevée par la partie requérante : TFP, 29 septembre 2009, *O c/ Commission*, aff. jtes F-69/07 et F-60/08, *RecFP*, pp. I-A-1-349 et II-A-1-1833, pt 71.

249. Selon L. COUTRON, dans un arrêt *Leite Mateus c/ Commission* (TPI, 18 octobre 2005, aff. T-51/04, non publié, pts 66-70), le Tribunal a admis la recevabilité d'une exception d'illégalité qui aurait dû être déclarée irrecevable en application de la règle de concordance du contentieux de la fonction publique. « Cette solution s'explique par le fait que le requérant se prévalait d'une violation de l'obligation de motivation », laquelle devait être relevée d'office (L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p., spéc. p. 121, note n° 421). Une telle approche reviendrait à conférer un statut d'ordre public à l'exception d'illégalité en tant que telle pour autant qu'elle soit fondée sur un moyen d'ordre public. Toutefois, il nous semble que cet arrêt concernait une violation de l'obligation de motivation entachant prétendument la décision attaquée et non un acte antérieur qui aurait fait l'objet d'une exception d'illégalité.

Dépourvus d'effet sur la qualification d'ordre public, ces trois éléments sont, toutefois, de nature à influencer le jeu pratique du moyen d'ordre public, sa récurrence, voire son bien-fondé.

b) *L'étendue du jeu pratique du moyen d'ordre public*

Le jeu pratique ou l'appréciation du moyen d'ordre public varient en fonction de la nature de l'acte déféré au juge, de la qualité du requérant ou encore du mode d'invocation de l'obligation de motivation. Ces variations s'expliquent sans doute par les variations du contrôle de la motivation et de l'étendue de l'obligation, en fonction des matières et des procédures, ainsi que des circonstances de l'espèce, dont en particulier le degré d'association du requérant à la procédure d'adoption de l'acte⁽²⁵⁰⁾.

Ainsi, il ressort de la jurisprudence, tout d'abord, que le caractère d'ordre public joue pour l'essentiel à l'égard de décisions individuelles, le cas échéant adressées à un État membre et contestées par un requérant non privilégié⁽²⁵¹⁾. Certains arrêts lient même, fût-ce implicitement, ce caractère à la mise en cause d'actes ou de décisions faisant grief⁽²⁵²⁾ ou de décisions au sens de l'article 288 TFUE⁽²⁵³⁾. Ont ainsi pu être qualifiés d'ordre public, *inter alia*, des moyens pris de l'insuffisance et/ou du défaut de motivation de décisions constatant une infraction à l'article 81 CE (101 TFUE)⁽²⁵⁴⁾, rejetant une plainte introduite au titre de cet article⁽²⁵⁵⁾, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun (marché intérieur)⁽²⁵⁶⁾,

250. Voy. p. ex. : CJUE, 15 novembre 2012, *Conseil c/ Bamba*, aff. C-417/11 P, *Rec. num.*, pt 53.

251. Voy. p. ex. : Trib. UE, 17 février 2011, *FIFA c/ Commission*, aff. T-385/07, *Rec.*, p. II-205, pt 68 ; Trib. UE, 18 janvier 2012, *Djebel – SGPS c/ Commission*, aff. T-422/07, non publié, pt 54.

252. Voy. p. ex. : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 23-24 ; TPI, 23 octobre 2002, *Institut für Lernsysteme c/ OHMI*, aff. T-388/00, *Rec.*, p. II-4301, pt 59 ; TPI, 19 septembre 2006, *Lucchini c/ Commission*, aff. T-166/01, *Rec.*, p. II-2875, pts 144-145 ; TPI, 10 septembre 2008, *Evropaïki Dynamiki c/ Cour de justice*, aff. T-272/06, non publié, pts 27-28 ; TPI, 20 mai 2009, *VIP Car Solutions c/ Parlement européen*, aff. T-89/07, *Rec.*, p. II-1403, pt 65. Pour un exemple dressant un lien explicite, voy. : TPI, 21 mai 1996, *Kaps c/ Cour de justice*, aff. T-153/95, *RecFP*, pp. I-A-233 et II-663, pt 75 ; TFP, 23 octobre 2013, *D'Agostino c/ Commission*, aff. F-93/12, non publié, pt 72.

253. TPI, 22 septembre 2005, *Suproco c/ Commission*, aff. T-101/03, *Rec.*, p. II-3839, pt 19.

254. CJUE, 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, aff. C-199/11, *Rec. num.*, pt 60 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric c/ Commission*, aff. T-132/07, *Rec.*, p. II-4091, pt 163 ; Trib. UE, 16 novembre 2011, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. T-72/06, non publié, pt 31 ; Trib. UE, 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung c/ Commission*, aff. T-79/06, non publié, pt 96. Il en va de même dans le domaine du traité CECA : TPI, 13 décembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless c/ Commission*, aff. jtes T-45/98 et T-47/98, *Rec.*, p. II-3757, pt 125.

255. TPI, 21 mars 2001, *Métropole télévision c/ Commission*, aff. T-206/99, *Rec.*, p. II-1057, pt 42.

256. CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, pt 174.

déclarant une aide d'État incompatible avec ledit marché⁽²⁵⁷⁾ et ordonnant sa récupération⁽²⁵⁸⁾ ou, à l'inverse, déclarant l'aide compatible⁽²⁵⁹⁾, rejetant l'offre d'un soumissionnaire dans le cadre d'un appel d'offres⁽²⁶⁰⁾, adoptant des mesures restrictives à l'encontre d'une personne physique⁽²⁶¹⁾ ou classant sans suite une pétition adressée au Parlement européen⁽²⁶²⁾. Les contentieux de la propriété intellectuelle⁽²⁶³⁾ et de la fonction publique⁽²⁶⁴⁾ confirment cette impression.

Ce n'est que beaucoup plus rarement que la qualification d'ordre public est opérée au profit de la violation de l'obligation de motiver une décision adressée à tous les États membres⁽²⁶⁵⁾, un règlement hybride⁽²⁶⁶⁾, une disposition du régime des autres agents incidemment contestée⁽²⁶⁷⁾ ou encore un avis de concours⁽²⁶⁸⁾.

Ensuite, il est également manifeste que le caractère d'ordre public de la violation de l'obligation de motivation joue en principe au profit de

257. TPI, 19 septembre 2006, *Lucchini c/ Commission*, aff. T-166/01, *Rec.*, p. II-2875, pt 144.

258. Trib. UE, 15 juin 2010, *Mediaset c/ Commission*, aff. T-177/07, *Rec.*, p. II-2341, pt 140 ; Trib. UE, 17 mai 2011, *Buczek Automotive c/ Commission*, aff. T-1/08, *Rec.*, p. II-2107, pt 98 ; Trib. UE, 20 septembre 2011, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. jtes T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, *Rec.*, p. II-6255, pt 131.

259. Trib. UE, 16 octobre 2013, *TFI c/ Commission*, aff. T-275/11, non publié, pt 103.

260. TPI, 10 septembre 2008, *Evropaiki Dymamiki c/ Cour de justice*, aff. T-272/06, non publié, pts 27-28 ; TPI, 20 mai 2009, *VIP Car Solutions c/ Parlement européen*, aff. T-89/07, *Rec.*, p. II-1403, pt 65.

261. Trib. UE, 25 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-119/11, non publié, pt 48.

262. Trib. UE, 27 septembre 2012, *J c/ Parlement*, aff. T-160/10, non publié, pt 17.

263. S'agissant de la motivation des décisions des chambres de recours, voy. p. ex. : CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pt 30 ; CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pt 57 ; TPI, 17 avril 2008, *Dainichiseika Colour & Chemicals Mfg. c/ OHMI*, aff. T-389/03, non publié, pts 85-86 ; TPI, 20 mai 2009, *CFCMCEE c/ OHMI*, aff. jtes T-405/07 et T-406/07, *Rec.*, p. II-1441, pts 56-57 ; Trib. UE, 6 juillet 2011, *i-content c/ OHMI*, aff. T-258/09, *Rec.*, p. II-3797, pt 46 ; Trib. UE, 14 juin 2017, *LG Electronics c/ EUIPO*, aff. T-659/16, non publié, pt 42.

264. TPI, 20 septembre 1990, *Hanning c/ Parlement*, aff. T-37/89, *Rec.*, p. II-463, pt 38 ; TPI, 19 octobre 2006, *Buendía Sierra c/ Commission*, aff. T-311/04, *Rec.*, p. II-4137, pt 267 ; TFP, 6 mars 2008, *Skareby c/ Commission*, aff. F-46/06, *RecFP*, pp. I-A-1-69 et II-A-1-337, pt 96 ; TFP, 10 novembre 2011, *Merhzaoui c/ Conseil*, aff. F-18/09, non publié, pt 47.

265. S'agissant d'une décision de la Commission refusant d'inscrire une substance chimique à l'annexe I de la directive 91/414/CEE du Conseil, du 15 juillet 1991, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (*JO*, 1991, L 230, p. 1) et retirant des autorisations de produits phytopharmaceutiques contenant cette substance : Trib. UE, 9 septembre 2011, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. T-475/07, *Rec.*, p. II-5937, pt 245.

266. S'agissant d'un règlement portant extension d'un droit antidumping : Trib. UE, 16 janvier 2014, *BP Products North America c/ Conseil*, aff. T-385/11, *Rec. num.*, pt 164.

267. TFP, 29 septembre 2009, *O c/ Commission*, aff. jtes F-69/07 et F-60/08, *RecFP*, pp. I-A-1-349 et II-A-1-1833, pt 71.

268. Trib. UE, 13 septembre 2010, *Espagne c/ Commission*, aff. jtes T-156/07 et T-232/07, non publié, pt 86.

requérants ordinaires⁽²⁶⁹⁾. Rarement, le rappel de ce caractère et le relevé d'office d'un tel moyen sont effectués au profit d'un requérant privilégié, tel un État membre⁽²⁷⁰⁾. Ce constat reflète sans doute la « subjectivisation des moyens invocables »⁽²⁷¹⁾. Associé aux procédures d'adoption des actes, l'État membre est en mesure d'en comprendre les motifs. Rien n'empêche toutefois le juge, s'il n'est pas en mesure de comprendre l'acte, de relever d'office une violation de l'obligation de motivation.

Enfin, si la violation de cette obligation est d'ordre public non seulement lorsqu'elle est dirigée contre l'acte directement mis en cause, mais encore, le cas échéant, contre un acte incidemment contesté par voie d'exception d'illégalité, ce caractère d'ordre public joue bien plus souvent au stade de la contestation directe.

Ces variations pratiques reflètent vraisemblablement les variations inhérentes à l'étendue de l'obligation de motivation en tant que telle et à son contrôle. Elles ne sont pas de nature à affecter l'étendue de sa qualification d'ordre public, qui est de principe et s'appuie sur des fondements solides tirés en particulier des besoins du contrôle juridictionnel. Dans la jurisprudence, la violation de l'obligation de motivation est encore parfois liée à la violation de l'exigence d'un examen diligent et impartial par l'institution auteur de l'acte examiné ou peut découler d'une telle violation⁽²⁷²⁾. Aussi le caractère d'ordre public de l'obligation de motivation peut-il se répercuter sur d'autres obligations procédurales. Ces dernières, elles-mêmes destinées à assurer le déroulement correct et régulier des procédures, donnent également naissance à de nombreux moyens d'ordre public.

B. La garantie des règles de procédure

De nombreuses règles procédurales encadrent l'adoption des actes de l'Union européenne. La plupart d'entre elles ont pour fonction essentielle d'assurer l'équilibre institutionnel à travers la régularité formelle du processus d'adoption et la participation régulière de tout intéressé à la procédure. En particulier dans le contentieux général, ces moyens

269. Voy. les arrêts cités dans les notes précédentes.

270. Voy. p. ex. : Trib. UE, 13 septembre 2010, *Espagne c/ Commission*, aff. jtes T-156/07 et T-232/07, non publié, pt 86. *Adde*, s'agissant de l'admission du jeu du moyen d'ordre public au profit d'un État membre : CJUE, 15 juin 2017, *Espagne c/ Commission*, aff. C-279/16 P, non publié, pt 22.

271. L. COUTRON, « Les recours formés par les États mis en minorité », in F. PICOD (dir.), *Le principe majoritaire...*, op. cit., pp. 227-254, spéc. p. 241.

272. Voy. explicitement : TPI, 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *Rec.*, p. II-2935, pts 201-203. Voy. également en ce sens : TPI, 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-265/04, T-292/04 et T-504/04, non publié, pt 118.

d'ordre public sont principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (1). Ils sont complétés de moyens d'ordre public propres au contentieux de la fonction publique (2).

1) Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel

Destinées à assurer la régularité du processus décisionnel et l'équilibre institutionnel, les règles de procédure encadrent également le pouvoir d'appréciation des institutions⁽²⁷³⁾ et se traduisent ainsi, vis-à-vis du justiciable, en une garantie contre l'arbitraire. La reconnaissance de leur caractère d'ordre public tempère, de par les pouvoirs d'office du juge dont elle s'accompagne, le contrôle, en principe restreint, que ce dernier opère au fond lorsque l'auteur de l'acte jouit d'un large pouvoir d'appréciation⁽²⁷⁴⁾. Ainsi, « l'absence de violation des formes substantielles crée une présomption de légalité interne, voire d'opportunité de la mesure contestée »⁽²⁷⁵⁾.

Compte tenu de ces considérations, il n'est pas surprenant que les règles procédurales d'ordre public soient nombreuses. Selon un courant jurisprudentiel inauguré en 2014, la Cour de justice semble tenir pour d'ordre public, au nom de la violation des formes substantielles, tout moyen pris de la violation d'une règle de procédure relative à l'adoption d'un acte faisant grief⁽²⁷⁶⁾. Les moyens d'ordre public consacrés peuvent, à l'heure actuelle, être rangés en trois catégories principales relativement homogènes.

Une première catégorie rassemble les plus anciens moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale. Ceux-ci tendent à garantir l'équilibre institutionnel à travers l'association régulière de tous les acteurs institutionnels au processus décisionnel et à encadrer une éventuelle large marge d'appréciation de l'auteur de l'acte⁽²⁷⁷⁾. Dès ses premiers arrêts, la Cour de justice a soulevé d'office des moyens pris de l'absence de

273. CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München*, aff. C-269/90, *Rec.*, p. I-5495, pt 14.

274. Le contrôle est « transféré » du fond vers la forme : L. AZOULAI, « The Judge and the Community's Administrative Governance », in Ch. JOERGES et R. DEHOUSSE (ed.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, OUP, 2002, pp. 109-137, spéc. p. 113. Sur le contrôle du juge de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, voy. la doctrine citée *supra*, à la note n° 94 du Chapitre précédent.

275. D. RITLÉNG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA*, 1999, n° 9, pp. 645-657.

276. Voy. en particulier : CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel c/ Commission*, aff. C-84/13 P, non publié, pt 50 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.*, pt 103.

277. Voy. en ce sens : concl. ROEMER sous CJCE, 21 mars 1955, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 6/54, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 260 et 261.

consultation du Conseil⁽²⁷⁸⁾ ou du comité consultatif⁽²⁷⁹⁾. Plus récemment, dans le contexte des procédures de comitologie⁽²⁸⁰⁾, ont été qualifiés d'ordre public le défaut de consultation d'un comité de réglementation⁽²⁸¹⁾ ainsi que la régularité de la consultation d'un comité de gestion⁽²⁸²⁾. Ces affaires illustrent de manière exemplaire la fonction d'encadrement des compétences, en l'occurrence d'exécution, de la Commission et de garantie de l'équilibre institutionnel⁽²⁸³⁾.

Sur cette base, toute violation d'une obligation de consulter un acteur institutionnel devrait être tenue pour d'ordre public⁽²⁸⁴⁾. Le juge se montre toutefois réticent. D'une part, une consultation du Parlement européen est non seulement destinée à la garantie de l'équilibre institutionnel, mais constitue encore et surtout « le reflet [...] d'un principe démocratique fondamental »⁽²⁸⁵⁾. Ces considérations militeraient en faveur de la reconnaissance de son caractère d'ordre public que la Cour de justice semble, pour sa part, avoir nié dans un arrêt équivoque⁽²⁸⁶⁾. D'autre part, pour

278. CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. p. 31 ; CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 100. Il s'agit, en réalité, d'une vérification d'office du choix de la base juridique de l'acte (voy. *infra*, cette Sous-section, § 2, A, 2. La consécration implicite du moyen d'ordre public, pp. 230 et s.).

279. CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 99. Dans ses conclusions sous cet arrêt, l'avocat général LAGRANGE considérait que ce moyen n'était pas d'ordre public (voy. p. 116).

280. Procédures désormais régies par le règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement et du Conseil, du 16 février 2011, établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (*JO*, 2011, L 55, p. 13). Voy. parmi une doctrine abondante : C. F. BERGSTRÖM, *Comitology. Delegation of powers in the European Union and the committee system*, Oxford, OUP, 2005, 391 p. ; C. BLUMANN, « Comitologie et administration indirecte », in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *op. cit.*, pp. 139-158 ; J. P. JACQUE, « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 211-224 ; J. JORDA, *op. cit.* ; K. LENAERTS et A. VERHOEVEN, « Towards a Legal Framework of Executive Rule-Making in the EU ? The Contribution of the New Comitology Decision », *CML Rev.*, 2000, pp. 645-686.

281. Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pts 70 et 84-87.

282. CJUE, 20 septembre 2017, *Tilly-Sabco c/ Commission*, aff. C-183/16 P, *Rec. num.*, pt 116 ; Trib. UE, 14 janvier 2016, *Doux c/ Commission*, aff. T-434/13, non publié, pts 78-79 et 82-132.

283. Voy. en particulier : Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pt 86.

284. Il en va de même du droit d'un État membre d'être consulté, voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 1, A. La garantie du droit d'être entendu des États membres, moyens en principe d'ordre public (pp. 236 et s.).

285. CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette Frères c/ Conseil*, aff. 138/79, *Rec.*, p. 3333, pt 33 ; CJCE, 29 octobre 1980, *Maizena c/ Conseil*, aff. 139/79, *Rec.*, p. 3393, pt 34. Dès lors, le non-respect d'une exigence de consultation du Parlement constitue une violation d'une forme substantielle. Sur le principe démocratique, l'on renverra à la thèse de C. CASTOR, *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 552 p.

286. CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769. Le Parlement avait demandé l'annulation partielle d'une directive. L'avocat général KOKOTT, considérant que

des motifs tirés de l'équilibre institutionnel et de l'effet utile de la procédure d'avis consultatif, la doctrine a pu envisager une possibilité pour la Cour de justice de sanctionner d'office, dans le cadre du contrôle *a posteriori* d'un acte autorisant la conclusion d'un accord international, le fait qu'un tel acte soit adopté avant l'issue d'une procédure d'avis consultatif préalablement engagée⁽²⁸⁷⁾. Toutefois, la Cour paraît avoir écarté la nature d'ordre public d'un moyen de légalité dirigé contre une telle décision⁽²⁸⁸⁾.

Une deuxième catégorie de moyens d'ordre public a trait aux règles entourant le stade final de la procédure d'adoption des actes et, plus précisément, le processus de vote, l'authentification de l'acte et le délai dans lequel celui-ci doit être pris.

Tout d'abord, le Tribunal tient pour d'ordre public les moyens pris de l'irrégularité du processus de vote au sein du Conseil⁽²⁸⁹⁾ et de la violation par la Commission du principe de collégialité⁽²⁹⁰⁾. Plus généralement, des

les dispositions contestées « [n'étaient] objectivement pas séparables du reste de la directive », n'a examiné le bien-fondé du recours qu'à titre subsidiaire. À ce titre, elle a invité la Cour de justice à soulever d'office une absence de consultation suffisante du Parlement (concl., pts 47, 50, 53 et s.). En revanche, la Cour a estimé que « la vérification du caractère détachable des dispositions [contestées] suppos[ait] l'examen du fond du litige, à savoir la portée desdites dispositions, afin de pouvoir évaluer si leur annulation modifierait l'esprit et la substance de la directive » (pt 29). Concluant au rejet du recours, elle a considéré qu'« il n'y a[vait] pas lieu d'examiner si les dispositions attaquées [étaient] détachables du reste de la directive » (pt 108). Elle n'a pas abordé la question de la consultation, ce qui peut s'expliquer soit par la nature ordinaire de cette exigence soit par l'absence de toute incidence d'un tel vice de procédure sur la détachabilité des dispositions contestées du reste de l'acte, sans préjudice de sa nature ordinaire ou d'ordre public.

287. Pour autant que la Cour de justice eût admis le caractère suspensif de la procédure d'avis : S. ADAM, « Quelques réflexions sur les relations entre les procédures *a priori* et *a posteriori* d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l'accord PNR », *CDE*, 2006, n^{os} 5-6, pp. 657-696, spéc. pp. 662-663 et 681 ; E. LERAY et A. POTTEAU, « Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de la légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *RTDE*, 1998, n^o 4, pp. 535-571, spéc. pp. 541-542.

288. Alors que, selon les auteurs cités à la note précédente, elle en aurait eu la possibilité, la Cour de justice n'a pas procédé à un tel relevé d'office dans l'affaire relative à l'accord-cadre sur les bananes (CJCE, 10 mars 1998, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-122/95, *Rec.*, p. I-973).

289. TPI, 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c/ Conseil*, aff. T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, pts 25, 27 et s. Il était reproché au Conseil d'avoir procédé à un vote « en bloc » sur une liste globale de personnes et entités soumises aux mesures restrictives prises à l'encontre de l'Iran, plutôt qu'à un vote individuel sur chaque personne ou entité. Voy. à ces propos les contributions de B. BERTRAND, « Majorité simple, majorité absolue, majorité qualifiée » (pp. 81-104), et de J. P. JACQUÉ, « Le vote majoritaire au Conseil de l'Union européenne » (pp. 105-114), à l'ouvrage dirigé par F. PICOD, *Le principe majoritaire...*, *op. cit.*

290. TPI, 2 octobre 2009, *Chypre c/ Commission*, aff. jtes T-300/05 et T-316/05, non publié, pts 205-206. Voy. toutefois, *supra* (ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, A, 2. Un moyen d'ordre public exceptionnel en cas d'affectation des attributions d'une institution, pp. 200 et s.), les affaires *BASF*, dans lesquelles le Tribunal a procédé en substance au même examen sous l'égide d'un moyen d'incompétence.

moyens tirés de la violation des règles de votation, en ce que ces règles sont indéniablement destinées à assurer la garantie de l'équilibre institutionnel⁽²⁹¹⁾ et ne sont « à la disposition ni des États membres ni des institutions elles-mêmes »⁽²⁹²⁾, devraient être considérés comme étant d'ordre public.

Ensuite, la méconnaissance des règles d'authentification des actes de l'Union européenne est également d'ordre public⁽²⁹³⁾. En sus des considérations d'équilibre institutionnel, ce caractère d'ordre public s'explique par d'importantes raisons de sécurité juridique⁽²⁹⁴⁾ et les besoins inhérents au contrôle juridictionnel⁽²⁹⁵⁾. En revanche, ne semblent point relever de l'ordre public des moyens tirés d'un défaut de publicité, par publication ou notification, d'actes, dont la sanction oscille par ailleurs entre l'annulation voire l'inexistence juridique⁽²⁹⁶⁾ ou l'opposabilité et l'absence de force obligatoire de l'acte⁽²⁹⁷⁾. En dépit de quelques indices en

291. Concl. BOT sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. jtes C-63/12 et C-66/12, *Rec. num.*, pt 335.

292. CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 68/86, *Rec.*, p. 855, pt 38 (à propos des « règles relatives à la formation de la volonté des institutions communautaires [...] établies par le traité »).

293. Le Tribunal avait fait du défaut d'authentification une cause d'inexistence juridique (TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 31, 68, 96 et 100). Il s'agit, toutefois, d'un simple moyen d'annulation (CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pts 52-53 et 76-78), que le juge relève d'office (CJCE, 6 avril 2000, *Commission c/ ICI*, aff. C-286/95 P, *Rec.*, p. I-2341, pts 51 et 66 ; CJCE, 6 avril 2000, *Commission c/ Solvay*, aff. jtes C-287/95 P et C-288/95 P, *Rec.*, p. I-2391, pts 55 et 74 ; TPI, 29 juin 1995, *Solvay c/ Commission*, aff. T-32/91, *Rec.*, p. II-1825, pt 43 ; TPI, 29 juin 1995, *ICI c/ Commission*, aff. T-37/91, *Rec.*, p. II-1901, pt 87).

294. En effet, « l'authentification des actes [...] a pour but d'assurer la sécurité juridique en figeant, dans les langues faisant foi, le texte adopté par le collège. Elle permet ainsi de vérifier, en cas de contestation, la correspondance parfaite des textes notifiés et publiés avec ce dernier et, par là même, avec la volonté de leur auteur » : CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pt 75.

295. Selon la Cour, « [l]e contrôle du respect de la formalité de l'authentification et, ainsi, du caractère certain de l'acte est un préalable à tout autre contrôle tel que celui de la compétence de l'auteur de l'acte, du respect du principe de la collégialité ou encore celui du respect de l'obligation de motiver les actes » : CJCE, 6 avril 2000, *Commission c/ ICI*, aff. C-286/95 P, *Rec.*, p. I-2341, pt 46 ; CJCE, 6 avril 2000, *Commission c/ Solvay*, aff. jtes C-287/95 P et C-288/95 P, *Rec.*, p. I-2391, pt 50.

296. Voy. en ce sens : CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pts 68-72 ; CJCE, 18 juin 2002, *Espagne c/ Commission*, aff. C-398/00, *Rec.*, p. I-5643, pt 33. Ulérieurement, la Cour a toutefois remplacé les constatations émises dans l'arrêt *Hoechst* dans leur contexte, marqué par la mise en cause de l'absence d'authentification d'un acte : CJCE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 54. *Adde* : concl. SHARPSTON sous CJCE, 10 mars 2009, *Heinrich*, aff. C-345/06, *Rec.*, p. I-1659, pts 80 et s.

297. CJCE, 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, *Rec.*, p. 69, pt 15. Cette approche, plus orthodoxe, paraît préférable.

faveur d'une qualification d'ordre public⁽²⁹⁸⁾, celle-ci fut implicitement mais nécessairement écartée par la Cour de justice s'agissant de moyens tirés d'un défaut de notification⁽²⁹⁹⁾ et d'un défaut de communication des motifs d'inscription sur la liste des personnes et entités visées par des mesures restrictives⁽³⁰⁰⁾.

Enfin, le juge qualifie d'ordre public le dépassement, par la Commission, d'un délai de forclusion fixé par le droit dérivé pour l'adoption de décisions portant réduction de concours financiers au titre du Fonds de cohésion⁽³⁰¹⁾, du Fonds européen de développement régional (FEDER)⁽³⁰²⁾ et du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA)⁽³⁰³⁾. Cette qualification d'ordre public est justifiée par l'affiliation générale du délai en cause aux exigences de forme substantielle⁽³⁰⁴⁾, mais également par des considérations de légalité et de sécurité juridique dans une Union de droit⁽³⁰⁵⁾. Du fait de la généralité des termes employés par la Cour de justice, cette qualification paraît transposable à toute procédure dans laquelle l'action de l'institution compétente est subordonnée à un délai de forclusion légal. En revanche, elle ne s'étend ni au délai de prescription⁽³⁰⁶⁾ ni au délai raisonnable⁽³⁰⁷⁾.

298. Dans un arrêt préjudiciel, la Cour examina d'office la violation de l'obligation de publier un acte (CJCE, 18 février 1964, *Rotterdam et Puttershoek*, aff. jtes 73/63 et 74/63, *Rec.*, p. 1, spéc. p. 28). Pour sa part, le Tribunal de la fonction pulique qualifia d'ordre public, par ricochet, une question ayant trait à l'opposabilité de l'acte, dès lors que cette question était indissociable de l'appréciation d'un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur d'un acte faisant grief (TFP, 30 novembre 2009, *Wenig c/ Commission*, aff. F-80/08, *RecFP*, pp. I-A-1-479 et II-A-1-2609, pt 87). Voy. également en faveur du caractère d'ordre public : concl. Bor sous CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pt 53.

299. CJUE, 13 mars 2012, *Melli Bank c/ Conseil*, aff. C-380/09 P, *Rec. num.*, pt 92.

300. CJCE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 53.

301. CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.*, pt 103 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-197/13 P, *Rec. num.*, pt 103 ; CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pt 34 ; CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pt 92 ; Trib. UE, 11 juillet 2015, *Portugal c/ Commission*, aff. T-314/13, non publié, pt 30 ; Trib. UE, 20 janvier 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. T-109/12, non publié, pt 28 ; Trib. UE, 20 janvier 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. T-111/12, non publié, pt 28.

302. CJUE, 24 juin 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. C-263/13 P, *Rec. num.*, pt 57.

303. Trib. UE, 6 juillet 2015, *France c/ Commission*, aff. T-516/10, non publié, pt 26.

304. Voy. la jurisprudence citée *supra*, notes n^{os} 301 à 303 du présent Chapitre.

305. Voy. en particulier : CJUE, 21 septembre 2016, *Commission c/ Espagne*, aff. C-139/15 P, *Rec. num.*, pt 117 ; CJUE, 21 septembre 2016, *Commission c/ Espagne*, aff. C-140/15 P, *Rec. num.*, pt 117.

306. CJUE, 14 juin 2016, *Marchiani c/ Parlement*, aff. C-566/14 P, *Rec. num.*, pt 94.

307. En l'absence de délai fixé par le droit dérivé, la Cour de justice écarte un moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office du dépassement du délai raisonnable : CJUE, 26 janvier 2017, *France c/ Commission*, aff. C-373/15 P, *Rec. num.*, pts 45-48 ; CJUE, 26 janvier 2017, *Espagne c/ Commission*, aff. C-506/15 P, non publié, pts 38-41. À ce titre, voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 2, A, 1. La durée des procédures administratives (pp. 246 et s.).

Une troisième catégorie de moyens d'ordre public, de consécration récente et faisant l'objet d'une jurisprudence encore hésitante, concerne les modalités et l'étendue de la saisine d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union européenne. Tout en étant rattachée à la violation des formes substantielles, elle marque une prise en compte croissante des rapports entre les institutions et le justiciable et tend ainsi à subjectiviser le moyen d'ordre public.

À ce titre, est d'ordre public un moyen pris de la méconnaissance, par la Commission, des règles relatives aux modalités de sa saisine d'une demande de remise des droits à l'importation⁽³⁰⁸⁾. Sont également d'ordre public des moyens ayant trait à la méconnaissance d'une obligation de statuer, ou d'épuiser sa compétence. Il en va ainsi, d'une part, d'un moyen pris, en matière de fonction publique, du « refus d'examiner un recours interne, prévu par les règles de procédure applicables à l'adoption d'un acte faisant grief »⁽³⁰⁹⁾. D'autre part, un moyen pris de ce qu'une chambre de recours de l'EUIPO a omis de statuer sur toutes les conclusions dont elle était saisie est d'ordre public⁽³¹⁰⁾.

Par analogie avec cette jurisprudence, un moyen de pourvoi tiré de ce que le juge de première instance a statué *infra petita* ou *ultra petita*, en violation de son obligation de statuer sur tous les chefs de conclusion, sans les dépasser, devrait être qualifié d'ordre public⁽³¹¹⁾. Un tel moyen

308. Trib. UE, 10 février 2012, *Verenigde Douaneagenten c/ Commission*, aff. T-32/11, non publié, pts 48-49.

309. Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 63. Ce moyen présente, dans les circonstances de cette affaire, quelques subtilités qui seront examinées *infra* (cette Sous-section, § 2, B. La méconnaissance du champ d'application de la loi, pp. 232 et s.).

310. Voy. en ce sens : TPI, 2 juillet 2002, *SAT.1 c/ OHMI*, aff. T-323/00, *Rec.*, p. II-2839, pt 19 ; TPI, 10 juin 2008, *Gabel Industria Tessile c/ OHMI*, aff. T-85/07, *Rec.*, p. II-823, pt 20 ; TPI, 23 septembre 2009, *Viñedos y Bodegas Príncipe Alfonso de Hohenlohe c/ OHMI*, aff. T-291/07, non publié, pt 62 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Nanu-Nana Joachim Hoepp c/ EUIPO*, aff. T-39/16, *Rec. num.*, pt 37.

311. Le moyen présente des affinités certaines avec la compétence du juge de première instance (voy. déjà *supra*, note n° 136 du présent Chapitre). La qualification d'ordre public que nous proposons n'est pas remise en cause par l'arrêt du Tribunal du 19 janvier 2010, *De Fays c/ Commission* (aff. T-355/08 P, non publié, pt 34), dans lequel celui-ci a rejeté comme irrecevable pour tardiveté un moyen tiré de la violation des droits de la défense en ce que le Tribunal de la fonction publique aurait erronément refusé de se prononcer sur une décision de rejet de la réclamation. En effet, d'une part, le Tribunal n'a pas pris position sur le caractère d'ordre public de ce moyen. D'autre part et surtout, le Tribunal de la fonction publique avait statué sur les conclusions tendant à l'annulation de cette décision en redirigeant le recours, conformément à une jurisprudence constante, contre la décision ayant fait l'objet de la réclamation, également contestée par la partie requérante, et en rejetant, à titre surabondant, les conclusions en annulation de la décision de rejet de la réclamation comme irrecevables (TFP, 17 juin 2008, *De Fays c/ Commission*, aff. F-97/07, *RecFP*, pp. I-A-1-191 et II-A-1-1011, pt 47).

potentiellement d'ordre public peut difficilement être rattaché à la garantie de l'équilibre institutionnel. Il procèderait de considérations tenant à l'effectivité des procédures et à la protection des droits des parties au litige.

Cette dernière hypothèse mise à part, il découle de ce qui précède que, sous couvert du rattachement à la violation des formes substantielles, le juge qualifie d'ordre public principalement des moyens destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel. Néanmoins, il apparaît également que ce rattachement permet, plus rarement, d'étendre l'attractivité de l'ordre public à des moyens poursuivant des finalités plus subjectives, toujours essentielles dans l'ordre juridique de l'Union. Le contentieux de la fonction publique pousse ce mouvement de (sur)qualification d'ordre public à son paroxysme en qualifiant d'ordre public en définitive tout moyen pris de la violation d'une règle de procédure.

2) Les moyens d'ordre public propres au contentieux de la fonction publique

Le contentieux de la fonction publique se présente, de nouveau, comme un contentieux spécifique quant à l'étendue de la qualification d'ordre public des moyens tirés de la violation des règles de procédure. À l'instar du contentieux général, l'origine de la règle de procédure en cause importe peu⁽³¹²⁾. À la différence du contentieux général, toutefois, la violation de toute règle de procédure entourant l'adoption des actes faisant grief semble devoir être qualifiée d'ordre public.

Ainsi, la violation des règles détaillées relatives aux étapes de la procédure de nomination des hauts fonctionnaires, établies par le bureau du Parlement, a implicitement été considérée comme étant d'ordre public. Sous ce prisme, le juge a examiné l'existence d'une fiche d'évaluation portant sur les exigences mentionnées dans l'avis de vacance et l'évaluation des candidats avant l'établissement de la liste des candidats, le respect des règles relatives à l'établissement d'un rapport final par le comité consultatif pour la nomination desdits fonctionnaires et à l'existence de propositions du président sur la base desquelles le bureau devait, notamment, arrêter sa décision⁽³¹³⁾. Déconnectées de toute considération de garantie de l'équilibre institutionnel, ces règles remplissent une fonction d'encadrement d'un

312. Il peut ainsi s'agir d'une règle interne dont s'est dotée l'institution. Dans le contentieux général, voy. p. ex. la jurisprudence citée *supra*, note n° 293 du présent Chapitre. S'agissant du contentieux de la fonction publique, voy. : TPI, 13 décembre 2007, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-113/05, *RecFP*, pp. I-A-20237 et II-A-2-1555, pts 61-62.

313. *Id.*, pts 62-78. *Adde* : TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, non publié, pts 37-40.

large pouvoir d'appréciation⁽³¹⁴⁾. Elles illustrent le constant souci du juge de la fonction publique de protéger le personnel européen face au pouvoir hiérarchique.

Cette dernière considération transparaît très clairement dans la qualification d'ordre public du défaut d'adopter une décision d'ouverture d'une enquête administrative préalablement à l'ouverture d'une procédure disciplinaire⁽³¹⁵⁾. Fondée sur la jurisprudence issue du contentieux général et le rattachement du moyen à la violation des formes substantielles, cette qualification d'ordre public tend sans doute à protéger le fonctionnaire, lequel doit être dûment entendu dans le cadre même de ladite enquête⁽³¹⁶⁾. Le grief en cause n'est ainsi pas sans lien avec la violation des droits de la défense⁽³¹⁷⁾.

Il doit être conclu que le juge de l'Union européenne est très favorable à la reconnaissance du caractère d'ordre public des moyens ayant trait à la régularité formelle de la procédure appliquée, au point qu'il peut être présumé que les règles de procédure sont, par essence, garanties par la reconnaissance de ce caractère aux moyens pris de leur violation⁽³¹⁸⁾. Ce constat s'impose s'agissant des règles, formelles, de la procédure appliquée. Il vaut, en partie, également pour le contrôle du choix de la procédure par l'auteur de l'acte.

§ 2. – La vérification de la procédure choisie

Le choix de la procédure appropriée peut être contrôlé, indirectement, à l'aide de deux types de moyens traditionnellement rattachés à la légalité interne, à savoir l'erreur de base juridique et la méconnaissance du champ d'application de la loi. Fondés sur des prérequis distincts⁽³¹⁹⁾, ces moyens se

314. TPI, 13 décembre 2007, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-113/05, *RecFP*, pp. I-A-20237 et II-A-2-1555, pt 61.

315. Trib. UE, 14 février 2017, *Kerstens c/ Commission*, aff. T-270/16 P, non publié, pts 67-69.

316. Comme le Tribunal l'a rappelé à maintes reprises dans l'arrêt *Kerstens c/ Commission*, précité (voy. pts 62-63, 65).

317. Le grief en cause était d'ailleurs invoqué devant le Tribunal de la fonction publique, en méconnaissance de la règle de concordance, à l'appui d'un moyen pris d'une violation des règles de procédure applicables aux enquêtes administratives et d'une violation des droits de la défense (voy. pt 4 de l'arrêt *Kerstens c/ Commission*, précité).

318. Cette conclusion laisse ouverte la question du caractère d'ordre public des moyens pris de la violation de droits procéduraux conférés à certains intéressés, qui est abordée *infra*, cette Section, Sous-section 2. Le respect des droits procéduraux, moyens d'ordre public à géométrie variable (pp. 235 et s.).

319. L'erreur de base juridique n'entraîne l'annulation de l'acte attaqué que lorsqu'elle a une incidence sur son contenu. Tel peut être le cas, en particulier, lorsque l'erreur se reflète dans l'incompétence de l'auteur de l'acte ou dans une irrégularité procédurale. Le moyen tiré

rejoignent en ce qu'ils mettent à disposition du juge de véritables instruments de contrôle du choix de la procédure. En cela, ils présentent des liens certains avec le contrôle de la régularité procédurale au titre de la violation des formes substantielles. La qualification d'ordre public de l'erreur de base juridique peut s'appuyer sur des fondements jurisprudentiels relativement solides (A). En revanche, le champ d'application de la loi n'était d'ordre public que devant le Tribunal de la fonction publique (B).

A. *L'erreur de base juridique*

La base juridique conditionne l'existence d'une compétence⁽³²⁰⁾ et « détermine les procédures à suivre pour adopter [un acte] »⁽³²¹⁾. En cela, elle influence le poids respectif des institutions de l'Union européenne lors du processus décisionnel⁽³²²⁾. Des fondements théoriques solides (1) appuient ainsi la consécration ancienne et implicite de l'erreur de base juridique comme moyen d'ordre public (2).

1) Les fondements théoriques solides d'une qualification d'ordre public

Le contentieux de la base juridique⁽³²³⁾ est un « contentieux typiquement relatif à la protection de l'équilibre institutionnel »⁽³²⁴⁾. D'envergure

de la méconnaissance du champ d'application de la loi a ceci de particulier qu'il est fondé sur la considération selon laquelle le juge, s'il ne le relevait pas d'office, statuerait lui-même en méconnaissance du champ d'application de la loi. Outre l'application des règles de répartition des compétences et de procédure, il permet de sanctionner l'application de règles de fond inapplicables.

320. Voy. déjà à propos des règles de compétences affectées par le choix de la base juridique, *supra* ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, A. La garantie des compétences des États membres à travers des moyens d'ordre public (pp. 166 et s.) ; Sous-section 2, § 1, A, 2. Le rayonnement du moyen d'ordre public au-delà de l'incompétence *stricto sensu* (pp. 190 et s.), et B. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence d'une institution de l'Union européenne (pp. 193 et s.).

321. CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-130/10, *Rec. num.*, pt 80.

322. Le choix de la base juridique recouvre une « importance particulière afin de préserver les prérogatives des institutions [...] concernées par la procédure d'adoption d'un acte » : CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.*, p. I-8917, pt 48.

323. Voy. à ce titre en particulier : N. EMILIOU, « Opening Pandora's Box : the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice », *E.L.Rev.*, 1994, n° 5, pp. 488-507 ; B. PETER, « La base juridique des actes en droit communautaire », *RMCUE*, 1994, n° 378, pp. 324-333 ; A. WACHSMANN, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, 1993, n° 1, pp. 1-5. Voy. également : J. P. JACQUÉ, « Quelques réflexions sur le contentieux interinstitutionnel », in A. EPINEY, M. HAAG et A. HEINEMANN (dir.), *Le défi des frontières. Mélanges en l'honneur de Roland Bieber*, Baden-Baden – Zurich – St Gall, Nomos Verlagsgesellschaft – DikeVerlag, 2007, pp. 338-355.

324. F. BERROD, *op. cit.*, spéc. p. 339. Voy. dans le même sens : G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 803 p., spéc. p. 291.

constitutionnelle⁽³²⁵⁾, il constitue un terrain propice à la découverte de moyens d'ordre public.

La base juridique d'un acte doit être précisée dans celui-ci, afin de permettre au juge de procéder au contrôle de son choix par l'auteur de l'acte. La méconnaissance de cette exigence, rattachée à l'obligation de motiver les actes⁽³²⁶⁾, est certainement d'ordre public. Elle relève, toutefois, de la violation de l'obligation de motivation et non d'une erreur de base juridique.

Tout en s'en distanciant, cette dernière erreur se rapproche des moyens d'ordre public destinés à la garantie des règles procédurales⁽³²⁷⁾. Elle s'en approche par sa fonction de garantie de l'équilibre institutionnel en assurant la régularité formelle des actes. Elle s'en éloigne discrètement, en ce que l'irrégularité sanctionnée provient du fait que, tout en respectant les formes prescrites par la procédure appliquée, l'institution, par le choix erroné de cette base juridique, méconnaît la procédure applicable. L'erreur se situe en amont. Plus fondamentalement, elle s'en éloigne en ce que, lors de la vérification du choix correct de la base juridique, le juge est amené à s'intéresser à la substance de l'acte⁽³²⁸⁾, avant de vérifier la régularité de la procédure.

Le moyen tiré de l'erreur de base juridique requiert ainsi un examen en deux temps. Dans un premier temps, le juge détermine la base juridique correcte en s'appuyant sur une analyse de la substance de l'acte. Si ce dernier poursuit plusieurs objectifs, le juge identifiera son but principal⁽³²⁹⁾, voire conclura à une double ou multiple base juridique, pour autant que les procédures qu'elles imposent soient compatibles⁽³³⁰⁾ et/ou que le cumul

325. CJCE, 6 décembre 2001, avis 2/00, *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, *Rec.*, p. I-9713, pt 5.

326. Voy. notamment : CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. 45/86, *Rec.*, p. 1493, pt 9 ; CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.*, p. I-8917, pts 38 et 56.

327. Des auteurs en viennent à rattacher l'erreur de base juridique à la violation des formes substantielles : Ch. KOHLER et J.-Ch. ENGEL, « Le choix de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, n° 1, étude 1, pp. 5-10, spéc. p. 5.

328. En effet, selon la jurisprudence, « le choix de la base juridique [...] doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent la finalité et le contenu de cet acte » : CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-130/10, *Rec. num.*, pt 42. Voy. en particulier : CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, dit « *Dioxyde de titane* », aff. C-300/89, *Rec.*, p. I-2867, pt 10.

329. CJCE, 4 octobre 1991, *Parlement c/ Conseil*, dit « *Tchernobyl* », aff. C-70/88, *Rec.*, p. I-4529, pt 17.

330. CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-130/10, *Rec. num.*, pts 44-45. La notion d'incompatibilité des procédures est, parfois, entendue de manière extrêmement restrictive, voire « centré[e] sur la valorisation du Parlement » (V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL,

ne porte pas atteinte aux droits du Parlement⁽³³¹⁾. Le constat, au terme de cet examen, d'une erreur de base juridique conduit le juge à vérifier, dans un second temps, si l'erreur a entraîné une irrégularité de la procédure suivie⁽³³²⁾, susceptible d'avoir eu une incidence sur le contenu de l'acte. À cet égard, il confronte la procédure effectivement suivie à celle que l'institution aurait dû suivre selon la base juridique correcte. En l'absence de toute différence, le juge substitue à la base erronée la base correcte. En revanche, il annule l'acte *inter alia* lorsque l'erreur de base juridique a eu des conséquences sur les règles de vote au sein du Conseil⁽³³³⁾ ou porté atteinte aux prérogatives du Parlement⁽³³⁴⁾. Or, des moyens tirés de la violation des formes substantielles ayant trait aux règles de vote ainsi qu'à la garantie de la place respective des institutions dans le processus institutionnel sont généralement d'ordre public⁽³³⁵⁾.

Par souci de cohérence, il conviendrait dès lors de qualifier d'ordre public le moyen tiré de l'erreur de base juridique⁽³³⁶⁾. Cette qualification ne devrait pas dépendre de l'incidence réelle, dans un cas d'espèce, d'une telle erreur sur le contenu de l'acte, dès lors qu'une telle incidence est pour l'essentiel présumée lorsque la procédure appliquée et la procédure applicable divergent. Au demeurant, l'évaluation de l'incidence sur l'acte relève à nos yeux de l'examen du caractère opérant du moyen pris d'une telle erreur, sans qu'elle n'affecte la valeur intrinsèque de la règle méconnue. De ce fait, la subordination de l'annulation de l'acte à une telle incidence ne constitue pas un élément tenant à la qualification d'ordre public de ce

« Compétences de l'Union européenne », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2011 [actualisation 2017], § 69). Aussi la Cour a-t-elle pu considérer que, à condition de vote au Conseil identique selon les deux bases juridiques en cause, une procédure imposant la simple consultation du Parlement et la procédure de codécision étaient compatibles, et les deux bases juridiques cumulables : CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.*, p. I-8103, pts 76-84.

331. CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Conseil*, aff. C-94/03, *Rec.*, p. I-1, pt 52 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-178/03, *Rec.*, p. I-107, pt 57. La Cour peut également prendre en considération l'atteinte portée le cas échéant aux droits du Conseil en cas de cumul de bases juridiques : CJCE, 6 novembre 2008, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-155/07, *Rec.*, p. I-8103, pt 82.

332. CJCE, 27 septembre 1988, *Commission c/ Conseil*, aff. 165/87, *Rec.*, p. 5545, pt 19 ; CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, pt 98 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.*, p. I-11893, pt 44.

333. CJCE, 11 septembre 2003, *Commission c/ Conseil*, aff. C-211/01, *Rec.*, p. I-8913, pt 52.

334. Voy. *supra*, note n° 330 du présent Chapitre.

335. Voy. *supra*, cette Sous-section, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (pp. 219 et s.).

336. Voy. en ce sens également : concl. VAN GERVEN sous CJCE, 4 octobre 1991, *Parlement c/ Conseil*, dit « *Tchernobyl* », aff. C-70/88, *Rec.*, p. I-4529, pt 5.

moyen⁽³³⁷⁾, comme cela a pu être envisagé⁽³³⁸⁾, mais, le cas échéant, à son relevé d'office.

Malgré ces solides fondements, le juge n'a procédé que timidement à la consécration de l'erreur de base juridique comme moyen d'ordre public.

2) La consécration implicite du moyen d'ordre public

Seule une lecture attentive de la jurisprudence permet d'affirmer que le moyen tiré de l'erreur de base juridique est d'ordre public. L'assertion d'une telle qualification se heurte d'emblée à des arrêts dans lesquels le juge constate à titre liminaire l'absence de contestation, entre les parties, de la base juridique⁽³³⁹⁾. Ce faisant, il semble lier l'examen de cette base à la présence d'une contestation et reléguer l'erreur au rang de moyen ordinaire. Or, il nous semble qu'en constatant l'absence de désaccord des parties et en renonçant à l'examen détaillé explicite, le juge valide implicitement la base juridique retenue. Partant, ces précisions s'apparentent davantage à des formules de style.

Une interprétation constructive d'arrêts anciens permet au demeurant d'affirmer la nature d'ordre public de l'erreur de base juridique. Dans ses premiers arrêts, « la Cour a examiné d'office la question de savoir si l'article premier de la décision 2-54 [de la Haute Autorité] constitu[ait] une violation des formes substantielles », en vérifiant si « le Conseil aurait dû être consulté »⁽³⁴⁰⁾. La décision 2-54 était fondée sur l'article 60, paragraphe 2, sous a), du traité CECA, selon lequel « les barèmes des prix et conditions de vente appliqués sur le marché commun par les entreprises [devaient] être rendus publics, dans la mesure et dans les formes prescrites par la Haute Autorité, après consultation du Comité Consultatif ». En revanche, lorsqu'elle définissait les pratiques, notamment déloyales ou discriminatoires, visées par l'interdiction énoncée à l'article 60, paragraphe 1, du traité CECA, la Haute Autorité statuait par voie de décision après consultation tant du

337. Voy. à cet égard aussi la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique en matière d'incompétence intra-institutionnelle exposée *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. Des moyens en principe d'ordre public dans le contentieux de la fonction publique (pp. 203 et s.).

338. S'agissant d'un moyen tiré du délai déraisonnable de la procédure devant la Commission : B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568, spéc. p. 564.

339. Voy. p. ex. : CJCE, 23 février 1999, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-42/97, *Rec.*, p. I-869, pt 35 ; CJUE, 26 septembre 2013, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-431/11, *Rec. num.*, pts 42-43 ; CJUE, 15 octobre 2014, *Parlement c/ Commission*, aff. C-65/13, *Rec. num.*, pt 42 ; concl. SZPUNAR sous CJUE, 5 décembre 2017, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-600/14, *Rec. num.*, pts 88-89.

340. CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. p. 31 ; CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 100.

comité consultatif que du Conseil. Dès lors, en relevant d'office la question de savoir si « le Conseil aurait dû être consulté », la Cour a, en réalité, vérifié si l'article 1^{er} de la décision 2-54, en ce qu'il « compl[était] indirectement la définition des pratiques interdites » aurait dû être adopté sur le fondement de l'article 60, paragraphe 1, du traité CECA et non sur celui de l'article 60, paragraphe 2, sous a), du traité CECA⁽³⁴¹⁾. À travers l'examen d'office avoué d'une prétendue absence de consultation du Conseil, elle a ainsi apprécié la base juridique de l'acte en cause. L'erreur de base juridique s'en voit implicitement promue au rang de moyen d'ordre public.

Une telle qualification est toutefois restée exceptionnelle. Mise à part une confirmation implicite par la Cour de justice⁽³⁴²⁾, l'on peut mentionner un arrêt du Tribunal de 2011 dans lequel celui-ci a examiné d'office la base juridique d'une décision, constaté une erreur et substitué à la base erronée la base correcte. En effet, l'erreur n'avait pas entraîné d'irrégularité procédurale susceptible d'avoir eu des conséquences sur le contenu de l'acte⁽³⁴³⁾. L'arrêt tend à confirmer notre conclusion quant au caractère d'ordre public de l'erreur de base juridique affectant la régularité procédurale. Le Tribunal a cependant fondé ce relevé d'office sur celui d'un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte⁽³⁴⁴⁾.

En définitive, c'est alors par un rattachement à des moyens d'ordre public établis et, en particulier, à la garantie des règles et des prérogatives procédurales des institutions, que l'erreur de base juridique est susceptible d'être qualifiée de moyen d'ordre public. Cette conclusion vaut également pour le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, qui n'a été reconnu comme moyen d'ordre public autonome que par le Tribunal de la fonction publique.

341. Voy. à ce sujet : D. G. VALENTINE, *The Court of Justice of the European Communities*, Londres – New Jersey, Stevens – Rothman, 1965, vol. 1, 601 p., spéc. p. 128.

342. CJCE, 29 mars 1990, *Grèce c/ Conseil*, aff. C-62/88, *Rec.*, p. I-1527, pts 10 et s. La Cour de justice a examiné des arguments de la Grèce tirés d'une violation du traité CEEA en ce que le règlement attaqué, adopté sur le fondement de l'article 113 CEE (art. 207 TFUE), aurait dû être fondé sur l'article 31 CEEA. Or, la recevabilité de ce grief était douteuse. Selon l'avocat général DARMON (concl., pt 8), en effet, « l'État requérant n'a[vait] pas expliqué dans sa requête en quoi consistait la violation du traité Euratom ». La Cour n'a point abordé cette objection. Son silence pourrait constituer un indice en faveur du caractère d'ordre public dudit grief.

343. Trib. UE, 18 octobre 2011, *Reisenthel c/ OHMI*, aff. T-53/10, *Rec.*, p. II-7287, pts 27-29 et 36-46.

344. *Id.*, pt 27.

B. *La méconnaissance du champ d'application de la loi*

Le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi⁽³⁴⁵⁾ est formellement rattaché à la légalité interne. Cependant, il déploie ses principaux effets dans ses rapports avec les notions d'incompétence et de contrôle de la régularité de la procédure. En ce dernier volet, il prolonge et poursuit les finalités des moyens d'ordre public consacrés. Dans cette optique et dans une acception étendue de ces derniers, le caractère d'ordre public du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi ne devrait faire de doute. En l'absence de tout précédent de la Cour de justice, la jurisprudence est toutefois empreinte de subtilités et d'incertitudes. En substance, le Tribunal de la fonction publique consacrait ce moyen comme étant d'ordre public (1). La position du Tribunal paraît incertaine (2).

1) Un moyen d'ordre public consacré par le Tribunal de la fonction publique

Le Tribunal de la fonction publique, fort d'un unique précédent explicite mais discutable du Tribunal⁽³⁴⁶⁾, reconnaissait le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi comme un moyen d'ordre public de légalité interne⁽³⁴⁷⁾.

Il considérait qu'il « méconnaîtrait son office de juge de la légalité s'il s'abstenait de relever, même en l'absence de contestation des parties sur ce point, que la décision contestée devant lui a[vait] été prise sur la base d'une norme insusceptible de trouver application au cas d'espèce et si, par suite, il était conduit à statuer sur le litige dont il [était] saisi, en faisant lui-même application d'une telle norme »⁽³⁴⁸⁾.

345. La « loi » est entendue au sens large comme couvrant toute disposition de nature générale et impersonnelle applicable au litige, voy. *supra*, notes n^{os} 144 et 145 du présent Chapitre.

346. TPI, 15 juillet 1994, *Browet e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-576/93 à T-582/93, *Rec.*, p. II-677, pt 35. Au titre d'un moyen d'ordre public « tiré du champ d'application de la loi », le Tribunal a examiné une question liminaire à l'examen d'un moyen tiré de la violation de stipulations d'un accord concernant les relations entre la Commission et les organisations syndicales et professionnelles. Cette question avait trait non au champ d'application de ces stipulations, mais à leur invocabilité par un fonctionnaire dans un recours en annulation. Le Tribunal a ainsi apprécié « la question de savoir si un fonctionnaire, agissant à titre individuel, [pouvait] utilement se prévaloir [...] de la méconnaissance d'un [tel] accord » (voy. pt 33). Comme l'a relevé B. SACHS (*op. cit.*, spéc. p. 146), le Tribunal n'avait aucunement besoin de recourir à un tel moyen d'ordre public pour vérifier ladite invocabilité.

347. TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-57 (ci-après « l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer* du TFP »). Pour une analyse plus détaillée, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 1, a. Un moyen d'ordre public consacré par le Tribunal de la fonction publique (pp. 310 et s.).

348. Pt 51 de l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer* du TFP.

Le Tribunal de la fonction publique n'opérait aucune distinction quant à la nature de l'illégalité découlant d'une méconnaissance du champ d'application de la loi, qu'elle se manifeste en une incompétence⁽³⁴⁹⁾, une violation des règles de procédure ou une violation des règles de fond applicables à la procédure choisie⁽³⁵⁰⁾. L'on peut, certes, déceler des hypothèses dans lesquelles ce moyen d'ordre public consacré lui a permis de vérifier précisément le choix de la procédure appliquée⁽³⁵¹⁾. Notamment dans son arrêt de principe *Putterie-De-Beukelaer*, le Tribunal de la fonction publique a examiné les champs respectifs de deux procédures « distinctes et repos[a]nt sur des modalités entièrement différentes »⁽³⁵²⁾. Il a conclu que « la décision litigieuse a[vait] été adoptée selon les règles de compétence, de procédure et de fond » d'une procédure inapplicable⁽³⁵³⁾. Toutefois, le contrôle du choix de la procédure ne constituait qu'une composante de ce moyen, dont le caractère d'ordre public ne découlait pas de sa seule affiliation, au demeurant partielle, au contrôle des procédures. Autonome, ce caractère d'ordre public était déduit des nécessités inhérentes à l'office du juge de la légalité. En revanche, le Tribunal a opéré une division des illégalités à l'occasion du pourvoi dans la même affaire.

2) Un moyen d'ordre public incertain devant le Tribunal

Mis à part un cas exceptionnel et très spécifique⁽³⁵⁴⁾, le Tribunal se montre réticent à franchir le pas de la qualification du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi de moyen d'ordre public. Saisi d'un moyen de pourvoi tiré de ce que le Tribunal de la fonction publique l'avait erronément relevé d'office dans l'affaire *Putterie-De-Beukelaer*, le Tribunal a évité la question. Il a opéré une scission subtile des illégalités constatées d'office par le premier au titre de la méconnaissance du champ d'application de la loi et les a rattachées à d'autres moyens ou

349. Voy. la jurisprudence citée *supra* (note n° 194 du présent Chapitre). Sous couvert du champ d'application de la loi, le Tribunal de la fonction publique a en particulier abordé des problématiques liées à la compétence.

350. Voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 1, a. Un moyen d'ordre public consacré par le Tribunal de la fonction publique (pp. 310 et s.).

351. Dans les arrêts cités *supra* à la note n° 194 du présent Chapitre, le Tribunal de la fonction publique a conclu que la Commission, en ayant erronément appliqué une disposition inapplicable, a entaché d'illégalité la décision attaquée « pour avoir été adoptée sur la base d'une procédure elle-même illégale et, en particulier, pour vice d'incompétence ». S'il a laissé sous-entendre que les procédures appliquée et applicable étaient différentes, il n'a pas pour autant insisté sur cette différence et s'est fondé à titre principal sur l'incompétence découlant de cette méconnaissance du champ d'application de la loi.

352. Pt 66 de l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer* du TFP.

353. *Id.*, pt 74 (nous soulignons).

354. Voy. *supra*, note n° 346 du présent Chapitre.

arguments susceptibles d'être relevés d'office. Parmi ces autres cas, figurait notamment « le non-respect des règles de procédure relatives à l'adoption d'un acte faisant grief »⁽³⁵⁵⁾, au titre de la violation des formes substantielles. En l'occurrence, la méconnaissance de la règle de procédure en cause provenait non de la violation des règles de procédure appliquées, mais de l'application, à tort, d'une procédure inapplicable.

Aussi le Tribunal a-t-il consacré un moyen d'ordre public s'apparentant sensiblement, mais partiellement, au moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi. Plutôt que de le nommer ainsi, il a préféré lui donner le label « non-respect des règles de procédure [applicables] » au titre d'une violation des formes substantielles. Le relevé d'office d'un tel moyen requiert toutefois une vérification préalable du champ d'application des règles de procédure. Cette vérification s'analyse non comme outil autonome de vérification du choix de la procédure appliquée bénéficiant à ce titre du statut de moyen d'ordre public, mais comme une simple étape nécessaire à la vérification, au titre d'un moyen d'ordre public, de la régularité formelle de l'acte attaqué. Elle semble pouvoir s'effectuer d'office, sans toutefois bénéficier d'un statut d'ordre public autonome. Tout au plus, la méconnaissance du champ d'application de la loi acquiert-elle un caractère d'ordre public par ricochet à travers l'irrégularité procédurale qu'elle occasionne.

Il découle de ce qui précède que la jurisprudence consacre de prime abord un moyen d'ordre public permettant au juge de procéder à la vérification des choix de procédure, que ce soit à titre principal, au titre d'un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, ou à titre subsidiaire, au titre d'un moyen pris du non-respect des règles de procédure applicables. Avec la réintégration du contentieux de la fonction publique dans les compétences du Tribunal et l'incorporation entamée par celui-ci de la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique, il est à espérer que le Tribunal consacre pleinement le moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi à l'avenir. Le doute paraît toutefois permis à ce titre.

En définitive, les règles formelles de la procédure applicable et appliquée lors de l'adoption d'un acte par une institution sont garanties par une panoplie de moyens d'ordre public. Ceux-ci tendent, selon le cas, à rendre possible le contrôle juridictionnel, à assurer l'équilibre institutionnel, et/ou à encadrer un large pouvoir d'appréciation de l'auteur de l'acte en cause afin de prévenir l'arbitraire. Souvent reflété dans les fondements objectifs

355. Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 63.

d'une qualification d'ordre public, l'intérêt du justiciable n'est jamais la raison première d'une telle qualification. Les hésitations jurisprudentielles à l'égard du statut contentieux des garanties subjectives et des droits procéduraux reconnus aux justiciables tendent à confirmer la nature intrinsèquement objective du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne.

SOUS-SECTION 2. – LE RESPECT DES DROITS PROCÉDURAUX, MOYENS D'ORDRE PUBLIC À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Une fois que l'on quitte le domaine des règles de pure forme et de procédure pour aborder les droits procéduraux conférés au justiciable dans les procédures décisionnelle et juridictionnelle, la jurisprudence devient peu systématique, voire contradictoire. La fonction de garantie des droits procéduraux apparaît comme étant la fonction faible des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne⁽³⁵⁶⁾. La difficulté réside en la délimitation de cette fonction.

Sans vouloir porter le moindre jugement sur la hiérarchisation des droits procéduraux, et étant donné que la jurisprudence est particulièrement étoffée en matière de droits de la défense, il convient de distinguer, d'une part, les moyens relatifs à la garantie des droits de la défense (§ 1) et, d'autre part, ceux relatifs aux autres droits issus du droit à une bonne administration ainsi qu'aux droits tirés du droit à un procès équitable (§ 2).

§ 1. – La garantie des droits de la défense

Le statut contentieux des moyens ayant trait à la garantie des droits de la défense varie au gré des affaires selon que le moyen en cause est rattaché ou non à la violation des formes substantielles. Il est toutefois difficile de déceler une systématique quant à ce rattachement. *Grosso modo*, la jurisprudence semblait, après quelques hésitations, se diriger dans le sens d'une distinction entre le moyen d'ordre public tiré de la violation de garanties procédurales accordées à un État membre, soulevé d'office dans des procédures initiées par des requérants non privilégiés, et le moyen ordinaire tiré de la violation de droits procéduraux octroyés à ces derniers dans des procédures aboutissant à l'adoption d'actes leur faisant grief. Cette distinction avait le mérite de la clarté et pouvait se fonder à la fois

356. Voy. déjà quant à la distinction, du point de vue de leur statut contentieux, des formes procédurales et des droits procéduraux : K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *op. cit.*, pp. 241-261, spéc. p. 247.

sur la position spécifique des États et la nature objective ou subjective de la violation à l'égard de la partie requérante. Elle est toutefois remise en cause par des arrêts discordants qui font de la violation des droits de la défense d'une personne privée un moyen d'ordre public et de celle des droits d'un État membre un moyen ordinaire.

L'incertitude caractérise ainsi, à l'heure actuelle, la jurisprudence relative aux procédures décisionnelles. Le statut contentieux de moyens analogues tirés de la violation des droits de la défense dans la procédure juridictionnelle n'a pas fait l'objet de jurisprudence⁽³⁵⁷⁾. Les développements qui suivent se concentreront dès lors sur les procédures administratives. Dans ce dernier contexte, le moyen tiré de la violation du droit d'être entendu d'un État membre doit en principe être considéré comme moyen d'ordre public (A), tandis que celui tiré de la violation des droits de la défense d'un requérant non privilégié doit en principe être tenu pour ordinaire (B).

A. La garantie du droit d'être entendu des États membres, moyens en principe d'ordre public

À l'instar du moyen d'ordre public tiré du défaut de consultation des institutions, organes et organismes de l'Union européenne⁽³⁵⁸⁾, le défaut de consultation d'un État membre, lorsque celle-ci est prescrite, est constitutif d'un moyen d'ordre public. Aussi, s'agissant des procédures conduisant à l'adoption de décisions de financement dans le cadre des fonds structurels européens, le juge de l'Union relève d'office le défaut de consultation de l'État membre concerné préalablement à l'adoption desdites décisions⁽³⁵⁹⁾. La Cour de justice rattache ce vice au cas d'ouverture de la violation des formes substantielles « [e]u égard [au] rôle central et à l'importance des responsabilités qu[e l'État membre concerné] assume dans la présentation et le contrôle du financement » du projet en cause⁽³⁶⁰⁾.

357. À propos du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle et de son statut contentieux, voy. également nos réflexions plus approfondies *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. Un contrôle opéré par moyen ordinaire (pp. 702 et s.).

358. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (pp. 219 et s.). Cette jurisprudence est fondée sur la garantie de l'équilibre institutionnel.

359. CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel c/ Commission*, aff. C-291/89, *Rec.*, p. I-2257, pt 14 ; CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pt 18 ; TPI, 7 mars 1995, *Socurte e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-432/93, T-433/93 et T-434/93, *Rec.*, p. II-503, pt 63.

360. CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel c/ Commission*, aff. C-291/89, *Rec.*, p. I-2257, pt 17 ; CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pt 21.

Ce caractère d'ordre public s'appuie sur une volonté de protection de véritables droits procéduraux des États membres⁽³⁶¹⁾. De ce fait, ce moyen présente une certaine dimension subjective. Celle-ci n'est pas pour autant de nature à lui ôter son caractère d'ordre public. En effet, tout d'abord, elle est tempérée par le fait que ces litiges ne mettaient pas en cause l'État lui-même, mais des requérants non privilégiés à l'égard desquels le moyen se présentait sous une forme objective⁽³⁶²⁾. Ensuite, la protection des droits procéduraux octroyés aux États membres constitue, en tant que telle, une finalité reconnue à certains moyens d'ordre public. En effet, dans le contexte de la procédure en manquement instituée par le traité CECA, la Cour de justice examinait d'office la violation des droits procéduraux accordés à l'État membre mis en cause⁽³⁶³⁾. Les exigences d'ordre public de recevabilité du recours en manquement sont, elles aussi, destinées à la garantie des « droits procéduraux de la défense » des États membres⁽³⁶⁴⁾. Enfin, il a pu être décelé dans l'obligation d'entendre ces derniers « une expression particulière de la répartition des compétences entre les institutions et les États membres », un reflet de l'équilibre institutionnel⁽³⁶⁵⁾.

La qualification d'ordre public des droits de la défense des États membres, issue du contentieux des fonds européens, fut ultérieurement et exceptionnellement transposée au droit d'un État membre d'être entendu dans une procédure d'examen des aides d'État octroyées par lui, eu égard à son « rôle central [...] dans cette procédure »⁽³⁶⁶⁾. Dans d'autres arrêts, le Tribunal a toutefois jugé que, la violation des droits de la défense constituant une illégalité subjective par nature, elle devait être invoquée par

361. Voy. plus généralement sur la question des droits fondamentaux des États membres : J.-Ch. BARBATO et J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 332 p. ; J.-D. MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477.

362. La Cour de justice a précisé qu'un tel moyen pouvait être relevé d'office afin de renforcer sa conclusion quant à l'intérêt (en réalité, selon nous, la qualité) d'une requérante non privilégiée à se prévaloir d'une violation du droit d'être entendu d'un État membre : CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pts 17-18.

363. Voy. en ce sens : CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.*, p. 663, spéc. p. 694, et concl. ROEMER sous cet arrêt, spéc. p. 711. À ce sujet : G. BEBR, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure (Rapport général) », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *op. cit.*, pp. 77-120, spéc. pp. 92-94.

364. Voy. s'agissant de la concordance : CJUE, 15 janvier 2014, *Commission c/ Portugal*, aff. C-292/11 P, *Rec. num.*, pt 55.

365. Concl. MENGGOZZI sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 82.

366. TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, pts 140-143. En 2016, le Tribunal semble avoir réitéré cette qualification, par référence d'ailleurs à ce même arrêt, s'agissant du droit d'être entendu d'un État membre lors de la modification, par la Commission,

l'État membre lui-même et lui a ainsi dénié sa nature d'ordre public⁽³⁶⁷⁾. Ces discordances surprennent. Elles pourraient, certes, s'expliquer au regard des considérations propres à chaque procédure ou à l'étendue de l'omission d'entendre l'État membre. Dans ce cas, elles mériteraient toutefois d'être rendues apparentes dans la jurisprudence, pour éviter toute mise en doute de la cohérence de celle-ci.

Eu égard à l'économie générale du contentieux de l'Union européenne et à la prise en compte accrue des droits procéduraux des États membres, le moyen pris de la méconnaissance totale du droit d'un État d'être entendu au cours d'une procédure administrative, dans laquelle il joue un rôle central, doit être qualifié d'ordre public⁽³⁶⁸⁾. Cette conclusion ne devrait pas être affectée par les hésitations du juge à l'égard du statut contentieux des droits de la défense des personnes privées.

B. La garantie des droits de la défense des personnes privées, moyens en principe ordinaires

La garantie des droits de la défense est « indissolublement lié[e] à la notion de Communauté [Union] de droit »⁽³⁶⁹⁾. La garantie de ce « principe fondamental du droit [de l'Union] » s'impose même « en l'absence de toute réglementation concernant la procédure »⁽³⁷⁰⁾ dans toute procédure

d'une décision adoptée en matière d'aides d'État : Trib. UE, 15 décembre 2016, *Espagne c/ Commission*, aff. T-808/14, non publié, pts 42-43 (sous pourvoi dans l'affaire C-114/17 P, *Espagne c/ Commission*, JO, 2017, C 129, p. 11).

367. TPI, 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava c/ Commission*, aff. jtes T-30/01 à T-32/01, T-86/02 à T-88/02, *Rec.*, p. II-2919, pt 238; Trib. UE, 1^{er} juillet 2010, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni c/ Commission*, aff. T-62/08, *Rec.*, p. II-3229, pt 186; Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*, pt 81. Cette ligne de jurisprudence est appuyée sur une lecture combinée de l'arrêt *JFE Engineering e.a. c/ Commission* (TPI, 8 juillet 2004, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, pt 425), relatif aux droits de la défense des requérants ordinaires, et de l'arrêt *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission* (TPI, 8 juillet 2004, aff. T-198/01, *Rec.*, p. II-2717, pts 202-203), dans lequel le Tribunal a jugé qu'une omission de transmettre à l'État certaines réponses fournies par un concurrent du bénéficiaire de l'aide lors de la procédure administrative ne revêtait pas une importance telle que son inobservation entraînait, en elle-même, l'annulation de la décision attaquée. Il en a déduit que cette violation constituait un vice de forme que l'État membre concerné devait invoquer et dont il fallait examiner les conséquences sur le contenu de cette décision. En l'espèce, il a exclu toute incidence de l'irrégularité procédurale sur la légalité de ladite décision (voy. à cet égard : CJCE, 11 janvier 2007, *Technische Glaswerke Ilmenau c/ Commission*, aff. C-404/04 P, non publié, pts 132-136).

368. À la différence le cas échéant d'une omission *ponctuelle* d'entendre l'État membre sur un document ou un élément du dossier.

369. L. IDOT, « Les droits de la défense », in F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 213-251, spéc. pp. 214-215.

370. Voy. p. ex. : CJCE, 24 octobre 1996, *Commission c/ Lisrestal e.a.*, aff. C-32/95 P, *Rec.*, p. I-5373, pt 21; CJCE, 9 juin 2005, *Espagne c/ Commission*, aff. C-287/02, *Rec.*, p. I-5093, pt 37.

ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte lui faisant grief⁽³⁷¹⁾. Le statut contentieux de la méconnaissance des droits de la défense donne, toutefois, lieu à une jurisprudence contrastée, façonnée par des arrêts contradictoires du Tribunal. La Cour de justice n'a pas encore définitivement pris position. Pour l'essentiel, il apparaît que la violation des droits de la défense d'une personne privée forme, en principe, un moyen ordinaire (1). Exceptionnellement, elle est promue au rang de moyen d'ordre public dans le contentieux de la fonction publique (2).

1) Un moyen en principe ordinaire

La Cour de justice ne s'est pas explicitement et définitivement prononcée sur le statut contentieux du moyen pris de la violation des droits de la défense. Ses avocats généraux ont pris des positions divergentes⁽³⁷²⁾. Il paraît toutefois raisonnable de penser que la Cour entend exclure tout caractère d'ordre public⁽³⁷³⁾. Ainsi, elle traite d'ordinaire une prétendue violation du droit à un procès équitable et du droit à une protection juridictionnelle effective entachant une décision d'application de l'article 101 TFUE⁽³⁷⁴⁾. Elle confirme l'irrecevabilité d'un moyen tardivement invoqué devant le Tribunal et tiré d'une violation des droits de la défense par la Commission⁽³⁷⁵⁾. Elle tient implicitement pour ordinaires des moyens pris de la violation du

371. S'agissant du principe du respect des droits de la défense dans les procédures administratives, voy. notamment : L. AZOULAI, *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, thèse, Florence, IUE, 2000, 636 p., spéc. pp. 109 et s. ; K. LENAERTS et J. VANHAMME, « Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process », *CML Rev.*, 1997, pp. 531-569.

372. Dans le temps, l'avocat général JACOBS a pu considérer qu'« [il] est de jurisprudence constante que le non-respect des droits de la défense au cours de la procédure administrative constitue la violation d'une forme substantielle que le Tribunal peut, voire doit, soulever d'office » (concl. sous CJCE, 13 décembre 2005, *Commission c/ Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, aff. C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, pt 89). Plus récemment, l'avocat général MENGIOZZI a en revanche écarté une telle qualification (concl. sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 93), tandis que l'avocat général BOT y semblait favorable s'agissant d'un moyen pris d'une violation du contradictoire par une chambre de recours de l'EUIPO (concl. sous CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pts 47-48).

373. Voy. également en ce sens et pour une distinction de la jurisprudence relative à la consultation des États membres et des droits de la défense des personnes privées : concl. MENGIOZZI sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pts 84, 88 et 93.

374. CJUE, ord., 7 février 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-421/11 P, non publiée, pt 35 ; CJUE, ord., 13 septembre 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-495/11 P, non publiée, pt 33.

375. CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.*, p. I-1365, pts 99-108. Le Tribunal avait rejeté pour tardiveté un moyen tiré de la violation des droits de la défense, tout en l'écartant, à titre surabondant, au fond : TPI, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, *Rec.*, p. II-1201, pt 113.

contradictoire par cette dernière⁽³⁷⁶⁾ ou par une chambre de recours de l'EUIPO⁽³⁷⁷⁾. Elle a omis de saisir l'occasion d'une question préjudicielle portant sur le statut contentieux de la violation des droits de la défense pour la consacrer comme moyen d'ordre public ou, du moins, trancher cette question⁽³⁷⁸⁾.

Pour sa part, le Tribunal a affiché des positions divergentes⁽³⁷⁹⁾. Parfois, il évite de définir le statut contentieux des droits de la défense, sans pour autant exclure tout relevé d'office⁽³⁸⁰⁾. Parfois, il l'aborde explicitement. Il adopte des conclusions opposées, faisant dépendre le statut contentieux du moyen de son rattachement à la violation des formes substantielles⁽³⁸¹⁾.

Ainsi, dans certains cas, le Tribunal estime pouvoir relever d'office, en tant que violation des formes substantielles, un moyen pris de la violation des droits de la défense. Il le fit pour la première fois à propos d'un moyen, fondé, tiré de ce que, au courant d'une procédure d'infraction au titre de

376. Elle rejette pour cause de tardiveté un moyen nouveau formulé au stade du pourvoi, pris de la violation du contradictoire en matière douanière : CJCE, ord., 15 mai 2007, *Ricosmos c/ Commission*, aff. C-420/05 P, non publiée, pts 73-74.

377. Elle précise qu'en l'absence de toute contestation par la partie intéressée, il ne saurait être reproché au Tribunal de ne pas avoir relevé d'office cette violation : CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pt 45.

378. CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*

379. Aux fins de complétude, il convient de mentionner un arrêt dans lequel le Tribunal a, d'office, déduit une violation des droits de la défense de la partie requérante d'une violation de l'obligation de motivation (Trib. UE, 16 décembre 2015, *Cathay Pacific Airways c/ Commission*, aff. T-38/11, non publié, pts 32-33, 77-78 et 80). Cette dernière étant d'ordre public par nature, il serait exagéré d'inférer de cet arrêt une quelconque conclusion quant au statut contentieux de la violation des droits de la défense en tant que moyen autonome. Il faut également noter que le Tribunal a pu vérifier d'office la violation des droits de la défense afin de pouvoir procéder à une annulation partielle de la décision attaquée (Trib. UE, 16 septembre 2013, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. T-462/07, non publié, pts 539-543).

380. D'une part, le Tribunal a pu considérer, sans aborder le statut contentieux du moyen tiré d'un défaut de communication aux requérants de certains documents dans le cadre d'une procédure d'examen d'aides d'État, que, « [d]ans les circonstances de l'espèce », il ne devait pas relever ce moyen d'office (TPI, 27 février 1997, *FFSA e.a. c/ Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 49). D'autre part, il est arrivé que le Tribunal rejette un moyen tiré de la violation des droits de la défense, « [s]ans qu'il y ait lieu d'examiner la recevabilité de ce moyen soulevé au stade de la procédure orale ou son éventuel relevé d'office » (TPI, 22 avril 2009, *CESD-Communautaire c/ Commission*, aff. T-286/05, non publié, pt 120 ; TPI, 22 avril 2009, *CESD-Communautaire c/ Commission*, aff. T-289/06, non publié, pt 116).

381. La doctrine tend à rattacher de tels vices à la violation des formes substantielles. Voy. *inter alia* : R. BARENTS, « EU Procedural Law and Effective Legal Protection », *CML Rev.*, 2014, pp. 1437-1462, spéc. p. 1458 ; P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, *op. cit.*, spéc. pp. 154 et 159 ; S. NÖHMER, *Das Recht auf Anhörung im europäischen Verwaltungsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 392 p., spéc. pp. 251-252 ; J. RIDEAU et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p., spéc. p. 255 ; H. G. SCHERMERS et D. F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., La Haye – Londres – New York, Kluwer Law International, 2001, 889 p., spéc. pp. 63-64, 360 et 378 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. pp. 210-211.

l'article 85 CE (devenu article 81 CE, puis 101 TFUE), la Commission n'avait pas invité les destinataires de la décision constatant l'infraction à présenter leurs observations sur l'éventuel exercice, par elle, de son pouvoir de leur infliger une amende⁽³⁸²⁾. Ultérieurement, il releva d'office un moyen, également fondé, pris de la violation du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure de remise des droits à l'importation⁽³⁸³⁾.

Sous le prisme de la vérification des règles de procédure relatives à l'adoption d'un acte, le Tribunal estima pouvoir examiner d'office le respect des « garanties » ou des « facultés procédurales » accordées à une organisation syndicale ou professionnelle⁽³⁸⁴⁾. Ces facultés ne semblaient pas devoir s'entendre comme des droits de la défense. Dans une autre affaire, sans se prononcer sur la violation éventuelle des droits de la défense du bénéficiaire d'une aide d'État, le Tribunal a pu qualifier d'ordre public, en raison de son rattachement à la violation des formes substantielles, une méconnaissance, par la Commission, de son obligation de mettre les intéressés en mesure de présenter leurs observations⁽³⁸⁵⁾.

Dans d'autres cas, pourtant, le Tribunal refuse de procéder au relevé d'office. En 2004, à propos d'un moyen pris de ce que, en matière de pratiques anticoncurrentielles, la Commission n'avait pas, lors de la communication des griefs, visé, de manière suffisamment explicite, les marchés offshore européens, le Tribunal a jugé « qu'une violation des droits de la défense, étant une illégalité subjective par sa nature, ne [relevait] pas de la violation des formes substantielles, et, partant, ne [devait] pas être soulevée d'office »⁽³⁸⁶⁾. Prudemment, l'on peut tenter de distinguer cette affirmation des arrêts antérieurs du Tribunal, dès lors qu'à la différence des moyens relevés d'office dans ces derniers, le moyen était vraisemblablement non fondé en l'espèce⁽³⁸⁷⁾. Le refus de le relever d'office était ainsi fondé sur une jurisprudence qui ne portait pas sur le statut contentieux de ce moyen et

382. TPI, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et T-104/95, *Rec.*, p. II-491, pt 487.

383. TPI, 10 mai 2001, *Kaufring e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-186/97, T-187/97, T-190/97 à T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97 à T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 et T-147/99, *Rec.*, p. II-1337, pts 134-135.

384. Trib. UE, 15 septembre 2016, *U4U e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. T-17/14, non publié, pts 95-96 ; Trib. UE, 15 septembre 2016, *TAO-AFI et SFIE-PE c/ Parlement et Conseil*, aff. T-456/14, *Rec. num.*, pts 151-152.

385. À l'occasion, en l'espèce, du retrait et du remplacement de la décision initiale de la Commission : Trib. UE, 17 novembre 2017, *Gmina Miasto Gdynia et Port Lotniczy Gdynia Kosakowo c/ Commission*, aff. T-263/15, *Rec. num.* (extraits), pts 70 et 89.

386. TPI, 8 juillet 2004, *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, pt 425.

387. Soulevé dans l'une des affaires jointes, le Tribunal l'examina et le rejeta au fond (voy. pt 426 de l'arrêt cité à la note précédente).

qui concernait des cas de violation des droits de la défense insusceptible d'affecter la légalité de la décision en cause en son ensemble en ce que la violation portait sur des éléments accessoires par rapport aux infractions constatées⁽³⁸⁸⁾.

Or, par la suite, le Tribunal refusa encore de relever d'office une violation du droit d'une concurrente d'accéder au dossier de la Commission relatif à une procédure d'aides d'État par l'omission de la communication d'un rapport d'expert⁽³⁸⁹⁾, une omission, par la Commission, de communiquer à la requérante les réponses des autres destinataires de la communication des griefs en ce que ces réponses pouvaient contenir des éléments à décharge⁽³⁹⁰⁾ ou encore une violation des droits de la défense dans le cadre d'une décision d'inspection⁽³⁹¹⁾ au titre de l'article 20 du règlement (CE) n° 1/2003⁽³⁹²⁾. Il rejeta comme irrecevable un moyen tardif tiré d'une violation des droits de la défense dans le contexte de l'adoption de mesures restrictives à l'égard de la requérante⁽³⁹³⁾ ou un moyen pris d'une violation des droits de la défense en raison du caractère insuffisamment précis de la communication des griefs dans le cadre d'une procédure d'application de l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE)⁽³⁹⁴⁾.

De ces arrêts se dégage l'impression que la violation des droits de la défense d'une personne privée ne constitue pas un moyen d'ordre public, ainsi que cela a pu être envisagé par la doctrine⁽³⁹⁵⁾. Cette conclusion ne devrait pas être renversée par les rares arrêts dissidents, qui s'expliquent au regard du caractère évident du vice voire des liens avec des affaires connexes. Au risque de la sécurité juridique, la coexistence de deux lignes de jurisprudence contradictoires investit le juge d'une certaine marge pour agir d'office face aux violations des droits de la défense de personnes

388. CJCE, 7 juin 1983, *Musique diffusion française e.a. c/ Commission*, aff. jtes 100/80 à 103/80, *Rec.*, p. 1825, pt 30 ; CJCE, 25 octobre 1983, *AEG c/ Commission*, aff. 107/82, *Rec.*, p. 3151, pt 30 ; TPI, 14 mai 1998, *Mo och Domsjö c/ Commission*, aff. T-352/94, *Rec.*, p. II-1989, pt 74.

389. TPI, 15 juin 2005, *Corsica Ferries France c/ Commission*, aff. T-349/03, *Rec.*, p. II-2197, pt 77. Il convient toutefois de préciser qu'une telle société ne jouit pas de droits de la défense dans une telle procédure.

390. TPI, 8 juillet 2008, *Lafarge c/ Commission*, aff. T-54/03, non publié, pt 86.

391. Trib. UE, 26 octobre 2010, *CNOP et CCG c/ Commission*, aff. T-23/09, *Rec.*, p. II-5291, pt 45.

392. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (*JO*, 2003, L 1, p. 1).

393. Trib. UE, 18 septembre 2015, *Petro Suisse Intertrade c/ Conseil*, aff. jtes T-156/13 et T-373/14, non publié, pts 113-115.

394. Trib. UE, 16 septembre 2013, *Repsol Lubricantes y Especialidades e.a. c/ Commission*, aff. T-496/07, non publié, pt 102.

395. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2^e éd., Oxford – New York, OUP, 2006, 591 p., spéc. p. 379.

privées à travers leur rattachement aux formes substantielles. Une mise en cohérence de ces divergences et une explication du recours à l'une ou à l'autre ligne jurisprudentielle seraient souhaitables. Ce n'est que dans le contentieux de la fonction publique que la violation des droits de la défense des fonctionnaires et agents est qualifiée d'ordre public.

2) Un moyen d'ordre public propre au contentieux de la fonction publique

Dans la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique, la violation des droits de la défense d'un fonctionnaire ou agent a été élevée au rang de moyen d'ordre public. Ce tribunal a jugé en 2008 que « le respect des droits de la défense et, plus spécifiquement celui d'être entendu au sujet d'éléments susceptibles d'être retenus à la charge du fonctionnaire pour fonder une décision lui faisant grief, constitu[ait] une forme substantielle dont la violation [pouvait] être soulevée d'office »⁽³⁹⁶⁾. Dans les circonstances de l'espèce, la violation constatée d'office du droit d'être entendu du fonctionnaire n'a pas entraîné l'annulation de l'acte attaqué, faute d'influence sur son contenu⁽³⁹⁷⁾. En revanche, le Tribunal de la fonction publique en a tenu compte en tant que faute de service au titre de laquelle il a condamné d'office l'institution défenderesse au versement de dommages et intérêts⁽³⁹⁸⁾. Son approche a été implicitement entérinée par le Tribunal au stade du pourvoi⁽³⁹⁹⁾.

La jurisprudence ultérieure du Tribunal de la fonction publique tend à confirmer ce « choix jurisprudentiel »⁽⁴⁰⁰⁾ de qualification d'ordre public. Ce tribunal a qualifié d'ordre public la violation, par l'Office européen de police (Europol), du droit d'accès au dossier des agents, « corollaire du principe du respect des droits de la défense ». Cette qualification n'est pas affectée par la jurisprudence selon laquelle une telle violation n'entraîne l'annulation de l'acte en cause que pour autant que l'illégalité ait eu une influence sur le contenu de l'acte⁽⁴⁰¹⁾. Contrairement à ce que certains ont

396. TFP, 11 septembre 2008, *Bui Van c/ Commission*, aff. F-51/07, *RecFP*, pp. I-A-1-289 et II-A-1-1533, pt 77.

397. *Id.*, pts 81-83.

398. *Id.*, pts 84 et 92-94.

399. Trib. UE, 12 mai 2010, *Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P, non publié, pts 87-88.

400. S. GERVASONI, « Les valeurs de la fonction publique de l'Union européenne : éclairage jurisprudentiel », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 171-194, spéc. p. 192.

401. S'agissant de la non-communication à l'intéressé d'éléments pris en compte aux fins de l'adoption de la décision litigieuse et qui ont pu avoir une influence décisive sur celle-ci, voy. les arrêts du TFP du 29 juin 2010, *Hanschmann c/ Europol*, aff. F-27/09, non publié, pts 53-55 et 64 ; *Kipp c/ Europol*, aff. F-28/09, non publié, pts 57-59 et 68 ; *Sluiter c/ Europol*, aff. F-34/09, non publié, pts 58-60 et 69 ; *Visser-Fornt Raya c/ Europol*, aff. F-35/09, non publié,

pu écrire⁽⁴⁰²⁾, c'est là, en effet, un élément qui doit être pris en considération non lors de sa qualification comme moyen d'ordre public, mais au titre de l'éventuelle obligation pour le juge de le relever d'office⁽⁴⁰³⁾. Le Tribunal de la fonction publique a également pu relever d'office un moyen d'ordre public tiré de la violation du droit d'être entendu d'anciens agents contractuels préalablement à l'adoption de décisions de non-renouvellement du contrat⁽⁴⁰⁴⁾ ou de licenciement⁽⁴⁰⁵⁾.

Cette jurisprudence constante⁽⁴⁰⁶⁾ a porté sur les droits d'être entendu et d'accès au dossier. Leur caractère d'ordre public semble intrinsèquement, mais non exclusivement⁽⁴⁰⁷⁾, lié à leur affiliation aux droits de la défense. Cette jurisprudence est généralisable au point que *toute* violation des droits de la défense d'un fonctionnaire ou d'un agent doit être tenue pour d'ordre public. Elle s'inscrit ainsi dans la mouvance, propre à ce contentieux, d'extension et de subjectivisation du moyen d'ordre public. Explicitement

pts 56-58 et 67 ; *Armitage-Wilson c/ Europol*, aff. F-36/09, non publié, pts 53-55 et 64 ; *Doyle c/ Europol*, aff. F-37/09, non publié, pts 53-55 et 64 ; *Martin c/ Europol*, aff. F-38/09, non publié, pts 54-56 et 65 ; *Goddijn c/ Europol*, aff. F-39/09, non publié, pts 54-56 et 65 ; *Roumimper c/ Europol*, aff. F-41/09, non publié, pts 53-55 et 65 ; *Esneau-Kappé c/ Europol*, aff. F-42/09, non publié, pts 54-56 et 65 ; *Knöll c/ Europol*, aff. F-44/09, non publié, pts 59-61 et 70.

402. Concl. MENGOZZI sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 92. Selon l'avocat général, une règle de droit, dont la violation n'entraîne l'annulation de l'acte qu'en cas d'incidence sur la substance de celui-ci, ne peut être d'ordre public. Son analyse s'explique au regard de sa prémisse, selon laquelle la violation des formes substantielles est d'ordre public et seule la violation d'une forme entraînant *ipso facto* l'annulation de l'acte contesté relève de ce cas d'ouverture. Or, cette prémisse doit, à nos yeux, être questionnée.

403. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 2, A, 1. Les fondements théoriques solides d'une qualification d'ordre public (pp. 227 et s.).

404. TFP, 25 juin 2015, *EE c/ Commission*, aff. F-55/14, non publié, pts 35-41.

405. TFP, 5 février 2016, *GV c/ SEAE*, aff. F-137/14, non publié, pts 56 et 67.

406. Toutefois, faisant preuve d'un formalisme exagéré, le Tribunal de la fonction publique, saisi d'un recours en annulation de deux décisions, a écarté comme irrecevable un grief tiré d'une violation du droit d'être entendu d'un agent contractuel préalablement à l'adoption de l'une de ces décisions au motif que ledit grief figurait dans l'exposé des moyens venant à l'appui de la demande d'annulation de l'autre décision (TFP, 30 septembre 2013, *BP c/ FRA*, aff. F-38/12, non publié, pts 146-149). L'approche fut validée par le Tribunal sur pourvoi au double motif que, d'une part, il n'appartient pas au juge de réinterpréter le recours et que, d'autre part, le requérant n'avait pas établi le caractère d'ordre public du moyen en cause (Trib. UE, 3 juin 2015, *BP c/ FRA*, aff. T-658/13 P, non publié, pts 73-74). Aucun des motifs n'emporte adhésion. Certes, il n'appartenait pas au juge de requalifier l'objet du recours. En l'occurrence, toutefois, l'objet du recours incluait les deux décisions et il s'agissait, simplement, de lire la requête avec une certaine ouverture d'esprit pour rediriger le moyen en cause à l'appui des « bonnes » conclusions. La situation est ainsi différente de celle en cause dans l'affaire *Commission c/ Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum* (CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, pts 44-50, voy. *supra*, note n° 357 du Chapitre précédent), citée par le Tribunal. D'autre part, il n'appartient assurément pas au requérant d'établir le caractère d'ordre public d'un moyen, dès lors que celui-ci est dégagé par le juge.

407. Ce caractère d'ordre public a été étendu à la violation du droit d'être entendu, fût-il qualifié de simple « droit procédural [...] distinct des droits de la défense » : TFP, 12 décembre 2012, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-43/10, non publié, pts 89-93.

rattaché à la violation des formes substantielles, ce moyen exprime implicitement un souci de protection maximale du fonctionnaire vis-à-vis de l'autorité dont il relève. Cette spécificité du moyen d'ordre public a pu être rattachée « à un devoir de sollicitude accru » des institutions de l'Union vis-à-vis de leurs fonctionnaires et agents⁽⁴⁰⁸⁾.

La position du Tribunal n'est pas encore fermement établie. D'un côté, il a implicitement validé l'approche du Tribunal de la fonction publique dans l'affaire *Bui Van*. De l'autre, il semble avoir exclu le caractère d'ordre public de la violation des droits de la défense dans une affaire *BP c/ FRA* en 2015⁽⁴⁰⁹⁾. Le pérennité de la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique à la suite de sa dissolution n'est ainsi pas encore certaine.

Le statut contentieux du moyen pris de la violation des droits de la défense est ambivalent. *A priori* ordinaire dans le contentieux général, ce moyen paraît être d'ordre public dans celui de la fonction publique. Une conclusion contrastée s'impose également s'agissant des autres droits rattachés à la garantie de la bonne administration et du procès équitable.

§ 2. – La garantie des autres droits procéduraux

Au-delà des droits de la défense, la fonction de garantie des droits procéduraux inhérente aux moyens tirés de la violation des droits découlant de la bonne administration⁽⁴¹⁰⁾ et du procès équitable⁽⁴¹¹⁾ se dissipe dans une jurisprudence inconstante. Celle-ci peut être rationalisée autour d'un principe en vertu duquel les moyens mettant en cause ces droits procéduraux sont des moyens ordinaires. Par exception, ils acquièrent un caractère d'ordre public lorsqu'ils se traduisent par une violation des formes procédurales. Ainsi s'expliquent tant le caractère ordinaire des

408. Th. MARTIN, « Le relevé d'office par le juge européen : le moyen tiré de la violation des droits de la défense est-il d'ordre public ? », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 523-539, spéc. p. 538. Nous ne voyons pas, en revanche, la pertinence des considérations tirées de la particularité du régime de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne à l'égard de son personnel pour déterminer le statut contentieux du moyen de légalité tiré de la violation des droits de la défense (*ibid.*, spéc. pp. 537-538).

409. Trib. UE, 3 juin 2015, *BP c/ FRA*, aff. T-658/13 P, non publié, pts 73-74, voy. *supra*, note n° 406 du présent Chapitre.

410. Voy. sur le principe de bonne administration : É. CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 538 p. ; J. LASSALLE, *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, thèse, Paris II, 2008, 811 p. ; L. AZOULAI et L. CLÉMENT-WILZ, « Le principe de bonne administration », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *op. cit.*, pp. 671-697 ; D. SIMON, « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, *op. cit.*, pp. 155-176.

411. C. PICHÉRAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Limal – Bruxelles, Anthemis – Nemesis, 2012, 342 p.

moyens de légalité tendant à la garantie du délai raisonnable (A) que le caractère *a priori* d'ordre public des moyens tendant à la garantie des devoirs d'indépendance et d'impartialité (B).

A. La garantie du délai raisonnable, moyen ordinaire

Les procédures administrative et juridictionnelle sont soumises au respect d'un délai raisonnable. La jurisprudence a abordé le statut contentieux du moyen tiré de la durée déraisonnable dans un premier temps s'agissant de la procédure administrative. Dans ce contexte, ce moyen doit être qualifié de moyen ordinaire (1). Cette conclusion est renforcée par les récents développements jurisprudentiels quant à la durée des procédures juridictionnelles (2).

1) La durée des procédures administratives

La violation du principe du délai raisonnable de la procédure administrative a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive. Initialement, ni la Cour de justice ni le Tribunal n'ont explicitement pris position sur son statut contentieux. Ainsi, la Cour de justice a confirmé sur pourvoi des décisions du Tribunal par lesquelles celui-ci avait refusé de relever d'office un moyen tiré du délai déraisonnable de la procédure d'application du droit européen de la concurrence menée par la Commission⁽⁴¹²⁾. La Cour a jugé que, dans le cadre du recours en annulation engagé devant le Tribunal, « un éventuel délai excessif pour le traitement d'une plainte ne saurait, en principe, avoir d'incidence sur le contenu même de la décision finale adoptée par la Commission », faute de « modifier les éléments de fond qui, selon les cas, établissent l'existence ou non d'une infraction aux règles de concurrence, ou qui justifient que la Commission ne conduise pas une instruction ». Selon elle, « [d]ans ces conditions, la décision du Tribunal [...] de ne pas examiner d'office le moyen tiré du délai déraisonnable de la procédure devant la Commission a été prise à bon droit »⁽⁴¹³⁾. Le non-relevé d'office étant fondé sur l'absence d'incidence du délai sur le contenu de l'acte, il ne pouvait être déduit de ces ordonnances que la violation du délai raisonnable constitue

412. TPI, 13 décembre 1999, *SGA c/ Commission*, aff. jtes T-189/95, T-39/95 et T-123/96, *Rec.*, p. II-3587, pt 46 ; TPI, 26 octobre 2000, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. T-154/98, *Rec.*, p. II-3453, pt 46.

413. CJCE, ord., 13 décembre 2000, *SGA c/ Commission*, aff. C-39/00 P, *Rec.*, p. I-11201, pts 44-45 ; CJCE, ord., 20 septembre 2001, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. C-1/01 P, *Rec.*, p. I-6349, pts 34-35.

nécessairement un moyen ordinaire⁽⁴¹⁴⁾. *A contrario*⁽⁴¹⁵⁾, une consécration ultérieure de ce moyen comme moyen d'ordre public n'était pas exclue⁽⁴¹⁶⁾.

Or, la Cour de justice exclut désormais le caractère d'ordre public de la violation du délai raisonnable. D'une part, elle a jugé qu'en l'absence de tout délai établi par le droit dérivé, le Tribunal n'était pas tenu d'examiner d'office « un moyen tiré de la violation des formes substantielles, au motif que la Commission n'aurait pas adopté la décision litigieuse dans un délai raisonnable »⁽⁴¹⁷⁾. D'autre part, dans l'affaire *Marchiani c/ Parlement*, elle a précisé que le moyen de légalité pris d'une méconnaissance d'un délai de prescription, en l'occurrence d'une créance liée à l'indemnité d'assistance parlementaire reçue à tort par le requérant, n'était pas d'ordre public. Elle semblait y inclure le délai raisonnable⁽⁴¹⁸⁾. Bien que limitée pour l'heure

414. Voy., par analogie, les considérations que nous avons émises *supra* sur la violation des droits de la défense dans le cadre du contentieux de la fonction publique (cette Sous-section, § 1, B, 2. Un moyen d'ordre public propre au contentieux de la fonction publique, pp. 243 et s.). Le Tribunal lui-même interprète les ordonnances citées à la note précédente en ce sens que « le juge de l'Union n'a pas à soulever d'office un moyen tiré du caractère prétendument déraisonnable du délai de la procédure disciplinaire lorsqu'il n'est pas soutenu ou établi devant lui qu'une telle violation a eu une incidence sur le contenu même de la décision finale adoptée par cette institution » : Trib. UE, 15 mai 2012, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-184/11 P, non publié, pt 100 (nous soulignons).

415. Le raisonnement *a contrario* doit être manié avec précaution. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, il a un « caractère supplétif » (voy. D. DEGAN, « Procédés d'interprétation tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Exposé comparatif avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 189-227, spéc. p. 121), en ce qu'il « n'est admissible qu'en dernier ressort et quand aucune autre interprétation ne s'avère adéquate ou compatible avec le texte, le contexte et leur finalité » (CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité*, aff. 8/55, *Rec.*, p. 291, spéc. p. 305).

416. Une telle lecture peut encore se fonder sur l'arrêt *Européenne automobile c/ Commission* (TPI, 13 décembre 1999, aff. jtes T-9/96 et T-211/96, *Rec.*, p. II-3639, pt 34), dans lequel le Tribunal a rejeté pour tardiveté un moyen, soulevé à l'audience, tiré de la durée de la procédure de traitement d'une plainte par la Commission, et a précisé par ailleurs que, « dans les circonstances de la présente affaire, il n'y a[vait] pas lieu d'examiner ce moyen d'office ».

417. Au sujet de l'apurement des comptes du Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) : CJUE, 26 janvier 2017, *France c/ Commission*, aff. C-373/15 P, *Rec. num.*, pts 45-48 ; CJUE, 26 janvier 2017, *Espagne c/ Commission*, aff. C-506/15 P, non publié, pts 38-41. Sans aborder le délai raisonnable, la Cour de justice s'est contentée de distinguer la situation dans laquelle aucun délai n'est fixé par le droit dérivé de la jurisprudence relative au relevé d'office d'un délai de forclusion légal en jugeant que cette dernière jurisprudence n'était pas applicable. À propos de cette dernière jurisprudence, voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel (pp. 219 et s.).

418. CJUE, 14 juin 2016, *Marchiani c/ Parlement*, aff. C-566/14 P, *Rec. num.*, pts 91-92 et 94-98. Saisi d'un moyen pris du non-respect du délai de prescription, le Tribunal avait examiné, à titre surabondant, le respect du délai raisonnable « [à] supposer [...] que, par son argumentation [tirée du délai de prescription], le requérant entende faire grief au Parlement d'avoir manqué aux exigences qui lui incombent en vertu du principe du délai raisonnable » (Trib. UE, 10 octobre 2014, *Marchiani c/ Parlement*, aff. T-479/13, non publié, pt 81). Devant la Cour de justice, le requérant mettait en cause cette analyse, tandis que le Parlement faisait

à certaines procédures, l'exclusion du caractère d'ordre public du délai raisonnable est rédigée en des termes suffisamment fermes pour pouvoir être transposée au délai raisonnable dans toute procédure administrative.

Cette conclusion s'impose d'autant plus au regard d'une comparaison avec la jurisprudence relative au caractère d'ordre public des moyens destinés à la garantie des droits issus du droit à une bonne administration. En effet, d'une part, à la différence du moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation, celui relatif à la durée raisonnable de la procédure ne comporte pas de volet objectif destiné à rendre possible le contrôle juridictionnel de l'acte⁽⁴¹⁹⁾. D'autre part, la violation du délai raisonnable est parfois liée au respect des droits de la défense⁽⁴²⁰⁾. Ces droits n'étant en principe pas d'ordre public, il doit en aller de même, *a fortiori*, dudit délai. D'ailleurs, même le Tribunal de la fonction publique n'a jamais procédé au relevé d'office d'un moyen de légalité tiré de la durée déraisonnable de la procédure administrative.

Au vu de tous ces éléments, de forts indices militent en faveur du caractère ordinaire du moyen pris de la violation du délai raisonnable par l'administration⁽⁴²¹⁾. Cette conclusion est à la fois transposée dans le domaine du délai raisonnable de jugement et renforcée par la jurisprudence rendue à ce titre.

2) La durée des procédures juridictionnelles

La jurisprudence relative à la violation du délai raisonnable de jugement a fait l'objet d'évolutions. Devant le juge du pourvoi, le caractère d'ordre public d'une telle violation paraît exclu au regard du rôle résolument marginal que ce moyen joue dorénavant au stade du pourvoi⁽⁴²²⁾. Une

valoir que le Tribunal n'aurait pas dû y procéder dès lors que le délai raisonnable n'était pas invoqué. La Cour de justice, après avoir rappelé le caractère ordinaire du délai de prescription, invoqué par le requérant, a constaté que le Tribunal pouvait examiner l'argumentation du requérant également sous l'angle du délai raisonnable.

419. Voy. par analogie, s'agissant des droits de la défense : concl. MENDOZZI sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pts 94 et 99.

420. Elle « ne justifie [...] l'annulation d'une décision prise à l'issue d'une procédure administrative en matière de concurrence qu'en tant qu'elle emporte également une violation des droits de la défense de l'entreprise concernée » : Trib. UE, 16 septembre 2013, *CEPSA c/ Commission*, aff. T-497/07, non publié, pt 240.

421. Voy. également en ce sens : C. PICHERAL, « Rapport introductif. Du maniement du droit au procès équitable par la Cour de justice de l'Union européenne », in C. PICHERAL (dir.), *op. cit.*, pp. 3-38, spéc. p. 36.

422. La Cour de justice pouvait, en cas de durée déraisonnable de la procédure juridictionnelle, opérer une satisfaction équitable en réduisant, elle-même et sur pourvoi, le montant d'une amende infligée par l'acte attaqué devant le Tribunal, lorsque cela était possible (CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 48-49 et 141-142). Cette jurisprudence est aujourd'hui infléchie (CJUE, 26 novembre 2013,

violation du délai raisonnable de jugement n'entraîne l'annulation d'un arrêt ou d'une ordonnance que si elle a eu une incidence sur la solution du litige⁽⁴²³⁾. L'annulation est, partant, exceptionnelle⁽⁴²⁴⁾.

La Cour de justice écarte un moyen de pourvoi pris d'une durée déraisonnable de la procédure lorsque la partie requérante au pourvoi « [ne lui] a fourni [...] aucun indice de nature à laisser apparaître que le non-respect, par le Tribunal, d'un délai de jugement raisonnable a pu avoir une incidence sur la solution du litige dont ce dernier était saisi »⁽⁴²⁵⁾. En demandant ainsi à la partie intéressée d'alléguer et d'étayer le dépassement du délai raisonnable, elle consacre implicitement le caractère ordinaire de ce moyen, dans le contexte de l'appréciation des conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt du Tribunal⁽⁴²⁶⁾. L'affirmation d'un auteur selon laquelle les exigences d'un procès équitable énoncent « un ensemble de critères qui pourraient déterminer un ordre public processuel moderne »⁽⁴²⁷⁾, s'en voit limitée, sinon infirmée.

En définitive, le moyen tiré de la durée déraisonnable d'une procédure, administrative ou juridictionnelle, doit être qualifié de moyen ordinaire de légalité. Tout autant rattachés aux garanties issues de la bonne administration et du procès équitable, les devoirs d'indépendance et d'impartialité incombant tant à l'administration qu'au juge semblent, en revanche, donner lieu à des moyens d'ordre public.

Gascogne Sack Deutschland c/ Commission, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pts 88-90 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Kendrion c/ Commission*, aff. C-50/12 P, *Rec. num.*, pts 93-95 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. C-58/12 P, *Rec. num.*, pts 82-84). Voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle (pp. 361 et s.).

423. Voy. notamment : CJCE, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt c/ Commission*, aff. C-385/07 P, *Rec.*, p. I-6155, pts 190-194.

424. Elle est restée unique et partielle : CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 48-49 et 141-142.

425. Voy. p. ex. : CJUE, 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland c/ Commission*, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pt 83 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Kendrion c/ Commission*, aff. C-50/12 P, *Rec. num.*, pt 84 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. C-58/12 P, *Rec. num.*, pt 75.

426. Contrairement à ce que nous avons envisagé dans notre commentaire de l'arrêt du Tribunal du 5 juin 2012, *Imperial Chemical Industries c/ Commission* (aff. T-214/06, *Rec. num.*) : « Le juge et le délai raisonnable », *RAE*, 2012, n° 2, pp. 451-458. Cette proposition était fondée, compte tenu de l'auto-habilitation discutable du Tribunal à examiner la durée de sa propre procédure en cours et afin de pallier les effets dommageables de celle-ci, sur l'affiliation du délai raisonnable de jugement à l'exigence d'un procès équitable.

427. À propos de la procédure civile et des exigences de l'article 6 CEDH : K. D. KERAMEUS, « Observations comparatives sur l'ordre public en procédure civile », in C. JAUFFRET-SPINOSI et I. DE LAMBERTERIE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 1999, pp. 293-301, spéc. p. 296.

B. *Les devoirs d'indépendance et d'impartialité, moyens a priori d'ordre public*

A priori d'ordre public, les devoirs d'indépendance et d'impartialité ne le sont pas pour autant toujours. Tandis que l'indépendance et l'impartialité du juge sont protégées par un moyen d'ordre public consacré (1), celles des institutions le sont à géométrie variable (2).

1) L'indépendance et l'impartialité du juge, moyen d'ordre public consacré

Au nom du procès équitable, le juge se doit d'être indépendant et impartial. Le respect de ces devoirs est susceptible de contrôle à l'occasion d'un pourvoi. Ce contrôle peut être déclenché d'office. Ainsi, la Cour de justice, après avoir rappelé que « [l]e droit à un procès équitable [...] constitue un droit fondamental », a qualifié d'ordre public un moyen tiré de l'irrégularité de la composition du Tribunal, juge de première instance⁽⁴²⁸⁾. Selon elle, « [l]es garanties d'accès à un tribunal indépendant et impartial, et notamment celles qui déterminent la notion tout comme la composition de celui-ci, représentent la pierre angulaire du droit au procès équitable. Celui-ci implique que toute juridiction a l'obligation de vérifier si, par sa composition, elle constitue un tel tribunal indépendant et impartial lorsque surgit sur ce point une contestation qui n'apparaît pas d'emblée manifestement dépourvue de sérieux. Cette vérification est nécessaire à la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable [...]. En ce sens, un tel contrôle constitue une formalité substantielle dont le respect relève de l'ordre public. [...] En d'autres termes, un tel moyen tiré de l'irrégularité de la composition du Tribunal [...] doit être considéré comme constituant un moyen d'ordre public qui doit être examiné d'office »⁽⁴²⁹⁾.

Cet arrêt *Chronopost et La Poste*, rendu sur conclusions contraires sur ce point⁽⁴³⁰⁾, est exemplaire de l'approche formaliste et objective que la

428. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 44-48. Le Tribunal a, dans un arrêt important, rappelé la nature d'ordre public du moyen relatif à la composition irrégulière de la composition d'une chambre du Tribunal de la fonction publique, en raison de la nomination irrégulière d'un membre siégeant dans cette chambre, voy. : Trib. UE, 23 janvier 2018, *FV c/ Conseil*, aff. T-639/16 P, *Rec. num.*, pts 65-66.

429. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 46 et 48.

430. Concl. SHARPSTON sous l'arrêt *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, précité, pts 43-53.

Cour de justice a adoptée du moyen d'ordre public⁽⁴³¹⁾. En effet, dans la citation susvisée, ce n'est pas son assise dans le *droit fondamental* à un procès équitable, mais son affiliation à la *garantie des formes* qui a fondé le caractère d'ordre public du moyen pris de la composition irrégulière du Tribunal. À l'instar du moyen tiré d'une violation de l'obligation de motivation, la fonction subjective de la garantie, au profit du justiciable, de son droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial est secondaire en vue de cette qualification.

Cette lecture de l'arrêt *Chronopost et La Poste* permet, en outre, de distinguer la consécration de ce moyen d'ordre public de l'affirmation incertaine, formulée quelques années plus tard par la Cour de justice, selon laquelle la violation du droit à un procès équitable et du droit à une protection juridictionnelle effective constitue, en principe, un moyen ordinaire⁽⁴³²⁾. L'arrêt *Chronopost et La Poste* constituerait précisément l'exception de ce principe. Cette lecture permet également de justifier le caractère ordinaire du moyen tiré de la violation du délai raisonnable de jugement, dont l'appréciation dépasse la sphère de la régularité purement formelle. Une telle lecture devrait s'étendre à l'impartialité des institutions, organes et organismes de l'Union, au sujet de laquelle la jurisprudence est toutefois moins tranchée.

2) L'impartialité des institutions, moyen d'ordre public à géométrie variable

Le statut contentieux des moyens mettant en cause l'impartialité des institutions, organes et organismes de l'Union européenne fait l'objet de quelques décisions éparses. Il est difficile d'en tirer une conclusion définitive, même si des tendances, parfois contradictoires, peuvent être notées. Deux situations sont à distinguer.

En premier lieu, un moyen pris d'une violation de l'exigence d'un examen soigneux et impartial, par la Commission, d'une plainte introduite au titre de l'actuel article 101 TFUE semble pouvoir être d'ordre public en tant qu'il se rattache à « la violation des formes substantielles et, notamment, des

431. Il pourrait encore exprimer l'approche utilitariste ou opportuniste que le juge poursuit parfois en matière de moyens d'ordre public. Comme cela a pu être observé (E. BROUSSY, F. DONNAT et Ch. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Composition de la juridiction et droit à un procès équitable », *AJDA*, 2008, n° 28, pp. 1533-1534), l'affaire permet, en effet, à la Cour de justice de valider au regard du droit à un procès équitable la pratique du Tribunal consistant, en cas de cassation d'un premier arrêt avec renvoi devant le Tribunal, à confier l'affaire au même juge rapporteur que celui qui avait rédigé le premier arrêt.

432. Voy. en ce sens : CJUE, ord., 7 février 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-421/11 P, non publiée, pt 35 ; CJUE, ord., 13 septembre 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-495/11 P, non publiée, pt 33.

garanties procédurales ». Cette qualification a été opérée implicitement dans un arrêt isolé du Tribunal, lequel n'a, en définitive, vérifié que le respect de l'obligation pour la Commission d'examiner la plainte avec l'attention requise, sans aborder la prétendue impartialité de la Commission⁽⁴³³⁾.

Pour sa part, le Tribunal de la fonction publique a explicitement élevé au rang d'ordre public un moyen similaire, tiré de l'impartialité d'un panel qui avait procédé à une enquête administrative interne à la Banque centrale européenne menée dans le cadre d'une plainte de la requérante. Cette dernière mettait en cause le comportement prétendument discriminatoire à son égard de ses supérieurs hiérarchiques et la violation des normes de droit du travail⁽⁴³⁴⁾.

En second lieu, le Tribunal de la fonction publique a abordé le statut contentieux d'un moyen pris de la composition irrégulière d'un jury de concours. Malgré son possible rattachement à la violation des formes substantielles⁽⁴³⁵⁾, ce tribunal a explicitement écarté toute qualification d'ordre public⁽⁴³⁶⁾. Compte tenu de l'acception large du moyen d'ordre public de cette juridiction, ce refus de consécration peut surprendre.

Le caractère d'ordre public des moyens mettant en cause l'impartialité de l'auteur d'un acte, opposés à l'administration, n'est pas certain. Lorsqu'il est reconnu, il est fondé moins sur des questions de pure régularité formelle et procédurale que sur une idée de garantie procédurale. Ces hésitations reflètent l'image contrastée et casuistique qui se dégage de la jurisprudence relative au statut contentieux des moyens destinés à la garantie des droits procéduraux. Rares sont les arrêts dans lesquels le caractère d'ordre public est fondé sur un souci de protection de droits subjectifs. Plus fréquents sont les arrêts qui justifient le caractère d'ordre public de tels moyens par une fonction principalement objective. En général, seuls sont hissés au rang d'ordre public les moyens mettant en cause des droits procéduraux qui sont rattachés à la violation des formes substantielles. Ce rattachement n'est toutefois pas systématique, comme l'illustre la jurisprudence relative aux droits de la défense des personnes privées. Le juge se ménage ainsi une certaine liberté discutable. Lorsqu'il souhaite relever d'office une violation des droits de la défense, il opère ce rattachement, tandis qu'il peut ne pas

433. TPI, 13 décembre 1999, *Européenne automobile c/ Commission*, aff. jtes T-9/96 et T-211/96, *Rec.*, p. II-3639, pts 31 et 33.

434. TFP, 12 décembre 2012, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-43/10, non publié, pt 212 : « l'obligation pour l'administration d'agir de manière impartiale faisant partie des formes substantielles [...], sa violation constitue un moyen d'ordre public ».

435. Voy. p. ex. : TFP, 29 septembre 2010, *Brune c/ Commission*, aff. F-5/08, non publié, pt 62.

436. TFP, ord., 25 mai 2011, *Meierhofer c/ Commission*, aff. F-74/07 RENV, non publiée, pt 36.

procéder au relevé d'office en mettant en avant la nature subjective de ce type de moyen. Cette casuistique rend difficile toute systématisation du statut contentieux des moyens afférents à la bonne administration ou au procès équitable. Une clarification est souhaitable. Celle-ci devrait passer, d'une part, par une déconnexion franche et assumée du moyen d'ordre public de fond à fonction procédurale du cas d'ouverture de la violation des formes substantielles. D'autre part, elle devrait procéder d'une prise de position claire en faveur ou à l'encontre d'une possible subjectivisation du moyen d'ordre public, au-delà du contentieux de la fonction publique.

La jurisprudence relative au statut contentieux des moyens mettant en cause les droits procéduraux tranche ainsi avec celle portant sur le statut contentieux des moyens intéressant la garantie des formes procédurales. Ces dernières sont généralement rattachées à la violation des formes substantielles et qualifiées, par principe, de moyens d'ordre public. La jurisprudence relative aux droits procéduraux tend à confirmer la fonction principalement formelle, procédurale et objective, des moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Les moyens d'ordre public relatifs au fond du droit ont une fonction principalement procédurale, formelle et objective. Celle-ci se compose de deux fonctions principales, la garantie des compétences et la garantie des règles et droits procéduraux. Cette dualité semble, en apparence, transcrire l'approche traditionnelle selon laquelle les seuls moyens de légalité externe seraient d'ordre public à la différence de ceux de légalité interne. L'approche a toutefois été nuancée. En effet, le rattachement d'un moyen à la légalité externe ne constitue qu'un indice de sa nature d'ordre public. Inversement, des moyens de légalité interne sont parfois consacrés comme des moyens d'ordre public ou, du moins, se dotent d'une forte coloration d'ordre public.

Cette dualité de fonctions procédurales s'est imposée comme hypothèse de travail, pour des raisons de clarté et d'intelligibilité. Elle dissimule les nombreuses fonctions inhérentes à ces moyens d'ordre public qui reflètent des principes fondamentaux tels que l'attribution des compétences à l'Union européenne, l'équilibre institutionnel, voire les droits procéduraux reconnus à certains intéressés. Apparaît ainsi une hiérarchie des fonctions inhérentes aux moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale.

La fonction forte de ces moyens d'ordre public est constituée par la garantie des équilibres constitutionnels de la construction européenne, qu'il s'agisse de la garantie de l'équilibre entre l'Union européenne et ses États membres ou de l'équilibre institutionnel interne à l'Union. Ces

fonctions fondent la nature d'ordre public des moyens mettant en cause l'incompétence de l'Union ou d'une institution, d'un organe ou d'un organisme, la méconnaissance des prérogatives procédurales des États membres et des institutions, organes et organismes. À l'inverse, ces mêmes fonctions expliquent que ne sont qu'exceptionnellement d'ordre public des moyens mettant en cause l'incompétence d'un membre ou fonctionnaire d'une institution, organe ou organisme de l'Union, de même que la méconnaissance de règles procédurales qui ne sont pas destinées à garantir les prérogatives procédurales des acteurs institutionnels. Seule limite, la protection des compétences de l'Union européenne n'est qu'exceptionnellement et à titre prospectif porteuse de moyens d'ordre public.

La fonction faible de ces moyens d'ordre public est constituée par la protection des droits des intéressés autres que les acteurs institutionnels. La subsidiarité de cette fonction est illustrée en particulier par les hésitations jurisprudentielles quant au statut contentieux des moyens tirés de la méconnaissance des droits de la défense des requérants ordinaires. Seul le contentieux de la fonction publique fait, eu égard à ses spécificités intrinsèques, échec à cette hiérarchisation. Il consacre une fonction supplémentaire et spécifique des moyens d'ordre public, à savoir la protection des fonctionnaires dans les procédures susceptibles de conduire à l'adoption d'actes leur faisant grief. Toutefois, la dissolution du Tribunal de la fonction publique et la réintégration de ce contentieux dans la compétence du Tribunal pourraient conduire à réduire cette spécificité.

CONCLUSION DU TITRE 1

Le moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle et le moyen d'ordre public de la procédure décisionnelle présentent des traits communs mais aussi des nuances et spécificités. Intrinsèquement objectifs, ils sont tous deux tournés vers la garantie du principe d'attribution des compétences et des équilibres formels entre les différents participants aux procédures juridictionnelle et décisionnelle. Au niveau des compétences, l'ordre public assure, pour l'essentiel, la répartition des compétences juridictionnelles et décisionnelles tant entre l'Union européenne et ses États membres qu'au sein de la première. Dans la sphère externe, il tend à sauvegarder les compétences étatiques à titre principal et celles de l'Union à titre subsidiaire. Sur le plan interne, il assure le respect des attributions respectives des institutions de l'Union européenne et des juridictions composant sa Cour de justice.

Au niveau des règles procédurales, l'ordre public de la procédure juridictionnelle est omniprésent. À de très rares exceptions près, toutes les conditions de recevabilité des recours, des chefs de conclusions, des moyens, griefs et arguments en relèvent. Cette force d'attraction extraordinaire de l'ordre public s'explique par un constant souci de sécurité juridique, d'égalité des justiciables devant la justice et de bon fonctionnement de celle-ci au nom d'une bonne administration de la justice. Exceptionnellement, l'ordre public prend une coloration plus subjective en venant protéger les droits de la défense de certaines parties. L'ordre public de la procédure décisionnelle paraît moins stable et plus diversifié en ses fondements également objectifs. Au nom d'une bonne administration, ses fonctions oscillent entre la garantie de l'équilibre institutionnel, les besoins inhérents au contrôle juridictionnel et la protection de certaines parties au litige face à leur adversaire. L'ordre public de la procédure décisionnelle se subjectivise timidement et partiellement.

BRUYLANT

L'ordre public de la procédure juridictionnelle et l'ordre public de la procédure décisionnelle ne se rejoignent pas seulement en leurs fonctions. Ils se croisent également lorsque les questions afférentes à la compétence du juge de première instance et à la régularité de la procédure conduite devant celui-ci se transforment en moyens de légalité devant le juge du pourvoi analogues aux moyens du contrôle de légalité des actes décisionnels. Ils se chevauchent encore lorsque la méconnaissance d'une règle de l'ordre public de la procédure décisionnelle par le juge de première instance donne lieu à un moyen de pourvoi potentiellement d'ordre public.

Ces chevauchements occasionnels et leurs fonctions communes ont justifié le traitement conjoint des moyens de l'ordre public de la procédure juridictionnelle et de la procédure décisionnelle. Ces moyens révèlent un ordre public objectif, concentré sur la garantie des équilibres constitutionnels et démocratiques de l'Union européenne. Tandis que l'intérêt subjectif du justiciable n'est en principe pas mis en avant pour justifier la qualification d'ordre public d'un moyen particulier, l'intérêt commun des justiciables transparaît derrière l'ensemble de ces considérations. C'est, en revanche, au niveau de la légalité interne et du contrôle de pleine juridiction que pourraient apparaître des moyens d'ordre public plus subjectifs et destinés à la garantie des droits individuels du justiciable européen.

TITRE 2

LA GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL, FONCTION SECONDAIRE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

Secondaire, la fonction de garantie du droit substantiel des moyens d'ordre public du contentieux de l'Union européenne est souvent méconnue et sous-estimée. Sur la base d'une lecture à certains égards simplificatrice de la jurisprudence, le juge de l'Union européenne et la doctrine se rejoignent pour considérer qu'au stade de l'appréciation de légalité, tout moyen relevant de la légalité interne, recouvrant la violation des traités et des règles relatives à leur application ainsi que le détournement de pouvoir et de procédure, est par définition exempt de considérations d'ordre public. De surcroît, rares ont été, jusqu'à une époque récente, les réflexions relatives à la place des moyens d'ordre public tendant à la garantie du droit substantiel lors de l'exercice par le juge de ses pouvoirs de pleine juridiction.

Il ressort incontestablement de la jurisprudence qu'à la différence des moyens tendant à la garantie des compétences et des procédures, qui bénéficient d'une forme de présomption de qualification d'ordre public, les moyens tendant à la garantie du droit substantiel, en ce compris les moyens tendant à la garantie des droits du justiciable, sont fréquemment des moyens ordinaires. Il n'en demeure pas moins que le juge de l'Union n'exclut pas l'existence d'un ordre public substantiel protégé par des moyens d'ordre public de fond et que de tels moyens sont, plus exceptionnellement, érigés en moyens d'ordre public. La consécration d'un ordre public protecteur du droit substantiel, voire du justiciable est entamée par le juge.

Ainsi, si le juge de la légalité de l'Union européenne se montre *a priori* fermement opposé à la consécration de moyens d'ordre public tendant à

BRUYLANT

la garantie du droit substantiel, il admet des exceptions à ce principe de non-qualification d'ordre public. Particulièrement faible en l'état actuel de la jurisprudence, la fonction protectrice du droit substantiel, voire des intérêts du justiciable pourrait être renforcée à l'avenir. Au-delà, lors de l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, le juge fait preuve d'un plus grand activisme dans l'intérêt tantôt du droit, tantôt du justiciable. Cet activisme protecteur trouve sa source dans les pouvoirs d'office reconnus au juge et ne s'exprime qu'exceptionnellement dans des moyens d'ordre public de pleine juridiction. Actuellement, aux rares moyens d'ordre public de légalité tendant à la garantie du droit substantiel (Chapitre 1) s'ajoutent ainsi d'hypothétiques moyens d'ordre public de pleine juridiction tendant à la garantie du droit substantiel (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LES RARES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DE LÉGALITÉ TENDANT À LA GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL

Au stade de l'appréciation de la légalité, la garantie du droit substantiel est assurée par de nombreux moyens de légalité interne, qui ont trait à la violation des traités et des règles relatives à leur application et au détournement de pouvoir ou de procédure au sens de l'article 263 TFUE. Abstraction faite des moyens formellement rattachés à la légalité interne mais poursuivant des fonctions de garantie procédurale⁽¹⁾, les moyens se rapportant au fond du droit et tendant à la garantie du droit substantiel sont, dans une approche traditionnelle, des moyens ordinaires⁽²⁾. Cette analyse

1. Voy. *supra*, en particulier à propos de l'erreur de base juridique, ainsi que de la méconnaissance du champ d'application de la loi, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2. La vérification de la procédure choisie (pp. 226 et s.).

2. La doctrine opère en principe une distinction entre la légalité interne, constitutive de moyens ordinaires, et la légalité externe, constitutive de moyens d'ordre public. Voy. parmi une doctrine abondante : C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, 922 p., spéc. p. 730 ; J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015, 816 p., spéc. p. 711 ; K. P. E. LASOK et T. MILLETT, *Judicial Control in the EU : procedures and principles*, Richmond, Richmond, 2004, 431 p., spéc. p. 57 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p., spéc. pp. 365-366 ; J. LOTARSKI, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014, 227 p., spéc. p. 168 ; F. MARIATTE et D. RITLENG, *Contentieux de l'Union européenne. Annulation. Exception d'illégalité*, Paris, Lamy, 2011, 390 p., spéc. p. 194 ; P. ROSEREN, « Article 230 CE », in I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle – Paris – Bruxelles, Helbing Lichtenhahn – Dalloz – Bruylant, 2010, pp. 1502-1521, spéc. p. 1515 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, 779 p., spéc. p. 544 ; H. G. SCHERMERS et D. F. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., La Haye – Londres – New York, Kluwer Law International, 2001, 889 p., spéc. p. 360 ; K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. 1, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 241-261, spéc.

doit, certes, être confirmée et légèrement nuancée en son essence au regard d'une analyse rétrospective de la jurisprudence. Trop catégorique et figée, elle doit néanmoins être questionnée sur la base d'une analyse prospective et critique de cette jurisprudence.

Formaliste et répétitive, la distinction des analyses rétrospective et prospective de la jurisprudence ne rend qu'approximativement compte des fonctions inhérentes aux moyens de légalité d'ordre public, actuels et potentiels. Croisés, les résultats des deux analyses permettent d'en dresser une image plus claire. Le caractère secondaire de la fonction de garantie du droit substantiel se dédouble. D'une part, cette fonction est secondaire en ce qu'elle est presque absente en l'état actuel de la jurisprudence, tant il est vrai que les moyens de fond tendant à la garantie du droit substantiel sont le plus souvent constitutifs de moyens ordinaires. D'autre part, elle est secondaire en ce que la qualification exceptionnelle d'ordre public de certains moyens de garantie du droit substantiel s'impose pour des considérations tirées *grosso modo* du rôle et de la mission du juge de la légalité et qui sont étrangères à l'objectif de garantie du droit substantiel. Cette dernière fonction apparaît, dès lors, comme un produit dérivé de considérations objectives plus élémentaires. L'ordre public peine à se subjectiviser. La garantie du droit substantiel, en ce compris des droits du justiciable, occupe une place réduite dans la qualification des moyens d'ordre public.

Schématiquement, à l'image d'une relation entre le principe et l'exception, la jurisprudence impose, dès lors, de distinguer selon que le moyen de légalité tendant à la garantie du droit substantiel répond à cette unique fonction ou peut être rattaché à d'autres considérations fondamentales. En effet, en tant que fonction autonome, la garantie du droit substantiel est génératrice de moyens ordinaires (Section 1). En revanche, conjuguée à la garantie d'objectifs impérieux de légalité, elle accède au rang d'ordre public (Section 2).

pp. 246-247 ; M. WAELBROECK et O. SPELTDOORN, « Annulation (Recours en) », *Rép. Dalloz de droit européen*, 2000 (actualisation 2013), 15 p., § 69. Si l'intérêt de la distinction des cas d'ouverture du recours en annulation réside dans la détermination de leur éventuel caractère d'ordre public (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, 725 p., spéc. pp. 217-264 ; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., spéc. p. 229 ; J.-V. LOUIS et al., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, 666 p., spéc. p. 143), il n'y a pas pour autant de coïncidence parfaite entre les cas d'ouverture et la qualification d'ordre public (D. RITLENG, *op. cit.*, spéc. p. 251 ; F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2016, 1007 p., spéc. pp. 213-214).

SECTION 1. – LA GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL
EN TANT QUE FONCTION AUTONOME, GÉNÉRATRICE DE MOYENS ORDINAIRES

Le statut contentieux des moyens de légalité tendant à la garantie du droit substantiel a fait l'objet d'une jurisprudence évolutive qui s'est construite autour de rares arrêts de principe et de nombreux cas d'espèce. Leur lecture combinée révèle que le juge de l'Union européenne a forgé une sorte de présomption selon laquelle les moyens se rapportant à la « légalité au fond », notion aux contours progressivement mais encore insuffisamment délimités, doivent en principe être qualifiés de moyens ordinaires. La négation d'une fonction autonome de garantie du droit substantiel qui s'ensuit (Sous-section 1) appelle à la réflexion. De nouveaux moyens d'ordre public sont à consacrer, une fonction autonome est à construire (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – DES MOYENS ORDINAIRES PAR PRINCIPE : NÉGATION
D'UNE FONCTION AUTONOME DE GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL

Par opposition au moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation, la Cour de justice de l'Union européenne a progressivement soustrait du champ des moyens d'ordre public tout moyen se rapportant à la « légalité au fond », forgeant ainsi une forme de présomption de non-qualification d'ordre public. Celle-ci embrasse tout moyen tendant principalement sinon exclusivement à la garantie du droit substantiel. Par principe, le juge tient pour ordinaires les moyens tendant à la garantie du droit substantiel, qu'ils soient rattachés à la violation des traités et des règles relatives à leur application (§ 1) ou qu'ils relèvent d'un détournement de pouvoir ou de procédure (§ 2).

§ 1. – Les moyens pris de la violation des traités et des règles
relatives à leur application

La violation des traités et des règles relatives à leur application⁽³⁾ constitue un vaste cas d'ouverture du contrôle de légalité. Il permet au juge « de veiller au respect de l'ensemble du droit de l'Union européenne et

3. Tout en ayant repris la terminologie du recours en annulation, nous entendons, à ce stade, ne pas limiter l'analyse à ce seul recours, mais l'étendre à toute appréciation de légalité opérée par le juge de l'Union européenne. Nous incluons également le pourvoi et son cas d'ouverture tiré de la violation du droit de l'Union européenne.

[de] la hiérarchie des normes »⁽⁴⁾. Abstraction faite des moyens de fond à fonction procédurale, tant les moyens se rapportant aux faits que ceux pris d'erreurs de droit sont ordinaires. Le principe de non-qualification apparu à l'égard des premiers (A) a, en effet, été étendu aux seconds (B).

A. *Les moyens se rapportant aux faits : apparition d'un principe de non-qualification d'ordre public*

Le juge de l'Union européenne vérifie la matérialité des faits et leur appréciation par l'auteur de l'acte soumis à son contrôle. D'intensité variable, ce contrôle des faits est plus ou moins poussé en fonction de la marge d'appréciation dont jouit cet auteur⁽⁵⁾. Le juge de première instance constate, qualifie, apprécie et contrôle les faits allégués, sous le contrôle limité du juge du pourvoi. Celui-ci ne peut connaître des faits qu'à travers des moyens, qualifiés de droit, tirés de la dénaturation des faits et des éléments de preuve ainsi que de leur qualification erronée. À l'instar de l'erreur de fait imputable à l'auteur de l'acte (1), les moyens de pourvoi se rapportant aux faits sont des moyens ordinaires (2).

1) L'erreur de fait

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, l'erreur de fait est qualifiée de moyen ordinaire par principe (a). Les raisons de cette qualification résident dans la nature d'une telle erreur et du contrôle opéré par le juge (b).

a) *Un moyen ordinaire par principe*

L'erreur de fait est soustraite par principe au champ des moyens d'ordre public. La qualification de moyen ordinaire ressort avec force de l'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France* de 1998, par lequel la Cour de justice a, en sa qualité de juge du pourvoi, posé les jalons de la construction jurisprudentielle relative au statut contentieux des moyens de fond. Appelée à apprécier un argument tiré de ce que le Tribunal avait confondu la violation de l'obligation de motivation et l'erreur manifeste d'appréciation, la Cour de justice releva « qu'il s'agi[ssait] de deux moyens distincts susceptibles d'être invoqués dans le cadre du recours prévu par l'article 173 du traité [CE, devenu article 230 CE, puis article 263 TFUE]. Le premier, qui vise un défaut ou une insuffisance de motivation, relève

4. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 1464 p., spéc. p. 875.

5. Voy. *supra*, note n° 94 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle ».

de la violation des formes substantielles, au sens de cette disposition, et constitue un moyen d'ordre public qui doit être soulevé d'office par le juge [...]. En revanche, le second, qui porte sur la légalité au fond de la décision litigieuse, relève de la violation d'une règle de droit relative à l'application du traité, au sens du même article 173, et ne peut être examiné par le juge [...] que s'il est invoqué par le requérant »⁽⁶⁾.

Ainsi, c'est parce que le contrôle du juge peut différer et qu'à la différence de la violation de l'obligation de motivation, l'erreur manifeste d'appréciation ne peut être relevée d'office par le juge que ces moyens doivent être distingués⁽⁷⁾. En d'autres termes, s'il appartient au juge de vérifier l'exactitude matérielle des faits et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, « [il] n'est pas tenu de procéder d'office à ce contrôle » en l'absence d'invocation d'un tel moyen par le requérant⁽⁸⁾. Outre l'erreur manifeste d'appréciation, dont le caractère ordinaire a été confirmé à maintes reprises⁽⁹⁾, le moyen tiré d'une simple erreur d'appréciation est

6. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67. En l'espèce, les deux moyens étaient soulevés devant le Tribunal (TPI, 28 septembre 1995, *Sytraval et Brink's France c/ Commission*, aff. T-95/94, *Rec.*, p. II-2651, pts 33-80). Selon la Cour de justice, sous couvert d'un constat d'insuffisance de motivation, le Tribunal avait, en réalité, reproché à la Commission une erreur manifeste d'appréciation (pts 71 et 72 de l'arrêt de la Cour). Cependant, étant donné que la décision attaquée était entachée d'insuffisances de motivation, la Cour procéda à une substitution des motifs et confirma l'annulation de ladite décision (pts 73-78 de l'arrêt de la Cour).

7. L'intérêt de cette distinction est confirmé dans l'arrêt *VBA c/ Florimex e.a.* (CJCE, 30 mars 2000, aff. C-265/97 P, *Rec.*, p. I-2061, pts 112-115). La Cour de justice constata que le Tribunal n'avait pas opéré la distinction nécessaire entre les moyens tirés de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de l'obligation de motivation au motif qu'il avait sanctionné, au titre de cette dernière, une erreur manifeste. Néanmoins, la Cour considéra que cette confusion était sans effet sur la légalité de l'arrêt du Tribunal. En effet, le moyen tiré de l'erreur manifeste ayant été soulevé devant lui, le Tribunal aurait en tout état de cause dû l'accueillir.

8. CJCE, 2 avril 2009, *Mebrom c/ Commission*, aff. C-373/07 P, non publié, pts 72-73. *Adde*, dans le même sens : Trib. UE, 22 avril 2015, *Tomana e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-190/12, *Rec. num.*, pt 221 ; Trib. UE, 16 février 2017, *SolarWorld c/ Commission*, aff. T-783/14, non publié, pt 57.

9. Voy. notamment : CJCE, 30 mars 2000, *VBA c/ Florimex e.a.*, aff. C-265/97 P, *Rec.*, p. I-2061, pt 114 ; CJUE, ord., 9 mars 2017, *Simet c/ Commission*, aff. C-232/16 P, non publiée, pt 80 ; TPI, 21 mars 2002, *Joynson c/ Commission*, aff. T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, pt 163 ; TPI, 15 juin 2005, *Corsica Ferries France c/ Commission*, aff. T-349/03, *Rec.*, p. II-2197, pt 52 ; TPI, 13 juillet 2006, *Andrieu c/ Commission*, aff. T-285/04, *RecFP*, pp. I-A-2-161 et I-A-2-775, pt 90 ; TPI, 20 novembre 2007, *Ianniello c/ Commission*, aff. T-205/04, *RecFP*, pp. I-A-2-209 et I-A-2-1361, pt 92 ; TPI, 28 janvier 2009, *Centro Studi Manieri c/ Conseil*, aff. T-125/06, *Rec.*, p. II-69, pt 58 ; TPI, 4 mars 2009, *Italie c/ Commission*, aff. T-424/05, non publié, pt 52 ; TPI, 4 mars 2009, *Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management c/ Commission*, aff. T-445/05, *Rec.*, p. II-289, pt 66 ; Trib. UE, 15 juin 2010, *Mediaset c/ Commission*, aff. T-177/07, *Rec.*, p. II-2341, pt 140 ; Trib. UE, 9 septembre 2011, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. T-475/07, *Rec.*, p. II-5937, pt 245 ; TFP, 10 novembre 2011, *Merhzaoui c/ Conseil*, aff. F-18/09, non publié, pt 36.

également ordinaire⁽¹⁰⁾. Ce constat ne surprend point, la différence entre la simple erreur et l'erreur manifeste d'appréciation résidant dans l'étendue du contrôle opéré par le juge.

De même, le moyen tiré de l'absence de preuve des faits ayant conduit à l'adoption de l'acte attaqué doit être qualifié de moyen ordinaire. Une telle qualification a été opérée explicitement dans un arrêt du Tribunal⁽¹¹⁾. Elle découle implicitement de nombreux arrêts dans lesquels le juge opère une distinction de principe entre la preuve des faits reprochés, qu'il rattache à la légalité au fond, et la violation de l'obligation de motivation⁽¹²⁾.

Toute erreur se rapportant aux faits doit, partant, être tenue pour ordinaire. La doctrine l'admet, en considérant que le contrôle des faits « ne peut être exercé que si ces faits sont contestés »⁽¹³⁾. Cette coloration ordinaire de principe n'est pas remise en cause par trois pouvoirs d'office dont le juge jouit exceptionnellement en matière factuelle.

Tout d'abord, le juge se voit habilité à rectifier d'office une qualification erronée des faits opérée par les parties au litige pour éviter leur dénaturation⁽¹⁴⁾. Il s'agit de la simple rectification d'une prémisse erronée de l'analyse juridique à laquelle le juge doit procéder⁽¹⁵⁾. Le juge ne procède pas, en revanche, au relevé d'office d'un moyen nouveau.

Ensuite, en matière de propriété intellectuelle, le juge peut s'informer d'office sur les conditions d'application et la portée d'une règle de droit national rendue applicable par un renvoi opéré par le règlement sur la

10. TPI, 17 avril 2008, *Dainichiseika Colour & Chemicals Mfg. c/ OHMI*, aff. T-389/03, non publié, pt 85.

11. Trib. UE, 6 septembre 2013, *Sepra Europe c/ Commission*, aff. T-483/11, non publié, pt 107. Voy. également en ce sens : concl. MENGOTZ sous CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Mellî Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 92.

12. Voy. en particulier : CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Mellî Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 88 ; CJUE, 15 novembre 2012, *Conseil c/ Bamba*, aff. C-417/11 P, *Rec. num.*, pt 49 ; Trib. UE, 6 septembre 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction c/ Conseil*, aff. T-110/12, *Rec. num.* (extraits), pt 30 ; Trib. UE, 23 septembre 2014, *Mikhalchanka c/ Conseil*, aff. jtes T-196/11 et T-542/12, non publié, pts 102-103 ; Trib. UE, 23 septembre 2014, *Ipatau c/ Conseil*, aff. T-646/11, non publié, pts 104-105 ; Trib. UE, 24 septembre 2014, *Kadhaf Al Dam c/ Conseil*, aff. T-348/13, non publié, pt 68.

13. Voy. à propos du contrôle opéré en matière de droit de la concurrence, étant précisé que le juge s'accorde parfois quelques libertés à l'égard de « ce principe de retenue judiciaire » : M. VAN DER WOUDE, « Le Tribunal de première instance. "Les trois premières années" », *RMUE*, 1992, n° 3, pp. 113-157, spéc. pp. 149-151, avec des références supplémentaires.

14. Voy. en ce sens : TPI, 14 octobre 1999, *Bavarian Lager*, aff. T-309/97, *Rec.*, p. II-3217, pt 43.

15. Simple reflet de la mission du juge et de son devoir de trancher le litige dans le respect de la légalité, ce pouvoir doit être rapproché de la jurisprudence permettant au juge de rectifier des considérations juridiques erronées proposées par les parties. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, B. Un fondement certain de pouvoirs d'office ambigus du juge (pp. 325 et s.).

marque européenne⁽¹⁶⁾ et invoquée par l'une des parties devant l'EUIPO à qui il appartient d'établir le contenu de la législation nationale⁽¹⁷⁾. En effet, une telle règle de droit national ne doit pas être traitée comme un « élément purement factuel »⁽¹⁸⁾. En toute hypothèse, ce « relevé d'office » s'apparente davantage à la mise en œuvre des pouvoirs d'instruction du Tribunal⁽¹⁹⁾, destinés à limiter les risques d'erreurs dans l'interprétation et l'application du droit national⁽²⁰⁾, qu'à un véritable relevé d'office d'un moyen d'ordre public⁽²¹⁾.

Enfin, à la différence du juge de la légalité qui tient, en principe, pour établis les faits non contestés, le juge de la propriété intellectuelle peut d'office revenir sur des faits constatés par une chambre de recours et non contestés par les parties⁽²²⁾. Cette habilitation à relever et à corriger d'office

16. CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pts 39-46.

17. CJUE, 5 juillet 2011, *Edwin c/ OHMI*, aff. C-263/09 P, *Rec.*, p. I-5853, pts 50-51. Le Tribunal effectue, pour sa part, « un plein contrôle de légalité sur l'appréciation portée par l'OHMI (EUIPO) sur les éléments présentés par le demandeur pour établir le contenu de la législation nationale dont il invoque la protection » (pt 52 de l'arrêt). Voy. à ce propos : L. COUTRON, « De l'irruption du droit national dans le cadre du pourvoi », *RTDE*, 2012, n° 1, pp. 170-175.

18. CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pt 37. Il en a été déduit qu'une telle règle nationale « doit plutôt être assimilée à un élément de droit » (L. COUTRON, « L'argument fondé sur le droit national : un argument de droit devant l'OHMI et le juge de l'Union ? », *RTDE*, 2014, n° 4, pp. 912-913. *Adde* : M. PREK et S. LEFÈVRE, « The EU Courts as "national" courts : National law in the EU judicial process », *CML Rev.*, 2017, pp. 369-402, spéc. pp. 380 et 393-395). Cette déduction pourrait s'imposer d'autant plus que, dans son « plein contrôle de légalité », le Tribunal doit tenir compte d'une interprétation judiciaire d'une telle règle prononcée postérieurement à la date d'adoption de la décision de la chambre de recours (CJUE, 5 avril 2017, *EUIPO c/ Szajner*, aff. C-598/14 P, *Rec. num.*, pts 42-45).

19. Dans l'affaire *OHMI c/ National Lottery Commission*, précitée, les parties à la procédure en nullité devant l'OHMI (EUIPO) étaient en désaccord quant à l'existence d'un droit antérieur protégé en vertu du droit italien. C'est dans ces conditions que la Cour de justice a admis la possibilité pour l'OHMI et pour le Tribunal de s'informer d'office sur le droit invoqué par l'une des parties afin de trancher la divergence. Le Tribunal a pris en compte un arrêt d'une juridiction nationale qui ne figurait au dossier ni devant l'OHMI ni devant le Tribunal et qu'il a ainsi évoqué d'office (pt 55 de l'arrêt de la Cour).

20. S. BARAZZA, « Trade marks : Interpretation and application of national law in Community trade mark invalidity proceedings », *JiPLP*, 2014, n° 10, pp. 790-793, spéc. p. 793.

21. Ainsi, « le pouvoir de s'informer d'office sur le droit national pertinent [est destiné à] permettre au juge de l'Union de vérifier la pertinence du droit national allégué et invoqué en preuve ». Ce devoir « n'a vocation à s'appliquer que lorsque l'OHMI dispose déjà d'indications relatives au droit national » : concl. Bot sous CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pts 94 et 100.

22. « [L]orsqu'il est appelé à apprécier la légalité d'une décision d'une chambre de recours de l'OHMI, le Tribunal ne saurait être lié par une appréciation erronée des faits par cette chambre, dans la mesure où ladite appréciation fait partie des conclusions dont la légalité est contestée devant le Tribunal » : CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pt 48.

d'éventuelles erreurs de fait commises par ladite chambre s'explique par la nature singulière du contrôle opéré en la matière⁽²³⁾. En revanche, elle est sans effet sur le statut contentieux de l'erreur de fait au stade de l'appréciation de légalité. La distinction entre ces pouvoirs et la définition du statut contentieux des moyens se rapportant aux faits s'impose d'autant plus au regard de la finalité de ces moyens et de la nature du contrôle opéré par le juge.

b) *Les raisons de la non-qualification d'ordre public*

La nature ordinaire de l'erreur de fait découle de deux considérations principales, l'une d'ordre conceptuel et l'autre d'ordre pratique. Sur un plan conceptuel, l'erreur de fait s'accorde mal au qualificatif d'ordre public, dès lors que le moyen d'ordre public constitue, par essence, un moyen de droit⁽²⁴⁾. Il tend à la garantie des valeurs fondamentales de l'ordre juridique. Or, l'appréciation factuelle ne s'inscrit point dans cette perspective. Elle accompagne l'application du droit, mais ne s'inscrit pas au cœur de celle-ci. Partant, elle ne saurait être considérée comme réunissant les éléments constitutifs du moyen d'ordre public⁽²⁵⁾.

Cette approche se voit confirmée sur un plan pratique par des considérations tirées du régime contentieux du moyen d'ordre public. Il est, en effet, communément admis que le moyen d'ordre public peut être examiné à tout moment de la procédure, y compris au stade d'un éventuel pourvoi⁽²⁶⁾. Or, le juge du pourvoi ne peut statuer en fait. Dès lors, une qualification d'ordre public de l'erreur de fait ne serait guère compatible avec, d'une part, l'office limité du juge du pourvoi et, d'autre part, la possibilité ou l'obligation pour ce juge de relever d'office des moyens d'ordre public non soulevés par le juge de première instance⁽²⁷⁾.

23. Voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1. Des appréciations et substitutions de motifs opérées d'office dans le contentieux de la propriété intellectuelle (pp. 383 et s.).

24. Voy. en ce sens : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 55 et 57. *Adde* : B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568, spéc. p. 566 et note n° 50.

25. L'erreur de fait ne réunit pas les deux premiers critères énoncés par l'avocat général JACOBS (concl. sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 141-142), tirés de ce que la règle en cause s'inscrit dans un objectif fondamental de l'ordre juridique de l'Union européenne et a été fixée dans l'intérêt des tiers ou de la collectivité.

26. Voy. en particulier : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 24-25.

27. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le relevé d'office au-delà d'une instance (pp. 451 et s.), et Section 2, Sous-section 1, § 1. Un contrôle réel au stade du pourvoi (pp. 474 et s.).

Ces deux raisons induisent que l'erreur de fait doit par principe et sans exception être considérée comme un moyen ordinaire. Cette conclusion trouve écho au stade des moyens de pourvoi se rapportant aux faits.

2) Les moyens de pourvoi se rapportant aux faits

Au stade du pourvoi, le juge ne peut examiner les faits, sauf dénaturation ou qualification juridique erronée⁽²⁸⁾. Le moyen tiré d'une dénaturation des éléments de fait ou de preuve constitue très clairement un moyen ordinaire. Ce constat s'impose d'emblée au regard de la transposition des apports de l'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France*⁽²⁹⁾, précité, au pourvoi⁽³⁰⁾. Il se voit conforté par la finalité protectrice du contrôle exceptionnel par le juge du pourvoi⁽³¹⁾ et sa proximité, malgré son statut de moyen de droit, au contrôle des faits.

Ce caractère ordinaire ressort également de la jurisprudence. Le Tribunal a explicitement nié la nature d'ordre public d'un moyen de pourvoi pris d'une erreur d'appréciation commise par le juge de première instance⁽³²⁾. Plus fréquemment, le juge du pourvoi rejette comme irrecevable un moyen,

28. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. La limitation de la compétence du juge du pourvoi (pp. 98 et s.).

29. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67.

30. Voy. pour une transposition au pourvoi de la distinction de la motivation et du bien-fondé de l'acte, sans précision quant à leurs statuts contentieux respectifs : TPI, ord., 10 novembre 2009, *Tiralongo c/ Commission*, aff. T-180/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-117 et II-B-1-711, pt 63 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Sevenier c/ Commission*, aff. T-368/09 P, non publié, pts 24-25 ; Trib. UE, ord., 18 octobre 2010, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-516/09 P, non publiée, pt 53 ; Trib. UE, ord., 19 mars 2012, *Barthel e.a. c/ Cour de justice*, aff. T-398/11 P, non publiée, pt 24. Par ailleurs, des auteurs ont fait observer que les moyens se rapportant au cas d'ouverture du pourvoi tiré de la violation du droit de l'Union européenne n'étaient, en principe, pas d'ordre public : H. G. SCHERMERS et D. F. WAELBROECK, *op. cit.*, spéc. p. 762.

31. « [L]e moyen tiré de la dénaturation des faits par le Tribunal ne [peut] être relevé d'office par le juge statuant sur pourvoi, puisque le caractère exceptionnel de l'examen des faits que cet exercice comporte pour ce dernier vise à protéger les personnes directement concernées par les faits en cause » : concl. MENDOZZI sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, note n° 41.

32. Trib. UE, 26 juin 2014, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-20/13 P, non publié, pts 41 et 43. L'arrêt appelle des réserves. En substance, le requérant faisait valoir une violation, par le Tribunal de la fonction publique, de son droit à un procès équitable en ce que ce dernier aurait omis de l'aviser du temps et du lieu du prononcé de son arrêt, alors qu'une telle information lui aurait permis de signaler au Tribunal de la fonction publique « un moyen d'ordre public et faire valoir que [ce dernier] avait erronément [apprécié certains éléments de fait] ». Ce moyen, qualifié d'ordre public par le requérant et d'ordinaire par le Tribunal, avait pour objet une erreur d'appréciation prétendument commise par le Tribunal de la fonction publique que le requérant estimait pouvoir soulever devant celui-ci. Dans ces conditions, la précision du statut contentieux ne paraissait pas nécessaire, dès lors que le Tribunal aurait pu se contenter de relever qu'un tel moyen n'est pas invocable devant le juge de première instance.

grief ou argument portant sur les faits, tout en ajoutant que le requérant n'a pas allégué de dénaturation⁽³³⁾. De même, il prend appui sur un élément de fait constaté par le juge de première instance et ajoute que ce constat n'a pas été remis en cause par la partie requérante qui n'a, au demeurant, invoqué aucune dénaturation des faits⁽³⁴⁾. Il rejette comme irrecevable une dénaturation des éléments de fait ou de preuve soulevée pour la première fois dans la réplique ou à l'audience⁽³⁵⁾ ainsi qu'une allégation de dénaturation insuffisamment étayée⁽³⁶⁾. Dans l'ensemble de ces hypothèses, il refuse implicitement de procéder à l'examen d'office d'un moyen de pourvoi lié aux faits. Un tel moyen doit, partant, être considéré comme un moyen ordinaire. Des considérations analogues s'imposent pour la qualification erronée des faits.

Le caractère ordinaire de principe de l'erreur de fait en première instance se prolonge ainsi au stade du pourvoi à propos des moyens se rapportant aux faits. L'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France*⁽³⁷⁾, précité, comportait en ses germes la définition ordinaire du statut contentieux du moyen de légalité interne. Ce principe de non-qualification d'ordre public a été étendu à l'erreur de droit.

B. L'erreur de droit : extension du principe de non-qualification d'ordre public

L'erreur de droit est entendue comme la violation d'une règle, écrite ou non écrite, du droit de l'Union européenne. Elle est, en principe, constitutive d'un moyen ordinaire. L'extension du principe de non-qualification d'ordre

33. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 13 novembre 2008, *Cabrera Sánchez c/ OHMI*, aff. C-81/08 P, non publiée, pt 28 ; CJCE, 3 septembre 2009, *Aceites del Sur-Coosur c/ Koipe*, aff. C-498/07 P, *Rec.*, p. I-7371, pt 79 ; CJUE, 10 mai 2012, *Helena Rubinstein et L'Oréal c/ OHMI*, aff. C-100/11 P, *Rec. num.*, pt 75 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Smart Technologies c/ OHMI*, aff. C-311/11 P, *Rec. num.*, pt 59 ; CJUE, 6 septembre 2012, *United States Polo Association c/ OHMI*, aff. C-327/11 P, non publié, pts 68 et 74 ; CJUE, 26 septembre 2013, *Alliance One International c/ Commission*, aff. C-668/11 P, non publié, pt 51 ; CJUE, 26 septembre 2013, *The Dow Chemical Company c/ Commission*, aff. C-179/12 P, non publié, pt 73 ; CJUE, ord., 22 octobre 2014, *Repsol YPF c/ OHMI*, aff. C-466/13 P, non publiée, pt 55 ; CJUE, 5 mars 2015, *Ezz e.a. c/ Conseil*, aff. C-220/14 P, *Rec. num.*, pts 77-78 et 102.

34. Voy. p. ex. : CJUE, 21 juillet 2011, *Suède c/ MyTravel et Commission*, aff. C-506/08 P, *Rec.*, p. I-6237, pt 94 ; CJUE, 14 novembre 2013, *LPN et Finlande c/ Commission*, aff. jtes C-514/11 P et C-605/11 P, *Rec. num.*, pt 69.

35. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 13 juin 2006, *Mancini c/ Commission*, aff. C-172/05 P, non publiée, pts 20 et 34 ; CJUE, 12 juillet 2012, *Cetarsa c/ Commission*, aff. C-181/11 P, non publié, pts 60-61.

36. Voy. p. ex. : CJUE, 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a. c/ Commission*, aff. C-444/11 P, non publié, pts 62-63.

37. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67.

public à l'erreur de droit (1) découle d'indices jurisprudentiels concordants. Son étendue est considérable (2).

1) L'extension du principe de non-qualification d'ordre public

La définition générique du statut contentieux des moyens pris d'erreurs de droit découle de la combinaison de deux séries d'indices jurisprudentiels concomitants, l'une générale et l'autre casuistique.

En premier lieu, la formule de l'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France*⁽³⁸⁾, précité, consacrée à propos de l'erreur de fait, a été progressivement étendue à l'erreur de droit. Deux évolutions doivent être notées à cet égard.

D'une part, cette formule a été précisée dans le sens d'une distinction entre, d'un côté, la violation de l'obligation de motivation et, de l'autre, le bien-fondé de cette motivation⁽³⁹⁾ ou son caractère erroné⁽⁴⁰⁾. Ce dernier aspect recouvre, outre l'erreur d'appréciation des faits, l'erreur de droit⁽⁴¹⁾.

D'autre part, le principe de non-qualification d'ordre public a été généralisé à tout moyen relevant de la « légalité au fond » de l'acte attaqué⁽⁴²⁾. Apparaît ainsi une véritable catégorie de moyens ordinaires dont l'étendue reste encore incertaine, faute de définition jurisprudentielle univoque de la notion de « légalité au fond ». Certains arrêts ne la délimitent point⁽⁴³⁾. Lorsqu'elle est définie, elle est tantôt limitée aux moyens relevant de la

38. *Ibid.*

39. Voy. notamment : CJCE, 22 mars 2001, *France c/ Commission*, aff. C-17/99, *Rec.*, p. I-2481, pt 35 ; CJUE, 22 septembre 2016, *Pensa Pharma c/ EUIPO*, aff. C-442/15 P, non publié, pts 35 et 37 ; Trib. UE, 15 juin 2010, *Mediaset c/ Commission*, aff. T-177/07, *Rec.*, p. II-2341, pt 140 ; Trib. UE, 9 septembre 2011, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. T-475/07, *Rec.*, p. II-5937, pt 245 ; Trib. UE, 18 janvier 2012, *Djebel – SGPS c/ Commission*, aff. T-422/07, non publié, pt 54.

40. Voy. notamment : CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, pt 181 ; Trib. UE, 4 février 2014, *Syrian Lebanese Commercial Bank c/ Conseil*, aff. jtes T-174/12 et T-80/13, *Rec. num.*, pt 86 ; Trib. UE, 3 juillet 2014, *Alchaar c/ Conseil*, aff. T-203/12, non publié, pt 101.

41. Voy. notamment : TPI, 1^{er} juillet 2009, *Operator ARP c/ Commission*, aff. T-291/06, *Rec.*, p. II-2275, pt 48 ; Trib. UE, 3 mars 2011, *Areva e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-117/07 et T-121/07, *Rec.*, p. II-633, pt 88.

42. Voy. notamment : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 40 ; TPI, 21 mars 2001, *Métropole télévision c/ Commission*, aff. T-206/99, *Rec.*, p. II-1057, pt 41 ; TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pts 126 et 192 ; TPI, 5 décembre 2006, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-416/03, *RecFP*, pp. I-A-2-317 et II-A-2-1607, pt 91 ; Trib. UE, 2 juillet 2010, *Lafili c/ Commission*, aff. T-485/08 P, non publié, pt 137 ; Trib. UE, 9 décembre 2010, *Tresplains Investments c/ OHMI*, aff. T-303/08, *Rec.*, p. II-5659, pt 171.

43. Voy. les arrêts cités à la note précédente.

violation d'une règle relative à l'application des traités⁽⁴⁴⁾, tantôt étendue aux moyens pris de la violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application⁽⁴⁵⁾. Le Tribunal de la fonction publique semblait concevoir une notion encore plus large, équipollente à celle de moyen de légalité interne⁽⁴⁶⁾. Malgré ces divergences, il paraît établi *a minima* que la catégorie de moyens ordinaires relevant de la « légalité au fond » rassemble, outre les moyens se rapportant aux faits, l'erreur de droit.

Rarement posé de manière explicite, ce principe de non-qualification d'ordre public se voit confirmé, en second lieu, par une jurisprudence casuistique. La qualification de moyen ordinaire est le plus souvent implicite et se déduit de rejets pour tardiveté de moyens soulevés en cours de procédure⁽⁴⁷⁾. Elle est exceptionnellement explicite, grâce à des refus ponctuels de consacrer tel ou tel moyen de moyen d'ordre public⁽⁴⁸⁾. La combinaison de ces deux séries dessine une image très extensive du moyen ordinaire se rapportant à la garantie du droit substantiel.

2) L'étendue du principe de non-qualification d'ordre public

Appliqué aux moyens pris d'erreurs de droit, résumés sous le cas d'ouverture de la violation des traités et des règles relatives à leur application, le principe de non-qualification d'ordre public est vaste. Le juge n'opère de distinction ni selon l'origine normative de la règle violée ni selon son importance au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Alors même qu'en 1954, la Cour de justice avait semblé envisager l'existence de moyens d'ordre public pris de la violation du traité CECA⁽⁴⁹⁾, cette possibilité fut

44. Trib. UE, ord., 6 mai 2005, *Kerelov c/ Commission*, aff. T-100/08 P, non publiée, pts 13-14 ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Commission c/ Strack*, aff. T-268/11 P, non publié, pt 24.

45. CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 28 ; CJUE, 20 mars 2014, *Rousse Industry c/ Commission*, aff. C-271/13 P, non publié, pt 18 ; CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel c/ Commission*, aff. C-84/13 P, non publié, pt 50 ; CJUE, 25 octobre 2017, *Commission c/ Italie*, aff. C-467/15 P, *Rec. num.*, pt 15.

46. TFP, 13 septembre 2011, *Behnke c/ Commission*, aff. F-68/10, non publié, pt 33 ; TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 90.

47. Voy. p. ex. : TPI, 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlæforening c/ Commission*, aff. T-61/89, *Rec.*, p. II-1931, pt 148 (violation de l'art. 85, § 3, CEE, devenu art. 105, § 3, TFUE) ; Trib. UE, 18 septembre 2014, *Holcim (Romania) c/ Commission*, aff. T-317/12, *Rec. num.*, pts 217-220 (violation du principe d'égalité de traitement).

48. Voy. p. ex. : TPI, 21 mars 2001, *Métropole télévision c/ Commission*, aff. T-206/99, *Rec.*, p. II-1057, pt 41 ; TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pts 126 et 192 ; TFP, 12 octobre 2010, *Wendler c/ Commission*, aff. F-49/09, non publié, pt 39.

49. CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 99. Face à un moyen tiré du défaut de consultation du comité consultatif dont la recevabilité était contestée par la Haute Autorité, « [l]a Cour estim[a] qu'il y a[vait] lieu d'examiner d'office ce moyen, attendu que s'il était reconnu fondé, une annulation d'office pour cause de violation

ultérieurement abandonnée. Le juge tend à maintenir au rang de moyens ordinaires des moyens pris de la violation de la « charte constitutionnelle de base »⁽⁵⁰⁾ que constituent les traités⁽⁵¹⁾. En effet, ont notamment pu être qualifiés d'ordinaires des moyens tirés de la violation des règles du droit de la concurrence⁽⁵²⁾ ou de celles se rapportant aux libertés de circulation⁽⁵³⁾.

La violation des principes généraux du droit forme également un moyen ordinaire⁽⁵⁴⁾. Même la violation des droits fondamentaux, dont le respect figure parmi les « principes constitutionnels du traité »⁽⁵⁵⁾, a pu être qualifiée de moyen ordinaire⁽⁵⁶⁾, toutes sources normatives confondues, Charte des

du Traité ou des formes substantielles serait justifiée ». La formulation n'est pas exempte d'ambiguïtés, comme cela a par ailleurs été relevé par la doctrine (D. RITLÉNG, *op. cit.*, spéc. p. 257). Le moyen en cause relevait clairement de la violation des formes substantielles.

50. CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 23.

51. Voy. en particulier la jurisprudence citée *supra*, note n° 45 du présent Chapitre.

52. Voy. explicitement : CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 29 (violation de l'art. 87, § 1, CE, devenu art. 107, § 1, TFUE) ; TPI, 21 mars 2001, *Métropole télévision c/ Commission*, aff. T-206/99, *Rec.*, p. II-1057, pt 41 (violation de l'art. 81 CE, devenu art. 101 TFUE) ; TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pts 126 et 192 (violation de l'art. 81 CE). Voy. implicitement : CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pts 54 et 62 (violation de l'art. 81, § 1, CE) ; CJUE, 11 septembre 2014, *MasterCard e.a. c/ Commission*, aff. C-382/12 P, *Rec. num.*, pt 155 (violation de l'art. 81, § 1, CE) ; TPI, 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlærförening c/ Commission*, aff. T-61/89, *Rec.*, p. II-1931, pt 148 (violation de l'art. 85, § 3, CE, devenu art. 105, § 3, TFUE).

53. Voy. explicitement : TFP, 12 octobre 2010, *Wendler c/ Commission*, aff. F-49/09, non publié, pt 39.

54. Voy. en ce sens : CJCE, 15 décembre 1961, *Fives Lille Cail e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Rec.*, p. 559, spéc. p. 589 (principe régissant la licéité du retrait d'actes administratifs) ; CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Langnese-Iglo c/ Commission*, aff. C-279/95 P, *Rec.*, p. I-5609, pts 53-56 (égalité de traitement) ; CJCE, 3 octobre 2000, *Industrie des poudres sphériques c/ Conseil*, aff. C-458/98 P, *Rec.*, p. I-8147, pts 74-75 (proportionnalité et confiance légitime) ; CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. I-5425, pts 164-166 (confiance légitime) ; TPI, 6 mars 2002, *Diputación Foral de Álava c/ Commission*, aff. jtes T-92/00 et T-103/00, *Rec.*, p. II-1385, pt 92 (égalité de traitement) ; TPI, 3 septembre 2009, *Cheminova e.a. c/ Commission*, aff. T-326/07, *Rec.*, p. I-2685, pt 153 (confiance légitime) ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Italie c/ Commission*, aff. T-384/14, *Rec. num.* (extraits), pts 37-39 (légalité, sécurité juridique et confiance légitime). Voy. également, s'agissant d'une violation du principe de protection de la confiance légitime dans un recours indemnitaire : CJCE, 1^{er} avril 1982, *Dürbeck c/ Commission*, aff. 11/81, *Rec.*, p. 1251, pts 13-14 ; CJCE, 6 décembre 1984, *Biovilac c/ CEE*, aff. 59/83, *Rec.*, p. 4057, pt 24. À la différence du juge, il semble en revanche que les chambres de recours de l'EUIPO sont autorisées à relever d'office une violation du principe de protection de la confiance légitime : TPI, 30 juin 2004, *GE Betz c/ OHMI*, aff. T-107/02, *Rec.*, p. II-1845, pt 81.

55. CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pt 285.

56. Voy. en ce sens : CJCE, 10 février 2009, *Irlande c/ Parlement et Conseil*, aff. C-301/06, *Rec.*, p. I-593, pt 57 ; TPI, 10 mars 1992, *SIV e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Rec.*, p. II-1403, pt 82 ; Trib. UE, 30 avril 2015, *Al-Chihabi c/ Conseil*, aff. T-593/11, *Rec. num.*, pts 90 et 96 ; TFP, 5 mars 2015, *Gyarmathy c/ FRA*, aff. F-97/13, non publié, pts 86-87.

droits fondamentaux, Convention européenne des droits de l'Homme, en tant que source indirecte, et principes généraux du droit. Ainsi, il n'appartient pas au juge de la fonction publique, dans le cadre d'un moyen tiré de la violation du principe d'égalité de traitement, de procéder lui-même à la recherche d'arguments permettant d'établir que la différence de traitement alléguée n'est pas objectivement justifiée ou est disproportionnée par rapport aux finalités de la réglementation en cause⁽⁵⁷⁾. Ne relèvent pas davantage de l'ordre public le contrôle de la proportionnalité au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁽⁵⁸⁾, ni la protection des données personnelles⁽⁵⁹⁾.

De même, ont été qualifiés d'ordinaires des moyens tirés de la méconnaissance de diverses dispositions du droit dérivé, qu'il s'agisse de dispositions de règlements⁽⁶⁰⁾, y compris du statut des fonctionnaires⁽⁶¹⁾, ou de directives⁽⁶²⁾, et des moyens ayant trait à l'applicabilité d'une disposition réglementaire et à la qualification juridique des faits à cet égard⁽⁶³⁾. N'est

Le point de savoir si une partie est titulaire de droits fondamentaux n'est pas d'ordre public non plus : concl. MINGOZZI sous CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 122.

57. Voy. en ce sens : TFP, ord., 11 décembre 2007, *Martin Bermejo c/ Commission*, aff. F-60/07, *RecFP*, pp. I-A-1-407 et II-A-1-2259, pt 57 ; TFP, ord., 11 décembre 2007, *Kolountzios c/ Commission*, aff. F-117/07, non publiée, pt 53 ; TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 75.

58. Voy. en ce sens : CJUE, 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-501/11 P, *Rec. num.*, pt 127.

59. Voy. en ce sens : Trib. UE, 22 septembre 2016, *Weissenfels c/ Parlement*, aff. T-684/15 P, non publié, pt 53.

60. CJUE, 18 octobre 2012, *Neuman et Galdeano del Sel c/ Baena Grup*, aff. jtes C-101/11 P et C-102/11 P, *Rec. num.*, pt 71 ; Trib. UE, 9 décembre 2010, *Tresplain Investments c/ OHMI*, aff. T-303/08, *Rec.*, p. II-5659, pt 171 ; Trib. UE, 11 décembre 2014, *Saint-Gobain Glass Deutschland c/ Commission*, aff. T-476/12, non publié, pt 37. Voy. également en ce sens : CJCE, 3 décembre 1992, *Olejicio Borelli c/ Commission*, aff. C-97/91, *Rec.*, p. I-6313, pts 16-19 ; Trib. UE, 13 janvier 2011, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c/ Commission*, aff. T-362/08, *Rec.*, p. II-11, pts 143-149.

61. Voy. explicitement : CJCE, 28 juin 1972, *Jamet c/ Commission*, aff. 37/71, *Rec.*, p. 483, pt 12 ; TPI, 13 février 2007, *Petralia c/ Commission*, aff. T-354/04, *RecFP*, pp. I-A-2-55 et II-A-2-381, pt 72. Voy. implicitement : CJCE, 19 mai 1983, *Verros c/ Parlement*, aff. 306/81, *Rec.*, p. 1755, pts 11-12 ; TPI, 16 mars 1993, *Blackman c/ Parlement*, aff. jtes T-33/89 et T-74/89, *Rec.*, p. II-249, pts 64-65. Il en va de même de la violation d'une disposition d'une annexe au statut des fonctionnaires : Trib. UE, 2 juillet 2010, *Lafili c/ Commission*, aff. T-485/08 P, non publié, pt 137.

62. CJUE, ord., 3 octobre 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. C-617/11 P, non publiée, pt 22.

63. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 38-40. *Adde*, s'agissant d'un moyen pris d'une erreur d'appréciation quant à la qualification d'une aide d'État en tant qu'aide au fonctionnement : TPI, 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco c/ Commission*, aff. jtes T-230/01, T-232/01 et T-267/01 à T-269/01, non publié, pt 87.

pas davantage d'ordre public un moyen tiré de la méconnaissance de dispositions internes aux institutions⁽⁶⁴⁾.

Il apparaît de la lecture combinée des formules génériques et des arrêts casuistiques que les moyens pris de la violation du droit matériel de l'Union européenne doivent, en principe, être qualifiés de moyens ordinaires. Cette nature ordinaire ne nous paraît pas remise en cause par la possibilité, pour le juge, de statuer sur la base de moyens « hypothétiques » lorsqu'il aborde une question de droit à la lumière d'une réinterprétation des arguments avancés par la partie intéressée⁽⁶⁵⁾. Il s'agit là, en effet, d'une simple technique rédactionnelle par laquelle le juge, en particulier de première instance, se prémunit contre un moyen de pourvoi pris d'une compréhension erronée ou incomplète de l'argumentation de la partie en cause⁽⁶⁶⁾.

La qualification de moyen ordinaire s'impose sans préjudice de la nature, de l'origine normative ou de la valeur, fût-elle fondamentale, de la norme violée au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle peut s'expliquer par l'aspect factuel qui est parfois inhérent aux analyses de tels moyens. Elle démontre le caractère strictement objectif du moyen d'ordre public qui n'est pas destiné à garantir les droits subjectifs du justiciable. De manière analogue, le juge tient pour ordinaires les moyens pris d'un détournement de pouvoir ou de procédure.

§ 2. – Les moyens pris d'un détournement de pouvoir ou de procédure

Illégalité intrinsèquement subjective, le détournement de pouvoir, dont le détournement de procédure constitue « une catégorie »⁽⁶⁷⁾, consiste pour l'auteur de l'acte à user de ses pouvoirs dans un but autre que celui en

64. Voy. s'agissant d'un grief pris de la violation des dispositions générales d'exécution (DGE) d'une disposition du statut des fonctionnaires : TFP, 14 septembre 2010, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. F-85/09, non publié, pt 65.

65. G. BEBR a décelé dans l'arrêt *Société métallurgique de Knutange c/ Haute Autorité* (CJCE, 12 février 1960, aff. jtes 15/59 et 29/59, *Rec.*, p. 11, spéc. p. 27) l'examen d'office d'une question de légalité interne : « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure (Rapport général) », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 77-120, spéc. pp. 87-88. La Cour de justice observa que, « même si » la requérante avait allégué une certaine argumentation, celle-ci n'aurait pu prospérer.

66. Voy. à cet égard notre contribution « Économies de procédure et motifs surabondants », in B. BERTRAND, L. COUTRON et P. IDOUX (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 185-238.

67. J. RIDEAU, *op. cit.*, spéc p. 880.

vue duquel ils lui ont été conférés⁽⁶⁸⁾. L'examen d'un moyen pris d'un tel détournement conduit le juge à opérer un contrôle des motifs poursuivis par l'auteur de l'acte⁽⁶⁹⁾. Ce sont, en dépit d'une certaine objectivisation du détournement de pouvoir⁽⁷⁰⁾ et de ses liens avec la notion de compétence⁽⁷¹⁾, cette nature subjective du moyen et la nature du contrôle juridictionnel qui fondent son caractère ordinaire.

Cette qualification, suggérée par un avocat général⁽⁷²⁾ et par la doctrine⁽⁷³⁾, est confirmée par une jurisprudence peu fournie, mais univoque. Dès 1956, la Cour de justice a considéré, en substance, qu'en l'absence d'invocation d'un détournement de pouvoir, il ne lui appartenait pas d'examiner cette

68. Voy. pour une définition générale : G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2016, 1101 p., spéc. p. 343. En droit du contentieux de l'Union européenne, selon une jurisprudence constante construite à partir de l'arrêt *Groupeement des hauts fourneaux et aciéries belges c/ Haute Autorité* (CJCE, 21 juin 1958, aff. 8/57, *Rec.*, p. 225, spéc. p. 255), « un acte n'est entaché de détournement de pouvoir que s'il apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été pris dans le but exclusif, ou à tout le moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées ou d'éluder une procédure spécialement prévue par le traité pour parer aux circonstances de l'espèce » (CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.*, p. I-11893, pt 75). Voy. à propos du détournement de pouvoir en droit communautaire (de l'Union européenne) et pour une approche comparée : F. SCHOCKWEILER, « La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire », *AJDA*, 1990, n° 6, pp. 435-443.

69. CJCE, 21 juin 1958, *Groupeement des hauts fourneaux et aciéries belges c/ Haute Autorité*, aff. 8/57, *Rec.*, p. 225, spéc. p. 243.

70. Cette objectivisation, dès l'arrêt *Fédéchar c/ Haute Autorité* (CJCE, 16 juillet 1956, aff. 8/55, *Rec.*, p. 291), s'est limitée au domaine du contentieux de la CECA, comme l'a démontré le professeur D. RITLÉNG (*op. cit.*, spéc. pp. 180-212).

71. Tout octroi de compétence poursuit un but qui « constitue à la fois le fondement et la limite de la compétence », celle-ci ne pouvant être exercée que dans le but en vue duquel elle a été conférée à son titulaire. Le contrôle du respect de cette finalité de la compétence se matérialise « grâce au cas d'ouverture du détournement de pouvoir » : V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p., spéc. pp. 80-81.

72. Concl. GAND sous CJCE, 13 mars 1968, *Beus*, aff. 5/67, *Rec.*, p. 125, spéc. p. 163.

73. Voy. en ce sens : J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 435 p., spéc. p. 54 ; H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Aufbau, Zuständigkeiten, Verfahren*, 2^e éd., Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1998, 316 p., spéc. p. 126 ; B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. p. 148. Voy. toutefois, pour une opinion moins tranchée qui n'exclut pas d'emblée toute qualification d'ordre public du détournement de pouvoir : B. BÖRNER, *Die Entscheidungen der Hohen Behörde. Eine Studie zum supranationalen Verwaltungsprozeß*, Tübingen, Mohr, 1965, 225 p., spéc. p. 155 ; W. GÜNTHER, *Die Präklusion neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1970, 149 p., spéc. p. 71 ; D. MÖLLER, *Die Klageänderung im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, thèse, Bonn, 1976, 229 p., spéc. pp. 76-85.

question⁽⁷⁴⁾. Son invocation par une partie est soumise aux conditions ordinaires de recevabilité. Des allégations prises de détournements de pouvoir ou de procédure sont, en effet, rejetées comme irrecevables pour cause de tardiveté⁽⁷⁵⁾ ou du fait de l'absence d'explications suffisantes⁽⁷⁶⁾. L'irrecevabilité n'est jamais comblée par un relevé d'office, ce qui induit la nature ordinaire de tels moyens. Plus explicitement, la Cour de justice a précisé, en 2009, que si le juge devait vérifier l'absence de détournement de pouvoir, il « n'[était] pas [pour autant] tenu de procéder d'office à ce contrôle »⁽⁷⁷⁾. Enfin, l'extension progressive de la formule issue de l'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France*⁽⁷⁸⁾, précité, et la mise en avant de la catégorie des moyens ordinaires relatifs à la légalité au fond sont susceptibles d'englober les moyens tirés d'un détournement de pouvoir ou de procédure⁽⁷⁹⁾.

Ce caractère ordinaire des moyens de fond tirés d'un détournement de pouvoir ou de procédure tranche avec la qualification d'ordre public accolée au détournement de procédure au stade de l'examen de la compétence du juge et de la recevabilité des recours⁽⁸⁰⁾. Le détournement de pouvoir ou

74. CJCE, 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54, *Rec.*, p. 53, spéc. p. 98.

75. Des exemples de rejet pour tardiveté de moyens pris d'un détournement de pouvoir peuvent être trouvés tant dans le recours en annulation (CJCE, 23 septembre 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK c/ Commission*, aff. 5/85, *Rec.*, p. 2585, pts 16-17 ; TPI, 12 juillet 2001, *Mattila c/ Conseil et Commission*, aff. T-204/99, *Rec.*, p. II-2265, pts 33-34) que dans le recours en carence (CJCE, ord., 17 mars 1987, *Ferriere San Carlo c/ Commission*, aff. 95/86, *Rec.*, p. 1413, pt 5).

76. Voy. p. ex. : Trib. UE, 25 novembre 2014, *Safa Nicu Sepahan c/ Conseil*, aff. T-384/11, *Rec. num.*, pt 31 (détournement de pouvoir) ; Trib. UE, 2 décembre 2014, *Italie c/ Commission*, aff. T-661/11, *Rec. num.*, pts 50-53 (détournement de procédure).

77. CJCE, 2 avril 2009, *Mebrom c/ Commission*, aff. C-373/07 P, non publié, pts 72-73.

78. CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67.

79. Voy. en particulier la définition large retenue par le Tribunal de la fonction publique (*supra*, note n° 46 du présent Chapitre).

80. Des considérations fondées sur le détournement de procédure entrent en ligne de compte à trois égards au niveau de la recevabilité. D'abord, la qualification d'ordre public des compétences du juge de l'Union européenne peut tendre à préserver ses compétences d'un éventuel détournement de procédure par les parties (voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 1. La garantie de la compétence de principe des juridictions nationales, pp. 72 et s.). Ensuite, l'« exception de détournement de procédure » du recours en indemnité ou l'« exception de forclusion » d'une exception d'illégalité sont qualifiées d'ordre public à l'instar du délai du recours en annulation (voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1, a, ii. L'extrapolation du caractère d'ordre public, pp. 111 et s.). Enfin, la qualification d'ordre public de la règle de concordance du recours en manquement a pu être indirectement rattachée à la prévention du détournement de procédure que commettrait la Cour de justice en examinant une réglementation étatique qui n'a pas fait l'objet d'une procédure précontentieuse (voy. *supra*, note n° 402 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle »).

de procédure constitue ainsi un moyen singulier au statut contentieux hybride qui prend, selon qu'il se rapporte à la compétence du juge et à la recevabilité d'un recours ou à son bien-fondé, une coloration d'ordre public ou une teinte ordinaire. Ce dédoublement de son statut contentieux, qui tend, de prime abord, à questionner l'assise de la qualification d'ordinaire du moyen de fond, s'explique néanmoins.

D'une part, la qualification d'ordre public du détournement de procédure au stade de la compétence du juge et de la recevabilité des recours dérive des finalités des règles en cause. Celles-ci, génératrices de moyens d'ordre public, permettent de dépasser l'obstacle constitué par la nature subjective du détournement de procédure. En revanche, au stade de l'examen du bien-fondé du recours, la nature subjective fait, en l'absence de telles considérations encourageant la qualification d'ordre public, échec à celle-ci.

D'autre part, le dédoublement du statut contentieux du détournement de pouvoir ou de procédure pourrait s'analyser comme une survivance du système contentieux de la CECA conforme à la logique de l'ordre public procédural. Selon cette logique, la qualification d'ordre public s'opère, au stade de la recevabilité, dans un sens négatif. Tandis que le juge tient pour d'ordre public les motifs d'irrecevabilité, il ne s'emploie guère à la recherche d'office des motifs de recevabilité⁽⁸¹⁾. Dans cette logique, seul le détournement de procédure causant l'irrecevabilité est d'ordre public. Or, dans le contentieux de la CECA, la recevabilité du recours en annulation formé par des requérants non privilégiés contre des actes de portée générale était conditionnée par l'allégation d'un détournement de pouvoir à leur égard⁽⁸²⁾. En l'absence d'une telle allégation, la Cour de justice déclarait le recours irrecevable⁽⁸³⁾, sans vérifier d'office l'existence d'un éventuel détournement de pouvoir. Il n'est pas exclu que l'ordinarité d'un détournement de pouvoir au stade de la recevabilité du recours se soit par la suite répercutée sur le moyen de fond tiré d'un détournement de pouvoir ou de procédure.

81. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1. La garantie de l'office du juge, de la sécurité juridique et de l'égalité des justiciables, fonction principale (pp. 102 et s.).

82. En vertu de l'article 33, § 2, du traité CECA, des entreprises ne pouvaient intenter de recours en annulation qu'à l'encontre « des décisions ou recommandations générales qu'elles estim[ai]ent entachées de détournement de pouvoir à leur égard » ou, selon la jurisprudence, d'une méconnaissance patente des dispositions du traité (CJCE, 12 février 1960, *Société métallurgique de Knutange c/ Haute Autorité*, aff. jtes 15/59 et 29/59, *Rec.*, p. 9, spéc. p. 28). Voy. sur les fonctions du détournement de pouvoir dans le contentieux de la CECA : Y. WEBER, « La preuve du détournement de pouvoir devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 3, pp. 507-552, spéc. pp. 509-513.

83. CJCE, 12 février 1960, *Société métallurgique de Knutange c/ Haute Autorité*, aff. jtes 15/59 et 29/59, *Rec.*, p. 9, spéc. p. 28.

Singulier, ce statut contentieux mixte du détournement de pouvoir et de procédure s'intègre ainsi dans la diversité propre à la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne. Sa qualification de moyen ordinaire s'inscrit pleinement dans le principe de non-qualification des moyens se rapportant peu ou prou à une fonction de garantie du droit substantiel. Ce principe, qui permet d'ailleurs d'expliquer l'absence de moyen d'ordre public de fond dans le recours en carence⁽⁸⁴⁾, illustre la nature intrinsèquement objective de l'ordre public et le refus corrélatif du juge de le subjectiviser. Le moyen d'ordre public est celui qui garantit une règle élaborée dans l'intérêt de la communauté des justiciables, non du justiciable partie au litige devant le juge. Les droits du justiciable requérant sont assurés, pour l'essentiel, par des moyens ordinaires qu'il lui appartient d'alléguer devant le juge.

Ce constat a été questionné. Ne serait-il pas temps de subjectiviser la notion de moyen d'ordre public au nom non seulement de la pleine et entière garantie objective de la légalité mais encore et surtout de la protection juridictionnelle effective du justiciable européen ? Le moyen d'ordre public ne peut-il pas servir de vecteur pour (re)mettre le justiciable au centre de la justice européenne et, ainsi, devenir un vecteur, le cas échéant indirect et lointain, de l'acceptabilité du projet européen par le citoyen ? L'ordre public procédural ne pourrait-il pas être complété d'un ordre public substantiel ? Plus modestement, le constat d'un certain décalage entre l'ordre public et le moyen d'ordre public pourrait justifier une évolution de cette dernière notion en matière de garantie du droit substantiel.

SOUS-SECTION 2. – DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC À CONSACRER :
UNE FONCTION AUTONOME DE GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL
À CONSTRUIRE

Fondé sur leur appartenance à la « légalité au fond » sans égard à la norme dont la violation est alléguée, le statut contentieux ordinaire des moyens se rapportant à la garantie du droit substantiel est, du fait de son automaticité, discutable. Il encourt en particulier le reproche de ne pas refléter les valeurs fondamentales de la construction européenne et de manquer de cohérence. Parsemée d'écueils, la jurisprudence insatisfaisante en la matière (§ 1) est appelée à évoluer (§ 2).

84. En effet, dans ce recours, les moyens se rapportant aux compétences et procédures, fréquemment tenus pour d'ordre public, n'ont guère de prise, à la différence des moyens se rapportant à la légalité au fond, voy. en particulier : S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 675 p., spéc. pp. 160 et s.

§ 1. – Une jurisprudence insatisfaisante

Critiquant la jurisprudence relative au statut contentieux des moyens de légalité interne, des auteurs ont mis en avant des incohérences apparentes de la protection juridictionnelle par le truchement d'une analyse systémique. Fondée sur une prémisse incorrecte, cette critique nous paraît exagérée voire erronée (A). La critique s'impose, néanmoins, en raison des décalages regrettables que la jurisprudence établit entre le moyen d'ordre public, d'un côté, et l'ordre public en tant que tel, de l'autre (B).

A. Une critique doctrinale fondée sur une prémisse incorrecte

Des auteurs allemands ont pu critiquer la quasi-absence de moyens d'ordre public de légalité interne tendant à la garantie du droit substantiel⁽⁸⁵⁾. Leur critique est fondée sur une analyse systémique des pouvoirs d'office du juge national quant à l'application du droit de l'Union européenne et de la notion de moyen d'ordre public devant le juge de l'Union. Leur critique ne saurait convaincre.

À partir des années 1990, la Cour de justice a été conduite à statuer sur le pouvoir, voire le devoir, du juge national de relever d'office la violation de règles du droit de l'Union européenne, telles que les règles du droit de la concurrence⁽⁸⁶⁾, de la liberté d'établissement⁽⁸⁷⁾, du droit de la consommation⁽⁸⁸⁾, de la fiscalité indirecte⁽⁸⁹⁾ ou encore du droit d'être entendu d'un demandeur d'asile⁽⁹⁰⁾. Des auteurs allemands ont déduit des premiers arrêts rendus par la Cour de justice dans ce contexte une obligation pour le juge national de soulever d'office des moyens pris de la violation du droit matériel de l'Union. Observant que des moyens analogues

85. Voy. en particulier : V. GÖTZ, « Verwaltungsrechtsschutz durch Entscheidung über einzelne schriftlich vorgebrachte Klagegründe – Zum Rechtsschutzmodell der europäischen Gerichtsbarkeit », in C.-E. EBERLE, M. IBLER et D. LORENZ (ed.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2002, pp. 69-79, spéc. p. 79 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 227-231. Adde, plus récemment sous forme d'interrogation : R. BARENTS, « EU Procedural Law and Effective Legal Protection », *CML Rev.*, 2014, pp. 1437-1462, spéc. pp. 1459-1460.

86. CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705, pts 13-14.

87. CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. I-4599, pt 21.

88. Voy. en particulier : CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, p. I-4941, pts 25-27 ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Rec.*, p. I-10875, pts 32-34 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*, p. I-10421, pt 38 ; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08, *Rec.*, p. I-4713, pt 32.

89. CJUE, 13 février 2014, *Maks Pen EOOD*, aff. C-18/13, *Rec. num.*, pt 34 ; CJUE, 26 avril 2017, *Farkas*, aff. C-564/15, *Rec. num.*, pt 35.

90. CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pts 30-31.

n'étaient pas qualifiés de moyens d'ordre public devant les juridictions de l'Union, ils se sont interrogés sur la cohérence de la jurisprudence⁽⁹¹⁾. En particulier, B. SACHS a reproché à la Cour de justice d'avoir consacré un « double standard » s'agissant de l'obligation du juge national et du juge européen de relever d'office des moyens de légalité interne⁽⁹²⁾.

L'approche systémique de ces auteurs est fondée sur la prémisse selon laquelle, *en vertu du droit de l'Union européenne*, la violation de ce droit doit, parfois, être relevée d'office par le juge national. Le juge de l'Union européenne n'étant pas, du fait de la non-qualification d'ordre public de la quasi-totalité des moyens de légalité interne, investi d'un pouvoir analogue, le droit matériel de l'Union européenne bénéficierait d'une protection moindre devant lui.

Cette approche systémique est, certes, parfois reflétée dans la jurisprudence. Le Tribunal de la fonction publique l'a adoptée pour justifier la qualification d'ordre public du moyen de légalité interne tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, en se référant, *inter alia*, à l'obligation du juge national « de relever d'office des moyens de légalité interne, notamment ceux tirés du caractère abusif d'une clause dans les contrats conclus par les consommateurs avec les professionnels »⁽⁹³⁾.

Toutefois, cette approche systémique pêche à nos yeux par approximation en ce qu'elle est fondée sur une comparaison de deux lignes de jurisprudence incomparables. En effet, la consécration de moyens d'ordre public constitue le reflet de l'importance de la norme violée ou de la mission du juge au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Or, de telles considérations sont étrangères à la jurisprudence de la Cour de justice relative au relevé d'office par le juge national, laquelle est fondée sur le principe d'autonomie procédurale et non sur la consécration, en vertu du droit de l'Union européenne, d'une notion de moyen d'ordre public qui s'imposerait d'office à ce juge. L'obligation éventuelle de ce dernier de procéder au relevé d'office du droit de l'Union se situe, tantôt dans le droit interne eu égard au principe d'équivalence, tantôt dans les circonstances spécifiques du cas d'espèce en raison du principe d'effectivité, tantôt dans une idée

91. V. GÖTZ (*op. cit.*, spéc. p. 79) déduit, un peu hâtivement, de l'arrêt *Peterbroeck*, précité, que la violation du droit communautaire (de l'Union européenne) constitue, devant le juge national, un moyen d'ordre public. Il s'interroge sur la pertinence de la non-qualification d'ordre public des moyens de légalité interne dans les recours directs portés devant le juge de l'Union.

92. B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 227-231.

93. TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 57 ; TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 38. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 1, a. Un moyen d'ordre public consacré par le Tribunal de la fonction publique (pp. 310 et s.).

d'effectivité renforcée de la protection du consommateur⁽⁹⁴⁾. De ce fait, la critique doctrinale ne peut être suivie.

En revanche, deux arrêts par lesquels la Cour de justice semble avoir consacré de véritables moyens d'ordre public autonomes tirés de la violation du droit européen de la concurrence⁽⁹⁵⁾ pourraient justifier une critique systémique de la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne. La portée de ces arrêts restés isolés doit toutefois être nuancée⁽⁹⁶⁾. En toute hypothèse, les points de critique résultant de ces deux arrêts rejoignent une critique nécessaire fondée sur les incohérences intrinsèques à la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne.

B. Une critique nécessaire

La définition des moyens d'ordre public tendant à la garantie du droit substantiel est entachée d'incohérences. D'une part, règne un certain décalage fonctionnel à défaut de coïncidence parfaite entre les fonctions des moyens d'ordre public et les moyens d'ordre public en tant que tels (1). D'autre part, peut être regretté un décalage notionnel certain entre ces derniers et les règles qualifiées d'ordre public (2).

1) Un certain décalage fonctionnel

L'analyse des moyens d'ordre public à fonction procédurale a permis de dégager des valeurs essentielles de l'ordre juridique de l'Union européenne dont la sauvegarde justifie le recours à l'ordre public. L'affiliation d'une norme à la protection de l'une de ces valeurs constitue un indice de son caractère d'ordre public. Cependant, il n'y a aucune corrélation nécessaire ni systématique entre la garantie de ces valeurs et les règles dont la violation est constitutive de moyens d'ordre public. En cela, la conception du moyen d'ordre public du contentieux de l'Union est empreinte de certains décalages.

94. Voy. à cet égard nos explications figurant dans l'introduction.

95. « [L]es articles 81 CE et 82 CE [art. 101 et 102 TFUE] constituent des dispositions d'ordre public qui doivent être appliquées d'office par les juridictions nationales » : CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, p. I-6619, pt 31. Voy. pour une reprise : CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.*, p. I-4529, pt 49.

96. Le principe énoncé dans l'arrêt *Manfredi*, précité, repose sur l'arrêt *Eco Swiss* (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97, *Rec.*, p. I-3055, pts 39-40). Or, dans ce dernier arrêt, la Cour de justice ne s'est nullement prononcée sur l'obligation pour le juge national de relever d'office la violation du droit de la concurrence. Voy. à cet égard notre contribution « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national », *ADUE*, 2012, pp. 215-242, spéc. pp. 229-234.

Ainsi, la sécurité juridique forme, en tant qu'« exigence fondamentale »⁽⁹⁷⁾ de l'ordre juridique, l'une des fonctions phares du moyen d'ordre public à fonction procédurale⁽⁹⁸⁾. Corrélativement, la sécurité juridique est un principe général du droit dont la violation peut être alléguée dans le cadre du contrôle de légalité. Le moyen de légalité interne pris de la violation de ce principe forme un moyen ordinaire⁽⁹⁹⁾. Or, la cohérence de la notion de moyen d'ordre public et la coïncidence entre les valeurs justifiant le recours à l'ordre public et cette notion auraient milité en faveur de sa qualification comme moyen d'ordre public.

Ensuite, il ressort de la jurisprudence que la violation des droits fondamentaux procéduraux peut être constitutive de moyens d'ordre public. Il en va ainsi en particulier de la violation des droits procéduraux d'un État membre et de la méconnaissance des droits de la défense d'un fonctionnaire. En revanche, la violation des droits fondamentaux substantiels n'est pas constitutive de moyens d'ordre public. Ce décalage fonctionnel peut néanmoins s'expliquer. La qualification d'ordre public desdits droits procéduraux n'est pas fondée sur leur affiliation aux droits fondamentaux. Elle découle du rôle joué par les États membres dans les procédures en cause et de la situation particulière du fonctionnaire vis-à-vis de sa hiérarchie⁽¹⁰⁰⁾.

Enfin, la garantie objective de la bonne administration constitue une fonction inhérente à certains moyens d'ordre public, telle que notamment la violation de l'obligation de motivation⁽¹⁰¹⁾. Pour sa part, le moyen de légalité

97. CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pt 30.

98. Voy. notamment les fins de non-recevoir d'ordre public se rapportant aux délais de forclusion et à l'autorité de la chose jugée (voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A. La garantie de la sécurité juridique et de l'accès égal au juge, pp. 103 et s.). Voy. également le moyen d'ordre public pris de l'absence d'authentification d'un acte décisionnel (voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 1. Des moyens d'ordre public principalement destinés à la garantie de l'équilibre institutionnel, pp. 219 et s.).

99. En effet, ce moyen de légalité n'a, à notre connaissance, jamais encore été qualifié de moyen d'ordre public. Au contraire, il a pu être soumis aux règles ordinaires de recevabilité des moyens (voy. p. ex. : CJUE, ord., 23 mars 2011, *Estonie c/ Commission*, aff. C-535/09 P, non publié, pts 75-76 ; Trib. UE, 19 mai 2010, *Tay Za c/ Conseil*, aff. T-181/08, *Rec.*, p. II-1965, pts 186-187 ; Trib. UE, 28 avril 2017, *Azoulay e.a. c/ Parlement*, aff. T-580/16 P, *Rec. num.*, pts 47-48 ; TFP, 7 novembre 2013, *Cortivo c/ Parlement*, aff. F-52/12, non publié, pt 81), ce qui augure de son caractère ordinaire.

100. À propos de ces questions, voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 1, A. La garantie du droit d'être entendu des États membres, moyens en principe d'ordre public (pp. 236 et s.), et B, 2. Un moyen d'ordre public propre au contentieux de la fonction publique (pp. 243 et s.).

101. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, A. La violation de l'obligation de motivation (pp. 209 et s.).

pris de la violation de ce principe ne semble pas relever de l'ordre public pour autant⁽¹⁰²⁾. Cette dernière affirmation doit toutefois être nuancée. D'une part, le principe de bonne administration ne confère pas, par lui-même, de droits au justiciable, sauf lorsqu'il constitue l'expression de droits spécifiques⁽¹⁰³⁾. Ces droits sont liés à la régularité procédurale⁽¹⁰⁴⁾. D'autre part, la bonne administration, qui reflète des considérations tant objectives que subjectives, ne donne lieu à des moyens d'ordre public que lorsqu'est en cause son volet objectif. La différence de traitement peut, partant, s'expliquer au regard de la nature principalement objective ou essentiellement subjective du droit spécifiquement en cause⁽¹⁰⁵⁾.

L'impression d'un certain décalage fonctionnel inhérent à la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne est ainsi trompeuse. Ce décalage apparent, regrettable certes, s'explique souvent à l'aide de distinctions subtiles au sein d'un ensemble de normes susceptibles de répondre à un même objectif générique. Il apparaît que le juge de l'Union européenne retient au stade de la garantie du droit substantiel une interprétation restrictive de la notion de moyen d'ordre public. Celle-ci génère toutefois un décalage notionnel certain entre l'ordre public en tant que tel et le moyen d'ordre public.

2) Un décalage notionnel certain

La qualification d'ordre public de certaines règles de droit exprime la place fondamentale que ces règles occupent au sein de l'ordre juridique de l'Union. Leur caractère fondamental et impératif appellerait la qualification

102. H. G. SCHERMERS et D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, spéc. p. 123. Cette affirmation est fondée sur une lecture, à nos yeux trop extensive, de l'ordonnance *SGA c/ Commission* (CJCE, ord., 13 décembre 2000, aff. C-39/00 P, *Rec.*, p. I-11201, pt 45). En effet, plutôt que d'exclure toute qualification d'ordre public des moyens susceptibles de se rattacher à la violation du principe de bonne administration, la Cour de justice s'est contentée de valider l'absence de relevé d'office par le Tribunal, dans les circonstances de l'affaire, d'une violation du délai raisonnable de la procédure administrative. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 1. La durée des procédures administratives (pp. 246 et s.).

103. Voy. dans le cadre d'un recours en annulation : TPI, 4 octobre 2006, *Tillack c/ Commission*, aff. T-193/04, *Rec.*, p. II-3995, pt 127. Voy. dans le contexte d'un recours en responsabilité extra-contractuelle : TPI, 13 novembre 2008, *SPM c/ Conseil et Commission*, aff. T-128/05, non publié, pt 127.

104. Le principe de bonne administration regroupe, comme cela ressort de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable, le droit d'être entendu, le droit d'accès au dossier ainsi que la motivation des décisions.

105. Rappelons à titre d'exemple la nature d'ordre public de la violation de l'obligation de motivation en ce que la motivation tend à permettre le contrôle juridictionnel de l'acte.

d'ordre public de tout moyen pris de leur violation⁽¹⁰⁶⁾. Or, la qualification d'ordre public d'une règle de droit n'induit pas la qualification symétrique du moyen pris de sa violation⁽¹⁰⁷⁾.

Ce décalage apparaît de manière saisissante au regard des règles du droit européen de la concurrence. Qualifiées d'ordre public⁽¹⁰⁸⁾, ces règles sont impératives à l'égard tant des entreprises⁽¹⁰⁹⁾ que du juge national⁽¹¹⁰⁾. En revanche, devant le juge de l'Union européenne, les moyens pris de leur violation sont ordinaires⁽¹¹¹⁾. L'ordre public économique est ainsi partiel. Ses règles s'imposent de manière impérative aux entreprises et aux juridictions nationales, mais pas, en l'absence de moyen d'ordre public, au juge de l'Union européenne. Une telle dualité paraît peu compatible avec la nature d'ordre public des règles en cause.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il nous semble que ce décalage trouve d'autres illustrations, parfois plus implicites, dans les domaines des droits fondamentaux et des libertés fondamentales. Ainsi, l'importance qu'occupent les droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, Union de droit, n'est plus à démontrer. Le respect de ces droits, « valeurs

106. Ainsi, R. LECOURT (*L'Europe des juges*, réimpr. de l'ouvrage publié chez Bruylant en 1976, Bruxelles, Bruylant, 2008, 321 p., spéc. pp. 246-247) a insisté sur le fait que, « [c]omme pour toute règle fondamentale rien ne prévaut [...] contre elle. Elle s'impose de plein droit et toute exception doit être clairement prévue et d'interprétation stricte. En outre, le juge exerce un contrôle d'office lorsqu'il est placé devant une exigence aussi fondamentale. Rien d'autre part ne peut dispenser des conséquences d'une obligation essentielle ou d'ordre public. [...] L'ordre public communautaire s'impose donc d'office à toutes les juridictions qu'elles soient nationales ou communautaires. »

107. « On sait combien les relations causales entre moyens d'ordre public et ordre public sont habituellement décrites comme ambiguës ; une difficulté qu'accroissent les hésitations qui entourent, en droit communautaire, le recours au concept d'ordre public » : R. MEHDI, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119, spéc. p. 108.

108. TPI, 27 octobre 1994, *Fiatagri et New Holland Ford c/ Commission*, aff. T-34/92, *Rec.*, p. II-905, pt 39 (art. 85, § 1, CEE) ; TPI, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.*, p. II-3929, pts 174 et 241 (art. 86 CE) ; Trib. UE, 3 mars 2011, *Areva e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-117/07 et T-121/07, *Rec.*, p. II-633, pt 229 (art. 81 CE et art. 53 EEE).

109. Voy. en ce sens : TPI, 27 octobre 1994, *Fiatagri et New Holland Ford c/ Commission*, aff. T-34/92, *Rec.*, p. II-905, pt 39 ; TPI, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.*, p. II-3929, pts 174 et 241.

110. Ce juge doit appliquer d'office les articles 101 et 102 TFUE : CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, p. I-6619, pt 31 ; CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.*, p. I-4529, pt 49.

111. Voy. la jurisprudence citée *supra*, note n° 52 du présent Chapitre.

fondatrices »⁽¹¹²⁾ de l'Union, revêt une importance constitutionnelle⁽¹¹³⁾ qui justifierait, aujourd'hui, leur qualification de règles d'ordre public dont la violation serait constitutive de moyen d'ordre public⁽¹¹⁴⁾. La notion d'ordre public européen tel que dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme pourrait le cas échéant servir de modèle ou de source d'inspiration⁽¹¹⁵⁾ en dépit de « la dissymétrie congénitale qui subsiste entre les ordres publics de la Convention et des traités UE »⁽¹¹⁶⁾. Or, ainsi que cela a déjà été relevé, sauf rattachement des droits fondamentaux aux règles procédurales, leur violation est constitutive, à l'heure actuelle, de moyens ordinaires.

Une image analogue doit être dressée des moyens pris de la violation des libertés de circulation. Fussent-elles qualifiées de « dispositions impératives du traité » auxquelles « en aucun cas, des conventions entre particuliers ne sauraient déroger »⁽¹¹⁷⁾, leur impérativité est mise à mal par l'absence de pouvoir du juge européen d'assurer d'office leur respect à titre de moyen d'ordre public⁽¹¹⁸⁾.

112. R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p., spéc. p. 414. Voy. déjà à propos des principes fondateurs de l'Union européenne : J. MOLINIER, « D'un traité l'autre : les principes fondateurs de l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 439-455.

113. Le respect des droits fondamentaux relève des « principes constitutionnels du traité » : CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pt 285.

114. Voy. à propos de l'émergence d'un ordre public démocratique et des droits de l'homme : A. BERRAMDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », in *Territoires & liberté, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 157-198, spéc. pp. 178-197. Voy. en faveur d'une qualification d'ordre public des moyens pris de la violation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : R. BARENTS, *op. cit.*, spéc. p. 1460.

115. Voy. à ce propos en particulier : F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39-80. Cet ordre public n'inclut pas tous les droits protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais seulement ceux constitutifs de la société démocratique (pp. 53-58). *Adde* : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *CDE*, 2000, n^{os} 5-6, pp. 657-718 ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001, 426 p. ; C. PICHERAL, « L'ordre public dans les droits européens », in Ch.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éd. Cujas, 2013, pp. 103-115.

116. C. PICHERAL, « L'ordre public dans les droits européens », *op. cit.*, spéc. p. 105.

117. Voy. à propos de la libre circulation des marchandises : CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. 58/80, *Rec.*, p. 181, pt 17.

118. La question est toutefois, sans doute, moins prégnante que pour le droit de la concurrence et les droits fondamentaux, qui paraissent plus présents dans les procédures contentieuses devant les juridictions de l'Union européenne que ne le sont les libertés de circuler.

Ces discordances dans la définition du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne appellent une évolution jurisprudentielle.

§ 2. – Une jurisprudence appelée à évoluer

Les décalages entre l'ordre public et les moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne interpellent. Dès lors que la Cour de justice paraît désormais envisager elle-même l'existence d'exceptions au principe de non-qualification d'ordre public des moyens tendant à la garantie du droit substantiel⁽¹¹⁹⁾, une évolution peut être envisagée. Si une telle évolution de la jurisprudence paraît souhaitable d'un point de vue théorique (A), elle est peu probable d'un point de vue pratique (B).

A. Une évolution souhaitable d'un point de vue théorique

L'analyse des insuffisances de la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne a permis d'identifier des catégories de normes fondamentales dont la violation pourrait, voire devrait être constitutive de moyens d'ordre public. Il s'agit, en particulier et sans préjudice d'autres dispositions fondamentales du droit de l'Union, du droit européen de la concurrence, des droits fondamentaux et des libertés fondamentales. S'inscrivant au cœur même de la construction européenne, en ses volets économiques et citoyens, ces normes visent par définition à servir un objectif fondamental de l'ordre juridique de l'Union européenne et jouent un rôle significatif dans sa réalisation. Elles sont fixées dans l'intérêt de la société en général et non pas seulement dans celui des personnes directement concernées⁽¹²⁰⁾. Leur qualification d'ordre public permettrait

119. Corrélativement à son extension progressive à tout moyen relevant de la légalité au fond, le principe issu de l'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France* (CJCE, 2 avril 1998, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719), a été tempéré. Aussi la Cour de justice a-t-elle précisé qu'« un moyen portant sur la légalité au fond de la décision litigieuse, qui relève de la violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, au sens de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE, ne peut *en principe* être examiné par le juge de l'Union que s'il est invoqué par le requérant » : CJUE, 20 mars 2014, *Rousse Industry c/ Commission*, aff. C-271/13 P, non publié, pt 18 (nous soulignons). Notons toutefois qu'à notre connaissance, la Cour de justice n'a encore jamais consacré d'exception à ce principe. Voy. pour une reprise par le Tribunal : Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*, pt 85.

120. En dépit de la nature *prima facie* subjective des droits fondamentaux, ceux-ci s'inscrivent, dans une Union de droit, dans une exigence fondamentale et objective dont la garantie s'inscrit dans l'intérêt général. Or, la référence à l'Union de droit est parfois mobilisée aux fins de mettre en exergue l'importance de certaines règles de forme dont la violation doit être censurée d'office (voy. à propos du délai légal de prescription pour l'adoption d'actes par la Commission : CJUE, 21 septembre 2016, *Commission c/ Espagne*, aff. C-139/15 P, *Rec.*

de rendre les règles contentieuses plus protectrices du droit matériel mais aussi du justiciable.

Une telle qualification d'ordre public, appelée de leurs vœux par des auteurs⁽¹²¹⁾ et des avocats généraux⁽¹²²⁾, pourrait le cas échéant être limitée. D'une part, elle pourrait être cantonnée aux seules exigences qu'énoncent, dans les domaines identifiés, les dispositions de droit primaire⁽¹²³⁾, sans que cette qualification doive être étendue aux obligations issues des nombreux actes de droit dérivé adoptés dans ces domaines. D'autre part, le champ de la qualification d'ordre public devrait être limité au contrôle des actes des institutions européennes. En effet, compte tenu de la stricte interprétation de la règle de concordance dans le cadre de la procédure en manquement⁽¹²⁴⁾, il est très peu probable que la Cour de justice, même à supposer qu'elle consacre les moyens d'ordre public en cause, les transpose à cette procédure.

Par ailleurs, le fait que l'ordre public ou l'intérêt public sont susceptibles de justifier des limitations aux droits ou aux libertés ne devrait pas s'opposer à une possibilité de qualifier, dans certaines circonstances, ces droits ou libertés eux-mêmes comme étant d'ordre public⁽¹²⁵⁾. Les rapports entre ces droits et libertés, d'un côté, et l'ordre public, de l'autre, seraient ainsi ambivalents.

D'un point de vue théorique, la qualification d'ordre public de moyens pris de la violation des dispositions de droit primaire relatives au droit

num., pt 117 ; CJUE, 21 septembre 2016, *Commission c/ Espagne*, aff. C-140/15 P, *Rec. num.*, pt 117). *Adde*, à propos de la fonction objective des droits fondamentaux : M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, n° 3, pp. 401-424 ; C. PICHÉRAL, *L'ordre public européen...*, *op. cit.*, spéc. pp. 233-234 ; F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 207-230, spéc. pp. 212 et s.

121. Voy. à propos de la violation des droits fondamentaux : H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *op. cit.*, spéc. pp. 126-127 ; U. FASSETT-ROMMÉ, *Parteiherrschaft im Verfahren vor dem EuGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 181 p., spéc. p. 93.

122. Voy. à propos du droit européen de la concurrence et des droits fondamentaux : concl. JACOBS sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 137.

123. Traité FUE et Charte des droits fondamentaux.

124. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, B, 2. L'interdiction des griefs nouveaux (pp. 158 et s.).

125. S'agissant de l'ordre public du droit public français, É. PICARD a ainsi relevé que si « l'ordre public contribue à fixer les limites des droits fondamentaux [...] il apparaît même que des droits fondamentaux peuvent être d'ordre public » : « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-61, spéc. p. 38 et, plus largement, pp. 38-39 et 47-51.

européen de la concurrence, aux libertés de circulation ainsi qu'aux droits fondamentaux s'impose. Des obstacles pratiques rendent cette reconnaissance cependant peu probable.

B. Une évolution peu probable d'un point de vue pratique

La qualification d'ordre public d'un moyen va de pair avec un régime contentieux d'exception et, en particulier, son relevé d'office par le juge⁽¹²⁶⁾. Or, le relevé d'office de moyens tirés de la violation du droit européen de la concurrence, des libertés fondamentales et des droits fondamentaux risque de se heurter à des difficultés pratiques.

À la différence, en effet, de l'analyse des moyens d'ordre public « classiques » qui se rapportent aux formes, l'examen d'éventuels moyens d'ordre public tirés de la violation de telles normes requerra souvent des appréciations factuelles complexes. Les difficultés sont exacerbées dans le domaine du droit européen de la concurrence, lorsque le juge est saisi de dossiers factuellement lourds et amené à examiner des décisions particulièrement longues. Il peut alors paraître excessif de lui demander de passer, d'office, au crible la qualification d'une infraction au droit européen de la concurrence commise par la ou les parties requérantes. Ce constat s'impose d'autant plus qu'un examen complet ne pourrait en toute hypothèse être réalisé qu'en cas de transmission de la totalité du dossier de la Commission au Tribunal. Or, un tel examen dépasserait non seulement les capacités matérielles de ce dernier mais encore les exigences raisonnables du contrôle de légalité⁽¹²⁷⁾.

Ces difficultés pratiques pourraient certes être surmontées soit grâce à une restriction de la qualification d'ordre public de tels moyens par un critère qualitatif⁽¹²⁸⁾ soit grâce à une adaptation du régime des moyens

126. Voy. à ce dernier titre, Partie 2, Titre 1. Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, dérogation à la passivité du juge (pp. 431 et s.).

127. Le Tribunal a pu juger, lors de l'examen d'une opposition formée contre des arrêts rendus par défaut, qu'« il [ne lui] appartient pas [...] de se substituer à la Commission et d'examiner d'office si, en l'espèce, il existe des éléments permettant d'établir l'existence d'un accord sur le principe de l'exclusion de la gratuité des services de change d'espèce » et qui serait le cas échéant contraire à l'article 81 CE (art. 101 TFUE) : TPI, 27 septembre 2006, *Dresdner Bank c/ Commission*, aff. jtes T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, *Rec.*, p. II-3567, pt 80. La portée de cette affirmation doit toutefois être nuancée, en ce qu'elle intervenait à titre surabondant et après constat, par le Tribunal, de ce que la décision litigieuse ne faisait état d'aucun motif justifiant l'existence d'un tel accord.

128. En ce sens, il serait envisageable, à l'instar de l'étendue de la qualification d'ordre public des conditions de recevabilité, de ne tenir pour d'ordre public que la qualification d'une violation des règles susvisées du droit matériel de l'Union européenne, sans que l'existence d'éventuelles justifications tombe dans le champ de la qualification d'ordre public.

d'ordre public⁽¹²⁹⁾. Au demeurant, l'activisme dont la Cour de justice fait preuve dans le cadre de la procédure préjudicielle illustre sa capacité à statuer d'office sur des questions de droit matériel. Aussi n'a-t-elle pas hésité à examiner d'office un moyen d'invalidité pris de la violation du droit substantiel⁽¹³⁰⁾ ou à déterminer d'office les dispositions pertinentes et applicables dont l'interprétation serait utile à la juridiction de renvoi⁽¹³¹⁾.

Néanmoins, les difficultés pratiques susvisées rendent peu probable une évolution jurisprudentielle en ce sens. Il faut conclure qu'au stade actuel de la jurisprudence, tout moyen de légalité tendant exclusivement à la garantie du droit substantiel est par principe un moyen ordinaire. Si des évolutions jurisprudentielles sont souhaitables, elles sont peu probables en pratique. En revanche, il apparaît que, combinée à des objectifs impérieux de légalité, la garantie du droit substantiel devient, par exception, génératrice de moyens d'ordre public.

129. Cet ajustement pourrait s'opérer sur la base du troisième critère avancé par l'avocat général JACOBS et tiré de la gravité du vice (concl. sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 143). Ainsi, ne devrait être relevée d'office à titre de moyen d'ordre public qu'une violation grave des normes matérielles susvisées. De surcroît, le champ du relevé d'office pourrait, d'une part, être subordonné à l'existence d'indices d'une méconnaissance desdites normes matérielles contenus dans le dossier et, d'autre part, être limité en son champ matériel aux seuls passages des actes litigieux qui font effectivement l'objet de débats entre les parties. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2. L'encadrement de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 509 et s.).

130. Voy. en particulier : CJCE, 3 février 1977, *Strehl*, aff. 62/76, *Rec.*, p. 211, pts 10-18 (violation des art. 48 et 51 CEE).

131. Voy. en ce sens, *inter alia* : CJCE, 27 mars 1990, *Bagli Pennacchiotti*, aff. C-315/88, *Rec.*, p. I-1323, pts 9-11 ; CJCE, 16 juillet 1992, *État belge c/ Belovo*, aff. C-187/91, *Rec.*, p. I-4937, pts 11-13 ; CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pts 6-10 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. I-4165, pts 20-28 ; CJCE, 27 juin 1996, *Asscher*, aff. C-107/94, *Rec.*, p. I-3089, pts 24-28 ; CJCE, 25 juin 1997, *Mora Romero*, aff. C-131/96, *Rec.*, p. I-3659, pts 13, 20 et 26 ; CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8121, pts 38-40 ; CJCE, 7 novembre 2002, *Bourrasse et Perchicot*, aff. jtes C-228/01 et C-289/01, *Rec.*, p. I-10213, pts 28-33 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Lindfors*, aff. C-365/02, *Rec.*, p. I-7183, pts 27-36 ; CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, *Rec.*, p. I-7573, pts 38-46 ; CJCE, 27 novembre 2008, *Metherma*, aff. C-403/07, *Rec.*, p. I-8921, pts 38-40 ; CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler*, aff. C-544/07, *Rec.*, p. I-3389, pts 50-59 ; CJCE, 27 octobre 2009, *ČEZ*, aff. C-115/08, *Rec.*, p. I-10265, pts 70 et 86 ; CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.*, p. I-1177, pts 39-40 ; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *Rec.*, p. I-3375, pts 24 et 26 ; CJUE, 12 décembre 2013, *Imfeld et Garcet*, aff. C-303/12, *Rec. num.*, pts 35-39.

SECTION 2. – LA GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL CONJUGUÉE
À DES OBJECTIFS IMPÉRIEUX DE LÉGALITÉ, GÉNÉRATRICE DE MOYENS
D'ORDRE PUBLIC

Couplée à des objectifs impérieux de garantie de la légalité et de facilitation et d'efficacité de la mission du juge, la garantie du droit

BRUYLANT

substantiel bénéficie par ricochet d'un statut d'ordre public. La qualification d'ordre public n'est aucunement justifiée par la nature ou par l'importance de la règle matérielle violée et peut embrasser des moyens sanctionnant tant la violation de règles matérielles que celle de règles de compétence ou de procédure.

L'analyse de la jurisprudence révèle à cet égard deux catégories de moyens d'ordre public. D'une part, ce caractère d'ordre public peut être dérivé de la gravité de l'illégalité commise par l'auteur de l'acte. C'est le cas de la théorie de l'inexistence juridique (Sous-section 1). D'autre part, ce caractère d'ordre public peut être dérivé des impératifs du contrôle juridictionnel et, plus spécifiquement, de la légalité des décisions de justice. Potentiellement puissant car susceptible d'embrasser peu ou prou tout moyen de légalité, ce dernier vecteur de qualification d'ordre public est utilisé de manière très exceptionnelle et parfois ambivalente (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DÉRIVÉS DE LA GRAVITÉ DE L'ILLÉGALITÉ : LA THÉORIE DE L'INEXISTENCE

Ambivalente et singulière, l'inexistence juridique d'un acte soumis au contrôle du juge est une fiction⁽¹³²⁾. Elle est constatée lorsque l'acte, matériellement existant, est entaché de vices tels qu'il ne peut être considéré comme ayant été valablement formé et qu'il ne peut avoir produit le moindre effet. Grave et soumis à un régime très particulier, le constat de l'inexistence juridique d'un acte est exceptionnel mais peut être opéré à tout moment par le juge. Les spécificités procédurales et conditions de l'inexistence augurent de son statut contentieux singulier (§ 1). Celui-ci ressort toutefois de manière parfois ambiguë de la jurisprudence. Si le principe d'une qualification d'ordre public ne fait guère de doute, son étendue doit être précisée (§ 2).

§ 1. – Les prémisses de la qualification d'ordre public

La théorie de l'inexistence a très tôt fait son entrée dans la jurisprudence de la Cour de justice⁽¹³³⁾. Elle s'appuie aujourd'hui sur une construction

132. M. VAN EMPEL, « L'acte public inexistant et le droit communautaire », *CDE*, 1971, n° 3, pp. 251-283, spéc. p. 261.

133. CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spéc. p. 122 ; CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/54 et 14/57, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 219-220 ; CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 12-13 ; CJCE, 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff. 15/85, *Rec.*, p. 1005, pt 10.

théorique et jurisprudentielle solide qui fait apparaître sa nature fonctionnelle et fonde sa qualification d'ordre public (A). Sur un plan pratique, cette qualification peut être déduite des critères auxquels est subordonné le constat d'inexistence (B).

A. *Les prémisses théoriques : l'inexistence comme notion fonctionnelle*

Située au croisement de « deux exigences fondamentales, mais parfois antagonistes, auxquelles doit satisfaire un ordre juridique, à savoir la stabilité des relations juridiques et le respect de la légalité »⁽¹³⁴⁾, l'inexistence juridique est soumise à un régime et à des conditions très particuliers. Elle forme une exception à la présomption de légalité des actes de l'Union européenne⁽¹³⁵⁾. Entaché de vices intolérables pour l'ordre juridique, l'acte est réputé n'avoir jamais été valablement formé et n'avoir produit aucun effet juridique. Appuyée sur le principe de légalité, la théorie de l'inexistence se présente alors comme une entorse à la sécurité juridique. Corrélativement, cette dernière impose, du fait de la gravité de ses conséquences, de limiter le constat d'inexistence à des hypothèses exceptionnelles, caractérisées par des vices d'une particulière gravité⁽¹³⁶⁾.

Ainsi conçue, la théorie de l'inexistence comporte naturellement les germes d'un régime contentieux particulier. L'inexistence peut être constatée en dehors des conditions ordinaires de recevabilité. Elle « permet au juge d'échapper dans des cas exceptionnels aux règles ordinaires du droit administratif, lorsque celles-ci ne permettent pas d'arriver aux résultats

134. CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pt 49 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 85 ; CJCE, 8 juillet 1999, *ICI c/ Commission*, aff. C-200/92 P, *Rec.*, p. I-4399, pt 70 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pt 70 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Shell c/ Commission*, aff. C-234/92 P, *Rec.*, p. I-4501, pt 56 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539, pt 97 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Chemie Linz c/ Commission*, aff. C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, pt 94. Voy., s'agissant des relations ambivalentes entre le principe de légalité et le principe de sécurité juridique dans le contexte de la théorie de l'inexistence : M. VAN EMPEL, *op. cit.*, spéc. pp. 260-268.

135. Tout acte de l'Union européenne est présumé valable tant qu'il n'a pas été annulé ou invalidé par le juge ou retiré par son auteur. Voy. déjà : CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spéc. p. 122.

136. Voy. les arrêts de la Cour de justice cités *supra* (note n° 134 du présent Chapitre) : *Commission c/ BASF e.a.*, pts 48-50 ; *Hüls c/ Commission*, pts 84-86 ; *ICI c/ Commission*, pts 69-71 ; *Hoechst c/ Commission*, pts 70 et 76 ; *Shell c/ Commission*, pts 55-57 ; *Montecatini c/ Commission*, pts 96-98 ; *Chemie Linz c/ Commission*, pts 93-95.

qu'il recherche »⁽¹³⁷⁾. Elle constitue, en cela, une notion fonctionnelle⁽¹³⁸⁾. Sa nature fonctionnelle explique le recours restrictif à cette théorie, le juge préférant, lorsque cela est possible, statuer dans le respect des conditions ordinaires dans lesquelles il remplit son office⁽¹³⁹⁾. L'inexistence juridique de l'acte contesté conduit à l'irrecevabilité de la contestation⁽¹⁴⁰⁾. Son affiliation à la recevabilité de la demande ainsi que son régime dérogatoire augurent de son statut d'ordre public qui se reflète dans les critères matériels de l'inexistence.

B. Les prémisses pratiques : les critères de l'inexistence

Initialement, la Cour de justice semblait lier l'inexistence juridique à certaines formes d'illégalité, telles qu'un défaut de motivation⁽¹⁴¹⁾ ou une incompétence absolue de la Communauté⁽¹⁴²⁾. Parallèlement, la Cour semblait exclure qu'un acte pris par l'autorité compétente dans le respect des règles de procédure et de forme puisse être qualifié d'inexistant⁽¹⁴³⁾.

137. M. VAN EMPEL, *op. cit.*, spéc. p. 258. *Adde* : J. BOULOUIS, « Cour de justice des Communautés européennes du charbon et de l'acier (Note sous les arrêts de la Cour, 1957-1958) », *AFDI*, 1958, pp. 309-324, spéc. p. 314, cité par Ph. CAHIER, Note sous l'arrêt de la CJCE du 10 décembre 1969, aff. jtes 6 et 11/69, *CDE*, 1970, n° 5, pp. 576-584, spéc. p. 581 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. p. 266.

138. Voy. en particulier : P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.*, 1958, chron., p. 56, cité par M. VAN EMPEL, *op. cit.*, spéc. pp. 258 et 263. Voy. également : G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 266 ; A. KALOGEROPOULOS, « Éléments de l'application de la théorie de l'inexistence des actes juridiques en droit communautaire », in *État – Loi – Administration, Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1998, pp. 181-201, spéc. p. 181 ; A. BARAV, « The exception of illegality in Community law : a critical analysis », *CML Rev.*, 1974, pp. 366-386, spéc. p. 384 ; L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p., spéc. pp. 196-197.

139. La théorie de l'inexistence constitue, compte tenu de son caractère exceptionnel, davantage une forme de soupape de sécurité qu'un outil contentieux véritable. Voy. en particulier : D. RITLENG, « De l'inexistence de l'inexistence », *Europe*, 1999, n° 10, comm. 327.

140. CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/54 et 14/57, *Rec.*, p. 201.

141. *Id.*, spéc. pp. 219-220. L'approche a, depuis lors, été abandonnée, voy. *supra*, note n° 224 du Chapitre précédent.

142. Voy. s'agissant d'une exception d'illégalité fondée sur l'incompétence absolue de la Communauté : CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 12 et 13. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 2. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence absolue de l'Union européenne (pp. 169 et s.).

143. La Cour de justice a jugé, à propos d'une disposition du statut des fonctionnaires qu'elle avait, dans un arrêt précédent, tenue pour illégale du fait de la violation du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, « qu'on ne saurait en aucun cas qualifier d'"inexistante" la disposition [en cause], émanée de l'autorité compétente et prise dans le respect des conditions de procédure et de forme fixées par les traités » : CJCE, 21 février 1974, *Kortner c/ Conseil, Commission et Parlement*, aff. jtes 15/73 à 33/73, 52/73, 53/73, 57/73

Ainsi comprise, l'inexistence était mise au service de la garantie exclusive des procédures et compétences. La gravité du vice de légalité se mesurait à l'aune de l'importance de la règle enfreinte⁽¹⁴⁴⁾.

Cette lecture ne résiste toutefois pas à la jurisprudence ultérieure et actuelle. En effet, la Cour de justice a mis en avant, dès 1987, des critères formellement détachés de la nature, de l'objet ou de l'importance intrinsèques de la norme violée⁽¹⁴⁵⁾. Aussi ressort-il de la jurisprudence que l'inexistence est « réservée [...] aux actes affectés de vices particulièrement graves et évidents »⁽¹⁴⁶⁾. Le juge vérifie si l'acte est « entaché d'une irrégularité grossière et évidente dont la gravité dépasse de loin celle d'une irrégularité "normale", provenant d'une appréciation erronée des faits ou d'une méconnaissance de la loi »⁽¹⁴⁷⁾. C'est le caractère intolérable du vice⁽¹⁴⁸⁾ qui impose au juge d'agir, le cas échéant d'office, afin de purger l'ordre juridique d'une illégalité particulièrement grave et évidente.

à 109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 et 135/73 à 137/73, *Rec.*, p. 177, pt 33. Voy. également : C. ANNACKER, « Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1995, n° 22, pp. 755-761, spéc. p. 758.

144. Dans cette optique, la qualification d'ordre public de l'inexistence avait une plus-value faible, dès lors que les règles en cause sont par définition très largement génératrices de moyens d'ordre public (voy. *supra*, s'agissant de l'incompétence absolue, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1. La garantie des règles d'attribution des compétences, pp. 165 et s., et, s'agissant de la violation de l'obligation de motivation, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, A. La violation de l'obligation de motivation, pp. 209 et s.). En réalité, il n'y aurait de distinction qu'au stade du régime contentieux, différent selon qu'est en cause un moyen d'ordre public de pure légalité ou l'inexistence (à propos du régime très particulier de l'inexistence juridique, voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, A. La théorie de l'inexistence juridique, pp. 514 et s.).

145. « [T]otalement indépendante de celle de cas d'ouverture », la notion d'inexistence juridique est « une notion transversale à la nomenclature des cas d'ouverture » (D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. pp. 252-253 ; *adde*, dans le même sens : C. ANNACKER, *op. cit.*, spéc. p. 758 ; F.-V. GUIOT, *op. cit.*, spéc. p. 215 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 113 ; B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. p. 561). En revanche, F. CASTILLO DE LA TORRE (« Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n° 3-4, pp. 395-463, spéc. p. 423) rattache l'inexistence à la légalité externe, tandis que d'autres auteurs tendent à limiter le domaine de l'inexistence à certains types de moyens (voy. p. ex. : M.-Ch. BERGERÈS, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTDE*, 1989, n° 4, pp. 647-683, spéc. pp. 656 et s. ; D. HEIN, *Die Inzidentkontrolle sekundären Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof. Dargestellt am Beispiel der Prüfung von Richtlinien im Vertragsverletzungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 302 p., spéc. pp. 95 et s.).

146. CJCE, 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff. 15/85, *Rec.*, p. 1005, pt 10.

147. TPI, 27 juin 1991, *Valverde Mordt c/ Cour de justice*, aff. T-156/89, *Rec.*, p. II-407, pt 84. Ultérieurement, le Tribunal a précisé que « les irrégularités de nature à conduire le juge de l'Union à considérer un acte comme juridiquement inexistant diffèrent des illégalités dont la constatation entraîne, en principe, l'annulation des actes soumis au contrôle de légalité prévu par le traité non par leur nature mais par leur gravité et par leur caractère flagrant » : Trib. UE, 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt c/ OHMI*, aff. T-36/09, *Rec.*, p. II-6079, pt 86 ; Trib. UE, 22 novembre 2011, *mPAY24 c/ OHMI*, aff. T-275/10, non publié, pt 27.

148. Voy. en ce sens la jurisprudence citée *supra*, note n° 134 du présent Chapitre.

L'impératif de rétablissement de la légalité fonde alors la qualification d'ordre public de l'inexistence. Celle-ci est susceptible d'embrasser toute norme dont la méconnaissance réunit les conditions cumulatives de gravité et d'évidence⁽¹⁴⁹⁾. Quand bien même les seuls cas d'inexistence reconnus jusqu'alors avaient trait à des méconnaissances graves et évidentes de règles procédurales ou de compétence⁽¹⁵⁰⁾, la seule affiliation d'un vice au droit matériel ne fait pas échec à son examen au titre d'une allégation d'inexistence⁽¹⁵¹⁾.

Ces considérations tant pratiques que théoriques tendent à justifier la qualification d'ordre public du moyen pris de l'inexistence. Certaine en son principe, cette qualification reste toutefois incertaine en son étendue.

§ 2. – L'étendue de la qualification d'ordre public

Le caractère d'ordre public du moyen pris de l'inexistence juridique d'un acte de l'Union européenne⁽¹⁵²⁾ est admis par la doctrine⁽¹⁵³⁾. En dépit d'une

149. Ces conditions sont cumulatives. Ainsi, il suffit que le vice allégué soit dépourvu de caractère évident pour que, sans même que le juge examine sa gravité, la qualification d'inexistence soit exclue : CJCE, 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff. 15/85, *Rec.*, p. 1005, pt 11 ; CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pts 46-53.

150. Dans un arrêt aujourd'hui dépassé, il en allait ainsi d'une absence de toute motivation (voy. *supra*, note n° 141). Le Tribunal retint l'inexistence en raison d'un défaut d'authentification de l'acte attaqué (TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 96 et 100), ce que la Cour de justice invalida (CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pts 52, 53 et 76-78). Plus récemment, il retint une telle qualification à propos d'une absence de tout fondement juridique et de toute compétence (Trib. UE, 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt c/ OHMI*, aff. T-36/09, *Rec.*, p. II-6079, pts 87-94 ; Trib. UE, 22 novembre 2011, *mPAY24 c/ OHMI*, aff. T-275/10, non publié, pts 31-32).

151. Voy. p. ex. : TPI, ord., 25 octobre 2007, *Estaser El Marenny c/ Commission*, aff. T-274/06, non publiée, pt 41 (violation de l'art. 81 CE, devenu art. 101 TFUE) ; TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pts 48-112. Dans cette dernière affaire, à l'appui d'une demande tendant à ce que l'acte déferé au contrôle soit déclaré inexistant, le requérant soulevait différents moyens pris notamment de l'incompétence, du défaut de motivation, d'une erreur de fait et d'un détournement de pouvoir. Sans opérer de distinction selon le type d'illégalité invoqué, le Tribunal de la fonction publique examina d'abord le bien-fondé des motifs d'illégalité et, ensuite, la gravité et l'évidence des illégalités constatées afin de déterminer si elles étaient de nature à rendre l'acte inexistant.

152. Ce moyen n'est pas utilisé par la Cour de justice en vue du contrôle des actes ou agissements étatiques. Dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour n'a été investie que du pouvoir de constater le manquement par voie d'arrêt déclaratoire sans pouvoir annuler l'acte national (CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, spéc. pp. 1145-1146) ni, *a fortiori*, le déclarer inexistant.

153. Voy. notamment : C. ANACKER, *op. cit.*, spéc. p. 761 ; F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 423 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 113 ; B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. p. 561.

jurisprudence parfois ambivalente, la qualification d'ordre public s'impose au profit non seulement du moyen tiré de l'inexistence de l'acte soumis au contrôle juridictionnel (A), mais encore de l'exception d'illégalité fondée sur l'inexistence (B).

A. Le moyen pris de l'inexistence de l'acte soumis au contrôle juridictionnel

Le moyen pris de l'inexistence juridique de l'acte soumis au contrôle juridictionnel est d'ordre public. Dès 1977, la Cour de justice a d'office procédé à l'examen d'une question relative à l'existence juridique d'un acte⁽¹⁵⁴⁾. Ultérieurement, le Tribunal a affirmé sans ambages son statut d'ordre public⁽¹⁵⁵⁾. Cette qualification déteint, dans le contexte du contentieux de la propriété intellectuelle, sur un moyen pris de ce qu'une chambre de recours a omis de constater d'office l'inexistence juridique d'une décision prise par une division d'opposition⁽¹⁵⁶⁾. *A fortiori*, sur pourvoi, le moyen pris de ce

154. CJCE, 12 mai 1977, *Macevicius c/ Parlement*, aff. 31/76, *Rec.*, p. 883, pt 23. En revanche, un arrêt de la Cour de justice de 1995 instille un léger doute sur la qualification d'ordre public de l'inexistence. En réponse à un argument pris de ce que des vices graves et évidents de nature à affecter l'existence même d'un acte juridique pourraient être soumis au contrôle juridictionnel quel que soit le moment auquel ils sont invoqués, la Cour de justice a relevé que l'État membre requérant ne lui demandait pas de constater l'inexistence d'une décision. Alors qu'elle laissait ainsi entendre que l'inexistence n'était pas d'ordre public, elle précisa néanmoins, dans le même point, que, par ailleurs, il ne ressortait pas des éléments du dossier que cette décision fût entachée d'une irrégularité d'une gravité si évidente qu'elle ne pourrait être tolérée par l'ordre juridique communautaire : CJCE, 29 juin 1995, *Espagne c/ Commission*, aff. C-135/93, *Rec.*, p. I-1651, pt 18.

155. Voy. explicitement : TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 31, 68 et 101. Si, sur pourvoi, la Cour de justice a constaté que le Tribunal avait commis une erreur de droit en ayant déclaré la décision litigieuse inexistante (CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pt 53), elle n'a pas pour autant remis en cause la qualification d'ordre public du moyen pris de l'inexistence. Voy. pour des rappels, explicites ou implicites, du caractère d'ordre public par le Tribunal : TPI, 10 mars 1992, *Hüls c/ Commission*, aff. T-9/89, *Rec.*, p. II-499, pt 384 ; TPI, 10 mars 1992, *Hoehst c/ Commission*, aff. T-10/89, *Rec.*, p. II-629, pt 374 ; TPI, 10 mars 1992, *Chemie Linz c/ Commission*, aff. T-15/89, *Rec.*, p. II-1275, pt 395 ; TPI, 25 février 2003, *Strabag Benelux c/ Conseil*, aff. T-183/00, *Rec.*, p. II-135, pt 37 ; Trib. UE, 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt c/ OHMI*, aff. T-36/09, *Rec.*, p. II-6079, pt 83 ; Trib. UE, 22 novembre 2011, *mPAY24 c/ OHMI*, aff. T-275/10, non publié, pt 26.

156. Voy. en ce sens : Trib. UE, 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt c/ OHMI*, aff. T-36/09, *Rec.*, p. II-6079, pt 94. Après avoir partiellement accueilli une opposition, la division d'opposition a, sur le fondement d'une disposition relative à la rectification matérielle de ses décisions, modifié la substance même de cette décision (voy. pts 67-82, 87 et 92). Considérant que cette modification avait été effectuée en l'absence de tout fondement juridique, le Tribunal estima que la décision telle que modifiée aurait dû être déclarée inexistante par la chambre de recours. De manière quelque peu surprenante, il en déduisit toutefois que la chambre de recours aurait dû annuler ladite décision (voy. pts 93-94).

que le juge de première instance a omis de relever d'office l'inexistence de l'acte litigieux pourrait être d'ordre public⁽¹⁵⁷⁾.

Le caractère univoque de cette qualification d'ordre public de l'inexistence juridique tranche cependant avec l'attitude réservée que le juge de l'Union européenne manifeste à son égard. D'abord, les constats d'inexistence se font rares⁽¹⁵⁸⁾. Cette rareté s'explique toutefois au regard du principe de sécurité juridique, lequel postule que la constatation de l'inexistence reste « réservée à des hypothèses tout à fait extrêmes »⁽¹⁵⁹⁾.

Ensuite, l'on déplore une motivation souvent lacunaire, voire inexistante, des raisons pour lesquelles une irrégularité constatée par le juge n'est pas entachée d'une gravité et d'une évidence telles que l'acte doit être considéré comme inexistant⁽¹⁶⁰⁾. La brièveté, voire l'absence de motivation semblent de prime abord inconciliables avec le caractère d'ordre public de l'inexistence, que le juge devrait examiner d'office. Toutefois, elles constituent une simple illustration de son caractère fonctionnel. Lorsque le juge dispose des pouvoirs nécessaires pour atteindre le résultat recherché, point n'est-il besoin qu'il s'aventure sur le terrain de l'inexistence.

Enfin, le juge a tendance à se retrancher derrière les arguments des parties. Il se contente d'écarter les vices soulevés à l'appui du moyen

157. Cette qualification s'impose d'autant plus qu'au stade du pourvoi, l'irrecevabilité du recours de première instance constitue un moyen d'ordre public (CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pt 18 ; CJCE, ord., 23 septembre 2009, *Calebus c/ Commission*, aff. C-421/08 P, non publiée, pts 21-22). Toutefois, il s'agit là moins d'un moyen d'ordre public autonome que du prolongement, au stade du pourvoi, du caractère d'ordre public d'une règle de droit. Cette question relève ainsi davantage du régime des moyens d'ordre public, en ce qu'elle s'inscrit dans la détermination du moment du relevé d'office et de la sanction éventuelle du non-relevé d'office par le juge de première instance. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le relevé d'office au-delà d'une instance (pp. 451 et s.), ainsi que Section 2, Sous-section 1, § 1. Un contrôle réel au stade du pourvoi (pp. 474 et s.).

158. Seuls quatre cas de déclaration d'inexistence peuvent être notés, dont un a été invalidé par la Cour de justice sur pourvoi. Voy. les affaires citées *supra*, notes n^{os} 141 et 150 du présent Chapitre.

159. CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pt 50 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 86 ; CJCE, 8 juillet 1999, *ICI c/ Commission*, aff. C-200/92 P, *Rec.*, p. I-4399, pt 71 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pt 76 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Shell c/ Commission*, aff. C-234/92 P, *Rec.*, p. I-4501, pt 57 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539, pt 98 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Chemie Linz c/ Commission*, aff. C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, pt 95.

160. Ainsi, il arrive que le juge se contente de constater que l'irrégularité ne réunit pas les conditions de gravité et d'évidence pour conduire à la constatation de l'inexistence de l'acte, voy. en particulier : Trib. UE, 22 mars 2011, *Lettonie c/ Commission*, aff. T-369/07, *Rec.*, p. II-1039, pt 61. Voy. toutefois pour un exemple de motivation plus étoffée : TPI, 5 octobre 2009, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission et Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pts 153-158.

d'inexistence sans examiner d'autres vices⁽¹⁶¹⁾. Il considère que « [c]e n'est que dans la mesure où les parties avancent des indices suffisants pour suggérer une inexistence de l'acte attaqué [qu'il] est tenu de vérifier cette question d'office »⁽¹⁶²⁾. Ce faisant, il laisse entendre que l'inexistence juridique ne peut être examinée que si elle est invoquée par les parties, ce qui est par définition contraire à l'idée même du relevé d'office. Toutefois, cette lecture reviendrait à accorder trop de crédit à une formulation maladroite de quelques arrêts. D'une part, il faut en effet observer que le Tribunal rappelle explicitement l'obligation du juge de relever d'office l'inexistence et confirme ainsi son caractère d'ordre public. D'autre part, la soumission du relevé d'office à la présentation, par les parties, d'indices suggérant l'inexistence peut être comprise comme une forme de rappel de la condition tenant au caractère évident du vice.

Il s'ensuit que la réticence que le juge de l'Union européenne manifeste à l'égard du moyen pris de l'inexistence n'est pas de nature à renverser sa qualification d'ordre public. Les prémisses de cette qualification militent en faveur de son prolongement au stade de l'exception d'inexistence. La jurisprudence est toutefois plus nuancée.

B. *L'exception d'inexistence*

Jamais explicitement consacré, le caractère d'ordre public de l'exception d'inexistence s'impose en dépit d'une jurisprudence ambiguë, nuancée et peu fournie. Tandis que la question de son statut contentieux se pose dans toutes les voies de droit, les seules illustrations marquantes peuvent en être trouvées dans le contexte du recours en manquement⁽¹⁶³⁾. Dans celui-ci, l'exception d'inexistence peut jouer de deux manières.

161. Voy. en particulier : Trib. UE, ord., 25 janvier 2012, *MasterCard e.a. c/ Commission*, aff. T-330/11, non publiée, pts 31-32. Il arrive également que, outre le vice spécifiquement soulevé à l'appui de l'allégation de l'inexistence de l'acte, le Tribunal constate, se référant à l'examen des autres moyens de légalité invoqués, que l'acte attaqué n'est entaché d'aucun vice : Trib. UE, 10 décembre 2010, *Ryanair c/ Commission*, aff. jtes T-494/08 à T-500/08 et T-509/08, *Rec.*, p. II-5723, pts 49-50.

162. TPI, 10 mars 1992, *Hüls c/ Commission*, aff. T-9/89, *Rec.*, p. II-499, pt 384 ; TPI, 10 mars 1992, *Hoechst c/ Commission*, aff. T-10/89, *Rec.*, p. II-629, pt 374 ; TPI, 10 mars 1992, *Chemie Linz c/ Commission*, aff. T-15/89, *Rec.*, p. II-1275, pt 395. Cette approche a été entérinée par la Cour de justice : CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 134 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pt 111 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Shell c/ Commission*, aff. C-234/92 P, *Rec.*, p. I-4501, pt 68 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539, pt 107 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Chemie Linz c/ Commission*, aff. C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, pt 90.

163. En effet, en dehors du manquement, le juge de l'Union n'a qu'exceptionnellement et implicitement pris position sur le statut contentieux de l'exception d'inexistence. Sans justification particulière, celle-ci semble être, aux yeux du Tribunal, constitutive d'un moyen ordinaire : Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande c/ Commission*, aff. jtes T-50/06 RENV, T-56/06

D'une part, elle peut être invoquée par la Commission. Dans une affaire dans laquelle celle-ci reprochait à un État membre d'avoir méconnu le traité constitutif tandis que cet État se défendait en alléguant qu'il avait respecté une disposition d'une directive, que la Commission n'avait pas attaquée par la voie d'un recours en annulation, la Cour de justice considéra que le recours en manquement « rev[enait] indirectement, mais nécessairement, à contester la légalité de cette disposition ». Or, selon la Cour, ni la directive en son intégralité ni la disposition en cause ne sauraient être considérées comme inexistantes. Partant, elle rejeta le recours en manquement comme non fondé⁽¹⁶⁴⁾.

D'autre part et plus fréquemment, l'exception d'inexistence peut être soulevée par l'État membre défendeur. Selon la jurisprudence, celui-ci n'est pas autorisé à exciper, en tant que moyen de défense, de l'illégalité de la décision ou de la directive à laquelle il a prétendument manqué⁽¹⁶⁵⁾. Cependant, il est tout aussi constant que, selon « une formule rituelle » mais « dépourvue d'effectivité », en ce que la Cour de justice n'a jamais accueilli l'exception d'inexistence⁽¹⁶⁶⁾, cet État peut exciper de l'inexistence de la décision ou de la directive⁽¹⁶⁷⁾. Cette dérogation à l'irrecevabilité des exceptions d'illégalité est un indice de la nature d'ordre public de l'exception d'inexistence. Cet indice est conforté par les rares arrêts dans lesquels la Cour de justice écarte au fond une telle exception⁽¹⁶⁸⁾.

RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, *Rec. num.*, pt 103 (arrêt annulé : CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*) ; Trib. UE, 20 juillet 2016, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13, *Rec. num.* (extraits), pts 24-26.

164. CJCE, 5 octobre 2004, *Commission c/ Grèce*, aff. C-475/01, *Rec.*, p. I-8923.

165. Voy. la jurisprudence citée *infra*, note n° 167 du présent Chapitre. Voy. à propos de la possibilité pour un État membre d'invoquer une exception d'illégalité dans un recours en manquement : L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. pp. 185-210.

166. L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. p. 195.

167. Voy. s'agissant d'une décision : CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 11-13 ; CJCE, 30 juin 1986, *Commission c/ Grèce*, aff. 226/87, *Rec.*, p. 3611, pts 14-15 ; CJCE, 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-404/97, *Rec.*, p. I-4897, pts 34-35 ; CJCE, 22 mars 2001, *Commission c/ France*, aff. C-261/99, *Rec.*, p. I-2537, pts 18-19 ; CJCE, 26 juin 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-404/00, *Rec.*, p. I-6695, pts 40-41 ; CJCE, 1^{er} juin 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-207/05, non publié, pts 42-43 ; CJCE, 20 septembre 2007, *Commission c/ Espagne*, aff. C-177/06, *Rec.*, p. I-7689, pts 30-31 ; CJCE, 6 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-196/07, non publié, pts 34-35 ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-39/06, non publié, pts 19-20 ; CJCE, 29 juillet 2010, *Commission c/ Autriche*, aff. C-189/09, non publié, pts 15-16 ; CJUE, 18 octobre 2012, *Commission c/ République tchèque*, aff. C-37/11, *Rec. num.*, pt 46. Ce raisonnement a été transposé à la mise en cause incidente d'une directive : CJCE, 27 octobre 1992, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-74/91, *Rec.*, p. I-5437, pts 10-11.

168. Voy. en particulier : CJCE, 6 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-196/07, non publié, pt 36 ; CJUE, 18 octobre 2012, *Commission c/ République tchèque*, aff. C-37/11, *Rec. num.*, pt 50. La Cour de justice écarte l'exception le cas échéant après avoir opéré un « tri » entre les vices de légalité soulevés par l'État membre défendeur. Ainsi, dans l'affaire

Le caractère d'ordre public apparaît avec force dans un arrêt dans lequel la Cour conclut, de manière très générale et sans égard au vice spécifiquement invoqué par l'État membre défendeur, qu'« aucun élément ne permet[tait] de conclure que les décisions de la Commission [que l'État membre aurait méconnues] seraient entachées d'un vice de nature à mettre en cause leur existence même »⁽¹⁶⁹⁾. La généralité des termes choisis suggère que la Cour de justice a définitivement jugé que les décisions en cause ne pouvaient être qualifiées d'inexistantes. L'exception d'inexistence s'en voit rehaussée au rang d'un moyen d'ordre public⁽¹⁷⁰⁾.

Cela étant, la Cour de justice rejette plus fréquemment l'allégation d'une exception d'inexistence d'un revers de la main au seul motif que l'État membre n'a pas invoqué de vices de gravité et d'évidence telles que l'acte puisse paraître inexistant ou se contente d'indiquer que ledit État n'a pas allégué d'inexistence⁽¹⁷¹⁾. La brièveté de tels motifs reflète l'intérêt pratique limité de l'exception d'inexistence.

L'étendue de ce probable statut d'ordre public est indéterminée. Il n'est pas exclu que ce statut soit limité au jeu de l'exception dans le recours en manquement, dans lequel il pourrait s'appuyer, outre sur un objectif de rétablissement de la légalité face à une illégalité grossière, sur un impératif de protection des droits de l'État membre défendeur⁽¹⁷²⁾. Ainsi pourraient s'expliquer des arrêts du Tribunal qui paraissent exclure ce statut d'ordre

Commission c/ France (CJCE, 10 décembre 1969, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 11-13 et 24), elle a examiné la seule allégation d'une incompétence absolue de la Communauté, à l'exception des autres vices allégués.

169. CJCE, 6 mars 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-196/07, non publié, pt 36.

170. Par ailleurs, la doctrine admet le caractère d'ordre public de l'exception d'inexistence du recours en manquement. Voy. en ce sens avec, toutefois, une critique : F. BERROD, *op. cit.*, spéc. pp. 76-78.

171. Voy. avec des formules variables : CJCE, 30 juin 1986, *Commission c/ Grèce*, aff. 226/87, *Rec.*, p. 3611, pt 16 ; CJCE, 27 octobre 1992, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-74/91, *Rec.*, p. I-5437, pt 11 ; CJCE, 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-404/97, *Rec.*, p. I-4897, pt 37 ; CJCE, 22 mars 2001, *Commission c/ France*, aff. C-261/99, *Rec.*, p. I-2537, pt 21 ; CJCE, 26 juin 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-404/00, *Rec.*, p. I-6695, pt 43 ; CJCE, 1^{er} juin 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-207/05, non publié, pt 43 ; CJCE, 20 septembre 2007, *Commission c/ Espagne*, aff. C-177/06, *Rec.*, p. I-7689, pt 33 ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-39/06, non publié, pt 22 ; CJCE, 29 juillet 2010, *Commission c/ Autriche*, aff. C-189/09, non publié, pt 17 ; CJUE, 5 mars 2015, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-502/13, *Rec. num.*, pt 56 ; CJUE, 11 octobre 2016, *Commission c/ Italie*, aff. C-601/14, *Rec. num.*, pts 33-34.

172. Par analogie avec les motifs retenus par la Cour de justice en 1969 (CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pt 12), il peut être soutenu que, dans une procédure où la Commission poursuit un État membre dans l'intérêt de l'Union, il est « une exigence fondamentale de l'ordre juridique » que la Cour contrôle si l'acte que ledit État est censé avoir enfreint est juridiquement existant. Voy. en ce sens : Ph. CAHIER, *op. cit.*, spéc. p. 581.

public dans des recours en annulation⁽¹⁷³⁾ et en responsabilité extra-contractuelle⁽¹⁷⁴⁾. Cependant, à nos yeux, la qualification d'ordre public s'impose dans toute voie de droit en raison de l'objectif de rétablissement de la légalité et d'un souci de cohérence avec la qualification analogue de l'inexistence de premier degré.

En guise de conclusion et en dépit des ambiguïtés inhérentes à la jurisprudence, il nous semble que l'inexistence doit, par principe, être qualifiée de moyen d'ordre public, qu'elle soit dirigée contre l'acte litigieux ou qu'elle soit mise en cause par voie d'exception. Ce moyen d'ordre public prend un relief singulier. Sa qualification d'ordre public ne tend pas à assurer la garantie d'une norme particulière, mais découle du caractère intolérable du vice. Directement mis au service de la légalité, ce moyen d'ordre public est donc composite. Il embrasse, d'une part, des vices affectant les compétences et procédures décisionnelles qui ont un caractère d'ordre public intrinsèque. Il est susceptible de couvrir, d'autre part, des vices affectant le droit substantiel qui sont en principe dépourvus de tel caractère. Ces derniers ne sont, partant, érigés en moyens d'ordre public qu'à travers la gravité exceptionnelle de la transgression de la légalité. Des moyens tendant à la garantie du droit substantiel peuvent en outre être exceptionnellement qualifiés d'ordre public en raison de certains impératifs du contrôle juridictionnel.

SOUS-SECTION 2. – DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DÉRIVÉS DES IMPÉRATIFS DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

La garantie des impératifs du contrôle juridictionnel donne lieu à la consécration de moyens d'ordre public de légalité⁽¹⁷⁵⁾. Hybrides, ceux-ci tendent à la sauvegarde tant des compétences et formes procédurales que des règles du droit substantiel. Les premières renferment, pour la plupart, un caractère d'ordre public intrinsèque⁽¹⁷⁶⁾. C'est dès lors au stade des secondes que cette fonction de garantie des impératifs du contrôle

173. Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande c/ Commission*, aff. jtes T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, *Rec. num.*, pt 103.

174. Trib. UE, 20 juillet 2016, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13, *Rec. num.* (extraits), pts 24-26.

175. Dans le prolongement des fins de non-recevoir d'ordre public tirées de la garantie des procédures juridictionnelles, pourrait être mentionnée à ce stade la qualification d'ordre public du moyen de pourvoi tiré de l'erreur de droit commise par le juge de première instance quant à l'appréciation de la recevabilité du recours. Voy. nos observations *supra*, note n° 157 du présent Chapitre.

176. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2. Les moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale (pp. 163 et s.).

juridictionnel déploie tout son effet. Elle fait bénéficier de son aura d'ordre public des moyens et règles de droit en principe ordinaires. Il en va ainsi du moyen d'ordre public tiré de la violation de l'autorité absolue de la chose jugée, aux noms de l'effectivité de la mission du juge et de la sécurité juridique (§ 1). De manière ambivalente, il en va également ainsi de moyens tendant à la garantie de la légalité de l'action du juge (§ 2).

§ 1. – La garantie de l'effectivité de la mission du juge
et de la sécurité juridique : l'autorité absolue de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée recouvre le dispositif d'un arrêt, ou d'une ordonnance, ainsi que les motifs qui le sous-tendent. Elle est, selon le cas, relative ou absolue. Au nom de la sécurité juridique, elle empêche la remise en cause ultérieure d'un point de droit définitivement jugé. En cela, elle assure l'efficacité des décisions de justice et l'effectivité de la mission du juge.

L'autorité absolue de la chose jugée s'oppose à ce qu'une question définitivement tranchée par le juge soit de nouveau portée devant celui-ci ou méconnue par les institutions de l'Union européenne. Le moyen de légalité tiré de la violation de l'autorité absolue de la chose jugée d'un arrêt d'annulation est d'ordre public (A). En revanche, les effets qu'une annulation est susceptible de produire sur la situation d'un tiers, requérant dans une autre affaire, ne paraissent pas relever de l'ordre public. En principe, le juge n'est pas tenu d'importer, de sa propre initiative, l'autorité de la chose jugée dans un litige connexe (B).

A. *Le moyen tiré de la violation de l'autorité absolue de la chose jugée : moyen d'ordre public*

En droit du contentieux de l'Union européenne, l'autorité de la chose jugée est d'ordre public. Relative ou absolue, elle empêche, lorsque ses conditions sont réunies, l'appréciation, par le juge, des questions qu'elle recouvre. En cela, elle est constitutive d'une fin de non-recevoir d'ordre public empêchant le juge de statuer à nouveau sur une question coulée en force de chose jugée¹⁷⁷. Cette qualification d'ordre public se prolonge, pour des considérations tirées conjointement de la sécurité juridique ainsi que de l'efficacité des décisions et de l'effectivité de la mission du juge, par un moyen de légalité également d'ordre public.

177. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 2. L'exception d'ordre public tirée de la chose jugée : la garantie de la sécurité juridique (pp. 120 et s.).

Dans un premier temps, c'est la méconnaissance, *par le juge de première instance*, de l'autorité absolue d'un arrêt d'annulation qui fut qualifiée de moyen d'ordre public du pourvoi⁽¹⁷⁸⁾. L'affaire en cause portait sur la qualification de mesures étatiques comme aides d'État au sens de l'article 87 CE (article 107 TFUE). Une première décision, par laquelle la Commission avait exclu la qualification d'aide, a été annulée par le Tribunal en raison des erreurs entachant cette qualification⁽¹⁷⁹⁾. Par une nouvelle décision, la Commission a qualifié lesdites mesures d'aides incompatibles avec le traité CE. À l'occasion d'un recours formé, par d'autres requérants, contre cette nouvelle décision, le Tribunal a déclaré recevable et examiné au fond un moyen relatif à ladite qualification. Or, dès lors que cette question avait été définitivement tranchée par le premier arrêt, il a méconnu l'autorité absolue de la chose jugée de cet arrêt. À titre de moyen d'ordre public, celle-ci « faisait obstacle à ce que les questions de droit qu'il avait réglées soient à nouveau soumises au Tribunal et examinées par celui-ci »⁽¹⁸⁰⁾.

Ce moyen se situe à la lisière de la recevabilité du moyen soulevé en première instance et du contrôle au stade du pourvoi de l'appréciation portée sur celle-ci par le juge⁽¹⁸¹⁾. Sa qualification d'ordre public s'inscrit en premier chef dans un objectif de garantie de la régularité procédurale.

Dans un second temps toutefois, le caractère d'ordre public de la méconnaissance de l'autorité absolue de la chose jugée s'est détaché de la recevabilité. La méconnaissance, *par l'auteur de l'acte* déferé au contrôle du juge, de l'autorité absolue de la chose jugée fut qualifiée d'ordre public à son tour⁽¹⁸²⁾. Ce moyen d'ordre public tend à garantir la correcte exécution des arrêts d'annulation.

Son caractère d'ordre public est strictement limité à la mise en cause de l'autorité *absolue* de la chose jugée⁽¹⁸³⁾ d'un arrêt d'annulation. Formellement

178. CJCE, 1^{er} juin 2006, *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845, pt 45.

179. TPI, 28 janvier 1999, *BAI c/ Commission*, aff. T-14/96, *Rec.*, p. II-139.

180. CJCE, 1^{er} juin 2006, *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845, pt 41.

181. En ce sens, l'on peut relever que, dans un arrêt, le Tribunal a cité l'arrêt *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, précité, à l'appui d'une qualification d'ordre public d'une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée : TPI, 1^{er} juillet 2009, *ThyssenKrupp Stainless c/ Commission*, aff. T-24/07, *Rec.*, p. II-2309, pt 94.

182. Voy. en particulier : TPI, 1^{er} juillet 2008, *Commission c/ D*, aff. T-262/06 P, *RecFP*, pp. I-B-1-27 et II-B-1-191, pt 48.

183. Cette limitation s'explique aisément dans le contexte du contentieux de la légalité. En effet, un arrêt rejetant un recours en annulation, recouvert de l'autorité relative de la chose jugée, ne fait que confirmer l'état préexistant, tout acte de l'Union européenne bénéficiant d'une présomption de légalité.

rattaché à la légalité interne⁽¹⁸⁴⁾, ce moyen puise son caractère d'ordre public dans la valeur fondamentale de l'autorité absolue de la chose jugée au nom de la sécurité juridique. Sa violation renferme, par définition, une méconnaissance de la règle transgressée qui a justifié l'annulation par l'arrêt recouvert de l'autorité de la chose jugée. C'est, dès lors, toute illégalité, quelles que soient la nature et la valeur de la norme transgressée, qui peut, en définitive, se voir hissée au rang de moyen d'ordre public. Elle bénéficie par ricochet du rayonnement d'ordre public de l'autorité de la chose jugée.

Admise par principe, la qualification d'ordre public du moyen de légalité tiré de la méconnaissance de l'autorité absolue de la chose jugée soulève des questions quant à son étendue et, en particulier, à la possibilité d'importer, dans un litige en cours, l'autorité de la chose jugée d'un arrêt prononcé dans une affaire connexe.

B. L'importation des effets de l'autorité absolue de la chose jugée dans un litige connexe : moyen en principe ordinaire

À titre de moyen d'ordre public, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'une question définitivement tranchée soit de nouveau portée devant le juge ou contredite par une institution lors de l'adoption d'un acte. Peut-elle également bénéficier, à titre de moyen d'ordre public, à un tiers dans le recours que celui-ci aurait formé devant le juge contre une décision connexe à l'acte annulé avec force de chose jugée ? Cette question revient à interroger le statut contentieux de l'autorité *positive* de la chose jugée⁽¹⁸⁵⁾. Celle-ci, qui vient compléter l'autorité négative de la chose jugée⁽¹⁸⁶⁾, vise la possibilité pour « une partie d'invoquer la chose jugée dans un autre procès, sans pour autant qu'il y ait respect de la règle de triple identité car il ne s'agit justement pas du même procès »⁽¹⁸⁷⁾. Ainsi, « toute décision passée en force de chose jugée est susceptible d'avoir une incidence sur la résolution d'un

184. Voy. en particulier : TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 57 ; TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 38.

185. Voy. à propos de l'autorité positive de chose jugée : J. HÉRON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 131-147 ; Th. LE BARS, « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, 2007, n^{os} 7-8, étude 12 ; F. KERNALEGUEN, « Choses jugées entre elles (Variations sur une harmonie bien tempérée) », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 261-274.

186. L'autorité négative de la chose jugée « consiste à interdire de recommencer le procès » (L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, 997 p., spéc. p. 894). Elle est, en particulier, reflétée par la fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'autorité, qu'elle soit absolue ou relative, de la chose jugée.

187. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, spéc. p. 896.

litige différent de celui dont elle est issue »⁽¹⁸⁸⁾. L'autorité positive diffère de l'autorité négative par le contexte dans lequel elle est invoquée⁽¹⁸⁹⁾.

Devant le juge de l'Union européenne, la question de la reconnaissance de l'autorité positive de la chose jugée et de sa nature contentieuse s'est posée en particulier dans le contentieux de la concurrence et dans celui des mesures restrictives. Dans les deux contentieux, il est, en effet, des circonstances dans lesquelles un requérant peut espérer bénéficier d'une annulation prononcée à l'égard d'autrui et affectant sa propre situation. Le juge doit-il pour autant lui en accorder le bénéfice d'office au nom d'un moyen d'ordre public tiré de l'autorité positive de la chose jugée⁽¹⁹⁰⁾ ? La réponse est vraisemblablement négative dans le contentieux de la concurrence qui, plutôt que d'un moyen d'ordre public, tend à consacrer une exigence pratique de cohérence (1). Elle est potentiellement affirmative dans le contentieux des mesures restrictives, le Tribunal ayant récemment qualifié d'ordre public l'autorité positive de la chose jugée (2).

1) Une exigence pratique de cohérence dans le contentieux de la concurrence

Dans le contentieux de la concurrence, la problématique de l'autorité positive de la chose jugée se rencontre à l'occasion de recours parallèlement formés par une société mère et sa filiale contre une décision de la Commission leur infligeant, à titre solidaire, une amende en raison de la participation matérielle de la seule filiale à une infraction au droit européen de la concurrence.

Accessoire et purement dérivée, la responsabilité de la société mère ne peut en principe dépasser, dans un tel cas, celle de sa filiale⁽¹⁹¹⁾. Forte de cette prémisse, la Cour de justice a assoupli, dans l'arrêt *Commission c/ Tomkins* rendu sur pourvoi en 2013, l'interdiction de statuer *ultra*

188. A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 581 p., spéc. p. 280 et, plus largement, pp. 214 et s.

189. *Id.*, spéc. pp. 216-217.

190. Par analogie, notons que le juge français de l'excès de pouvoir soulève d'office l'autorité absolue de la chose jugée de l'annulation d'un acte administratif individuel ou réglementaire et annule, en cas de recours dans les délais, tout autre acte individuel pris pour l'application du premier dans lequel il trouve sa base juridique. Voy. à cet égard : Ch. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 1018 p., spéc. p. 601 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, réimpr. des Cours du droit de 1981, t. 1, Paris, Dalloz, 2007, 1051 p., spéc. p. 961.

191. En principe, car « ce principe d'alignement ne vaut que si aucun autre facteur ne caractérise individuellement le comportement reproché à la société mère » (B. CHEYNEL, « La "coresponsabilité" en droit européen de la concurrence », *RAE*, 2015, n° 4, pp. 621-630, spéc. pp. 627-628). *Adde* les réflexions de L. BERNARDEAU : « Like mother, like daughter, (sauf) en droit de la concurrence ? », *RLC*, 2015, n° 42, pp. 74-83.

petita afin de permettre au juge d'importer, dans le recours formé par la société mère, une annulation partielle de la décision et, dans l'exercice du pouvoir de pleine juridiction⁽¹⁹²⁾, une réduction du montant de l'amende solidairement infligée obtenues par la filiale dans son recours⁽¹⁹³⁾. Pour peu que les contestations par la société mère et sa filiale coïncident ne serait-ce que partiellement, une telle importation ne requiert ni d'identité de l'argumentation juridique ni de demande explicite d'« importation » des considérations juridiques émises par le Tribunal dans l'autre affaire⁽¹⁹⁴⁾. Dans ces conditions, le juge peut tenir compte, dans le cadre du recours de la société mère, du bien-fondé de tout moyen soulevé par la filiale, opérant une forme d'« osmose »⁽¹⁹⁵⁾ entre leurs recours respectifs.

Cette jurisprudence semble ouvrir une brèche aux pouvoirs d'office du juge, voire à la consécration d'un moyen d'ordre public dont la nature et la réalité resteraient à clarifier et à confirmer.

Premièrement, il s'agirait d'un moyen générique, qui serait détaché de toute considération tirée de la nature et du rang de la norme transgressée et susceptible de couvrir toute illégalité. À cet égard, il a été proposé de lire l'arrêt *Commission c/ Tomkins* à travers la notion d'autorité absolue de la chose jugée, moyen d'ordre public dont le juge devrait tenir compte au profit de la société mère dans le recours formé par celle-ci⁽¹⁹⁶⁾. L'analyse,

192. Voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. Des moyens d'ordre public insaisissables (pp. 379 et s.).

193. CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, pts 43-45 et 49-50.

194. La filiale Pegler contestait la durée de l'infraction constatée par la Commission. Le Tribunal a partiellement annulé la décision attaquée à son égard en ce qui concernait la durée de l'infraction constatée et a réduit en conséquence l'amende infligée (Trib. UE, 24 mars 2011, *Pegler c/ Commission*, aff. T-386/06, *Rec.*, p. II-1267, pts 1 et 2 du dispositif). Dans le recours parallèle de la société mère Tomkins, qui avait contesté la durée de l'infraction dans une mesure moindre, le Tribunal a tiré les conséquences de l'étendue de l'annulation à l'égard de la filiale et de la réduction du montant de l'amende (Trib. UE, 24 mars 2011, *Tomkins c/ Commission*, aff. T-382/06, *Rec.*, p. II-1157, pts 39-46).

195. S. BONI, « Dans quelle mesure et dans quelles conditions une société mère peut-elle profiter de l'issue favorable du recours introduit par sa filiale ? », *RAE*, 2013, n° 1, pp. 131-138, spéc. p. 134.

196. N. MARTINEZ, « L'autorité absolue de la chose jugée : une autre lecture de l'arrêt *Tomkins* ? Une analyse du lien entre ce qui est jugé dans des instances distinctes, réalisée à partir du cas particulier de la responsabilité des sociétés mères au titre du comportement infractionnel de leurs filiales », *RAE*, 2014, n° 2, pp. 383-389, spéc. pp. 389-397. Le lien entre l'arrêt *Commission c/ Tomkins* de la Cour de justice et l'autorité de la chose jugée semble également ressortir d'arrêts isolés du Tribunal, du 16 septembre 2013, dans les affaires *PROAS c/ Commission* (aff. T-495/07, non publié, pts 457-460), *Repsol Lubricantes y Especialidades e.a. c/ Commission* (aff. T-496/07, non publié, pts 445-448) et *CEPSA c/ Commission* (aff. T-497/07, non publié, pts 356-359). Voy. également pour un rapprochement de l'autorité positive de la chose jugée, sans prise de position toutefois sur le relevé d'office : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. pp. 314-315.

trop complexe⁽¹⁹⁷⁾, ne paraît pas refléter l'état de la jurisprudence. En effet, la jurisprudence récente illustre que l'annulation le cas échéant obtenue par la filiale n'est pas automatiquement étendue à la société mère, mais tient compte des circonstances caractérisant la situation de cette dernière⁽¹⁹⁸⁾. Une telle différenciation nous paraît difficilement conciliable avec le fondement puisé dans l'impérativité de l'autorité de la chose jugée.

De surcroît, dès l'arrêt *Commission c/ Tomkins*, le fondement de cette jurisprudence se situe dans une interprétation de la règle de l'*ultra petita*⁽¹⁹⁹⁾ et de la nature particulière de la responsabilité d'une société mère du fait des agissements de ses filiales. Empreint de la notion économique d'entreprise au sens du droit européen de la concurrence, à laquelle la Cour de justice entend conférer son plein effet, l'arrêt *Commission c/ Tomkins* est en définitive justifié par la volonté d'assurer la cohérence d'arrêts par lesquels le juge statue sur la responsabilité de plusieurs sociétés ayant appartenu à une même entreprise⁽²⁰⁰⁾. Le moyen en cause tendrait alors à tirer les conséquences d'une annulation intervenue dans un litige distinct et à lui conférer son plein effet. Son éventuel relevé d'office s'imposerait moins au regard de la nature impérative ou fondamentale des règles violées que du fait de considérations pragmatiques tenant à la cohérence des décisions de justice, au plein effet de la notion d'entreprise et à des considérations

197. Cette complexité est relevée par l'auteur lui-même. La lecture qu'il propose passe, s'agissant d'une décision constatant une entente illicite et infligeant une amende aux sociétés y ayant participé, par une dissociation purement théorique entre, d'une part, le constat de la participation d'au moins une société du groupe à l'infraction – socle commun de la décision à l'égard de l'ensemble des sociétés dudit groupe – et, d'autre part, la détermination de la responsabilité de chacune de ces sociétés (N. MARTINEZ, *op. cit.*, spéc. pp. 390-391).

198. CJUE, 27 avril 2017, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, aff. C-516/15 P, *Rec. num.*, pts 71-76. Entérinant l'approche du Tribunal, la Cour de justice refuse de tenir compte, au profit de la société mère tenue pour responsable des agissements de ses filiales, d'une annulation prononcée à l'égard de celles-ci en raison d'une prescription du pouvoir de poursuite de la Commission. La solution est fondée sur le fait que les agissements infractionnels commis par les filiales et imputés à la société mère ont réellement été commis et que, à la différence de ses filiales dont la participation à l'entente avait cessé en juin 1993, la société mère a été impliquée dans l'entente au-delà de cette date. Le pouvoir de poursuite ne serait dès lors pas prescrit à l'égard de la société mère.

199. Voy. en particulier : CJUE, 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a. c/ Commission*, aff. C-444/11 P, non publié, pt 66.

200. « L'essentiel [pour la Cour] est d'avoir au final des arrêts cohérents entre eux, même s'il faut bien reconnaître que la notion d'identité d'objet apparaîtra quelque peu malmenée aux processualistes » : L. IDOT, « Conséquences d'une annulation partielle d'une décision », *Europe*, 2013, n° 3, comm. 134. « [P]as parfaitement logique sur un plan technique » et même entachée d'« une certaine incohérence », la solution « pragmatique » doit être approuvée en ce qu'elle est « adaptée aux faits de l'espèce, puisqu'au moment du dépôt des recours, Tomkins et sa filiale ne faisaient plus partie du même groupe » : É. BARBIER DE LA SERRE, « Portée d'un arrêt d'annulation sur la situation de la société mère », *RLC*, 2013, n° 35, pp. 96-97.

d'économie de procédure⁽²⁰¹⁾, autant d'éléments qui militeraient à l'encontre d'une qualification d'ordre public au stade de l'appréciation de la légalité.

Deuxièmement, s'agissant de la réalité d'un tel moyen d'ordre public hypothétique, il convient d'émettre de très fortes réserves. D'une part, le juge se retranche en principe explicitement derrière, selon le cas, une contestation au moins similaire dans les affaires concernées⁽²⁰²⁾ ou une invitation à importer les considérations juridiques d'une affaire connexe⁽²⁰³⁾. Il n'est, partant, pas certain qu'il y ait matière pour un moyen d'ordre public⁽²⁰⁴⁾. D'autre part, une telle qualification engendrerait l'apparition d'un type de moyen d'ordre public « à chronologie variable ». La possibilité pour le juge de constater l'illégalité d'un acte pour des motifs non soulevés par la partie requérante dépendrait de la seule intervention concomitante, voire

201. Voy. à cet égard notre contribution « Économies de procédure et motifs surabondants », *op. cit.*

202. Ainsi dans l'affaire *Commission c/ Tomkins* : CJUE, 22 janvier 2013, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, pts 43-45.

203. Voy. par analogie, s'agissant de l'exercice, par le juge, de ses pouvoirs de pleine juridiction : Trib. UE, 16 septembre 2013, *Roca Sanitario c/ Commission*, aff. T-408/10, *Rec. num.* (extraits), pts 193-196 et 207. Il suffit que la société mère demande, au motif que sa responsabilité est purement dérivée, à bénéficier de toute réduction d'amende le cas échéant octroyée à ses filiales dans leurs recours. Quand bien même le Tribunal « importe » ainsi, sur demande de la société mère, le résultat de l'appréciation, dans le recours connexe formé par la filiale, de certains moyens tendant en l'occurrence à la réduction du montant de l'amende, le Tribunal considère qu'il ne statue pas sur la base de moyens relevés d'office, mais sur la base de l'argumentation de la société mère visant à établir qu'il y a lieu de tenir compte de la réduction accordée à sa filiale (voy. pt 208). En revanche, « un renvoi général, dans une requête, aux moyens et aux arguments invoqués au soutien d'un recours formé dans le cadre d'une affaire connexe ne répond pas à l'exigence [de clarté des écritures] », y compris lorsque les requérants dans les deux affaires concernées appartiennent au même groupe de sociétés et contestent la même décision (Trib. UE, 24 mars 2011, *Legris Industries c/ Commission*, aff. T-376/06, non publié, pts 30-32). Sur pourvoi, la Cour de justice n'a pas déterminé l'incidence éventuelle, sur cette dernière affirmation du Tribunal, de la jurisprudence issue de l'arrêt *Commission c/ Tomkins*, précité (CJUE, 3 mai 2012, *Legris Industries c/ Commission*, aff. C-289/11 P, non publié, pt 61).

204. Cependant, d'une part, dans un arrêt de 2013, la Cour de justice a estimé « que, si un destinataire d'une décision décide d'introduire un recours en annulation, le juge de l'Union n'est saisi que des éléments de la décision le concernant. En revanche, ceux concernant d'autres destinataires n'entrent pas dans l'objet du litige que le juge de l'Union est appelé à trancher [...], sous réserve de circonstances particulières [tirées de l'arrêt *Commission c/ Tomkins*, précité], lesquelles ne sont toutefois ni alléguées ni présentes en l'espèce » (CJUE, 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a. c/ Commission*, aff. C-444/11 P, non publié, pt 66, nous soulignons). La mention de l'absence, en l'espèce, de telles circonstances particulières pourrait constituer un indice du caractère d'ordre public de l'exigence de cohérence des décisions juridictionnelles en cause. D'autre part, la consécration récente d'une obligation d'importer une réduction d'amende obtenue par la filiale dans le recours de la société mère (CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pt 41 ; CJUE, 27 avril 2017, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, aff. C-516/15 P, *Rec. num.*, pt 62) pourrait militer en faveur d'une qualification d'ordre public. Voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. Des moyens d'ordre public insaisissables (pp. 379 et s.).

préalable d'une annulation de la décision à l'égard d'une société relevant du même groupe. De surcroît, cette jurisprudence étant limitée, pour l'heure, au seul domaine du droit européen de la concurrence, il n'est pas exclu que ce moyen d'ordre public ou ce pouvoir d'office soit en réalité, y compris au stade de l'appréciation de légalité, déduit des pouvoirs de pleine juridiction du juge de l'Union européenne⁽²⁰⁵⁾.

Au regard de ces considérations, il ne semble pas que la jurisprudence issue de l'arrêt *Commission c/ Tomkins* de 2013 soit fondée sur un moyen d'ordre public. La jurisprudence relative aux mesures restrictives est plus incertaine.

2) Un moyen d'ordre public potentiel dans le contentieux des mesures restrictives

La question de l'effet d'une annulation dans des affaires parallèles se pose également dans le contentieux des mesures restrictives⁽²⁰⁶⁾ lorsque des personnes morales sont soumises à de telles mesures en raison des seuls liens qu'elles entretiennent avec des personnes physiques ou morales déjà soumises à ces mesures⁽²⁰⁷⁾. Dans un tel cas, l'illégalité entachant les mesures restrictives à l'égard de ces dernières entache nécessairement d'illégalité les mesures prises à l'encontre des premières. Dès lors, se pose la question de savoir si le juge doit, le cas échéant d'office au titre d'un moyen d'ordre public, procéder à l'annulation des mesures restrictives prises à l'égard des personnes ou entités liées.

La jurisprudence fournit une réponse ambivalente et évolutive à cette question. Initialement, le juge semblait réticent à soulever d'office, dans un recours formé par une personne ou entité liée, l'illégalité des mesures restrictives prises à l'encontre de la personne ou entité dont elle dépendait⁽²⁰⁸⁾. Il tenait compte d'une telle illégalité, dès lors que la personne

205. *Contra* : N. MARTINEZ, *op. cit.*, spéc. p. 386, n° 29.

206. Voy. également pour une analyse à l'aune de l'autorité positive de la chose jugée : A. TURMO, *op. cit.*, spéc. pp. 313-316.

207. Voy. s'agissant de la possibilité d'adopter des mesures restrictives à l'encontre d'entités détenues ou contrôlées par des personnes ou entités faisant déjà l'objet de telles mesures : CJCE, 13 mars 2012, *Melli Bank c/ Conseil*, aff. C-380/09 P, *Rec. num.*, pts 39 et 75-79.

208. Comp., dans le contexte des mesures restrictives prises à l'encontre de la Biélorussie, d'une part, l'annulation des mesures restrictives dont a fait l'objet M. Peftiev (Trib. UE, 9 décembre 2014, *Peftiev c/ Conseil*, aff. T-441/11, non publié) et, d'autre part, la non-prise en compte de cette annulation dans des recours connexes formés par des personnes morales soumises à des mesures restrictives au motif qu'elles étaient détenues par lui (Trib. UE, 9 décembre 2014, *BelTechExport c/ Conseil*, aff. T-438/11, non publié ; Trib. UE, 9 décembre 2014, *Sport-pari c/ Conseil*, aff. T-439/11, non publié). Il est à noter, toutefois, que le Tribunal a pu annuler l'ensemble des mesures restrictives en cause sur la base des moyens soulevés par les parties requérantes. Dans ces conditions, la question reste ouverte de

ou entité liée excipait, dans son recours, de l'illégalité des mesures prises à l'encontre de la personne ou entité dont elle dépendait⁽²⁰⁹⁾. Il semblait que la personne ou entité liée devait néanmoins soulever un moyen équivalent à celui retenu par le juge à propos de la personne ou entité à laquelle elle était liée⁽²¹⁰⁾.

Dans sa pratique ultérieure, en cas d'annulation des mesures restrictives prises à l'encontre de la personne ou entité déjà inscrite, le Tribunal n'hésitait pas à susciter, dans une affaire connexe concernant une personne ou entité liée à la première, le débat sur l'incidence éventuelle de l'annulation prononcée. Il incitait ainsi la partie requérante à soulever un moyen nouveau⁽²¹¹⁾. Fondé sur des éléments révélés pendant la procédure, celui-ci était en principe recevable⁽²¹²⁾. Ce faisant, le Tribunal se mettait en mesure de tirer les effets d'une annulation dans une affaire connexe sans toutefois devoir se prononcer sur le caractère contentieux d'un tel moyen.

Enfin, le Tribunal a pris position à ce dernier titre dans un arrêt *Good Luck Shipping c/ Conseil* de 2016⁽²¹³⁾. La requérante avait fait l'objet de mesures restrictives, en substance, en raison de ses liens avec la compagnie Islamic Republic of Iran Shipping Lines (IRISL). En cours d'instance, elle a soulevé un moyen pris de l'annulation, intervenue entre temps, des mesures prises à l'égard de cette compagnie. Ce moyen fut déclaré recevable par le Tribunal⁽²¹⁴⁾. Néanmoins, celui-ci ajouta qu'« en tout état de cause, [...] les conséquences qui découlent d'un arrêt du Tribunal disposant de l'autorité de la chose jugée font partie des moyens d'ordre public qui peuvent être relevés d'office par le juge de l'Union »⁽²¹⁵⁾. Le Tribunal paraît ainsi avoir consacré un nouveau moyen d'ordre public pris de l'autorité positive de la chose jugée, sur la base d'une analogie avec le moyen pris de la violation

savoir si, dans l'éventualité où aucun des moyens soulevés par les autres requérants n'avait été fondé, le Tribunal se serait permis, d'office, de tenir compte de l'illégalité des mesures prises à l'encontre de M. Peftiev.

209. Voy. en ce sens : Trib. UE, 9 décembre 2014, *BT Telecommunications c/ Conseil*, aff. T-440/11, non publié, pts 148-150.

210. La simple allégation tirée de l'illégalité des mesures restrictives prises à l'égard de la personne ou entité dont dépend ou par laquelle est contrôlée la requérante, le cas échéant combinée au renvoi aux écritures présentées par la première dans son recours, n'est pas suffisante. Encore faut-il présenter des arguments établissant cette illégalité : Trib. UE, 6 septembre 2013, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. T-57/12, non publié, pts 55-58.

211. Voy. en ce sens : Trib. UE, 6 octobre 2015, *FC Dynamo-Minsk c/ Conseil*, aff. T-275/12, non publié, pts 114-115.

212. Voy. en particulier : Trib. UE, 22 janvier 2015, *Ocean Capital Administration e.a. c/ Conseil*, aff. jtes T-420/11 et T-56/12, non publié, pts 48-53.

213. Trib. UE, 24 mai 2016, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. jtes T-423/13 et T-64/14, *Rec. num.*

214. *Id.*, pt 75.

215. *Id.*, pt 76.

de l'autorité absolue de la chose jugée⁽²¹⁶⁾. À moins qu'il se fût agi d'une qualification accidentelle qui devrait rester isolée, cette qualification est, eu égard aux termes généraux employés par le Tribunal, susceptible de jouer dans tout contentieux.

Il est toutefois encore trop tôt pour évaluer l'effet réel de l'arrêt *Good Luck Shipping c/ Conseil* sur le statut contentieux des moyens liés aux effets de l'autorité absolue d'un arrêt d'annulation sur des affaires connexes. À l'heure actuelle, il semble plus prudent de les tenir pour des moyens ordinaires. Compte tenu des limites de l'office du juge de l'annulation et de l'autonomie des recours même connexes formés individuellement par plusieurs requérants, l'effectivité et l'efficacité de la mission de ce juge ne nous paraissent pas requérir une qualification comme moyen d'ordre public. La garantie de cette mission ne donnerait dès lors lieu à des moyens d'ordre public que dans une mesure somme toute limitée et pour autant qu'elle soit combinée à des motifs de sécurité juridique. Par opposition, la garantie de la légalité de l'action du juge constitue, potentiellement, un levier puissant de consécration de moyens d'ordre public. Ce levier est toutefois utilisé de manière ambivalente.

§ 2. – La garantie de la légalité de l'action du juge, fonction ambivalente

Garant de la légalité, le juge de l'Union européenne doit lui-même respecter le droit de l'Union et rendre des décisions exemptes d'erreurs. Cette mission pourrait appeler une extension de la notion de moyen d'ordre public de légalité. Le juge est cependant réticent à utiliser ce levier afin de qualifier d'ordre public des moyens de garantie du droit substantiel. En revanche, il se munit de pouvoirs d'office, qui lui permettent parfois de relever d'office de véritables moyens sans les qualifier d'ordre public. Si elle sert de fondement aléatoire à la consécration de moyens d'ordre public (A), la garantie de la légalité de l'action de juge constitue ainsi un fondement certain de pouvoirs d'office ambigus du juge (B).

A. Un fondement aléatoire de moyens d'ordre public

Le devoir du juge de respecter lui-même le droit qu'il applique pourrait servir de vecteur pour la consécration de moyens d'ordre public tendant à

216. La qualification d'ordre public est opérée « par analogie » avec l'arrêt *P&O European Ferries (Vizcaya) et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission* (CJCE, 1^{er} juin 2006, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845). Voy. *supra*, ce §, A. Le moyen tiré de la violation de l'autorité absolue de la chose jugée : moyen d'ordre public (pp. 300 et s.).

la garantie du droit substantiel. Il est toutefois rarement utilisé à cette fin. Cette considération est sous-jacente au moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi dont le statut d'ordre public est incertain car sujet à des variations selon la juridiction considérée (1). Sur le fondement de considérations tirées de l'office du juge, la doctrine a revendiqué l'élévation de l'exception d'illégalité au rang d'ordre public (2).

1) Le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, moyen d'ordre public incertain

Le moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi requiert la réunion de deux conditions cumulatives, tenant, respectivement, à l'inapplicabilité d'une norme au cas d'espèce et au fait que le juge trancherait le litige en méconnaissance de cette norme s'il s'abstenait de relever ce moyen⁽²¹⁷⁾. La notion de « loi » est entendue dans un sens large⁽²¹⁸⁾, en particulier comme « toute disposition de nature générale et impersonnelle applicable au litige »⁽²¹⁹⁾.

Ce moyen a été clairement consacré comme un moyen d'ordre public de légalité interne par le Tribunal de la fonction publique (a). Il est susceptible de l'être également par la Cour de justice et le Tribunal (b).

a) *Un moyen d'ordre public consacré par le Tribunal de la fonction publique*

Dans la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique, le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi constituait sans conteste un moyen d'ordre public. Eu égard aux fondements de cette consécration, puisés dans des considérations inhérentes au rôle du juge (i), sa qualification d'ordre public l'embrassait en son entièreté (ii).

i. *Les fondements de la consécration du moyen d'ordre public*

Le Tribunal de la fonction publique a consacré le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi comme moyen d'ordre public faisant « exception au principe de l'interdiction du relevé d'office

217. Ce sont les deux critères dégagés par le commissaire du gouvernement A. BERNARD (Concl. sur CE, Sect., 21 mars 1958, *Delteil, Rec.*, 189, 196-199). Voy. pour une reprise de cette définition, s'agissant du contentieux de la fonction publique européenne : TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-51.

218. Ch. DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, 528 p., spéc. p. 110.

219. TFP, 23 septembre 2009, *Neophytou c/ Commission*, aff. F-22/05 RENV, *RecFP*, pp. I-A-1-327 et II-A-1-1723, pt 58.

des moyens de légalité interne »⁽²²⁰⁾. Cette consécration a été appuyée, dans l'arrêt de principe *Putterie-De-Beukelaer* prononcé en 2008⁽²²¹⁾, outre sur un précédent unique et discutable du Tribunal⁽²²²⁾, sur les exigences inhérentes à l'office du juge de la légalité. Ainsi, le Tribunal de la fonction publique considérait qu'il « méconnaîtrait son office de juge de la légalité s'il s'abstenait de relever, même en l'absence de contestation des parties sur ce point, que la décision contestée devant lui a été prise sur la base d'une norme insusceptible de trouver application au cas d'espèce et si, par suite, il était conduit à statuer sur le litige dont il est saisi, en faisant lui-même application d'une telle norme »⁽²²³⁾.

Le Tribunal de la fonction publique a mis en avant une conception unitaire du moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi lui permettant de sanctionner l'adoption d'une décision en vertu des « règles de compétence, de procédure et de fond » d'une procédure inapplicable⁽²²⁴⁾. Sa nature d'ordre public était générale et recouvrait l'ensemble de ses volets, procédural et matériel. Ce n'était pas, en effet, de l'importance de la norme violée, mais des impératifs inhérents à l'office du juge que ce moyen tirait son caractère d'ordre public⁽²²⁵⁾. L'indifférence de la nature de l'illégalité résumée sous ledit moyen est confirmée par une analyse des affaires dans lesquelles ce moyen a effectivement été tenu pour d'ordre public par le Tribunal de la fonction publique.

ii. *L'étendue du moyen d'ordre public*

Sans préjudice de l'approche unitaire du moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi dans la jurisprudence du Tribunal de

220. TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 90.

221. TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 50 (ci-après « l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission* du TFP »). Cet arrêt fait suite, de peu, à l'arrêt *Valero Jordana c/ Commission* (TFP, 31 janvier 2008, aff. F-104/05, *RecFP*, pp. I-A-1-27 et II-A-1-127, pt 53) dans lequel le Tribunal de la fonction publique a déjà opéré la qualification de moyen d'ordre public. Celle-ci intervenait à titre superfétatoire afin de justifier la recevabilité d'un moyen pris de la méconnaissance du champ d'application temporel d'une disposition du statut.

222. TPI, 15 juillet 1994, *Browet e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-576/93 à T-582/93, *Rec.*, p. II-677, pt 35. Voy. *supra*, note n° 346 du Chapitre précédent.

223. Pt 51 de l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission* du TFP. Le Tribunal de la fonction publique a par ailleurs pris soin d'écarter l'objection, formulée par la Commission en défense, tirée du rattachement formel de ce moyen à la légalité interne et de l'interdiction pour le juge de relever d'office de tels moyens (pt 57 du même arrêt ; TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 38).

224. Pt 74 de l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission* du TFP.

225. Voy. dans le même sens avec une réserve tirée de la pratique contentieuse, s'agissant du contentieux administratif français : Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962, 467 p., spéc. pp. 115-116.

la fonction publique, ce moyen a souvent été utilisé dans un sens partiel tendant, selon le cas, à protéger principalement les règles de compétence et de procédure⁽²²⁶⁾ ou à protéger essentiellement les droits des fonctionnaires.

À ce dernier titre, le Tribunal de la fonction publique a qualifié d'ordre public un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application temporel de l'article 45 du nouveau statut des fonctionnaires⁽²²⁷⁾, en ce que la Commission avait fait application de l'article 45 de l'ancien statut. Ces deux versions divergeaient au sujet des critères de l'examen comparatif des mérites en vue de la procédure de promotion des fonctionnaires. L'application de l'ancienne disposition avait pour effet une sous-évaluation des points de promotion du requérant en vue de l'exercice en cause et, ainsi, sa non-promotion. Le Tribunal de la fonction publique a explicitement tenu compte des conséquences matérielles de l'application d'une disposition inapplicable pour déclarer le moyen fondé⁽²²⁸⁾. La vérification de la question de savoir si la détermination des points de promotion était viciée tendait en définitive à la garantie des droits que le requérant puisait dans le statut des fonctionnaires.

Dans un autre arrêt, le Tribunal de la fonction publique a vérifié, au titre d'un moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi, l'applicabilité *ratione temporis* des dispositions générales d'exécution (DGE) dont la Commission avait fait application en vue de fixer le nombre d'annuités de pension statutaire résultant du transfert des droits acquis par le requérant en Grèce avant son entrée au service de la Commission⁽²²⁹⁾. Bien que l'arrêt comporte peu d'informations à cet égard, le moyen relevé d'office ayant été écarté au fond⁽²³⁰⁾, il apparaît que l'enjeu de la question de l'applicabilité des DGE résidait en la détermination du taux de change applicable. Les DGE antérieures comportaient un mécanisme supposé plus favorable pour le requérant que le mécanisme dont la Commission avait fait application.

Enfin, le Tribunal de la fonction publique a été amené à vérifier le champ d'application des dispositions relatives au classement en grade et

226. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2, B, 1. Un moyen d'ordre public consacré par le Tribunal de la fonction publique (pp. 232 et s.).

227. En sa version issue du règlement (CE, Euratom) n° 723/2004 du Conseil, du 22 mars 2004, modifiant le statut des fonctionnaires (JO, 2004, L 124, p. 1).

228. TFP, 31 janvier 2008, *Valero Jordana c/ Commission*, aff. F-104/05, *RecFP*, pp. I-A-1-27 et II-A-1-127, pts 72, 73 et 78-80. Après avoir constaté l'application erronée de l'article 45 de l'ancien statut (pt 72), le Tribunal considéra toutefois que cette erreur n'entacherait les décisions litigieuses d'illégalité « que si [ladite erreur] a[vait] été de nature à affecter les résultats de l'examen comparatif des mérites au titre de l'exercice de promotion 2004 et, par voie de conséquence, le contenu desdites décisions » (pt 73).

229. TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pts 28-31.

230. *Id.*, pt 46.

en échelon d'une requérante lors de son recrutement comme fonctionnaire stagiaire, dans des circonstances toutefois assez particulières⁽²³¹⁾.

Ces trois affaires illustrent le potentiel du moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi en tant que garant du droit substantiel, en l'occurrence des droits que les fonctionnaires puisent dans leur statut. Cette fonction ne constitue pas une fin en soi mais est absorbée par la fonction principale attribuée à ce moyen, la garantie de l'office du juge de la légalité. Cette fonction militerait en faveur de la transposition de ce moyen d'ordre public dans le contentieux général.

b) *Un moyen d'ordre public susceptible d'être consacré par la Cour de justice et par le Tribunal*

À la différence du Tribunal de la fonction publique, ni la Cour de justice ni le Tribunal n'ont consacré comme d'ordre public le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi. Celui-ci doit ainsi être tenu pour ordinaire à l'heure actuelle (i). Cependant, des considérations analogues à celles sous-jacentes à sa qualification d'ordre public dans le contentieux de la fonction publique rendent sa consécration comme moyen d'ordre public du contentieux général souhaitable (ii).

i. *Un moyen actuellement ordinaire*

Dans le silence de la Cour de justice, seul le Tribunal semblait, par son arrêt *Browet e.a. c/ Commission* de 1994⁽²³²⁾, avoir consacré comme moyen d'ordre public la méconnaissance du champ d'application de la loi. Empreint d'une conception ambiguë de ce moyen⁽²³³⁾, cet arrêt, ni confirmé ni infirmé, est tombé en désuétude. À l'heure actuelle, ni la Cour de justice ni le Tribunal ne tiennent pour d'ordre public le moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi⁽²³⁴⁾.

231. TFP, ord., 28 septembre 2011, *Pereira Sequeira c/ Commission*, aff. F-65/06, non publiée. La requérante soulevait initialement un grief tiré de la violation de l'article 5, § 4, de l'annexe XIII du statut des fonctionnaires. Alors que les parties s'accordaient, lors du premier échange de mémoires, sur l'applicabilité de cette disposition (pt 52), leurs opinions divergeaient quant au grade à retenir en vertu de ladite disposition (pt 53). À la suite d'un arrêt *Peláez Jimeno c/ Parlement* (TFP, 12 mai 2010, aff. F-13/09, non publié), par lequel le Tribunal de la fonction publique a notamment défini le champ d'application personnel dudit article 5, § 4, la Commission modifia sa position, estima que cette disposition était inapplicable et pria le juge d'écarter néanmoins le moyen en cause au motif que le classement retenu s'imposait en tout état de cause en vertu de l'article 12, § 3, de la même annexe XIII (pt 59 de l'ord. *Pereira Sequeira c/ Commission*).

232. TPI, 15 juillet 1994, *Browet e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-576/93 à T-582/93, *Rec.*, p. II-677, pt 35.

233. Voy. les réserves que nous avons émises *supra*, note n° 346 du Chapitre précédent.

234. Des auteurs affirment néanmoins que le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi est d'ordre public : R. BARENTS, *op. cit.*, spéc. p. 1459 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *op. cit.*, spéc. p. 730. Voy. en faveur de sa qualification comme moyen d'ordre

Une telle qualification a même été fragilisée par le Tribunal dans son arrêt *Putterie-De-Beukelaer* de 2010⁽²³⁵⁾. Invité à définir le statut contentieux du moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi, le Tribunal procéda à une ventilation des illégalités que le Tribunal de la fonction publique avait sanctionnées sous couvert de ce moyen. Après avoir rattaché l'incompétence et le non-respect des règles de procédure en cause à des moyens d'ordre public classiques, le Tribunal justifia l'examen d'office des conditions de fond de la réglementation en cause par les pouvoirs d'office appartenant au juge de la légalité⁽²³⁶⁾.

Cette ventilation des illégalités en moyens d'ordre public et arguments qui, bien qu'extraits de l'ordre public, peuvent être pris en compte d'office par le juge est considérablement plus complexe que l'examen d'un moyen unique suggéré par le Tribunal de la fonction publique. Elle entraîne un inversement des finalités et des prémisses du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi. Plutôt que de regrouper sous la fonction de ce moyen l'ensemble des illégalités, sans égard à leurs natures et qualités intrinsèques, le Tribunal part de ces dernières. Récalcitrant à qualifier ce moyen de moyen d'ordre public, il ne le qualifie pas pour autant d'ordinaire. Il statue « sans qu'il soit nécessaire d'aborder la question de la possibilité pour le juge de l'Union d'examiner d'office un [tel] moyen »⁽²³⁷⁾. Révélatrice d'une hésitation, l'approche du Tribunal est prudente. Ce dernier laisse ouverte la possibilité d'une consécration future du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi comme moyen d'ordre public. Peu probable, une telle évolution nous paraît fort souhaitable.

public : U. EVERLING, « Überlegungen zum Verfahren vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 541 et note n° 28 ; U. FASSETT-ROMMÉ, *op. cit.*, spéc. p. 89 ; V. GÖTZ, *op. cit.*, spéc. p. 76 ; B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. p. 566.

235. Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751 (ci-après « l'arrêt *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer* du Tribunal »). Voy. déjà *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2, B, 2. Un moyen d'ordre public incertain devant le Tribunal (pp. 233 et s.).

236. Le Tribunal s'appuya sur la jurisprudence selon laquelle, pour éviter de statuer sur la base de considérations juridiques erronées, le juge européen est habilité à dépasser les arguments soulevés par les parties en les complétant d'office (voy. à cet égard *infra*, ce §, B. Un fondement certain de pouvoirs d'office ambigus du juge, pp. 325 et s.). Or, selon le Tribunal, l'examen, par le Tribunal de la fonction publique, des conditions de fond « constituait un préalable nécessaire à l'examen du moyen tiré de l'erreur d'appréciation » soulevé par la requérante : pt 65 de l'arrêt *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer* du Tribunal.

237. Pt 67 de l'arrêt *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer* du Tribunal. Le Tribunal de la fonction publique considérerait dès lors ne pas avoir été « contredit » sur la qualification d'ordre public du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi : TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 28.

ii. Un moyen d'ordre public souhaitable

La qualification d'ordre public, par la Cour de justice et par le Tribunal, du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi est souhaitable pour des motifs analogues à ceux retenus par le Tribunal de la fonction publique et tirés de la mission du juge de la légalité.

Certes, l'on pourrait objecter que la consécration d'un tel moyen d'ordre public alourdirait substantiellement la tâche du juge et ralentirait le traitement des dossiers. En particulier, du fait de la diversité du droit de l'Union européenne et des réglementations souvent très complexes dans certaines matières réglementaires et techniques, il peut paraître sévère d'exiger de la part du juge une vérification systématique de l'applicabilité des normes dans le contentieux général. Toutefois, l'objection est peu convaincante. D'une part, l'on peut affirmer avec Ch. Debouy que « [c]e n'est pas parce qu'il existe un doute sur les capacités du juge à pouvoir toujours déceler l'inapplicabilité que l'on doit renoncer à exiger de celui-ci qu'il relève d'office ce moyen lorsqu'il en a connaissance »⁽²³⁸⁾. D'autre part, le régime du moyen d'ordre public constitue un remède suffisant à ces difficultés en ce qu'il permet un traitement des moyens d'ordre public avec une certaine souplesse⁽²³⁹⁾.

De surcroît, il est indiscutable que le juge de l'Union européenne est en mesure de procéder d'office à la vérification du champ d'application des normes qu'il applique et interprète. En témoigne la consécration de son caractère d'ordre public par le Tribunal de la fonction publique, sans doute aidé par sa spécialisation⁽²⁴⁰⁾. Plus généralement, tant la Cour de justice que le Tribunal se montrent prêts à déterminer d'office le droit applicable. Ainsi, le Tribunal rectifie de sa propre initiative le fondement juridique invoqué par une partie en substituant les dispositions applicables *ratione*

238. Ch. DEBOUY, *op. cit.*, spéc. p. 149.

239. En particulier, il pourrait être proposé de limiter l'obligation de relever d'office ce type de moyen au cas d'une violation patente ou manifeste du champ d'application de la loi. À propos du régime du moyen d'ordre public, voy. *infra*, Deuxième partie. Une unité procédurale contrariée des moyens d'ordre public (pp. 429 et s.).

240. Cet exemple du Tribunal de la fonction publique permet de penser que, dans l'éventualité d'une spécialisation des chambres des juridictions de l'Union européenne, le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi pourrait plus aisément être consacré comme moyen d'ordre public spécifique à certains contentieux. Rappelons que l'expérience du Tribunal de la fonction publique a montré que celui-ci ne manqua pas « d'affirmer sa propre vision du contentieux de la fonction publique de l'Union européenne » et rendit une jurisprudence parfois « novatrice et courageuse » (selon les mots bien choisis de G. VANDERSANDEN, à l'occasion d'une analyse d'un arrêt : « Le Tribunal de la fonction publique européenne : un nouveau regard », in *Réalisations et défis de l'Union européenne. Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 385-408, spéc. pp. 405 et 407). Grâce à une plus grande aisance avec la matière dans laquelle le juge est spécialisé, celui-ci se déliera plus aisément des moyens invoqués.

temporis à celles invoquées par ladite partie⁽²⁴¹⁾. Il réinterprète un grief tiré de la violation du droit dérivé comme étant pris de la violation d'un principe général du droit⁽²⁴²⁾. La Cour de justice, dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, n'hésite pas à vérifier ou à préciser d'office le champ d'application de la norme visée par le juge national et, le cas échéant, à rectifier une erreur commise à cet égard par ce dernier⁽²⁴³⁾.

Intrinsèquement liée à l'office du juge de l'Union européenne, la qualification d'ordre public du moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi paraît souhaitable mais à l'heure actuelle exclue dans le contentieux général. Cette conclusion confirme la spécificité de la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique et laisse apercevoir qu'avec la spécialisation du juge, celui-ci se montre plus enclin à consacrer de nouveaux moyens d'ordre public. La suppression de cette juridiction spécialisée risque de rouvrir le débat sur la nature d'ordre public de ce moyen y compris dans le contentieux de la fonction publique. Ces considérations présagent d'ores et déjà de la réserve du juge à l'égard des propositions doctrinales tendant à la qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité et qui sont fondées sur des considérations analogues.

2) L'exception d'illégalité, moyen d'ordre public revendiqué par la doctrine

Le statut contentieux de l'exception d'illégalité a fait l'objet d'un débat doctrinal limité. Il a souvent été décrit par voie d'affirmations de principe. Alors que de nombreux auteurs excluent d'emblée la qualification d'ordre public de l'exception, d'autres proposent une approche plus nuancée voire sa pleine consécration comme moyen d'ordre public. En l'absence d'une ligne jurisprudentielle claire, chaque position peut trouver une certaine

241. Voy. à titre d'exemple : Trib. UE, 6 septembre 2013, *Europäisch-Iranische Handelsbank c/ Conseil*, aff. T-434/11, *Rec. num.* (extraits), pt 123 ; Trib. UE, 10 octobre 2014, *Marchiani c/ Parlement*, aff. T-479/13, non publié, pt 71. Par ailleurs, il a pu être affirmé, dans la doctrine, que le pouvoir du juge du fond de substituer des motifs se rapproche du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi et exprime le cas échéant un motif d'ordre public (voy. en ce sens : B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. pp. 567-568 ; F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 439). Cette approche a pu être critiquée en ce qu'elle conduit le juge, qui refuse de qualifier d'ordre public des moyens de légalité interne, à rechercher d'office des motifs qui pourraient justifier le rejet du recours (B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 157). Toutefois, outre le fait que le pouvoir même du juge de la légalité de procéder à la substitution des motifs est, en principe, nié et susceptible d'être critiqué au stade d'un pourvoi (voy. p. ex. : CJUE, 24 janvier 2013, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. C-73/11 P, *Rec. num.*, pt 75), il nous semble en tout état de cause que le simple fait pour le Tribunal de tenir un moyen de fond, *a priori* fondé, pour dépourvu d'incidence sur la légalité de l'acte ou pour inopérant n'exprime point de considération impérieuse susceptible d'être qualifiée d'ordre public mais le simple exercice par le juge de sa fonction de juger.

242. Voy. pour un exemple de réinterprétation à titre surabondant : Trib. UE, 10 octobre 2014, *Marchiani c/ Parlement*, aff. T-479/13, non publié, pt 81.

243. Voy. les exemples cités *supra*, note n° 131 du présent Chapitre.

assise dans la jurisprudence. Dans ces conditions, la détermination du statut contentieux de l'exception d'illégalité requiert de revenir préalablement sur la nature et la fonction de l'exception dans le droit du contentieux de l'Union européenne (a). C'est au regard de ces prémisses qu'il convient, ensuite, d'évaluer le statut contentieux de l'exception d'illégalité (b).

a) *La nature et la fonction de l'exception d'illégalité*

Hybride, en ce qu'elle « n'est ni un moyen d'annulation à part entière ni une voie de droit autonome »⁽²⁴⁴⁾, l'exception d'illégalité permet, dans le cadre d'un recours porté devant le juge de l'Union européenne, d'exciper, nonobstant l'expiration du délai du recours en annulation, de l'illégalité d'un acte de portée générale afin que cet acte soit déclaré inapplicable au cas d'espèce⁽²⁴⁵⁾. Elle poursuit une fonction subjective de protection juridictionnelle effective des justiciables et compensatrice des insuffisances de la protection directe⁽²⁴⁶⁾. Unique selon certains⁽²⁴⁷⁾, cette fonction subjective se voit complétée, selon d'autres, par une fonction objective de garantie de la légalité⁽²⁴⁸⁾, une « fonction d'apurement de l'illégalité »⁽²⁴⁹⁾.

244. F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p., spéc. p. 147.

245. Art. 277 TFUE.

246. Cette fonction compensatrice ressort de la jurisprudence : CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. 9/56, *Rec.*, p. 11, spéc. pp. 26-28 ; CJCE, 6 mars 1979, *Simmenthal c/ Commission*, aff. 92/78, *Rec.*, p. 777, pts 39 et 41 ; CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 23 ; CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, *Rec. num.*, pt 93. Elle est également admise en doctrine : F. BERRON, *op. cit.*, spéc. pp. 670-679 ; R. JOLLET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1981, 302 p., spéc. pp. 133-134 ; J.-V. LOUIS, « De l'exception d'illégalité dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes », *Revista de derecho. Jurisprudencia y administración*, 1967, pp. 109-122, spéc. p. 115 ; D. SINANOTIS, « The Plea of Illegality in EC Law », *European Public Law*, 2001, pp. 103-125, spéc. p. 105.

247. Voy. en particulier : R. JOLLET, *op. cit.*, spéc. pp. 133-134.

248. Voy. notamment : A. BARAV, « The exception of illegality... », *op. cit.*, spéc. p. 368 ; G. BEBR, « Judicial Remedy of private parties against normative acts of the European Communities : the role of exception of illegality », *CML Rev.*, 1966, p. 7-31, spéc. p. 19 ; H.-W. DAIG, *Nichtigkeit- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und der Schlußanträge der Generalanwälte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 345 p., spéc. pp. 180-181 ; P. DUBOIS, « L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1978, n° 4, pp. 407-439, spéc. p. 439 ; D. HEIN, *op. cit.*, spéc. pp. 140-146 ; P. PESCATORE, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *op. cit.*, pp. 520-553, spéc. p. 530 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 245 ; M. WAELBROECK, « Le contrôle incident de la légalité des actes communautaires », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 135-141, spéc. pp. 136-137.

249. Selon les termes de L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. pp. 82 et 142. L'illégalité d'un acte de portée générale peut en effet parfois ne devenir visible que lors de son application concrète.

Fondée, l'exception d'illégalité entraîne l'inapplicabilité *inter partes* de l'acte de portée générale en cause dans le litige principal. Toutefois, L. Coutron a démontré de manière convaincante que le constat d'une telle illégalité entraîne un effet abrogatoire *erga omnes*⁽²⁵⁰⁾. Or, « l'attribution d'un [tel] effet [...] à la déclaration d'illégalité fait perdre [à] l'exception d'illégalité sa condition de voie de droit "égoïste" et la transforme en une voie de droit au service de la collectivité »⁽²⁵¹⁾.

Compte tenu de ses deux fonctions subjective et objective, l'exception d'illégalité pourrait être érigée en moyen d'ordre public. La garantie de la légalité justifierait sa consécration comme tel⁽²⁵²⁾ en dépit de sa finalité également subjective⁽²⁵³⁾. Toutefois, les impératifs de légalité et de protection juridictionnelle du justiciable doivent être conciliés avec un impératif objectif et général de sécurité juridique⁽²⁵⁴⁾. Ambivalente, celle-ci s'opposerait tant à une remise en cause infinie et trop large de la légalité d'actes de portée générale qu'à une perpétuation de l'illégalité entachant de tels actes⁽²⁵⁵⁾. Tandis que la première lecture de l'exigence de sécurité juridique excluait la qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité⁽²⁵⁶⁾, la seconde tendrait à la justifier⁽²⁵⁷⁾. La détermination du statut contentieux de l'exception d'illégalité doit alors passer par une conciliation de ces exigences. De surcroît, dans la mesure où le relevé d'office d'une exception d'illégalité peut, dans une certaine mesure, s'apparenter à un cas d'auto-saisine du juge⁽²⁵⁸⁾, celui-ci ouvrant d'office une voie de droit incidente, une interprétation restrictive de

250. *Id.*, spéc. pp. 658-676 et 697-709.

251. *Id.*, spéc. p. 711. L'auteur emprunte l'adjectif « égoïste » à B. SEILLER : « L'autorité absolue conférée – un peu vite ? – aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs. Note sous CE, 28 décembre 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris e.a.* », *AdJDA*, 2002, pp. 542-548, spéc. p. 544.

252. Sans aborder le statut contentieux de l'exception d'illégalité, G. BEBR (« Judicial Remedy of private parties... », *op. cit.*, spéc. p. 19) a relevé que l'irrégularité d'un acte de portée générale était une question d'ordre public (« *a matter of public concern* »).

253. En relevant d'office une exception d'illégalité, « [la Cour de justice] protège à la fois les intérêts [du justiciable], mais elle renforce surtout la Communauté de droit en donnant une portée maximale au contrôle de légalité » : F. BERROD, *op. cit.*, spéc. p. 674. Voy. dans le même sens : D. HEIN, *op. cit.*, spéc. p. 179.

254. Le rôle de l'exception d'illégalité « consiste à protéger l'intérêt subjectif au maintien de la légalité sans porter une atteinte excessive à l'intérêt public à la sécurité juridique » : M. WAELBROECK, « Les compétences de la Cour de justice », *RJCB*, 1971, pp. 513-581, spéc. pp. 553-554. Voy. dans le même sens, à propos des effets d'une exception d'illégalité fondée : G. BEBR, « Judicial Remedy of private parties... », *op. cit.*, spéc. p. 27.

255. Voy. en ce sens : P. DUBOIS, *op. cit.*, spéc. p. 412.

256. « Admittedly, a systematic, *ex officio* consideration by the court of the legality of administrative acts after the expiry of the time limit for annulment runs counter to the principle of legal security » : A. BARAV, « The exception of illegality... », *op. cit.*, spéc. p. 384.

257. Voy. en ce sens : D. SINANIOTIS, *op. cit.*, spéc. p. 120.

258. L'avocat général MENGOTZI a ainsi récemment fait observer que l'exception d'illégalité « ne constitue[...] aucunement [une] procédure[...] que [le] juge [de l'Union européenne] peut entamer d'office » : concl. sous CJUE, 14 novembre 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, *Rec. num.*, note n° 42.

la qualification d'ordre public paraît souhaitable, fût-ce au détriment de la garantie de la légalité.

Ambivalentes et indécises, la jurisprudence et la doctrine reflètent les tensions entre ces exigences parfois contradictoires et la recherche de leur conciliation à travers le statut contentieux de l'exception d'illégalité.

b) Le statut contentieux de l'exception d'illégalité

Le statut contentieux de l'exception d'illégalité n'est pas définitivement déterminé. Au vu de l'état de la jurisprudence, il est raisonnable de penser que l'exception n'est qu'exceptionnellement d'ordre public (1). Si cette approche est confortée par une doctrine majoritairement défavorable à sa qualification d'ordre public, il convient néanmoins d'apprécier la teneur et la probabilité d'une évolution jurisprudentielle appelée par d'autres auteurs (2).

i. État de la jurisprudence : une qualification d'ordre public exceptionnelle

Sans prise de position explicite et définitive quant au statut contentieux de l'exception d'illégalité, le juge de l'Union européenne tend à la traiter comme un moyen ordinaire. Ce n'est, en effet, qu'exceptionnellement qu'il a pu relever d'office une exception d'illégalité⁽²⁵⁹⁾ ou, dans le contexte d'une exception d'illégalité soulevée par la partie intéressée, un moyen d'ordre public⁽²⁶⁰⁾. À ces rares occasions, soit les exceptions étaient fondées sur des moyens eux-mêmes d'ordre public, à savoir l'incompétence absolue des Communautés européennes⁽²⁶¹⁾, l'incompétence de l'auteur de l'acte incidemment mis en cause⁽²⁶²⁾ ou encore la violation de l'obligation de

259. CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité*, aff. 14/59, *Rec.*, p. 445, spéc. p. 474. Examinant le statut contentieux de l'exception d'illégalité, L. COUTRON (*La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. pp. 119-120) observe que « [l]a formule utilisée dans l'arrêt *Valsabbia* selon laquelle une exception d'irrégularité, "même si [elle] n'est pas assortie de conclusions formelles, est à relever d'office, car elle concerne la compétence même de la Cour" est [...] restée isolée », interprétant ainsi l'arrêt *Valsabbia* de 1980 (CJCE, 18 mars 1980, *Valsabbia c/ Commission*, aff. jtes 154/78, 205/78, 206/78, 226/78 à 228/78, 263/78 et 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 et 85/79, *Rec.*, p. 907, pt 7) comme ayant envisagé une ouverture en faveur du relevé d'office de l'exception d'illégalité. Toutefois, il nous semble que le relevé d'office annoncé et opéré par la Cour de justice avait trait à sa compétence.

260. TFP, 29 septembre 2009, *O c/ Commission*, aff. jtes F-69/07 et F-60/08, *RecFP*, pp. I-A-1-349 et II-A-1-1833, pt 71.

261. CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 12-13. Il s'agissait en réalité d'une exception d'inexistence fondée sur l'incompétence absolue. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 2. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence absolue de l'Union européenne (pp. 169 et s.).

262. Trib. UE, 27 octobre 2010, *Reali c/ Commission*, aff. T-65/09 P, non publié, pts 42-49 ; Trib. UE, ord., 13 avril 2011, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec.*, p. II-1673, pts 40-41. Voy. toutefois : TPI, 27 septembre 2005, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. jtes

motivation⁽²⁶³⁾. Le caractère d'ordre public du moyen en cause a alors déteint sur le statut contentieux de l'exception. Soit le relevé d'office concernait l'illégalité de l'acte ayant constitué la base juridique de l'acte directement mis en cause⁽²⁶⁴⁾. L'illégalité de la base juridique entraînant l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, c'est de cette incompétence que découlait la qualification d'ordre public de l'exception.

Ces rares qualifications d'ordre public mises à part, des indices du caractère ordinaire de l'exception d'illégalité prospèrent dans la jurisprudence⁽²⁶⁵⁾. Ainsi, le juge constate l'absence d'invocation d'une exception d'illégalité par la partie intéressée⁽²⁶⁶⁾, limitant par là le champ de son analyse⁽²⁶⁷⁾ et excluant implicitement le caractère d'ordre public de l'exception. Statuant sur une exception d'illégalité tirée d'une violation du principe d'égalité de traitement, le Tribunal a pu observer que, si les dispositions visées par l'exception n'étaient pas entachées d'une violation dudit principe, une telle violation entachait d'autres dispositions. Or, ces dernières ne faisaient pas l'objet de l'exception soulevée, de sorte que le Tribunal n'en tint aucunement compte aux fins de trancher le litige dont il était saisi⁽²⁶⁸⁾. Le Tribunal précise exceptionnellement qu'il ne lui appartient

T-134/03 et T-135/03, *Rec.*, p. II-3923, pt 52 ; Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pt 35. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1, B. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence d'une institution de l'Union européenne (pp. 193 et s.).

263. TFP, 29 septembre 2009, *O c/ Commission*, aff. jtes F-69/07 et F-60/08, *RecFP*, pp. I-A-1-349 et II-A-1-1833, pt 71.

264. CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité*, aff. 14/59, *Rec.*, p. 445, spéc. p. 474. Voy. toutefois les hésitations ultérieures, exposées *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 1, B. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence d'une institution de l'Union européenne (pp. 193 et s.).

265. Voy. également en ce sens, à propos entre autres de certains des arrêts cités ci-dessous : L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. pp. 119-120.

266. Voy. à titre d'illustration : TPI, 9 janvier 1996, *Bitha c/ Commission*, aff. T-23/95, *RecFP*, pp. I-A-13 et II-45, pt 40 ; TPI, 21 novembre 2000, *A c/ Commission*, aff. T-23/00, *RecFP*, pp. I-A-263 et II-1211, pt 28 ; TPI, 5 décembre 2006, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-424/04, *RecFP*, pp. I-A-2-323 et II-A-2-1649, pt 106 ; TPI, 18 décembre 2008, *Lofaro c/ Commission*, aff. T-293/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-85 et II-B-1-531, pt 22 ; Trib. UE, 14 février 2012, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-59/09, *Rec. num.*, pt 41 ; Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande c/ Commission*, aff. jtes T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, *Rec. num.*, pt 103 ; Trib. UE, 20 février 2013, *Melli Bank c/ Conseil*, aff. T-492/10, *Rec. num.*, pts 59-63 ; Trib. UE, 12 septembre 2013, *Besselink c/ Conseil*, aff. T-331/11, non publiée, pt 42 ; Trib. UE, 8 octobre 2013, *Stichting Greenpeace Nederland et PAN Europe c/ Commission*, aff. T-545/11, *Rec. num.*, pts 44-45.

267. Voy. explicitement : TPI, 19 juin 1997, *Air Inter c/ Commission*, aff. T-260/94, *Rec.*, p. II-997, pt 106 ; TPI, 15 juin 2005, *Corsica Ferries France c/ Commission*, aff. T-349/03, *Rec.*, p. II-2197, pts 179-180.

268. TPI, 2 octobre 2001, *Martinez e.a. c/ Parlement*, aff. jtes T-222/99, T-327/99 et T-329/99, *Rec.*, p. II-2823, pts 156-158, 165 et 167. Le Tribunal écarte, à titre surabondant, toute incidence de l'illégalité des dispositions non visées par l'exception sur la solution du litige principal (pt 159).

pas d'examiner d'office une exception d'illégalité non invoquée⁽²⁶⁹⁾. De même, rejetant comme irrecevable une exception d'illégalité tardivement invoquée⁽²⁷⁰⁾ ou insuffisamment étayée⁽²⁷¹⁾, sans en examiner le bien-fondé, le juge tend à la qualifier incidemment de moyen ordinaire.

Par ailleurs, les évolutions relatives à la règle de concordance du contentieux de la fonction publique illustrent avec force la nature ordinaire de l'exception d'illégalité. Soustraite au champ de cette règle, l'exception d'illégalité est néanmoins distinguée des moyens d'ordre public⁽²⁷²⁾. Le régime préférentiel dont elle bénéficie procède de considérations juridiques et pratiques ayant trait « à la finalité de la procédure précontentieuse, à la nature de l'exception d'illégalité et au principe de la protection juridictionnelle effective »⁽²⁷³⁾.

De ce bref tableau jurisprudentiel, il apparaît qu'à l'heure actuelle, l'exception d'illégalité est en principe constitutive d'un moyen ordinaire, comme l'affirment de nombreux auteurs⁽²⁷⁴⁾. Elle peut, exceptionnellement, faire l'objet d'un relevé d'office et se voir ainsi reconnaître le statut de moyen d'ordre public, en particulier lorsqu'elle est fondée sur un moyen d'ordre public. Les illustrations jurisprudentielles de cette qualification se font toutefois rares. La réticence du juge à consacrer l'exception d'illégalité comme moyen d'ordre public a suscité des réactions doctrinales suggérant des évolutions jurisprudentielles.

269. TPI, 6 novembre 1997, *Berlingieri Vinzek c/ Commission*, aff. T-71/96, *RecFP*, pp. I-A-339 et II-921, pt 35 ; Trib. UE, 27 avril 2016, *European Dynamics Luxembourg e.a. c/ EUIPO*, aff. T-556/11, *Rec. num.* (extraits), pts 102, 132 et 143.

270. Voy. p. ex. : CJCE, 29 juin 1994, *Fiskano c/ Commission*, aff. C-135/92, *Rec.*, p. I-2885, pts 31-33 ; CJCE, ord., 15 mai 2007, *Ricosmos c/ Commission*, aff. C-420/05 P, non publiée, pt 76 ; CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, pts 106-109 ; TPI, 24 septembre 2008, *Reliance Industries c/ Conseil et Commission*, aff. T-45/06, *Rec.*, p. II-2399, pts 64-66 ; Trib. UE, ord., 4 septembre 2012, *DAI c/ Commission*, aff. T-381/08, non publiée, pts 32-37.

271. Voy. en ce sens : TFP, 15 février 2011, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-81/09, non publié, pts 60-64 ; TFP, 5 décembre 2012, *BA c/ Commission*, aff. F-29/11, *RecFP num.*, pts 72-74.

272. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *Rec. num.*, pt 120 ; TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pts 28-45 ; TFP, 18 décembre 2014, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-26/12, non publié, pts 35-53. Voy. en particulier : L. COUTRON, « Inapplicabilité de la règle de concordance entre la réclamation et le recours aux exceptions d'illégalité soulevées dans le contentieux des fonctionnaires », *RTDE*, 2014, n° 4, pp. 908-909.

273. TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pt 32. Le Tribunal a entériné cette dérogation : Trib. UE, 27 octobre 2016, *BCE c/ Cerafogli*, aff. T-787/14 P, *Rec. num.*, pts 47, 49 et 61.

274. Voy. notamment : L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. pp. 119-120 et 564-568 ; J.-V. LOUIS *et al.*, *op. cit.*, spéc. p. 392 ; J. LOTARSKI, *op. cit.*, spéc. p. 143 ; D. SIMON, *op. cit.*, spéc. p. 575 ; G. VANDERSANDEN *et* A. BARAV, *op. cit.*, spéc. pp. 256-257 ; M. WAELBROECK *et* O. SPELTDOORN, « Exception d'illégalité », *Rép. Dalloz Droit européen*, 1999 (actualisation 2009), § 5.

ii. *Une proposition doctrinale : une qualification d'ordre public étendue*

Des auteurs ont proposé la qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité. Les suggestions faites à cet égard peuvent être rangées en trois propositions.

La première proposition, maximaliste, tient en la qualification d'ordre public, par principe, de toute exception d'illégalité en tant que telle⁽²⁷⁵⁾. Elle fait abstraction tant de la nature du lien entre l'acte litigieux et l'acte de portée générale, autrement dit que ce dernier constitue la base juridique du premier ou non, que de la nature de l'illégalité entachant l'acte de portée générale, autrement dit que cette illégalité constitue ou non en tant que telle un moyen d'ordre public. La proposition doit toutefois être écartée. D'une part, elle ne trouve aucune assise jurisprudentielle⁽²⁷⁶⁾. D'autre part, une évolution jurisprudentielle en ce sens est non seulement improbable mais surtout non souhaitable. Elle entacherait la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne d'incohérence en imposant au juge de procéder d'office à un contrôle complet incident de la légalité de tout acte susceptible de faire l'objet d'une exception d'illégalité alors même qu'il ne pourrait faire de même de l'acte directement contesté⁽²⁷⁷⁾. Une telle dilatation du contrôle incident risque de bouleverser l'équilibre fragile entre la sécurité juridique, la légalité et la protection juridictionnelle du justiciable inhérent à l'exception d'illégalité. Elle heurterait la nature exceptionnelle de l'exception d'illégalité.

275. Voy. pour une proposition de réécrire l'article 241 CE (art. 277 TFUE) en ce sens : D. HEIN, *op. cit.*, spéc. p. 190. Adde : Ch. BUSSE, « Art. 241 EG in der Rechtsprechung des EuGH. Eine kritische Würdigung », *EuZW*, 2002, n° 23, pp. 715-720, spéc. pp. 715 et 720 ; M. KOTZUR, « Art. 277 AEUV », in R. GEIGER, D.-E. KHAN et M. KOTZUR, *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Kommentar*, 5^e ed., Munich, Beck, 2010, 1131 p., spéc. p. 840.

276. Les auteurs ne citent aucun précédent pertinent. Ajoutons que l'approche ne pourrait, à nos yeux, reposer sur une analogie tirée de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle une question préjudicielle en appréciation de validité peut être posée d'office par le juge national (CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen Düsseldorf c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 166/73, *Rec.*, p. 33, pt 3 ; CJCE, 16 juin 1981, *Salonia*, aff. 126/80, *Rec.*, p. 1563, pt 7). Bien que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité et l'exception d'illégalité expriment un même principe général (CJCE, 27 septembre 1983, *Universität Hamburg*, aff. 216/82, *Rec.*, p. 2771, pts 10 et 12 ; CJCE, 15 février 2001, *Nachi Europe*, aff. C-239/99, *Rec.*, p. I-1197, pt 35), il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de deux voies distinctes (CJCE, 14 décembre 1962, *Wöhrmann c/ Commission*, aff. jtes 31/62 et 33/62, *Rec.*, p. 965, spéc. pp. 979-980).

277. Une telle incohérence a déjà été relevée par B. SACHS (*op. cit.*, spéc. pp. 226-227). Cependant, cet auteur est favorable à la qualification d'ordre public, non seulement de l'exception d'illégalité fondée sur un moyen d'ordre public, mais encore de l'exception d'illégalité dirigée contre l'acte ayant formé la base juridique de l'acte directement mis en cause : *id.*, spéc. pp. 151 et 227.

Selon une deuxième proposition, intermédiaire, l'exception d'illégalité est, en tant que telle, qualifiée d'ordre public. Le champ de cette qualification est cependant réduit. Deux suggestions ont été faites à cet égard.

D'une part, il a été proposé de tenir pour d'ordre public l'exception d'illégalité dirigée contre l'acte général ayant constitué la base juridique de l'acte litigieux⁽²⁷⁸⁾. Susceptible de s'appuyer sur un seul précédent jurisprudentiel⁽²⁷⁹⁾, cette proposition rencontre toutefois les réserves susvisées tirées de la cohérence de la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne.

D'autre part, il a été proposé de déduire la qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité de la nature des voies de droit sur lesquelles elle se greffe. L'exception serait d'ordre public dans le recours en manquement⁽²⁸⁰⁾, afin d'éviter que la Cour de justice constate un manquement à une obligation illégale⁽²⁸¹⁾. Si une telle qualification d'ordre public pourrait se justifier au regard d'un objectif de garantie renforcée des droits de l'État membre défendeur, elle nous paraît inopportune. En effet, l'État membre est en mesure de contester lui-même la légalité d'actes de portée générale par la voie du recours en annulation. Compte tenu de la réticence de la Cour de justice à l'égard du jeu même de l'exception d'illégalité dans ce

278. Voy. pour une telle proposition : F. BERROD, *op. cit.*, spéc. pp. 674 et 679 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 151 et 227. Voy. également en ce sens : D. SINANIOTIS, *op. cit.*, spéc. p. 120. Sur la base de l'arrêt *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité* (CJCE, 17 décembre 1959, aff. 14/59, *Rec.*, p. 445, spéc. p. 474) et, étonnamment, de l'arrêt *Common Market Fertilizers c/ Commission* (TPI, 27 septembre 2005, aff. jtes T-134/03 et T-135/03, *Rec.*, p. II-3923, pts 51-52), K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS (*Procedural Law of the European Union*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2006, 790 p., spéc. p. 349) ont pu affirmer que le juge pouvait relever d'office l'exception d'illégalité d'un acte de portée générale ayant constitué la base juridique de l'acte litigieux, tout en précisant qu'il en allait ainsi en particulier lorsque l'acte de portée générale était entaché d'incompétence ou de violation des formes substantielles. Voy. également : K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. pp. 450-451.

279. CJCE, 17 décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson c/ Haute Autorité*, aff. 14/59, *Rec.*, p. 445, spéc. p. 474.

280. Voy. pour une telle proposition : U. FASSETT-ROMMÉ, *op. cit.*, spéc. pp. 72-73 et 78. *Adde* : D. HEIN, *op. cit.*, spéc. pp. 104-106 et 176-190.

281. Des considérations similaires pourraient valoir s'agissant de l'exception d'illégalité dans le cadre du recours en carence. Ainsi, sans se prononcer sur le statut contentieux de l'exception d'illégalité dans les recours en manquement et en carence, A. BARAV (« The exception of illegality... », *op. cit.*, spéc. p. 384) a relevé qu'il était préférable d'éviter des constats de manquement ou de carence à des obligations illégales, tout en notant qu'un examen d'office systématique de toute exception d'illégalité irait à l'encontre du principe de sécurité juridique. Des raisonnements similaires ont pu être avancés à propos de l'exception d'inexistence dans le contexte du recours en manquement, voy. notamment : Ph. CAHIER, *op. cit.*, spéc. p. 581 ; P. MATHILSEN, « Nullité et annulabilité des actes des institutions européennes », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicis in honorem egregii professoris edita*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 1972, t. 2, pp. 271-283, spéc. p. 281.

contentieux⁽²⁸²⁾, ladite qualification est également peu probable. De surcroît, elle se heurterait à des considérations de cohérence des voies de droit et de la notion de moyen d'ordre public.

Une troisième proposition est minimaliste. Seule l'exception d'illégalité fondée sur un moyen d'ordre public est elle-même d'ordre public⁽²⁸³⁾. Sa qualification d'ordre public ne serait pas une qualité intrinsèque à l'exception, mais le simple reflet du statut d'ordre public du moyen sur lequel elle est fondée. Une telle qualification par ricochet assure la réalisation entière de la nature d'ordre public de ce moyen et s'inscrit dans une recherche de cohérence de la notion de moyen d'ordre public. Elle peut s'appuyer sur quelques précédents qui mériteraient d'être utilisés par le juge de l'Union européenne aux fins de consacrer définitivement et explicitement comme d'ordre public l'exception d'illégalité fondée sur un moyen d'ordre public⁽²⁸⁴⁾. C'est dans cette limite que la qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité peut être mise au service de la légalité de l'action du juge et de l'ordre juridique sans pour autant enfreindre indûment la sécurité juridique.

La légalité de l'action du juge apparaît ainsi comme un fondement potentiel mais limité et aléatoire des moyens d'ordre public. Le juge de l'Union européenne n'y recourt qu'exceptionnellement. En revanche, cet objectif de légalité sert de fondement à de larges pouvoirs d'office conférés au juge. Une interprétation constructive et parfois originale de ces pouvoirs lui permet de contourner le statut contentieux ordinaire des moyens tendant à la garantie du droit substantiel.

282. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 2, B. L'exception d'inexistence (pp. 296 et s.).

283. Voy. pour une telle proposition : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 151 et 227. Dans le même sens, F. MARIATTE et D. RITLENG (*op. cit.*, spéc. p. 315) envisagent « une réponse plus nuancée » à la question de la qualification d'ordre public de l'exception d'illégalité, « qui dépend[rait] de la nature ainsi que des circonstances dans lesquelles l'illégalité est détectée ». Selon ces auteurs, l'exception tirée de l'incompétence de l'auteur d'un acte de portée générale pourrait être qualifiée de moyen d'ordre public. De manière analogue, É. VON BARDELEBEN, F. DONNAT et D. SRIITZKY (*La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La Documentation française, 2012, 325 p., spéc. p. 267) estiment qu'une exception d'illégalité n'est en principe pas d'ordre public, à moins que le moyen invoqué à son appui soit d'ordre public. P. ROSEREN (« Article 241 CE », in I. PINGEL [dir.], *op. cit.*, pp. 1566-1571, spéc. p. 1570) envisage le relevé d'office d'un moyen d'ordre public à l'appui d'une exception d'illégalité, sans toutefois préciser si une exception doit, en tant que telle, avoir été soulevée par la partie intéressée. Enfin, selon Ch. GAITANIDES (« Artikel 277 TFUE », in H. VON DER GROEBEN, J. SCHWARZE et A. HATJE [ed.], *Europäisches Unionsrecht*, 7^e éd., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, § 10), dès lors que le juge est habilité à procéder à l'examen d'office de certains moyens dans le cadre du recours en annulation, il doit en aller de même lorsque le vice est constitué par l'illégalité du règlement sur la base duquel l'acte attaqué a été pris.

284. Voy. la jurisprudence citée *supra*, notes n^{os} 261 à 263 du présent Chapitre.

B. Un fondement certain de pouvoirs d'office ambigus du juge

Le juge de l'Union européenne s'est muni de pouvoirs d'office afin d'éviter de statuer sur la base de considérations juridiques erronées. Assouplissant son obligation de passivité, il s'autorise à introduire dans le litige des éléments de droit et des arguments non avancés par les parties même en l'absence de moyen d'ordre public (1). Circonscrits au respect des moyens invoqués par les parties, ces pouvoirs d'office sont parfois instrumentalisés en vue du relevé d'office invisible de nouveaux moyens tendant à la garantie du droit substantiel (2).

1) Des pouvoirs d'office consacrés en l'absence de moyens d'ordre public

Le juge de l'Union européenne « ne saurait être tenu par les seuls arguments invoqués par [les parties] au soutien de leurs prétentions, sauf à se voir contraint, le cas échéant, de fonder sa décision sur des considérations juridiques erronées »⁽²⁸⁵⁾. Tandis que ce juge est, en principe, lié par le cadre du litige, tel que délimité par les parties, il est libre de fonder son appréciation juridique sur des arguments non avancés par elles et de compléter ainsi son raisonnement juridique. Cette liberté est soumise à deux conditions. D'une part, les arguments retenus d'office s'insèrent dans l'appréciation des seuls moyens soulevés par les parties⁽²⁸⁶⁾. Ainsi, cette jurisprudence permet au juge de résoudre des questions préalables à l'appréciation d'un moyen⁽²⁸⁷⁾, de vérifier une prémisse sur laquelle un moyen

285. Exprimée initialement par des avocats généraux (concl. LÉGER sous CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pt 36 ; concl. COSMAS sous CJCE, 11 janvier 2000, *Pays-Bas et van der Wal c/ Commission*, aff. jtes C-174/98 P et C-189/98 P, *Rec.*, p. I-1), cette considération, implicitement contenue dans l'arrêt *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns* de 1998 (précité, pt 34), fût consacrée par la Cour de justice dans deux ordonnances de principe (CJCE, ord., 27 septembre 2004, *UER c/ M6 e.a.*, aff. C-470/02 P, non publiée, pt 69 ; CJCE, ord., 13 juin 2006, *Mancini c/ Commission*, aff. C-172/05 P, non publiée, pt 41). Voy. pour une confirmation plus récente : CJCE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 65.

286. Voy. notamment : TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pts 34-37 ; Trib. UE, 4 décembre 2013, *ETF c/ Michel*, aff. T-107/11 P, non publié, pts 42, 47 et 50 ; Trib. UE, 4 décembre 2013, *ETF c/ Michel*, aff. T-108/11 P, non publié, pts 43, 48 et 50. Le Tribunal déduit cette exigence tant des considérations contenues dans l'arrêt *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns* (CJCE, 19 novembre 1998, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pts 32-34) que du principe de l'interdiction pour le juge de statuer *ultra petita*. Préalablement, la Cour de justice semblait déjà avoir consacré cette même limite (CJCE, ord., 27 septembre 2004, *UER c/ M6 e.a.*, aff. C-470/02 P, non publiée, pts 68-74).

287. Voy. en particulier : TPI, 28 février 2008, *American Clothing Associates c/ OHMI*, aff. T-215/06, *Rec.*, p. II-303, pts 23-26.

est fondé⁽²⁸⁸⁾, de procéder à l'interprétation des dispositions en cause⁽²⁸⁹⁾ y compris à la lumière de dispositions non visées par les parties⁽²⁹⁰⁾ ou d'éléments de droit produits tardivement par une partie⁽²⁹¹⁾, de « procéder à une analyse complète [des moyens soulevés], en tenant compte de toutes les règles et de tous les principes de droit applicables »⁽²⁹²⁾ ou d'affermir son appréciation d'un moyen soulevé⁽²⁹³⁾. D'autre part, si le juge ne prenait pas d'office en considération lesdits arguments, il fonderait sa décision sur des considérations juridiques erronées⁽²⁹⁴⁾. Cette seconde condition constitue

288. Voy. en particulier : Trib. UE, 13 décembre 2012, *Grèce c/ Commission*, aff. T-588/10, non publié, pt 211.

289. Voy. en ce sens : CJCE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pts 65-66 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 65. En particulier, le Tribunal a lié le pouvoir de compléter les arguments des parties à l'adage *iura novit curia*, selon lequel le juge est souverain dans l'interprétation du droit, sans être tenu de choisir entre l'une ou l'autre interprétation suggérée par chacune des parties : TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pts 35-36 ; Trib. UE, 21 mai 2014, *Commission c/ Macchia*, aff. T-368/12 P, non publié, pt 24 ; Trib. UE, 24 septembre 2015, *Italie et Espagne c/ Commission*, aff. jtes T-124/13 et T-191/13, *Rec. num.*, pt 35.

290. En interprétant une disposition à la lumière d'autres dispositions du droit de l'Union européenne, le juge ne relève pas d'office un moyen pris de la violation de ces dernières : Trib. UE, 8 novembre 2012, *Commission c/ Strack*, aff. T-268/11 P, non publié, pt 29. Cet arrêt a été annulé lors d'une procédure de réexamen (CJUE, 19 septembre 2013, *Réexamen Commission c/ Strack*, aff. C-579/12 RX-II, *Rec. num.*), sans préjudice de cette précision quant au pouvoir d'interprétation du juge. Voy. pour une interprétation selon laquelle il s'agissait en réalité d'un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, relevé d'office par le Tribunal de la fonction publique : É. VON BARDELEBEN, « La procédure de réexamen, instrument d'une application prétorienne audacieuse des directives aux institutions européennes (Commentaire de l'arrêt CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-579/12 RX-II, *Commission c/ Guido Strack*) », *RTDE*, 2014, n° 1, pp. 111-132.

291. Voy. à propos d'un document préparatoire en vue d'une modification du cadre réglementaire applicable, susceptible d'être pris en compte aux fins d'une interprétation historique de la disposition en cause : Trib. UE, 16 mars 2016, *Xinyi PV Products (Anhui) Holdings c/ Commission*, aff. T-586/14, *Rec. num.*, pts 33-35. Plutôt que de fonder cette considération sur la jurisprudence relative aux « considérations juridiques erronées » et sur le principe *iura novit curia*, tel que mis en avant dans l'arrêt *Commission c/ Roodhuijzen* (voy. *supra*, note n° 289 du présent Chapitre), le Tribunal aurait pu s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de justice, qui avait déjà considéré « que le juge non seulement peut, mais, le cas échéant, doit prendre en considération d'office des données de droit du litige et [que] les parties peuvent également [en] faire état à n'importe quel stade de la procédure » : CJCE, 2 avril 2009, *Mebrom c/ Commission*, aff. C-373/07 P, non publié, pt 80.

292. Trib. UE, 24 septembre 2015, *Italie et Espagne c/ Commission*, aff. jtes T-124/13 et T-191/13, *Rec. num.*, pt 37.

293. CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pt 34.

294. Voy. notamment : CJCE, ord., 27 septembre 2004, *UER c/ M6 e.a.*, aff. C-470/02 P, non publiée, pt 69 ; CJCE, ord., 13 juin 2006, *Mancini c/ Commission*, aff. C-172/05 P, non publiée, pt 41 ; CJCE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 65. De manière particulièrement explicite, le Tribunal a considéré « que, dans la mesure où l'institution défenderesse omet, dans le cadre d'un recours en annulation, de soulever une considération juridique dont l'invocation aurait

la raison d'être de l'habilitation du juge à dépasser les arguments soulevés par les parties.

Cette jurisprudence s'approche ainsi des considérations sous-jacentes au moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi dans la mesure où, dans les deux cas, il s'agit de confier au juge un instrument lui permettant de rendre une décision dans le respect du droit en s'affranchissant des appréciations juridiques erronées proposées par les parties au litige. Toutefois, par comparaison audit moyen, l'habilitation prétorienne du juge à compléter d'office le débat juridique est à la fois plus large, en ce qui concerne les situations dans lesquelles le juge peut intervenir d'office⁽²⁹⁵⁾, et plus restreinte, dans la mesure où il ne saurait relever d'office de moyen nouveau⁽²⁹⁶⁾. Partant, ce pouvoir d'office, qui n'est par ailleurs pas systématiquement rappelé⁽²⁹⁷⁾, doit être distingué de la notion de moyen d'ordre public et de son relevé d'office⁽²⁹⁸⁾. Cependant, cette habilitation a pu être instrumentalisée au point de permettre le relevé d'office de véritables moyens nouveaux tendant à la garantie du droit substantiel. Les pouvoirs d'office paraissent ainsi relativement ambigus.

établi que l'acte attaqué est licite, le juge communautaire pourrait être amené à annuler un acte licite s'il lui était interdit de tenir compte de cette considération » (TPI, 20 juin 2007, *Tirrenia di Navigazione e.a. c/ Commission*, aff. T-246/99, non publié, pt 103), étant précisé par ailleurs que l'utilisation de ces arguments introduits d'office par le juge peut de la même façon venir à l'appui du bien-fondé du moyen soulevé par la partie requérante et partant, justifier l'annulation de l'acte attaqué (voy. notamment l'ordonnance *UER c/ M6 e.a.*, précitée, pt 74).

295. La condition relative aux considérations juridiques erronées est plus large que celle, propre au moyen pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi, tenant à ce que le juge tranche le litige en méconnaissance de la norme en cause s'il s'abstenait de relever ce moyen. En effet, un tel moyen ne saurait être « déduit d'une simple violation de la loi ou encore d'une fausse application de celle-ci, mais [doit l'être] bien de l'inapplicabilité de cette loi » : Ch. DEBBASCH, *op. cit.*, spéc. p. 114.

296. Voy. la jurisprudence citée *supra*, note n° 286 du présent Chapitre. Dès lors, il nous paraît difficile d'affirmer, comme le fait F. CASTILLO DE LA TORRE (*op. cit.*, spéc. p. 439), que le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi constitue une « application » de la jurisprudence sur les considérations juridiques erronées. *Adde*, toutefois, pour un rapprochement de ces notions : concl. MENGOZZI sous CJUE, 14 novembre 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, *Rec. num.*, pt 100.

297. Aussi peut-on trouver des affaires dans lesquelles le juge se départit d'une interprétation de l'acte attaqué suggérée par l'auteur de celui-ci, et avec laquelle le requérant a marqué son accord en cours d'instance, et procède à sa propre interprétation de cet acte avant d'examiner le moyen soulevé par le requérant. Plutôt que de recourir à la jurisprudence relative aux considérations juridiques erronées, le juge réinterprète la position exprimée par le requérant à différents stades de la procédure : Trib. UE, 24 septembre 2015, *TV2/Danmark c/ Commission*, aff. T-674/11, *Rec. num.*, pts 152-164 et, plus spécifiquement, pts 157 et 163.

298. Voy. à propos de cette opposition entre le moyen d'ordre public et l'examen d'office d'arguments : Trib. UE, 24 septembre 2015, *Italie et Espagne c/ Commission*, aff. jtes T-124/13 et T-191/13, *Rec. num.*, pts 34-35. Voy. également en faveur d'une distinction entre « la question des moyens d'ordre public » et « la possibilité toujours offerte au juge de fonder son appréciation sur ses propres éléments de réflexion et sur sa connaissance générale des choses » : F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 130.

2) Des pouvoirs d'office instrumentalisés

L'étude de la jurisprudence du Tribunal révèle une certaine forme d'instrumentalisation de la jurisprudence relative aux considérations juridiques erronées, qui doit être rapprochée du relevé d'office de moyens nouveaux ordinaires. Une illustration majeure de ce chevauchement entre le relevé d'office d'un moyen tendant à la garantie du droit substantiel et la notion des considérations juridiques erronées est fournie par deux arrêts du Tribunal du 28 mai 2013⁽²⁹⁹⁾. Les affaires à l'origine de ces deux arrêts avaient pour objet, notamment, des demandes d'annulation de mesures restrictives prises à l'encontre des requérants au regard de la situation en Tunisie. Les noms des requérants avaient été inclus sur la liste des personnes et entités visées par lesdites mesures pour des motifs tenant, en substance, à ce qu'ils faisaient l'objet d'enquêtes judiciaires par les autorités tunisiennes en raison d'opérations de blanchiment d'argent. Dans les deux affaires, le Tribunal vérifia d'office si ces motifs permettaient légalement d'inscrire les requérants sur les listes en cause au regard du critère légal⁽³⁰⁰⁾, sur le fondement duquel les mesures restrictives avaient été prises⁽³⁰¹⁾. En vertu de ce critère, étaient, notamment, gelés tous les capitaux et ressources économiques des personnes responsables du détournement de fonds publics tunisiens.

Dans l'affaire *Trabelsi*, cet examen a été opéré dans le cadre d'un moyen pris de la violation du droit de propriété. Relevant que toute limitation

299. Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. c/ Conseil*, aff. T-187/11, *Rec. num.* (ci-après « l'arrêt *Trabelsi e.a. c/ Conseil* ») ; Trib. UE, 28 mai 2013, *Chiboub c/ Conseil*, aff. T-188/11, non publié (ci-après « l'arrêt *Chiboub c/ Conseil* »). Aucun de ces arrêts n'a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour.

300. Figurant à l'article 1^{er} de la décision 2011/72/PESC du Conseil, du 31 janvier 2011, concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités au regard de la situation en Tunisie (*JO*, 2011, L 28, p. 62).

301. Il convient d'ajouter que la jurisprudence du Tribunal semblait autoriser, sinon imposer, la qualification d'ordre public de moyens pris de la méconnaissance des conditions d'adoption des mesures restrictives. Ainsi, lors du contrôle des actes par lesquels le Conseil adopte des mesures restrictives, « il incombe au Tribunal de vérifier, sur la base des moyens soulevés par la personne ou l'entité concernée ou, le cas échéant, soulevés d'office, si son cas correspond aux critères abstraits définis par le Conseil » (Trib. UE, 18 septembre 2014, *Georgias e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-168/12, *Rec. num.*, pt 74, nous soulignons ; *adde* : TPI, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c/ Conseil*, aff. T-228/02, *Rec.*, p. II-4665, pt 154 ; TPI, 14 octobre 2009, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. T-390/08, *Rec.*, p. II-3967, pt 37 ; Trib. UE, 3 juillet 2014, *Alchaar c/ Conseil*, aff. T-203/12, non publié, pt 84 ; Trib. UE, 22 avril 2015, *Tomana e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-190/12, *Rec. num.*, pt 222). Prise individuellement, cette considération permet d'envisager la consécration comme d'ordre public d'un moyen tiré de ce que les conditions légales d'adoption de mesures restrictives ne sont pas réunies. En l'absence de toute confirmation, une telle lecture nous paraît toutefois excessive, dès lors qu'il s'agissait de déterminer l'étendue du contrôle, non les modalités de l'éventuelle intervention d'office du juge.

de ce droit devait répondre aux trois conditions énoncées à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux, à savoir être prévue par la loi, viser un objectif d'intérêt général et ne pas être excessive⁽³⁰²⁾, le Tribunal estima qu'il devait, afin d'éviter le risque de se fonder sur des considérations juridiques erronées, vérifier la première condition, alors même qu'aucune des parties ne l'y avait invité⁽³⁰³⁾. Au terme de l'examen de cette condition, le Tribunal conclut que M. Trabelsi avait été inscrit sur la liste sur le fondement d'un critère autre que le critère légal, de sorte que la limitation du droit de propriété ne pouvait être considérée comme étant prévue par la loi⁽³⁰⁴⁾. Partant, il annula la décision attaquée pour violation du droit de propriété⁽³⁰⁵⁾.

Dans l'affaire *Chiboub*, le Tribunal procéda au même examen du critère d'inscription en tant que préalable, cette fois-ci, d'un moyen tiré d'une erreur de fait. Par ce moyen, le requérant alléguait qu'il ne pouvait être accusé de détourner des fonds aux fins de blanchiment d'argent, dès lors que ses avoirs ne provenaient pas d'opérations de blanchiment⁽³⁰⁶⁾. S'appuyant sur la notion de considérations juridiques erronées⁽³⁰⁷⁾, le Tribunal considéra qu'il « ne [pouvait] se contenter [...] de s'assurer de l'exactitude matérielle des constatations de fait sur le fondement desquelles le Conseil a[vait] décidé d'inscrire le requérant sur la liste [des personnes et entités visées par les mesures restrictives] ». Au contraire, il lui appartenait de vérifier, « [d]ans les circonstances particulières de l'espèce », que les faits retenus par le Conseil permettaient, au regard du critère légal, de procéder à cette inscription⁽³⁰⁸⁾. Concluant, comme dans l'affaire *Trabelsi*, que le Conseil avait fait application d'un critère autre que le critère légal, le Tribunal annula la décision attaquée, sans même examiner le moyen soulevé par le requérant et tiré d'une erreur de fait⁽³⁰⁹⁾.

Il est vrai que, dans les deux affaires, le Tribunal s'est employé à rester, formellement et comme le requiert la jurisprudence, dans le cadre des moyens avancés par les parties. Toutefois, il nous semble qu'il a, en réalité, examiné un moyen autonome. Cette observation s'impose avec force dans le contexte de l'affaire *Chiboub*, dans laquelle le Tribunal a, en définitive,

302. Pts 75 et 77-81 de l'arrêt *Trabelsi e.a. c/ Conseil*.

303. *Id.*, pts 82-83.

304. *Id.*, pt 96.

305. *Id.*, pt 117.

306. Pt 46 de l'arrêt *Chiboub c/ Conseil*.

307. *Id.*, pt 48.

308. *Id.*, pt 47.

309. *Id.*, pts 57 et 87.

substitué à une erreur de fait alléguée une erreur de droit examinée⁽³¹⁰⁾. Elle pourrait paraître plus discutable dans le contexte de l'affaire *Trabelsi* dans la mesure où le Tribunal y a consacré une grille d'examen novatrice⁽³¹¹⁾ de la violation du droit de propriété dans laquelle l'examen du critère légal s'inscrit de manière indissociable. Cependant, d'autres arrêts du Tribunal tendent à indiquer qu'il s'agit de deux moyens qui, quoique liés, sont néanmoins distincts⁽³¹²⁾.

Le potentiel de la jurisprudence relative aux considérations juridiques erronées est illustré par d'autres arrêts.

L'on citera en particulier, d'une part, l'arrêt *Frucona Košice c/ Commission* de 2016, dans lequel le Tribunal s'est appuyé sur cette jurisprudence pour interpréter un arrêt antérieur de la Cour de justice. En substance, le recours à cette jurisprudence lui a permis de déduire des

310. L'on notera ainsi qu'à la différence de l'affaire *Trabelsi*, dans laquelle le Tribunal a accueilli le moyen tiré d'une violation du droit de propriété (pt 117 de l'arrêt *Trabelsi e.a. c/ Conseil*), il a utilisé, dans l'affaire *Chiboub*, une formule plus alambiquée selon laquelle « l'examen du deuxième moyen [tiré d'une erreur de fait] a révélé que le nom du requérant avait été inscrit sur la liste [des personnes et entités visées par les mesures restrictives] pour des motifs autres que ceux visés à l'article 1^{er} de [la] décision [2011/72/PESC] », et qu'il n'est pas « besoin de se prononcer sur le point de savoir si les constatations factuelles [retenues par le Conseil et contestées dans le cadre dudit moyen] sont matériellement exactes » (pt 87 de l'arrêt *Chiboub c/ Conseil*).

311. Cette grille d'examen tranche avec l'approche abstraite antérieure. Tant la Cour de justice que le Tribunal traitaient des moyens tirés de la violation du droit de propriété en se contentant, en substance, de considérer que la restriction considérable du droit de propriété causée par l'adoption des mesures restrictives était justifiée au regard de l'importance des objectifs poursuivis et proportionnée (voy. p. ex. : CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pts 113-118 ; CJUE, 28 novembre 2013, *Conseil c/ Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, aff. C-348/12 P, *Rec. num.*, pts 121-127 ; TPI, 14 octobre 2009, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. T-390/08, *Rec.*, p. II-3967, pts 70-71). Depuis lors, c'est toutefois l'examen en trois étapes qui semble progressivement investir l'appréciation de tels moyens (voy. p. ex. : Trib. UE, 27 février 2014, *Ezz e.a. c/ Conseil*, aff. T-256/11, *Rec. num.*, pts 194-209 ; Trib. UE, 2 avril 2014, *Ben Ali c/ Conseil*, aff. T-133/12, non publié, pts 76-82 ; Trib. UE, 5 novembre 2014, *Mayaleh c/ Conseil*, aff. jtes T-307/12 et T-408/13, *Rec. num.*, pts 172-181).

312. Ainsi, d'une part, dans une troisième affaire de mesures restrictives au regard de la situation en Tunisie, tranchée par arrêt du même jour que les affaires *Trabelsi* et *Chiboub*, le même examen des critères d'inscription a été effectué au titre d'un moyen autonome, soulevé comme tel par la partie requérante, et tiré du non-respect des critères posés à l'article 1^{er}, § 1, de la décision 2011/72/PESC (Trib. UE, 28 mai 2013, *Al Matri c/ Conseil*, aff. T-200/11, non publié). D'autre part, dans deux arrêts de 2014, le Tribunal a examiné successivement des moyens tirés, l'un, de la méconnaissance des critères établis à l'article 1^{er}, § 1, de ladite décision et, l'autre, de la violation du droit de propriété. À ce titre, après avoir accueilli le moyen tiré de la méconnaissance desdits critères, le Tribunal a tenu compte de cette conclusion lors de l'examen de la condition tenant à l'existence d'une base légale dans le cadre du moyen tiré de la violation du droit de propriété en constatant que la restriction n'était pas prévue par la loi (Trib. UE, 27 février 2014, *Ezz e.a. c/ Conseil*, aff. T-256/11, *Rec. num.*, pts 99, 103 et 202 ; Trib. UE, 2 avril 2014, *Ben Ali c/ Conseil*, aff. T-133/12, non publié, pts 74 et 80).

motifs de cet arrêt dédiés à l'appréciation et à l'application d'un critère de qualification d'une mesure étatique d'aide d'État que la Cour avait implicitement mais nécessairement tenu ce critère pour applicable et ce quand bien même son applicabilité n'avait pas été contestée⁽³¹³⁾.

L'on renverra, d'autre part, à l'arrêt *M/S. Indeutsch International c/ EUIPO* de 2017, dans lequel le Tribunal, fort de la jurisprudence relative aux considérations juridiques erronées, a examiné d'office une erreur de droit dans le cadre d'un moyen pris d'une erreur d'appréciation et annulé la décision attaquée. Concrètement, la requérante reprochait à la chambre de recours d'avoir erronément apprécié le caractère distinctif de la marque contestée. Le Tribunal a estimé nécessaire de vérifier préalablement « la prémisse nécessaire des appréciations » effectuées par la chambre de recours, « la pierre angulaire [de son] raisonnement » en ce que ladite chambre avait fondé son appréciation non sur la marque telle qu'enregistrée, mais sur les formes dans lesquelles cette marque était utilisée⁽³¹⁴⁾.

Dans les deux arrêts, la notion de « considérations juridiques erronées » est ainsi rattachée à l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Le non-examen de questions de droit formant la prémisse aux appréciations mises en cause par les moyens invoqués reviendrait pour le juge à valider « implicitement mais nécessairement » ladite prémisse⁽³¹⁵⁾.

Au moyen de la jurisprudence relative aux considérations juridiques erronées, le juge de l'Union européenne s'est ainsi accordé une certaine marge de manœuvre au profit de la garantie de la légalité de son action. Aux fins de sa conciliation avec les moyens d'ordre public et de sa distinction de ces derniers, cette jurisprudence devrait toutefois être utilisée dans les strictes limites qu'elle énonce. Les utilisations constructives dont elle a pu faire l'objet illustrent le potentiel du vecteur de garantie de la légalité de l'action du juge en tant que fondement de pouvoirs d'office, voire,

313. Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*, pts 119-125. Ajoutons que l'avocat général JÄÄSKINEN a envisagé que le Tribunal pouvait d'office examiner l'applicabilité du critère de l'investisseur privé en matière d'aides d'État (concl. sous CJUE, 3 avril 2014, *France c/ Commission*, aff. C-559/12 P, *Rec. num.*, pts 74 et 76). La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur cette question, que les parties au pourvoi n'avaient pas soulevée.

314. Trib. UE, 21 juin 2017, *M/S. Indeutsch International c/ EUIPO*, aff. T-20/16, *Rec. num.*, pts 29-31. Cette question paraît d'ailleurs rattachée à un intérêt public et non seulement privé, au point que la requérante ne saurait s'accorder d'un examen du caractère distinctif au regard de l'apparence des produits (pt 46 de l'arrêt). Ces considérations ne sont pas sans rappeler le moyen d'ordre public.

315. Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*, pt 123 ; Trib. UE, 21 juin 2017, *M/S. Indeutsch International c/ EUIPO*, aff. T-20/16, *Rec. num.*, pt 31.

à titre prospectif, de moyens d'ordre public. À ce dernier titre, l'analyse rétrospective de la jurisprudence a toutefois révélé ses limites.

En définitive, la garantie de la légalité de l'action du juge et de sa mission ne justifie que très exceptionnellement la qualification d'ordre public de moyens dont la fonction immédiate est constituée par la garantie du droit substantiel. Ce dédoublement fonctionnel donne lieu à une catégorie singulière de moyens d'ordre public qui, formellement rattachés à la légalité interne et rassemblés sous une fonction générique destinée à garantir l'office du juge de la légalité, sont susceptibles de répondre à des fonctions subsidiaires multiples recouvrant la garantie tant du droit substantiel que des règles de compétence et de procédure. Mis au profit de l'office du juge de l'Union européenne en tant que juge de la légalité, ces moyens d'ordre public, particuliers et rares, se situent au croisement des légalités à la fois externes et internes.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'analyse du statut contentieux des moyens de légalité tendant à la garantie du droit substantiel révèle que, contrairement à l'approche majoritairement adoptée, la seule appartenance d'un moyen à la légalité au fond de l'acte, légalité interne, n'autorise pas de conclusion définitive quant à son statut contentieux. Pour peu que le moyen de légalité interne, tendant à la garantie du droit substantiel, puisse être rattaché à une fonction objective de sauvegarde de la sécurité juridique, de rétablissement de la légalité ou de garantie de la mission du juge, il est susceptible d'être qualifié de moyen d'ordre public. C'est en définitive moins le rattachement d'un moyen à la légalité interne que l'absence d'une fonction autre que la seule garantie du droit substantiel qui impose sa non-qualification de moyen d'ordre public. Aussi la fonction de garantie du droit substantiel est-elle indifférente à la consécration de moyens d'ordre public au stade de l'appréciation de légalité. Secondaire, elle ne bénéficie d'une coloration d'ordre public que conjuguée à des considérations plus fondamentales aux yeux du juge. Celles-ci tiennent, selon le cas, à des impératifs de rétablissement de la légalité en cas d'illégalité particulièrement grave et évidente ou, de manière plus aléatoire, à des impératifs tirés de la garantie de la mission du juge et du respect, par ce dernier, du droit de l'Union européenne.

Ainsi comprise, cette jurisprudence n'en est pas moins critiquable. D'une part, l'on déplore un manque de constance et des tendances variées quant à la définition du statut contentieux de certains moyens tendant à la garantie du droit substantiel dont, en particulier, le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi et l'exception d'illégalité. D'autre part, si

cette jurisprudence aboutit à mettre en avant des considérations certes impérieuses, elle fait néanmoins totalement abstraction de la nature, de l'importance et de la valeur intrinsèques des dispositions du droit matériel de l'Union européenne. Insatisfaisante, la définition jurisprudentielle du statut contentieux des moyens tendant à la garantie du droit substantiel mériterait d'évoluer afin de gagner en cohérence et en constance et afin de mieux refléter les valeurs fondamentales de l'ordre juridique de l'Union. Compte tenu des contraintes inhérentes au régime contentieux propre aux moyens d'ordre public, une telle évolution devrait toutefois être limitée aux dispositions les plus essentielles de cet ordre juridique. Dans ces limites, le contrôle objectif de légalité pourrait s'appuyer sur la prise en compte renforcée des intérêts subjectifs du justiciable.

À la différence des voies du contrôle de légalité, la protection des droits subjectifs des parties au litige se situe au cœur des voies du contentieux de la pleine juridiction. Cette coloration subjective des voies de droit permet d'envisager une subjectivisation parallèle de la notion de moyen d'ordre public. Toutefois, à l'heure actuelle, cette subjectivisation et l'apparition de moyens d'ordre public de pleine juridiction tendant à la garantie du droit substantiel restent, pour l'essentiel, hypothétiques.

CHAPITRE 2

LES HYPOTHÉTIQUES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DE PLEINE JURIDICTION TENDANT À LA GARANTIE DU DROIT SUBSTANTIEL

Le contentieux de la pleine juridiction se caractérise, en dépit de sa grande hétérogénéité, par l'attribution au juge des plus larges pouvoirs de contrôle et/ou de décision⁽¹⁾. Tantôt, le contrôle juridictionnel s'ouvre, au-delà des strictes limites du contrôle de légalité, à des appréciations d'opportunité ou d'équité et à la prise en compte d'éléments postérieurs à l'adoption de l'acte litigieux. Tantôt, les pouvoirs décisionnels du juge s'accroissent, ce dernier étant habilité à réformer l'acte ou à prononcer des condamnations pécuniaires. L'office du juge du plein contentieux renferme souvent celui de l'annulation et le dépasse⁽²⁾. À la différence du contentieux *objectif* de la légalité, toutefois, le contentieux de pleine juridiction est marqué par la prévalence des intérêts *subjectifs* des parties au litige. Il peut répondre à un besoin de protection renforcée d'une des parties face à l'autre. Sa spécificité soulève invariablement la question de l'existence de moyens d'ordre public qui lui seraient propres et qui seraient, le cas échéant, destinés à la garantie du droit substantiel et, plus largement, des

1. Voy. en ce sens : J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1994, t. 1, 434 p., spéc. p. 250 ; N. CATALANO, *Manuel de droit des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1964, 663 p., spéc. p. 77 ; A. DE LAUBADÈRE, « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *RCADI*, 1964, t. 111, pp. 527-601, spéc. pp. 576-577 ; L. PLOUVIER, « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379, spéc. p. 366.

2. B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p., spéc. p. 801.

droits et intérêts subjectifs du justiciable. Est ainsi posée la question de l'apparition d'un ordre public protecteur non plus seulement de valeurs légales, fondamentales de l'ordre juridique de l'Union européenne, mais encore et plus concrètement des droits et intérêts du justiciable.

Cette recherche des moyens d'ordre public fut encouragée par des arrêts qui semblaient annoncer la consécration imminente d'un ordre public spécifique de la pleine juridiction⁽³⁾. Les développements jurisprudentiels ultérieurs restèrent cependant limités, à tel point qu'il est difficile d'affirmer à ce jour l'existence d'une notion de moyen d'ordre public propre à la pleine juridiction. En revanche, des pouvoirs d'office renforcés du juge du plein contentieux se sont développés de longue date. À la marge de la notion de moyen d'ordre public, ils assurent la garantie des droits et des intérêts du justiciable, compensent l'absence d'un ordre public spécifique et reflètent la particularité des voies de la pleine juridiction. La quasi-inexistence des moyens d'ordre public de pleine juridiction (Section 1) est ainsi palliée par des pouvoirs d'office renforcés propres à cette dernière (Section 2).

3. Voy. en matière de recours contre les sanctions : CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 104 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pts 64 et 70 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 131. Voy. en matière de plein contentieux de la fonction publique : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 56-57 ; Trib. UE, 10 novembre 2010, *OHMI c/ Simões Dos Santos*, aff. T-260/09 P, non publié, pt 87.

SECTION 1. – LA QUASI-INEXISTENCE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC
DE PLEINE JURIDICTION

La recherche des moyens d'ordre public de fond du plein contentieux fut peu fructueuse. Elle ne permit, en effet, pas de développer une notion de moyen d'ordre public de la pleine juridiction qui aurait pour objet et fonction spécifiques la garantie du droit substantiel, en ce compris des droits du justiciable. Cette recherche ne fut pas pour autant inutile. Elle mit, en effet, en exergue la dualité fréquente de l'office du juge du plein contentieux et, à travers l'exemple du moyen d'ordre public, son fort attachement aux confins, aux notions et aux outils du contrôle de légalité. Au stade de la pleine juridiction, le moyen d'ordre public de fond est, pour l'essentiel, l'exacte copie, le reflet, la prolongation du moyen d'ordre public de légalité. En revanche, au-delà des appréciations de légalité qu'il effectue, le juge du plein contentieux ne recourt plus à la notion de moyen d'ordre public. Il n'existe point de moyen d'ordre public propre à la pleine juridiction. À la prépondérance des moyens d'ordre public de légalité (Sous-section 1)

s'ajoute ainsi la rareté des moyens d'ordre public spécifiques de la pleine juridiction (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LA PRÉPONDÉRANCE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC DE LÉGALITÉ

Le juge du plein contentieux peut être conduit à procéder à des appréciations de légalité, dont il tire, le cas échéant, les conséquences dans l'exercice de ses pleins pouvoirs. À ce stade, le moyen d'ordre public de la pleine juridiction est avant tout le reflet ou la prolongation du moyen d'ordre public de légalité. Il remplit *a minima* une fonction objective tendant à assurer l'effet maximal de ce dernier, pour peu qu'il soit opérant. Les finalités et le contexte de la pleine juridiction auraient pu appeler une subjectivisation du moyen d'ordre public de légalité pour compenser les limites du contrôle de légalité. Face à cette fonction objective prépondérante (§ 1), la fonction subjective reste toutefois inexploitée (§ 2).

§ 1. – Une fonction objective prépondérante : la complétude d'effets du moyen d'ordre public de légalité

La fonction objective du moyen d'ordre public est prépondérante dans l'ensemble des voies du plein contentieux qui connaissent une notion de moyen d'ordre public de fond. Variées, ces voies se caractérisent toutes par l'extension des pouvoirs de contrôle et de décision du juge, qui se mesure en particulier par comparaison et contraste avec l'office du juge de la légalité. Elles divergent en fonction de l'étendue et de la nature des pouvoirs ainsi confiés au juge. Elles se distinguent encore du fait des liens plus ou moins étroits qu'elles entretiennent avec le contrôle de légalité, lequel peut former un préalable nécessaire ou possible à l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction ou bien, à l'inverse, être étranger à l'objet du litige. Le champ de la transposition de la notion de moyen d'ordre public de légalité au stade du plein contentieux se déduit de cette distinction. Cette notion est étrangère au contentieux contractuel et au contentieux de l'exécution des arrêts ayant constaté un manquement étatique (A). En revanche, elle trouve pleinement sa place dans les autres voies du plein contentieux qui impliquent une appréciation de la légalité d'actes ou de comportements de l'Union européenne (B).

A. Des moyens d'ordre public étrangers à certaines voies du plein contentieux

La notion de moyen d'ordre public de légalité est étrangère à certains contentieux de pleine juridiction. Tel est le cas tant du contentieux contractuel⁽⁴⁾ que du contentieux dit du « manquement sur manquement », qui porte sur l'exécution des arrêts ayant constaté un manquement étatique⁽⁵⁾.

Cette notion est sans pertinence dans le contentieux contractuel dès lors que toute appréciation de légalité au regard des normes du bloc de la légalité de l'Union européenne y fait défaut⁽⁶⁾. Le juge statue sur la base du droit matériel, le cas échéant national, applicable au contrat⁽⁷⁾ et des stipulations contractuelles⁽⁸⁾, complétés des principes généraux régissant les relations contractuelles⁽⁹⁾. Il ne peut, en revanche, contrôler la légalité d'un comportement ou d'un acte d'une institution, d'un organe ou d'un organisme de l'Union au regard des dispositions légales régissant leurs modes d'action unilatéraux⁽¹⁰⁾. De ce fait, ce contentieux ne se prête

4. Art. 272 TFUE. Le juge de l'Union européenne statue avec une compétence de pleine juridiction, « dès lors qu'aucune disposition convenue entre les parties ne limite expressément ou implicitement l'étendue des compétences attribuées [...] par la clause compromissoire en cause » (CJCE, 10 avril 2003, *Parlement c/ SERS et Ville de Strasbourg*, aff. C-167/99, *Rec.*, p. 3269, pt 68). La doctrine convient également d'une qualification de plein contentieux : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 802 et 894-895 ; G. MARTI, « L'office du juge communautaire dans le contentieux des contrats », *RFDA*, 2011, n° 3, pp. 601-609 ; E. NEFRAMI, « Le contentieux des clauses compromissoires », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 561-581, spéc. p. 579 ; L. PLOUVIER, « Le contentieux de la pleine juridiction... », *op. cit.*, spéc. p. 372 ; L. PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 310 p., spéc. p. 147 ; D. RITLÉNG, « Les contrats de l'administration de l'Union européenne », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 219-238, spéc. p. 238 ; H. G. SCHERMERS et D. F. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., La Haye – Londres – New York, Kluwer, 2001, 889 p., spéc. p. 519.

5. Art. 260, § 2, TFUE. Voy. toutefois pour un classement dans le contentieux de la déclaration : G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2012, 768 p., spéc. pp. 595-598.

6. Voy. également en ce sens : M. PREK et S. LEFÈVRE, « The EU Courts as “national” courts : National law in the EU judicial process », *CML Rev.*, 2017, pp. 369-402, spéc. p. 377.

7. CJCE, 18 décembre 1986, *Commission c/ Zoubek*, aff. 426/85, *Rec.*, p. 4057, pt 4 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-110/10, non publié, pt 29.

8. Trib. UE, 27 septembre 2012, *Applied Microengineering c/ Commission*, aff. T-387/09, *Rec. num.*, pt 40 ; Trib. UE, 16 mars 2016, *Hydrex c/ Commission*, aff. T-45/15, non publié, pt 24.

9. Voy. à cet égard : E. NEFRAMI, *op. cit.*, spéc. p. 580.

10. Les moyens de légalité afférents aux relations entre l'administration et les administrés sont écartés comme étant, selon le cas, inopérants ou irrecevables : CJUE, 9 septembre 2015, *Lito Maifestiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro c/ Commission*, aff. C-506/13 P, *Rec. num.*, pts 96-97 ; TPI, 3 juin 2009, *Commission c/ Burie Onderzoek en Advies*, aff. T-179/06,

pas à la transposition de la notion de moyen d'ordre public de légalité. Transcendé par les intérêts subjectifs des parties au litige, matérialisés par les demandes de constatation de créances ou de réduction de sommes à restituer, ce contentieux se prête d'autant moins à l'apparition de moyens d'ordre public⁽¹¹⁾.

La notion de moyen d'ordre public de légalité n'est pas davantage pertinente dans le cadre du « manquement sur manquement ». Dans cette « procédure judiciaire spéciale d'exécution des arrêts »⁽¹²⁾, la Cour de justice est appelée à vérifier si l'État s'est conformé à un précédent arrêt par lequel elle avait constaté un manquement au droit de l'Union européenne avant, en cas de manquement persistant, de déterminer la nature et le montant d'une sanction financière⁽¹³⁾. Tandis que la première étape de l'appréciation s'approche d'une forme de contrôle de légalité, la seconde, conditionnée par un constat de non-conformité, met en œuvre les pouvoirs de pleine juridiction⁽¹⁴⁾. Le contrôle de conformité est délimité à la seule vérification du respect des prescriptions d'un arrêt précédent. Son champ est plus réduit que celui d'un contrôle de légalité classique et du contrôle opéré au titre d'un premier recours en constatation de manquement⁽¹⁵⁾. De ce fait, cette procédure ne laisse guère de place à des moyens d'ordre public.

non publié, pts 117-118 ; Trib. UE, 11 décembre 2013, *EMA c/ Commission*, aff. T-116/11, *Rec. num.*, pt 275 ; Trib. UE, 24 octobre 2014, *Technische Universität Dresden c/ Commission*, aff. T-29/11, *Rec. num.*, pt 121 ; Trib. UE, 18 novembre 2015, *Synergy Hellas c/ Commission*, aff. T-106/13, *Rec. num.* (extraits), pts 66-68 ; Trib. UE, 27 avril 2016, *ANKO c/ Commission*, aff. T-154/14, non publié, pts 58-60 ; Trib. UE, 27 avril 2016, *ANKO c/ Commission*, aff. T-155/14, non publié, pts 54-56. Ils peuvent toutefois être requalifiés en moyens pris de la violation du principe d'exécution de bonne foi des conventions : arrêt *Synergy Hellas c/ Commission*, précité, pts 69 et 89.

11. Voy. par analogie : CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705, pts 20-21.

12. CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 92.

13. Ces deux étapes de l'appréciation sont reflétées dans la structure formelle des arrêts de la Cour de justice : D. SIMON (dir.), *Contentieux de l'Union européenne 3. Renvoi préjudiciel. Recours en manquement*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, 385 p., spéc. pp. 289-290.

14. Depuis la possibilité pour la Cour de justice de condamner un État membre au paiement d'une astreinte et/ou d'une somme forfaitaire en cas de non-exécution d'un arrêt ayant constaté un manquement, « [d]u contentieux de la déclaration, le manquement évolue alors vers un contentieux de pleine juridiction » : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., spéc. p. 19. Voy. également en faveur d'une telle qualification : L. CLÉMENT-WILZ, « Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général. Observations sur l'affaire *Commission c/ France*, arrêt du 12 juillet 2005 », *CDE*, 2005, n^{os} 5-6, pp. 725-748, spéc. p. 736 ; T. MATERNE, *La procédure en manquement d'État : guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, 427 p., spéc. p. 373.

15. Voy. à cet égard : CJUE, 15 janvier 2014, *Commission c/ Portugal*, aff. C-292/11 P, *Rec. num.*, pts 39-40 et 47.

En toute hypothèse, la transposition d'un quelconque moyen d'ordre public de légalité paraît exclue par analogie avec le recours en manquement⁽¹⁶⁾, qui, du fait de ses particularités procédurales, ne connaît aucun moyen d'ordre public de fond⁽¹⁷⁾. Un constat analogue s'impose par ailleurs s'agissant du recours en manquement fondé sur l'absence de communication, par un État membre, des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative, à l'occasion duquel la Cour de justice peut prononcer des condamnations pécuniaires⁽¹⁸⁾.

Par contraste, d'autres voies du plein contentieux sont marquées par une « vraie » dualité de l'office du juge et se prêtent ainsi à une transposition de la notion de moyen d'ordre public de légalité.

B. Des moyens d'ordre public transposés dans les voies du plein contentieux impliquant des appréciations de légalité

La dualité de l'office du juge du plein contentieux autorise la transposition de la notion de moyen d'ordre public (1). Celle-ci s'opère dans les limites du caractère opérant de tels moyens (2).

1) Les prémisses de la transposition : la dualité de l'office du juge

Les liens entre les autres voies du plein contentieux et le contrôle de légalité sont variables. L'exercice des pouvoirs de pleine juridiction peut être entièrement dépendant de l'issue d'une appréciation de légalité. Ainsi, dans le contexte du contentieux de la propriété intellectuelle, le juge, fût-il investi d'un pouvoir de réformation⁽¹⁹⁾, ne procède qu'à un contrôle de légalité, à l'exception de tout contrôle d'opportunité ou d'équité. L'exercice de son pouvoir de réformer la décision entreprise est subordonné au constat

16. Art. 258 et 259 TFUE.

17. Dans le cadre du recours en manquement, la Cour considère qu'elle statuerait *ultra petita* si elle devait examiner un grief non soulevé par la Commission : CJUE, 28 octobre 2010, *Commission c/ Malte*, aff. C-508/08, *Rec.*, p. I-10589, pt 19.

18. Art. 260, § 3, TFUE.

19. Art. 72, §§ 2 et 3, du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2017, L 154, p. 1). Antérieurement, art. 65, §§ 2 et 3, du règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2009, L 78, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (*JO*, 2015, L 341, p. 21). L'octroi, en matière de propriété intellectuelle, d'un pouvoir de réformation, qui dépasse le seul pouvoir d'annuler et doit ainsi être rangé dans la catégorie de la pleine juridiction, pouvait surprendre dans la mesure où l'article 261 TFUE ne permet l'octroi d'un pouvoir de pleine juridiction qu'en matière de sanctions prévues par des règlements. Or, le contentieux de la propriété intellectuelle n'est pas un contentieux des sanctions.

préalable d'une illégalité⁽²⁰⁾ et « limité aux situations dans lesquelles le [juge], après avoir contrôlé l'appréciation portée par la chambre de recours, est en mesure de déterminer, sur la base des éléments de fait et de droit tels qu'ils sont établis, la décision que [cette dernière] était tenue de prendre »⁽²¹⁾. Ainsi circonscrite, la réformation s'analyse comme un instrument de protection de l'acte attaqué et un outil d'économie de procédure. Il n'existe pas d'office autonome de pleine juridiction. Par conséquent, la notion de moyen d'ordre public ne peut être que celle du contrôle de légalité.

D'autres pouvoirs de pleine juridiction sont autonomes par rapport au contrôle de légalité sans pour autant être dépourvus de tout lien avec celui-ci. Le constat d'une illégalité ou irrégularité *peut* conduire le juge à exercer son office de plein contentieux. Il en va ainsi lorsque le juge accorde une indemnité pour réparer un préjudice causé par une illégalité commise par l'Union européenne ou lorsqu'il ajuste le montant d'une amende infligée pour violation du droit européen de la concurrence après avoir constaté une illégalité entachant son calcul⁽²²⁾.

Le juge de l'indemnité statue avec un pouvoir de pleine juridiction tant dans le cadre du contentieux indemnitaire général⁽²³⁾ que dans celui de la

20. CJCE, 11 mai 2006, *Sunrider c/ OHMI*, aff. C-416/04 P, *Rec.*, p. I-4237, pts 54-55 ; CJCE, 13 mars 2007, *OHMI c/ Kaul*, aff. C-29/05 P, *Rec.*, p. I-2213, pt 53 ; CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pt 123. Cette dépendance du pouvoir de réformation au contrôle de légalité découle de la norme d'habilitation. L'article 72, §§ 2 et 3, du règlement (UE) 2017/1001, précité, lie, en effet, la réformation à l'accueil d'un moyen de légalité.

21. CJUE, 5 juillet 2011, *Edwin c/ OHMI*, aff. C-263/09 P, *Rec.*, p. I-5853, pt 72.

22. Si le juge est investi d'une compétence de pleine juridiction par d'autres actes de droit dérivé, par exemple conformément à l'article 16 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*JO*, 2004, L 24, p. 1), nous entendons nous limiter au recours contre les sanctions sur le fondement combiné des articles 261 TFUE et 31 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (*JO*, 2003, L 1, p. 1), dès lors que ces recours représentent, en pratique, la majeure partie du contentieux des sanctions.

23. Le contentieux indemnitaire est généralement classé dans les voies de la pleine juridiction, voy. notamment : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 802 ; J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, spéc. pp. 250-251 ; L. PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice...*, *op. cit.*, spéc. p. 143 ; B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. p. 52 ; H. G. SCHERMERS et D. F. WAELEBROECK, *op. cit.*, spéc. 519. Voy. toutefois, pour une position plus réservée : R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1981, 302 p., spéc. p. 5 ; M. WAELEBROECK et D. WAELEBROECK, « Article 172 », in J.-V. LOUIS et al., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, pp. 89-95, spéc. pp. 90-91. En toute hypothèse, il s'agit d'un contentieux de droits subjectifs : J.-G. HUGLO, « Recours en indemnité. Nature et fondement. Conditions de recevabilité », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 370, 2010, § 7.

fonction publique⁽²⁴⁾. Dans le cadre d'un recours en responsabilité du fait d'un acte illicite⁽²⁵⁾, l'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne requiert la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir une illégalité, un préjudice et un lien de causalité⁽²⁶⁾. Le juge procède ainsi à une appréciation de légalité⁽²⁷⁾, illustration de cette « troublante intimité » constatée entre les recours en annulation et en indemnité⁽²⁸⁾ en dépit de l'autonomie du second à l'égard du premier⁽²⁹⁾ et de son exclusion

24. Conformément à l'article 91, § 1, seconde phrase, du statut des fonctionnaires, le juge de la fonction publique est investi, dans les litiges à caractère pécuniaire, d'une compétence de pleine juridiction. La notion de « litige à caractère pécuniaire » est entendue largement. Elle recouvre les actions en responsabilité dirigées par les fonctionnaires et agents contre une institution et les litiges tendant au versement par une institution à un fonctionnaire ou à un agent d'une somme qu'il estime lui être due en vertu du statut ou d'un autre acte régissant leurs relations de travail (CJCE, 18 décembre 2007, *Weißenfels c/ Parlement*, aff. C-135/06 P, *Rec.*, p. I-12041, pt 65), ainsi que les recours tendant à l'annulation d'une décision affectant la position statutaire du fonctionnaire, telle qu'une décision relative à son classement (CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pts 46-47) ou une décision de ne pas renouveler le contrat d'un ancien agent temporaire (TFP, 30 septembre 2013, *Possanzini c/ Frontex*, aff. F-124/11, non publié, pt 73). La compétence de pleine juridiction habilite le juge à accorder des indemnités, à condamner l'institution au versement d'une somme à laquelle le requérant a droit (pt 68 de l'arrêt *Weißenfels c/ Parlement*, précité), voire à réformer la décision attaquée (concl. KOKOTT sous l'arrêt *Gogos c/ Commission*, précité, pt 60).

25. À propos d'une éventuelle responsabilité du fait d'un acte licite, voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 1, B, 2. Des moyens d'ordre public inexistant dans le contexte de la responsabilité du fait d'un acte licite (pp. 372 et s.).

26. Voy. s'agissant du contentieux général : CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, pts 41-42 ; CJCE, 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland) c/ Commission*, aff. C-282/05 P, *Rec.*, p. I-2941, pt 47 ; CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, pts 172-173. Voy. en matière de fonction publique : CJCE, 16 décembre 1987, *Delauche c/ Commission*, aff. 111/86, *Rec.*, p. 5345, pt 30 ; CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833, pt 52.

27. Voy. à cet égard : CJCE, 23 mars 2004, *Médiateur c/ Lamberts*, aff. C-234/02 P, *Rec.*, p. I-2803, pts 61-63 ; Trib. UE, 18 décembre 2009, *Arizmendi e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes T-440/03, T-121/04, T-171/04, T-208/04, T-365/04 et T-484/04, *Rec.*, p. II-4883, pt 67.

28. F. BERROD, *op. cit.*, spéc. p. 733. Voy. pour une observation analogue, s'agissant du plein contentieux de la fonction publique : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 898-899 et 949-950.

29. Voy. notamment : CJCE, 14 juillet 1961, *Vloeberghs c/ Haute Autorité*, aff. jtes 9/60 et 12/60, *Rec.*, p. 391, spéc. pp. 424-425 ; CJCE, 26 février 1986, *Krohn Import-Export c/ Commission*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 753, pt 26 ; TPI, ord., 4 mai 2005, *Holcim (France) c/ Commission*, aff. T-86/03, *Rec.*, p. II-1539, pt 50. D'une part, cette autonomie a pour effet que l'irrecevabilité d'un recours en annulation n'entraîne pas automatiquement celle d'un recours en indemnité fondé sur l'illégalité d'un même acte. D'autre part, elle implique que l'octroi d'une réparation ne requiert pas l'annulation préalable de l'acte qui est à l'origine du préjudice allégué. Voy. à propos de ces questions : E. CUJO, « L'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation. Évolutions jurisprudentielles », *RMC*, 1999, pp. 414-420 ; F. BERROD, *op. cit.*, spéc. pp. 725 et s. ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, 779 p., spéc. pp. 595-598 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. pp. 319-325 et 398-399.

BRUYLANT

du système de contrôle de légalité⁽³⁰⁾. Sous réserve de la réunion des deux autres conditions, toute illégalité commise par l'Union européenne en sa qualité d'employeur est de nature à engager sa responsabilité⁽³¹⁾, tandis que l'illégalité doit être caractérisée dans les cas relevant du contentieux général. Doit, en effet, être constatée une « violation suffisamment caractérisée » d'une « règle de droit [ayant] pour objet de conférer des droits aux particuliers »⁽³²⁾.

Pour sa part, le juge des sanctions pour violation du droit européen de la concurrence est investi d'un pouvoir de pleine juridiction qui s'étend à l'amende infligée par la Commission et non, contrairement à certaines propositions doctrinales⁽³³⁾, au constat de l'infraction⁽³⁴⁾. Ce pouvoir

30. Le recours en indemnité ne relève pas des voies du contrôle de légalité (CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c/ Commission*, aff. C-131/03 P, *Rec.*, p. I-7795, pt 83), ni même des voies de la contestation incidente de légalité (L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p., spéc. p. 183).

31. Voy. s'agissant de cet assouplissement du régime de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne en sa qualité d'employeur : Trib. UE, 16 décembre 2010, *Commission c/ Petrilli*, aff. T-143/09 P, non publié, pts 45-46. La Cour n'a pas donné suite à une proposition de réexamen de cet arrêt : CJUE, 8 février 2011, aff. C-17/11 RX. Voy. sur les évolutions jurisprudentielles en ce domaine : S. GERVASONI, « Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : cinq ans de jurisprudence », *CDE*, 2010, n°s 5-6, pp. 731-790, spéc. pp. 744-747.

32. CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c/ Commission*, aff. C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, pts 42-44. Voy. à propos de la jurisprudence relative à la notion de violation suffisamment caractérisée : L. COUTRON et F. PICOD, « La responsabilité de l'Union européenne du fait de son activité administrative », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *op. cit.*, pp. 255-290, spéc. pp. 265-279 ; T. GRAFFIN, « La responsabilité extracontractuelle de la Communauté européenne après l'arrêt Bergaderm », *RAE*, 2001/2002, n° 7, pp. 862-874.

33. A ainsi pu être envisagée une « conception maximaliste » de la pleine juridiction, qui s'exercerait outre sur le montant de l'amende sur le constat de l'infraction : A. ARABADJEV, « Unlimited jurisdiction : what does it mean today ? », in P. CARDONNEL, A. ROSAS et N. WAHL (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford et Portland Oregon, Hart Publishing, 2012, pp. 383-402, spéc. pp. 391-392 et 394 ; I. FORRESTER, « A Bush in Need of Pruning : The Luxuriant Growth of Light Judicial Review », *European Competition Law Annual*, 2009, pp. 407-452, spéc. pp. 447-449 ; G. MUGUET-POULLENNEC, D. DOMENICUCCI et F. HOSEINIAN, « Sanctions prévues par le règlement (CE) n° 1/2003 et droit à une protection juridictionnelle effective : les leçons des arrêts *KME* et *Chalkor* de la CJUE », *RLC*, 2012, n° 32, pp. 57-78, spéc. pp. 64-65 et 78. L'expression « conception maximaliste » est empruntée à G. MUGUET-POULLENNEC, D. DOMENICUCCI et F. HOSEINIAN.

34. Voy. explicitement : CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 45 ; CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pts 76-77. Voy. déjà en ce sens : CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pt 62. Voy. à propos des difficultés de la délimitation de ce qui relève du contrôle de l'infraction et du contrôle de l'amende : H. EXPERT et C. POULLET, « La compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de légalité ? », in V. GIACOBBO-Peyronnel et Ch. VERDURE (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 545-592, spéc. pp. 558-566.

l'habilité à modifier le montant de l'amende infligée et à réformer ainsi la décision attaquée⁽³⁵⁾. Son objet, son étendue et ses conditions d'exercice restent cependant sujets à débats, tant les conceptions de ce pouvoir et de l'autonomie de ce contentieux par rapport à celui de la légalité⁽³⁶⁾ varient. La jurisprudence est, en effet, marquée d'hésitations, à tel point que la doctrine a identifié deux conceptions, l'une étroite, l'autre large, de la compétence de pleine juridiction en matière de sanctions⁽³⁷⁾. Ces conceptions ont fait l'objet de discussions au sein de la Cour de justice de l'Union européenne⁽³⁸⁾.

Selon une conception étroite, la pleine juridiction est conditionnée par le contrôle de légalité. Le juge ne peut réformer l'amende que lorsque elle est entachée d'illégalité ou d'irrégularité⁽³⁹⁾. La pleine juridiction vient

35. Voy. notamment : CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. 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 692 ; CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pt 61.

36. La question est, en réalité, double. D'une part, se posait la question de l'existence d'un « recours de pleine juridiction », autonome. Elle a été tranchée en ce sens qu'il n'existe pas de voie de droit autonome et qu'une demande de réformation du montant de l'amende doit être formée dans les conditions procédurales du recours en annulation (TPI, ord., 9 novembre 2004, *FNICGV c/ Commission*, aff. T-252/03, *Rec.*, p. II-3795 ; É. BARBIER DE LA SERRE, « Inexistence en droit communautaire d'un "recours de pleine juridiction" autonome », *RLC*, 2005, n° 2, pp. 76-77). D'autre part, se pose la question de savoir si l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction requiert une annulation préalable de l'acte sous contrôle ou, à tout le moins, un constat d'illégalité ou d'irrégularité au titre du contrôle de légalité ou si, au contraire, même une amende légale, mais inappropriée, inéquitable ou injuste peut être réformée. La première partie de la question a fait l'objet d'une réponse en principe négative (voy. en ce sens : pt 692 de l'arrêt *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, cité à la note précédente ; CJCE, 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer c/ Commission*, aff. C-534/07 P, *Rec.*, p. I-7415, pt 86). La seconde reste sujette à des fluctuations.

37. Nous nous permettons de renvoyer à cet égard à l'excellente synthèse et aux réflexions approfondies et fournies de L. BERNARDEAU et de J.-Ph. CHRISTIENNE (*Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Bruxelles, Larcier, 2013, 1184 p., spéc. pp. 804-867). Les explications qui suivent à ce stade à propos des différentes conceptions de la pleine juridiction en matière de sanctions sont largement inspirées de cet ouvrage. *Addé* : A. ARABADJEV, *op. cit.*, spéc. p. 393 ; D. BOSCO, « La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union quant aux amendes prononcées par la Commission européenne en matière de concurrence », in S. MAHIEU (dir.), *op. cit.*, pp. 235-257, spéc. pp. 240-241 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p., spéc. p. 627 ; P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », in C. BAUDENBACHER *et al.* (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 219-236, spéc. pp. 220-228 et 235-236 ; M. PREK et S. LEFÈVRE, « Competition litigation before the General Court : quality if not quantity ? », *CML Rev.*, 2016, pp. 65-90, spéc. pp. 75-76 ; B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 975 et s.

38. Comme l'a indiqué le juge H. LEGAL à l'occasion des débats faisant suite à l'intervention de R. MEHDI, « La preuve devant les juridictions communautaires », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, pp. 165-181, spéc. p. 192.

39. Voy. pour une limitation explicite en ce sens : TPI, 15 mars 2006, *BASF c/ Commission*, aff. T-15/02, *Rec.*, p. II-497, pt 582.

compléter le contrôle de légalité dont elle est l'accessoire. Elle permet au juge d'épuiser le litige. Cette approche limitée écarte tout éventuel risque d'arbitraire inhérent à des appréciations subjectives en équité ou en opportunité⁽⁴⁰⁾ et assure la séparation des pouvoirs, en laissant la Commission maître de la politique de la concurrence⁽⁴¹⁾.

Selon une conception large, au contraire, la pleine juridiction s'autonomise. Le juge peut réformer l'amende non seulement lorsqu'elle est illégale, mais encore lorsque, légale, elle est inappropriée, injuste ou inéquitable, dans un objectif de protection juridictionnelle maximale des entreprises face à des amendes de plus en plus élevées. Appelée de ses vœux par une partie de la doctrine⁽⁴²⁾, cette conception semble à l'heure actuelle être celle du juge⁽⁴³⁾. Elle correspond aux affirmations de principe de la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁴⁴⁾ et transparaît dans certains

40. Comment s'assurer du fait que le Tribunal, statuant en formations de jugement de trois ou cinq juges, applique, de manière cohérente et égale, une même approche pour évaluer le caractère « approprié » d'une amende ? Le contrôle du caractère légal de l'amende est par essence plus objectif et, de ce fait, porteur d'une plus grande sécurité juridique et égalité de traitement des justiciables.

41. Voy. à propos des liens entre la pleine juridiction en matière d'amendes et la politique de la concurrence : N. WAHL, « Enjeu et limites actuelles de la jurisprudence relative à la compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence », in A. TIZZANO (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 727-740, spéc. pp. 733-734.

42. Voy. en particulier : É. BARBIER DE LA SERRE et E. LAGATHU, « The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings : Faster, Higher, Harsher », *JECLAP*, 2013, n° 4, pp. 325-344, spéc. p. 342 ; L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 858 et s. ; I. FORRESTER, « A challenge for Europe's judges : the review of fines in competition cases », *E.L.Rev.*, 2011, n° 2, pp. 185-207 ; B. VESTERDORF, « The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction : What Does it Mean in Practice ? », *Global Competition Policy*, juin 2009, n° 2, pp. 1-7.

43. Voy. également en ce sens : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 979 et 982-983 ; H. EXPERT et C. POULLET, *op. cit.*, spéc. pp. 549-550 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. p. 627. Voy. toutefois les critiques quant à l'exercice insuffisant de la pleine juridiction du fait d'un refus de procéder à une appréciation *ex novo* du caractère approprié de l'amende : I. FORRESTER, « A challenge for Europe's judges... », *op. cit.*, spéc. pp. 191 et 194-199 ; B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. pp. 2-3 et 5. Voy. pour une approche plus nuancée selon laquelle la conception large de la pleine juridiction, qui serait « dans l'air du temps », serait admise au niveau des modalités d'exercice de la compétence de pleine juridiction, tandis que, s'agissant des conditions de déclenchement de cette compétence, le juge hésiterait encore entre les deux conceptions : D. BOSCO, *op. cit.*, spéc. pp. 241-243.

44. Le juge est « habilité, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée » : CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pt 61 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 103 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pt 63 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 130.

arrêts récents du Tribunal⁽⁴⁵⁾, bien qu'elle soit parfois peu tangible⁽⁴⁶⁾. Dans cette optique, à laquelle nous entendons nous rallier pour l'essentiel, le contrôle de légalité du montant de l'amende infligée⁽⁴⁷⁾ se voit complété d'un contrôle de pleine juridiction à proprement parler⁽⁴⁸⁾. Cette distinction, qui fournit une grille de lecture conceptuellement intéressante et de vertu pédagogique certaine, n'est pas systématiquement opérée par le juge de l'Union et rencontre, en pratique, des limites⁽⁴⁹⁾.

45. Un sentiment analogue a été exprimé par M. PREK et S. LEFÈVRE (« Competition litigation before the General Court... », *op. cit.*, spéc. pp. 78-79). Exceptionnellement, le Tribunal a formalisé cette conception de la pleine juridiction, en opérant une distinction conceptuelle très claire, mais isolée, des deux étapes du contrôle, d'abord du caractère légal et ensuite du caractère approprié du montant de l'amende (Trib. UE, 17 décembre 2015, *Orange Polska c/ Commission*, aff. T-486/11, *Rec. num.*, pts 64-68). Précédemment, il avait déjà considéré que « l'exercice [...] de son pouvoir de pleine juridiction n'[était] aucunement subordonné au constat préalable d'un vice de légalité » (Trib. UE, 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung c/ Commission*, aff. T-79/06, non publié, pt 180 et jurisprudence citée). Cette conception est également reflétée dans des arrêts dans lesquels le juge admet que, même entaché d'illégalité, le montant d'une amende peut être maintenu lorsqu'il est approprié, voy. p. ex. : Trib. UE, 29 février 2016, *Schenker c/ Commission*, aff. T-265/12, *Rec. num.*, pt 32.

46. L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 851.

47. Au titre duquel est examiné le caractère *légal* de l'amende et de la méthode de calcul suivie. Ce contrôle serait sujet aux limites inhérentes à tout contrôle de légalité. Classiquement, tandis que le juge statuant dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction apprécie le montant de l'amende à la date à laquelle il adopte sa propre décision (Trib. UE, 11 juillet 2014, *Esso e.a. c/ Commission*, aff. T-540/08, *Rec. num.*, pt 133 ; Trib. UE, 17 décembre 2015, *Orange Polska c/ Commission*, aff. T-486/11, *Rec. num.*, pt 67), le juge de la légalité s'en tient aux éléments de fait et de droit existant à la date d'adoption de la décision attaquée (CJCE, 7 février 1979, *France c/ Commission*, aff. jtes 15/76 et 16/76, *Rec.*, p. 321, pt 7 ; CJCE, 24 septembre 2002, *Falck et Acciaierie di Bolzano c/ Commission*, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, *Rec.*, p. I-7869, pt 168). Toutefois, dans le domaine des décisions relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, la Cour de justice a étendu le contrôle de légalité aux éléments même postérieurs à la décision attaquée, qu'ils aient ou non été préalablement présentés dans le cadre de la procédure administrative (CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 72).

48. Au titre duquel est examiné le caractère *approprié, équitable, juste, adéquat* de l'amende, même légale.

49. Tout d'abord, dès lors qu'il est admis que le juge des amendes est habilité à statuer sur tout argument de droit, de fait, voire d'équité relatif au caractère légal et équitable de l'amende, l'existence même de cette compétence de pleine juridiction pourrait affecter l'exercice du contrôle de légalité (voy. p. ex. l'arrêt *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, précité, note n° 47 du présent Chapitre). Ensuite, cette distinction n'est pas toujours opérationnelle. En effet, des moyens impliquant une appréciation de légalité, et relevant dès lors conceptuellement du contrôle de légalité, ne sont pas nécessairement susceptibles d'encourir l'annulation (totale) de la décision attaquée et peuvent n'affecter que le montant de l'amende. Enfin, poussée à son paroxysme, la distinction entre les contrôles de légalité et de pleine juridiction impose de distinguer le contrôle du respect du principe de proportionnalité au titre du contrôle de légalité et un contrôle du caractère proportionné de l'amende au stade de la pleine juridiction (voy. pour une illustration isolée : Trib. UE, 27 septembre 2012, *Shell Petroleum NV e.a. c/ Commission*, aff. T-343/06, *Rec. num.*, pt 266). Au jeu ambivalent du principe de proportionnalité dans le contexte de la pleine juridiction (L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 861-863) s'ajoute ainsi l'impression d'un certain artifice.

Ces incertitudes n'affectent en revanche nullement le constat que le juge du plein contentieux peut être amené à procéder à des appréciations de légalité. Dans ce cadre, il s'est inspiré de la notion de moyen d'ordre public de légalité.

2) La réalité de la transposition : l'incidence du caractère opérant des moyens d'ordre public de légalité

Le moyen d'ordre public de légalité investit les voies du plein contentieux. Il s'impose par définition lors de l'examen d'une demande d'annulation à l'occasion d'un recours à double objet, annulation et plein contentieux. Il s'impose de manière aussi claire dans le contentieux de la propriété intellectuelle du fait de la dépendance entière du pouvoir de réformation à l'égard du contrôle de légalité⁽⁵⁰⁾. Mais ce moyen investit également l'exercice, à proprement parler, des pouvoirs de pleine juridiction du juge de l'Union européenne lorsque ceux-ci sont susceptibles d'être déclenchés par un constat d'illégalité. Ce jeu des moyens d'ordre public de légalité présuppose, néanmoins, leur caractère opérant dans un contexte de plein contentieux.

Ces assertions se vérifient en particulier dans le cadre du contentieux des sanctions pour violation du droit européen de la concurrence⁽⁵¹⁾.

La Cour de justice a, en effet, précisé que « l'exercice de la compétence de pleine juridiction n'équivaut pas à un contrôle d'office » et qu'« [à] l'exception des moyens d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office, telle l'absence de motivation de la décision attaquée, c'est à la partie requérante qu'il appartient de soulever les moyens à l'encontre de cette dernière et d'apporter des éléments de preuve à l'appui de ces moyens »⁽⁵²⁾.

50. Voy. également en ce sens : K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. pp. 708-709.

51. Voy. aussi : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 62. En revanche, de manière à nos yeux hâtive et erronée, M. COURNOT (« L'interdiction de statuer *ultra petita* s'applique-t-elle au juge de l'amende ? », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 111-126, spéc. pp. 112, 116-117 et 120) a pu affirmer que, dans une conception large de la pleine juridiction, « si l'on admet que le juge de l'Union peut réduire le montant de l'amende au seul motif de l'inadéquation, et non de l'illégalité, du montant fixé par la Commission, la question de savoir s'il peut soulever d'office des moyens de droit ne se pose pas : la réformation est faite au regard de circonstances de fait, non des quatre moyens visés à l'article 263 TFUE ». À nos yeux, c'est oublier, cependant, que, même dans une telle conception de la pleine juridiction, la réformation de l'amende peut découler de l'illégalité de la méthode de calcul appliquée par la Commission, révélée lors de l'appréciation de moyens de droit...

52. CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 104 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pts 64 et 70 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 131.

Dès lors que « l'accueil de purs moyens [de légalité] doit pouvoir, *per se*, emporter la réformation du montant de l'amende »⁽⁵³⁾, la Cour de justice semble admettre la prolongation des effets des moyens d'ordre public de légalité⁽⁵⁴⁾ au stade de la pleine juridiction. Tel est en particulier le cas d'un vice de motivation affectant le calcul de l'amende⁽⁵⁵⁾. Cette lecture a été reprise par le Tribunal⁽⁵⁶⁾.

En dépit de précédents isolés qui tendraient à infirmer cette lecture de la jurisprudence⁽⁵⁷⁾, il est dès lors permis de penser que le relevé d'office d'un moyen d'ordre public de légalité au stade du contrôle de légalité peut appeler une modification du montant de l'amende litigieuse dans l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction. Le moyen de légalité déclencheur de cette modification doit conserver son caractère d'ordre public au stade de l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction⁽⁵⁸⁾.

La notion de moyen d'ordre public de légalité a été transposée d'autant plus aisément dans le recours indemnitaire de la fonction publique

53. L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 825.

54. Dont relève sans conteste le seul moyen d'ordre public mentionné par la Cour de justice, à savoir l'absence de motivation de la décision : Trib. UE, 13 septembre 2013, *Total c/ Commission*, aff. T-548/08, non publié, pt 212.

55. Le juge des amendes est appelé à « vérifier d'office si la Commission a motivé sa décision et, notamment, si elle a expliqué la pondération et l'évaluation qu'elle a faites des éléments pris en considération » aux fins de la détermination de l'amende : CJUE, 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, aff. C-199/11, *Rec. num.*, pt 60. *Adde* : TPI, 8 octobre 2008, *Carbone-Lorraine c/ Commission*, aff. T-73/04, *Rec.*, p. II-2661, pt 127 ; Trib. UE, 8 septembre 2016, *Lundbeck c/ Commission*, aff. T-472/13, *Rec. num.*, pt 791.

56. Voy. en ce sens : Trib. UE, 17 décembre 2015, *Orange Polska c/ Commission*, aff. T-486/11, *Rec. num.*, pt 67.

57. Dans un arrêt *Panasonic Corp. et MT Picture Display Co. Ltd c/ Commission* de 2015, le Tribunal a évité de trancher la recevabilité d'une demande tendant à ce qu'il relève d'office, dans le cadre de l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, un moyen tiré de l'incompétence territoriale de la Commission pour infliger une amende dans les circonstances de l'espèce et s'est contenté d'écarter ce moyen au fond (Trib. UE, 9 septembre 2015, aff. T-82/13, *Rec. num.* [extraits], pts 148-149). Antérieurement, il avait jugé dans un arrêt *BASF c/ Commission* de 2006 que « [s]a compétence de pleine juridiction [...] ne pouva[i]t être exercée, le cas échéant, qu'à la suite de la constatation d'une illégalité dont la décision est affectée et dont l'entreprise concernée s'est plainte dans son recours » (TPI, 15 mars 2006, aff. T-15/02, *Rec.*, p. II-497, pt 582, nous soulignons). Comme l'a relevé É. BARBIER DE LA SERRE (« Caractère accessoire de la pleine juridiction en matière d'amendes », *RLC*, 2006, n° 8, p. 103, cité par B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 981), l'arrêt pouvait faire l'objet d'une lecture restrictive, selon laquelle « la voie de la pleine juridiction [serait fermée] dans l'hypothèse où le Tribunal relève d'office un moyen d'illégalité ». Une telle lecture est aujourd'hui clairement dépassée à la suite des arrêts du 8 décembre 2011, précités (note n° 52 du présent Chapitre).

58. En ce sens, l'avocat général JACOBS a pu définir le rôle incombant au Tribunal dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction concernant l'amende comme impliquant de « vérifier si la décision est entachée d'irrégularités qui seront soit invoquées par le requérant, soit soulevées d'office par Tribunal en raison de leur caractère d'ordre public » (concl. sous CJCE, 21 septembre 2006, *JCB Service c/ Commission*, aff. C-167/04 P, *Rec.*, p. I-8935, pt 40, nous soulignons).

que l'engagement de la responsabilité de l'Union européenne en tant qu'employeur est fondé sur toute illégalité et que ce contentieux connaît une notion relativement subjective du moyen d'ordre public de légalité pour les besoins de la protection du fonctionnaire face à son employeur. Elle se vérifie en particulier dans l'affaire *Bui Van c/ Commission*, qui avait pour objet une demande d'annulation d'une décision de reclassement du requérant à un grade inférieur à celui de son classement initial et une demande de réparation d'un préjudice moral. Dans son arrêt rendu en 2008 dans cette affaire, le Tribunal de la fonction publique a, au stade de l'examen de la demande d'annulation, relevé d'office une violation des droits de la défense du requérant, en ce qu'il n'avait pas été entendu préalablement à l'adoption de la décision litigieuse. Sans annuler cette dernière, il a tiré les conséquences de cette irrégularité, qualifiée d'office de « faute de service susceptible de justifier une indemnisation », au stade de l'exercice de sa compétence de pleine juridiction et a octroyé une indemnité dépassant l'euro symbolique demandé par le requérant⁽⁵⁹⁾. Statuant sur pourvoi en 2010, le Tribunal a implicitement validé cette qualification d'ordre public de la violation des droits de la défense, y compris au stade de l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction⁽⁶⁰⁾. Devrait, de la même manière, bénéficier du caractère d'ordre public le moyen pris de la violation de l'obligation de motivation qui peut, dans des circonstances particulières, donner lieu à indemnisation d'un préjudice moral subi dans le contentieux indemnitaire de la fonction publique⁽⁶¹⁾.

En revanche, dans le contentieux indemnitaire de droit commun, la nature subjective de la règle de droit transgressée, laquelle doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, rend inopérants de nombreux moyens d'ordre public de légalité⁽⁶²⁾. La notion *objective* de moyen d'ordre

59. TFP, 11 septembre 2008, *Bui Van c/ Commission*, aff. F-51/07, *RecFP*, pp. I-A-1-289 et II-A-1-1533, pts 77-84 et 92-94.

60. Trib. UE, 12 mai 2010, *Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P, *Rec. num.*, pts 82-91. Tout en ayant accueilli un moyen tiré de la violation, par le Tribunal de la fonction publique, du principe du contradictoire lors de la majoration du montant de l'indemnité, le Tribunal n'a remis en cause ni la qualification d'ordre public du moyen soulevé d'office en première instance ni le principe même d'une telle majoration (pt 87). Il a toutefois inséré une formulation hypothétique qui pourrait suggérer qu'il n'a pas entendu se prononcer sur cette question (pt 83).

61. TFP, 26 juin 2013, *Vacca c/ Commission*, aff. F-116/11, non publié, pts 62-65.

62. En particulier, la violation de l'obligation de motivation, moyen d'ordre public emblématique du contrôle de légalité, n'est pas susceptible d'engager la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne. Dégagée à propos de la motivation d'un acte réglementaire (CJCE, 15 septembre 1982, *Kind c/ CEE*, aff. 106/81, *Rec.*, p. 2885, pt 14 ; CJCE, 6 juin 1990, *AERPO e.a. c/ Commission*, aff. C-119/88, *Rec.*, p. I-2189, pt 20 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Eurocoton e.a. c/ Conseil*, aff. C-76/01 P, *Rec.*, p. I-10091, pt 98), cette solution fut ultérieurement transposée à la motivation d'un acte individuel (TPI, 25 mai 2004, *Distilleria Palma c/ Commission*, aff. T-154/01, *Rec.*, p. II-1493, pt 60). De même, le non-respect

public de légalité ne peut donc, en tant que telle, déployer ses effets au stade dudit contentieux, ce dont on a pu s'étonner⁽⁶³⁾.

La transposition possible de la notion de moyen *d'ordre public* de légalité dans le contentieux de la pleine juridiction entraîne la transposition corrélatrice de celle du moyen *ordinaire* de légalité⁽⁶⁴⁾. Sa nature ordinaire se prolonge au stade des appréciations de légalité effectuées dans le contexte de la pleine juridiction. Ce constat peut de prime abord surprendre. Eu égard aux particularités et aux fonctions spécifiques des voies relevant du plein contentieux, certains moyens de légalité, qui n'encourent que rarement l'annulation de l'acte contesté, peuvent, en effet, y déployer tous leurs effets. Tant la spécificité de la pleine juridiction que l'opérance renforcée de ces moyens auraient pu justifier une extension et une subjectivisation de la notion de moyen d'ordre public de légalité. Celle-ci aurait en particulier pu permettre de compenser certaines limites du contrôle de légalité.

§ 2. – Une fonction subjective inexploitée : la compensation des limites du contrôle de légalité

La dualité de l'office du juge du plein contentieux rend souvent difficile une distinction étanche et définitive des champs respectifs des contrôles de légalité et de plein contentieux⁽⁶⁵⁾. Les pouvoirs de pleine juridiction rejaillissent parfois sur l'appréciation de légalité. Combinés à la finalité

de l'équilibre institutionnel, valeur fondamentale dont la garantie est assurée à travers différents moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale, n'est pas à lui seul de nature à engager la responsabilité extra-contractuelle de l'Union (CJCE, 13 mars 1992, *Vreugdenhil c/ Commission*, aff. C-282/90, *Rec.*, p. I-1937, pts 20-21 ; TPI, 3 février 2005, *Chiquita Brands e.a. c/ Commission*, aff. T-19/01, *Rec.*, p. II-315, pt 181). Par ailleurs, dans le contexte de la condition antérieure tenant à la violation d'une norme supérieure de droit protégeant les particuliers, il a pu être relevé que cette exigence « exclu[ait] déjà la responsabilité en cas de violation d'une règle de procédure ou de forme des actes réglementaires [dès lors que] les règles de ce type n'attribuent généralement pas de droits subjectifs aux particuliers » (concl. CAPOTORTI sous CJCE, 25 mai 1978, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-83/76, C-94/76, C-4/77, C-15/77 et C-40/77, *Rec.*, p. 1209, pt 5).

63. « [S]ans remettre en question la règle de l'autonomie des voies de droit, on s'étonne [...] que le Tribunal ait aussi peu tenu compte de [l']obligation [de motivation] en matière de responsabilité, alors même que le moyen tiré de sa violation constitue indubitablement un moyen d'ordre public dans le contentieux de la légalité » : R. MEHDI, « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119, spéc. p. 111.

64. Voy. p. ex., en ce sens, s'agissant d'une violation du principe de protection de la confiance légitime dans un recours indemnitaire : CJCE, 1^{er} avril 1982, *Dürbeck c/ Commission*, aff. 11/81, *Rec.*, p. 1251, pts 13-14 ; CJCE, 6 décembre 1984, *Biovilac c/ CEE*, aff. 59/83, *Rec.*, p. 4057, pt 24.

65. Il en va ainsi en particulier lorsque le juge est saisi à la fois de demandes d'annulation et de demandes fondées sur la pleine juridiction. Voy. pour un constat analogue s'agissant du contentieux de la fonction publique : G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 420.

protectrice des voies du plein contentieux, ils auraient pu conférer une coloration subjective et protectrice du droit substantiel, voire des droits du justiciable à la notion de moyen d'ordre public de légalité. Le juge du plein contentieux a néanmoins privilégié la cohérence et l'unité de cette notion. Aussi s'en tient-il aux confins de la qualification d'ordre public dégagée dans le contentieux de la légalité sans égard ni à la spécificité de ces voies de droit ni à l'opérance renforcée de certains moyens de légalité dans la pleine juridiction. Elles ne forment, respectivement, qu'un vecteur négligeable (A) ou marginal de qualification d'ordre public (B).

A. La spécificité des voies de la pleine juridiction : vecteur négligeable de qualification d'ordre public

À la différence du contentieux objectif de légalité, le contentieux de la pleine juridiction est transcendé par les intérêts subjectifs des parties au litige. Ce volet subjectif n'influe toutefois guère sur les contours de la notion de moyen d'ordre public de légalité. Ainsi, ni la fonction protectrice des entreprises tenues au paiement d'amendes ni la fonction compensatrice des limites du contrôle de légalité et garante d'une protection juridictionnelle effective ne justifient l'extension ou la subjectivisation des moyens d'ordre public, respectivement, dans le contrôle des sanctions (1) et dans les voies du contentieux indemnitaire (2).

1) La pleine juridiction en matière d'amendes comme garantie supplémentaire pour les entreprises

Le contentieux des sanctions pour violation du droit européen de la concurrence poursuit une finalité protectrice. Dans un contexte quasi pénal⁽⁶⁶⁾, le pouvoir de pleine juridiction conféré au juge constitue une « garantie supplémentaire » pour les entreprises sanctionnées⁽⁶⁷⁾. Cette finalité protectrice pourrait justifier une extension et subjectivisation de la notion objective du moyen d'ordre public de légalité au profit de certains

66. Voy. à propos des caractéristiques (quasi) pénales du droit européen de la concurrence : A. ARABADJEV, *op. cit.*, spéc. pp. 384-390 ; L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 863-865 ; I. FORRESTER, « A challenge for Europe's judges... », *op. cit.*, spéc. pp. 199 et s. Exceptionnellement, le Tribunal a pu sans ambages affirmer la nature pénale des amendes infligées, voy. dans les affaires du cartel du fret aérien : Trib. UE, 16 décembre 2015, *Japan Airlines c/ Commission*, aff. T-36/11, non publié, pt 32.

67. Voy. en ce sens : CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. I-5425, pt 445. Voy. en particulier : P. MENGOTZI, *op. cit.*, spéc. pp. 227-229 ; concl. MENGOTZI sous CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, pt 40 ; concl. WATHELET sous CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 134.

moyens se rapportant à la légalité de l'amende. C'est peut-être dans cette optique que des arrêts anciens pouvaient suggérer que la violation du principe de proportionnalité relevait de l'ordre public dans ce contentieux⁽⁶⁸⁾, comme l'a également envisagé la doctrine⁽⁶⁹⁾. La jurisprudence récente tend toutefois à l'exclure⁽⁷⁰⁾. De manière analogue, ni la méconnaissance, par la Commission, des lignes directrices relatives au calcul de l'amende⁽⁷¹⁾ ni la violation du principe d'égalité de traitement lors de la détermination du montant de l'amende⁽⁷²⁾ ne sont d'ordre public.

Cette prolongation, au stade du contrôle des sanctions, du caractère ordinaire des moyens de légalité relatifs au calcul de l'amende peut paraître regrettable, car détachée de la finalité protectrice et de la spécificité de la pleine juridiction. Elle exprime le fort attachement du juge aux confins du contrôle de légalité et sa tendance à extrapoler les limites et notions de ce

68. Voy. pour des illustrations variées : CJCE, 14 février 1972, *ICI c/ Commission*, aff. 48/69, *Rec.*, p. 619, pt 147 ; CJCE, 14 février 1972, *BASF c/ Commission*, aff. 49/69, *Rec.*, p. 713, pt 38 ; CJCE, 14 février 1972, *Bayer AG c/ Commission*, aff. 51/69, *Rec.*, p. 745, pt 42 ; CJCE, 14 février 1972, *Geigy AG c/ Commission*, aff. 52/69, *Rec.*, p. 787, pt 53 ; CJCE, 14 février 1972, *Franicolor c/ Commission*, aff. 54/69, *Rec.*, p. 851, pt 107 ; CJCE, 14 février 1972, *Cassella Farbwerke c/ Commission*, aff. 55/69, *Rec.*, p. 887, pt 44 ; CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents c/ Commission*, aff. jtes 6/73 et 7/73, *Rec.*, p. 223, pts 51-52 ; CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française c/ Commission*, aff. jtes 100/83 à 103/83, *Rec.*, p. 1825, pts 121, 124 et 129-134 ; CJCE, 28 mars 1984, *Bertoli c/ Commission*, aff. 8/83, *Rec.*, p. 1649, pt 29 ; CJCE, 11 juillet 1989, *Belasco e.a. c/ Commission*, aff. 246/86, *Rec.*, p. 2117, pt 68 ; TPI, 17 décembre 2003, *British Airways c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.*, p. 5917, pt 316. Voy. à cet égard *infra*, notes n° 242 et n° 243 du présent Chapitre. Voy. plus récemment, pour un examen de la proportionnalité du montant d'une amende « au-delà des seuls points de droit ou de fait contestés par l'entreprise concernée » dans le cadre du contrôle de pleine juridiction : concl. Bot sous CJUE, 22 novembre 2012, *E.ON Energie c/ Commission*, aff. C-89/11 P, *Rec. num.*, pt 115.

69. Voy. pour un contrôle d'office de la proportionnalité du montant de l'amende : J. RIDEAU et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p., spéc. p. 196 ; F. PICOD, « L'étendue du contrôle 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, 2009, pp. 89-108, spéc. p. 96 ; B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 995.

70. Voy. en ce sens : CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pt 70 ; CJUE, 14 mars 2013, *Viega c/ Commission*, aff. C-276/11 P, non publié, pt 57 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-501/11 P, *Rec. num.*, pt 127 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Siemens c/ Commission*, aff. jtes C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, non publié, pt 340 ; CJUE, 22 octobre 2015, *AC-Treuhand c/ Commission*, aff. C-194/14 P, *Rec. num.*, pt 77 ; Trib. UE, 12 décembre 2012, *Almamet c/ Commission*, aff. T-410/09, non publié, pt 270 ; Trib. UE, 28 juin 2016, *Portugal Telecom c/ Commission*, aff. T-208/13, *Rec. num.*, pt 277.

71. Voy. en ce sens : CJUE, 24 octobre 2013, *Kone e.a. c/ Commission*, aff. C-510/11 P, non publié, pts 70-72.

72. Voy. en ce sens : CJUE, 22 octobre 2015, *AC-Treuhand c/ Commission*, aff. C-194/14 P, *Rec. num.*, pts 55 et 77.

contrôle au domaine de la pleine juridiction⁽⁷³⁾. Cependant, elle peut être saluée en ce qu'elle assure la cohérence des notions et méthodes à l'aune desquelles le juge procède à l'appréciation de légalité, que celle-ci s'inscrive dans un recours en annulation ou dans un recours contre les sanctions. De surcroît, elle est susceptible de s'insérer dans une distinction doctrinale subtile entre, d'une part, le contrôle de la légalité de l'amende au regard du principe de proportionnalité et, d'autre part, le contrôle de son caractère approprié ou proportionné qui relèverait, pour sa part, exclusivement de la compétence de pleine juridiction⁽⁷⁴⁾. L'absence de qualification d'ordre public de ces moyens de légalité est largement compensée par l'accroissement des pouvoirs d'office du juge au stade de ce dernier contrôle⁽⁷⁵⁾. D'une manière plus générale, la limitation aux moyens d'ordre public de légalité n'est toutefois guère conditionnée par l'existence de tels remèdes, ainsi qu'en témoigne le contentieux indemnitaire.

2) La pleine juridiction en matière indemnitaire comme instrument de protection juridictionnelle effective

L'attachement du juge de l'Union européenne aux confins du moyen d'ordre public de légalité issu du contentieux de la légalité est confirmé dans le contentieux indemnitaire. Aussi la violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits au particulier est-elle, en principe, constitutive d'un moyen ordinaire dans le contentieux indemnitaire général (a). Alors même que, dans le contentieux indemnitaire de la fonction publique, la faute de service peut être relevée d'office, elle ne semble pas devoir être qualifiée de moyen d'ordre public (b).

73. L'on renverra notamment à la discussion sur la limitation du contrôle juridictionnel des décisions constatant une infraction à l'article 101 ou à l'article 102 TFUE et infligeant des amendes. Voy. à ce propos, *inter alia* : I. FORRESTER, « A Bush in Need of Pruning... », *op. cit.* ; M. JAEGER, « The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments : Towards the Marginalisation of the Marginal Review ? », *JECLAP*, 2011, n° 4, pp. 295-314 ; H. LEGAL, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, 2005, n° 2, pp. 1-2. Voy. toutefois les évolutions jurisprudentielles mentionnées *supra*, note n° 47 du présent Chapitre.

74. À propos des ambivalences de cette distinction, voy. déjà *supra*, note n° 49 du présent Chapitre.

75. Voy. à cet égard, *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2. L'appréciation autonome du montant de l'amende dans le contentieux des sanctions (pp. 391 et s.), ainsi que Sous-section 2, § 1. Des pouvoirs de réformer d'office le montant de l'amende en l'absence de demande (pp. 402 et s.).

a) *La violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits au particulier*

Il est communément admis que, dans le contentieux général de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne, l'illégalité de comportement est dépourvue de caractère d'ordre public. Aussi l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a-t-il observé de manière catégorique que, « dans le cadre d'un recours en indemnisation, l'illégalité de l'action d'une institution ne se présume pas, et ne peut pas non plus être recherchée d'office »⁽⁷⁶⁾. L'analyse de la jurisprudence tend à confirmer cette assertion. La Cour de justice a implicitement mais nécessairement écarté toute qualification d'ordre public, en jugeant irrecevable pour cause de tardiveté une illégalité de comportement alléguée seulement en cours d'instance⁽⁷⁷⁾.

L'absence de qualification d'ordre public de la violation suffisamment caractérisée s'appuie sur des fondements théoriques et pratiques solides. La doctrine a en particulier mis en avant la nature intrinsèquement subjective de l'illégalité requise⁽⁷⁸⁾, qui relèverait davantage de la légalité interne que de la légalité externe⁽⁷⁹⁾. La règle de droit violée devant avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, elle ne saurait être qualifiée de règle d'ordre public⁽⁸⁰⁾. Ce caractère ordinaire s'impose d'autant plus que « le régime du contentieux de la réparation [...] est classiquement un régime de plein contentieux dont on a pu constater qu'il était le plus proche d'un procès civil entre deux parties »⁽⁸¹⁾. Or, la Cour de justice a admis, dans une telle configuration, l'importance du principe dispositif et des limites à

76. Concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 9 septembre 1999, *Petrides c/ Commission*, aff. C-64/98 P, *Rec.*, p. I-5187, pt 21. *Addé* : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463, spéc. pp. 446-447 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 54.

77. Voy. à propos d'une violation d'une norme supérieure de droit qui n'avait pas été mentionnée dans la requête : CJCE, 11 mars 1987, *Rau e.a. c/ Commission*, aff. jtes 279/84, 280/84, 285/84 et 286/84, *Rec.*, p. 1069, pt 38 ; CJCE, 14 octobre 1997, *Atlanta c/ Communauté européenne*, aff. C-104/97 P, *Rec.*, p. I-6983, pt 27.

78. Voy. en particulier : F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 447 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 54.

79. Voy. en ce sens s'agissant de la violation caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers : A. BARAV, « "Injustice normative" et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne », *CDE*, 1977, n^o 4, pp. 439-457, spéc. p. 455.

80. Le Tribunal a déjà pu tirer argument de la nature subjective d'une violation des droits de la défense pour écarter sa qualification d'ordre public : TPI, 8 juillet 2004, *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, pt 425 ; TPI, 8 juillet 2008, *Lafarge c/ Commission*, aff. T-54/03, non publié, pt 86 ; Trib. UE, 26 octobre 2010, *CNOP et CCG c/ Commission*, aff. T-23/09, *Rec.*, p. II-5291, pt 45.

81. B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 802.

l'intervention d'office du juge⁽⁸²⁾. La nature privée des intérêts en jeu, par contraste avec la nature objective du contrôle de légalité, s'opposerait ainsi à l'octroi de trop importants pouvoirs d'office au juge⁽⁸³⁾.

Plus encore, le relevé d'office, au profit de la partie requérante, d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers porterait atteinte à l'équilibre entre les parties voulu par la jurisprudence et reflété dans cette condition de la responsabilité⁽⁸⁴⁾. Or, aux yeux du juge, cet équilibre exprime pour sa part un intérêt général de l'Union⁽⁸⁵⁾. Enfin, par comparaison avec le recours en annulation, le recours en indemnité est largement ouvert, y compris au profit des requérants non privilégiés⁽⁸⁶⁾. La réticence du juge à intervenir d'office dans l'établissement d'une illégalité peut ainsi s'expliquer comme une contrepartie implicite de cette large ouverture du recours, voire par un impératif de sécurité juridique compte tenu de la longueur du délai de prescription.

Au regard de ces éléments et en particulier de sa coloration subjective, l'illégalité de comportement requise pour l'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne est, sans doute, ordinaire par nature. Le caractère éminemment objectif des moyens d'ordre public de légalité du contentieux de l'Union européenne s'en voit confirmé⁽⁸⁷⁾.

82. Voy. par analogie : CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705, pts 20-21.

83. Voy. en ce sens : H. KORSCH, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 122-135, spéc. p. 123.

84. Cette condition « vise, quelle que soit la nature de l'acte illicite en cause, à éviter que le risque d'avoir à supporter les dommages allégués par les entreprises concernées n'entrave la capacité de l'institution concernée à exercer pleinement ses compétences dans l'intérêt général, tant dans le cadre de son activité à portée normative ou impliquant des choix de politique économique que dans la sphère de sa compétence administrative, sans pour autant laisser peser sur des particuliers la charge des conséquences de manquements flagrants et inexcusables » : Trib. UE, 3 mars 2010, *Artogodan c/ Commission*, aff. T-429/05, *Rec.*, p. II-491, pt 55 et la jurisprudence citée ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *ATC e.a. c/ Commission*, aff. T-333/10, *Rec. num.*, pt 65. Voy. pour une analyse critique de la condition tenant à la violation suffisamment caractérisée et de sa justification ainsi fournie : D. RITLÉNG, « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », in J.-C. MASCIET et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 921-932.

85. Voy. en ce sens : Trib. UE, 9 septembre 2008, *MyTravel c/ Commission*, aff. T-212/03, *Rec.*, p. II-1967, pts 42-43.

86. F. BERROD (*op. cit.*, spéc. pp. 722-723) a mis en exergue la « fonction compensatoire » du recours en indemnité.

87. S'agissant de règles de droit poursuivant des finalités à la fois objectives et subjectives, le juge semble s'inspirer de la finalité principale pour définir leur statut contentieux. Ainsi, la condition ancienne, tenant à la violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers, ne semblait pas être d'ordre public. Or, il eût été envisageable de scinder les conditions tenant à l'existence d'une règle supérieure de droit, entendue comme

Par contraste, l'illégalité de comportement est conçue de manière plus objective en matière de fonction publique, tandis que la notion de moyen d'ordre public y a d'ores et déjà été subjectivisée. Ce n'est pas pour autant, toutefois, que la faute de service doive être qualifiée d'ordre public et ce, quand bien même elle est susceptible d'être relevée d'office.

b) *La faute de service*

Il a été écrit que le juge de la fonction publique pouvait relever d'office une faute de service de nature à engager la responsabilité de l'Union européenne en sa qualité d'employeur⁽⁸⁸⁾. Selon une jurisprudence constante, en effet, ce juge peut, même en l'absence de conclusions indemnitaires régulières, condamner d'office la partie défenderesse au paiement d'une indemnité⁽⁸⁹⁾.

Ce pouvoir est justifié par un fort souci de protection du fonctionnaire face aux contraintes liées à l'intérêt de service⁽⁹⁰⁾. Il s'inscrit dans la compétence de pleine juridiction confiée audit juge dans les litiges à caractère pécuniaire et destinée à donner une solution complète au litige⁽⁹¹⁾.

Ce pouvoir d'office est, en l'absence de toute demande indemnitaire, exercé dans une situation dans laquelle le requérant n'a pas allégué de « faute de service ». Le juge la constate ainsi nécessairement d'office. Cependant, il la déduit en principe d'une illégalité alléguée dans le cadre de la demande d'annulation dont il est saisi⁽⁹²⁾. En d'autres termes, plus

règle fondamentale, essentielle de l'ordre juridique, et celle tenant à son objet protecteur (voy. à ce propos : J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, 427 p., spéc. pp. 114-117) et de faire prévaloir, aux fins de la qualification d'ordre public, la première.

88. B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 955.

89. CJCE, 16 décembre 1960, *Fiddelaar c/ Commission*, aff. 44/59, *Rec.*, p. 1077, spéc. p. 1093 ; CJCE, 9 juillet 1970, *Fiehn c/ Commission*, aff. 23/69, *Rec.*, p. 547, pt 17 ; CJCE, 5 juin 1980, *Oberthür c/ Commission*, aff. 24/79, *Rec.*, p. 1743, pt 14 ; CJCE, 27 octobre 1987, *Houyoux c/ Commission*, aff. jtes 176/86 et 177/86, *Rec.*, p. 4333, pt 16 ; CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833, pt 58 ; CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 56 ; CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 44. À propos de ce pouvoir, voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, B. La condamnation d'office dans le contentieux de la fonction publique (pp. 416 et s.).

90. Voy. à propos de l'importance des considérations tirées de l'intérêt général et de l'intérêt du service dans le contentieux de la fonction publique : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 99 et s. ; P. MAHONEY, « Conclusion générale », in I. GOVAERE et G. VANDERSANDEN (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 195-212, spéc. p. 205.

91. Voy. à propos de la mission du juge de donner au litige une « solution complète » : CJCE, 18 décembre 2007, *Weissenfels c/ Parlement*, aff. C-135/06 P, *Rec.*, p. I-12041, pt 67 ; CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 49.

92. Voy. en particulier : CJCE, 16 décembre 1960, *Fiddelaar c/ Commission*, aff. 44/59, *Rec.*, p. 1077, spéc. pp. 1089, 1093 et 1099-1110 ; CJCE, 5 juin 1980, *Oberthür c/ Commission*, aff. 24/79, *Rec.*, p. 1743, pts 4, 11 et 13-14 ; CJCE, 27 octobre 1987, *Houyoux c/ Commission*, aff.

que d'un moyen d'ordre public, il s'agit d'une forme de requalification d'une illégalité alléguée, que le juge se contente d'« importer » dans la pleine juridiction. Le relevé d'office est ainsi rattaché au pouvoir d'office dont le juge jouit dans ce contexte et ne découle pas de l'importance fondamentale de la règle enfreinte. Une distinction entre le moyen d'ordre public et les pouvoirs d'office du juge du plein contentieux s'en dégage par conséquent.

Le caractère ordinaire de la faute de service s'impose d'autant plus que, hormis les « vrais » moyens d'ordre public⁽⁹³⁾ qui sont pour l'heure ceux du contrôle de légalité⁽⁹⁴⁾, il paraît exclu que le juge constate d'office, en guise de faute de service, une illégalité non avancée par la partie requérante. En effet, le Tribunal de la fonction publique a lié la condamnation d'office au bien-fondé des conclusions en annulation formulées par la partie requérante⁽⁹⁵⁾ et, ce faisant, implicitement subordonné la condamnation d'office au bien-fondé d'un moyen de légalité avancé par cette dernière⁽⁹⁶⁾.

jtes 176/86 et 177/86, *Rec.*, p. 4333, pts 11 et 14-16 ; TPI, 31 mars 2004, *Girardot c/ Commission*, aff. T-10/02, *RecFP*, pp. I-A-109 et II-483, pts 82-90 ; TPI, 11 avril 2006, *Angeletti c/ Commission*, aff. T-394/03, *RecFP*, pp. I-A-2-95 et II-A-2-441, pts 148 et 161-167 ; TFP, 30 septembre 2013, *Possanzini c/ Frontex*, aff. F-124/11, non publié, pts 41, 46-47 et 70-80 ; TFP, 2 juillet 2014, *Psarras c/ ENISA*, aff. F-63/13, non publié, pts 43-49.

93. La Cour de justice semble avoir envisagé l'existence de moyens d'ordre public liés au pouvoir de pleine juridiction du juge de la fonction publique : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 56-57. L'arrêt ne fournit toutefois aucun élément de nature à identifier les moyens qui mériteraient le cas échéant ce qualificatif.

94. L'on renverra, à cet égard, à l'affaire *Bui Van c/ Commission* (TFP, 11 septembre 2008, aff. F-51/07, *RecFP*, pp. I-A-1-289 et II-A-1-1533, pts 77-84 et 92-94), dans laquelle le Tribunal de la fonction publique a relevé d'office un moyen d'ordre public de légalité dont il a tiré, également d'office, les conséquences dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction. Voy. *supra*, notes n^{os} 59 et 60 du présent Chapitre.

95. Cette compétence d'office ne pourrait être « exercée que lorsque le juge renonce à la solution d'annulation qu'il devrait normalement retenir, en raison des conséquences excessives qu'aurait une telle solution ou du caractère inapproprié que représenterait une telle sanction de l'irrégularité constatée [...] ou lorsque le juge constate que l'annulation qu'il prononce ne sera pas en tant que telle susceptible de réparer adéquatement le préjudice subi, afin d'assurer un effet utile à l'arrêt d'annulation » : TFP, 21 octobre 2009, *V c/ Commission*, aff. F-33/08, *RecFP*, pp. I-A-1-403 et II-A-1-2159, pts 266-267.

96. Un autre indice peut être décelé, toutes précautions gardées, dans l'arrêt *Gogos c/ Commission* (CJUE, 20 mai 2010, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 52). La Cour de justice valida l'absence de condamnation d'office au motif que « le préjudice subi par M. Gogos au regard de sa rémunération et de sa carrière a été causé non pas par [les décisions attaquées en première instance], mais par des erreurs de droit commises par la Commission dans le cadre de la procédure de concours, *erreurs que M. Gogos n'a pas fait valoir* dans le cadre de la présente procédure » (nous soulignons). La référence à l'absence d'allégation des erreurs peut être comprise en ce sens que la faute de service n'est pas, par elle-même, constitutive d'un moyen d'ordre public. Cependant, la Cour de justice insista sur le fait générateur du préjudice, de sorte que cet arrêt peut également être compris en ce sens que le pouvoir de condamnation d'office est limité par l'objet du litige, tel que circonscrit par les conclusions de la partie requérante. Il s'ensuivrait que le juge de la fonction publique ne saurait indemniser

De surcroît, un argument tiré du régime du moyen d'ordre public s'oppose à la qualification d'ordre public de la faute de service déclenchant l'exercice du pouvoir de condamnation. En effet, tandis que le moyen d'ordre public est obligatoire pour le juge qui est, en principe, tenu de l'examiner d'office⁽⁹⁷⁾, la condamnation d'office de l'administration au paiement de dommages et intérêts relève d'une *faculté*⁽⁹⁸⁾.

Dans l'ensemble, la spécificité et les fonctions particulières de la pleine juridiction ne semblent guère appeler de subjectivisation de la notion de moyen d'ordre public issue du contentieux de la légalité. Attaché aux limites du contrôle de légalité, le juge n'a pas davantage étendu cette notion au profit de certains moyens ordinaires de légalité qui déploient, dans un contexte de pleine juridiction, tous leurs effets.

B. L'opérance renforcée des moyens de légalité : vecteur marginal de qualification d'ordre public

Recourant à la théorie des moyens inopérants, le juge de la légalité de l'Union européenne refuse d'annuler un acte entaché de certains vices, souvent de procédure, lorsque ceux-ci ne se sont pas répercutés sur son contenu. Ces mêmes vices sont en revanche susceptibles de conduire le juge du plein contentieux à exercer ses pleins pouvoirs. Si, du fait de leur caractère fréquemment inopérant au stade du contrôle de légalité, le statut contentieux de ces moyens a pu rester indéfini, leur caractère pleinement opérant au stade de la pleine juridiction renouvelle le débat. En pratique, toutefois, le juge n'a pas saisi l'occasion d'étendre la notion de moyen d'ordre public de légalité dans ce dernier contexte. En témoigne en particulier l'exemple concret, à la fois transversal et spécifique, du moyen tiré de la durée excessive des procédures, dont le statut contentieux a d'ores

un préjudice causé par des actes ou comportements étrangers à l'objet de la demande d'annulation. Voy. en faveur de cette dernière lecture : Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pt 63.

97. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. L'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 435 et s.).

98. Trib. UE, ord., 13 décembre 2012, *Mische c/ Commission*, aff. T-641/11 P, non publiée, pt 60 ; TFP, ord., 29 avril 2008, *Hecq c/ Commission*, aff. F-133/07, *RecFP*, pp. I-A-1-135 et II-A-1-725, pt 28 ; TFP, 14 septembre 2010, *AE c/ Commission*, aff. F-79/09, non publié, pt 104. À notre connaissance, la Cour de justice n'a pas encore pris position explicite sur cette question. Dans sa jurisprudence originale, elle ne faisait mention que d'une habilitation. Toutefois, dans l'affaire *Gogos c/ Commission* (CJUE, 20 mai 2010, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pts 38-53), elle a statué sur un moyen de pourvoi pris en substance de ce que le Tribunal aurait omis à tort de faire usage de sa compétence d'accorder d'office une indemnisation. Il pourrait en être déduit que, lorsque les conditions de l'octroi d'une indemnité d'office sont réunies, le juge est tenu de l'accorder. La Cour n'a pas tiré de conclusion définitive quant au caractère obligatoire ou facultatif de l'exercice de ce pouvoir.

et déjà fait l'objet de réflexions. Moyen vraisemblablement ordinaire dans le contrôle de légalité⁽⁹⁹⁾, il semble, en dépit de quelques incertitudes, être de même nature au stade du plein contentieux, que soit en cause le délai déraisonnable de la procédure administrative (1) ou juridictionnelle (2).

1) Le délai déraisonnable de la procédure administrative

Au stade du plein contentieux comme à l'occasion du contrôle de légalité, le moyen pris du dépassement du délai raisonnable par l'administration doit, selon toute vraisemblance, être tenu pour ordinaire. Ce constat s'impose, pour des raisons variées, dans les contentieux indemnitaires général et de la fonction publique, ainsi que des sanctions.

Ce constat s'impose clairement dans le cadre du recours en indemnité de droit commun. En effet, la durée de la procédure administrative n'a encore jamais été appréciée d'office dans un tel contexte. La Cour de justice a écarté comme tardif un moyen nouveau, tiré d'une violation du délai raisonnable, qui n'avait été soulevé ni devant le Tribunal ni dans l'acte introductif du pourvoi⁽¹⁰⁰⁾. Elle a jugé qu'à défaut d'invocation, en première instance, d'« un préjudice quelconque causé par la durée de la procédure administrative, il ne saurait [...] être fait grief au Tribunal d'avoir omis de se prononcer et de motiver l'ordonnance attaquée sur [celui-ci] »⁽¹⁰¹⁾. En soumettant ce moyen aux règles de droit commun de recevabilité des moyens, elle le relègue au rang de moyen ordinaire.

En revanche, la définition du statut contentieux de ce moyen paraît plus délicate dans le cadre du contentieux indemnitaire de la fonction publique. Face au caractère inapproprié d'une annulation pour délai déraisonnable, qui « aurait pour principale conséquence pratique l'effet pervers de prolonger encore la procédure au motif que celle-ci a déjà été trop longue »⁽¹⁰²⁾, le juge condamne, le cas échéant d'office, l'administration au paiement d'une indemnité destinée à réparer le préjudice moral subi par le fonctionnaire⁽¹⁰³⁾.

99. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, A. La garantie du délai raisonnable, moyen ordinaire (pp. 246 et s.).

100. CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. 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 481.

101. CJCE, 16 juillet 2009, *SELEX Sistemi Integrati c/ Commission*, aff. C-481/07 P, non publié, pt 46.

102. TPI, 11 avril 2006, *Angeletti c/ Commission*, aff. T-394/03, *RecFP*, pp. I-A-2-95 et II-A-2-441, pt 163.

103. Voy. en particulier : TPI, 11 avril 2006, *Angeletti c/ Commission*, aff. T-394/03, *RecFP*, pp. I-A-2-95 et II-A-2-441, pts 164-167 et 172 ; TFP, 14 septembre 2010, *AE c/ Commission*, aff. F-79/09, non publié, pt 104 ; TFP, 11 mai 2011, *J c/ Commission*, aff. F-53/09, non publié, pt 120 ; TFP, 14 septembre 2011, *A c/ Commission*, aff. F-12/09, non publié, pts 225-226.

Dans les affaires pertinentes, le moyen pris de la méconnaissance du délai raisonnable par l'administration était invoqué par le justiciable à l'appui d'une demande en annulation. Seules les conséquences de son bien-fondé ont le cas échéant été tirées d'office au stade de la pleine juridiction⁽¹⁰⁴⁾. Plus que du relevé d'office d'un moyen d'ordre public, il s'agit ainsi, encore une fois, d'une forme de requalification facultative⁽¹⁰⁵⁾ d'un moyen soulevé. C'est par ailleurs ainsi que peut s'expliquer le refus de redirection d'un tel moyen dans l'affaire *McCoy c/ Comité des régions*. Le Tribunal de la fonction publique a écarté un grief pris d'un dépassement du délai raisonnable, « qui n'a été soulevé qu'au soutien des conclusions en annulation », motif pris de ce qu'il ne serait pas de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée. Il n'a, en revanche, nullement apprécié au fond la durée de la procédure afin, le cas échéant, d'en tenir compte dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction⁽¹⁰⁶⁾.

Enfin, l'hésitation était permise s'agissant du moyen pris du dépassement du délai raisonnable dans le contentieux des sanctions. Tantôt, le juge semblait exclure tout caractère d'ordre public. Il subordonnait la réduction possible d'une amende infligée en raison du dépassement du délai raisonnable par la Commission⁽¹⁰⁷⁾ à l'invocation d'un moyen correspondant⁽¹⁰⁸⁾ « au soutien de conclusions en réformation »⁽¹⁰⁹⁾ et dans le respect des règles

104. Le Tribunal rappelle son pouvoir de condamnation d'office dans l'arrêt *Angeletti c/ Commission*, cité à la note précédente (voy. pts 148, 151, 161-167 et 172). Les affaires ultérieures du TFP, citées à cette même note, étaient marquées par la présentation de conclusions indemnitaires. Celles-ci étaient toutefois irrecevables car tardives dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *A c/ Commission* (aff. F-12/09, précité) et le moyen pris de la violation du délai raisonnable était invoqué à l'appui des seules conclusions indemnitaires. À défaut de nécessité de compenser l'absence d'annulation pour délai déraisonnable, le Tribunal de la fonction publique conclut, « [d]ès lors, dans les circonstances de l'espèce, [qu']il n'y a[va]it pas lieu de faire application de la jurisprudence qui permet de condamner d'office l'administration au paiement d'une indemnité en cas de dépassement du délai raisonnable dans l'adoption d'un acte lorsque l'annulation de cet acte constituerait une sanction inappropriée de cette illégalité » (pt 229 de l'arrêt).

105. Fondée sur le pouvoir de condamnation d'office, cette requalification s'apparente à une faculté pour le juge, voy. *supra*, note n° 98 du présent Chapitre. Dans le contexte spécifique du délai raisonnable, voy. la jurisprudence citée *supra*, note n° 103 du présent Chapitre.

106. TFP, 7 mai 2013, *McCoy c/ Comité des régions*, aff. F-86/11, *RecFP num.*, pts 135-137.

107. Trib. UE, 16 juin 2011, *Bavaria c/ Commission*, aff. T-235/07, *Rec.*, p. II-3229, pts 324-325 et 336-343 ; Trib. UE, 16 juin 2011, *Heineken Nederland et Heineken c/ Commission*, aff. T-240/07, *Rec.*, p. II-3355, pts 294-295, 303-304 et 428-434 ; Trib. UE, 9 décembre 2014, *Ferriera Valsabbia et Valsabbia Investimenti c/ Commission*, aff. T-92/10, non publié, pt 366.

108. Trib. UE, 16 juin 2011, *Bavaria c/ Commission*, aff. T-235/07, *Rec.*, p. II-3229, pts 337-343 ; Trib. UE, 16 juin 2011, *Heineken Nederland et Heineken c/ Commission*, aff. T-240/07, *Rec.*, p. II-3355, pts 423 et 428-434.

109. Trib. UE, 16 septembre 2013, *CEPSA c/ Commission*, aff. T-497/07, non publié, pt 243. L'on relèvera par ailleurs que le Tribunal recourt ici, dans le contentieux des amendes, à une limitation analogue de la pleine juridiction que celle opérée par le Tribunal de la fonction publique dans l'affaire *McCoy c/ Comité des régions*, précitée (voy. *supra*, note n° 106 du présent Chapitre).

de recevabilité de droit commun⁽¹¹⁰⁾. Tantôt, tout en déclarant un tel moyen irrecevable pour cause de tardiveté, le juge laissa entrevoir son éventuel pouvoir de l'apprécier d'office⁽¹¹¹⁾. Il paraissait raisonnable, en l'absence de tout précédent en faveur d'un relevé d'office, de tenir un tel moyen pour ordinaire.

Désormais, toutefois, la violation du délai raisonnable de la procédure administrative n'est plus de nature, à elle seule, à justifier une réduction du montant de l'amende par le juge⁽¹¹²⁾. Partant, la question de sa nature ordinaire ou d'ordre public a perdu de son intérêt pratique. Des constats très similaires s'imposent à propos du moyen pris de la méconnaissance du délai raisonnable par le juge lui-même.

2) Le délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle

Au nom du procès équitable, le juge de l'Union européenne est lui-même soumis aux exigences du délai raisonnable. Après avoir fait l'objet de deux lignes de jurisprudence complémentaires⁽¹¹³⁾, la sanction du dépassement de ce délai relève dorénavant de manière exclusive du contentieux

110. Trib. UE, 5 juin 2012, *Imperial Chemical Industries c/ Commission*, aff. T-214/06, *Rec. num.*, pt 297.

111. Il releva que, « dans les circonstances [d'une] affaire, il n'y a[vait] pas lieu d'examiner d'office le moyen tiré d'un délai déraisonnable de la procédure devant la Commission » : TPI, 30 avril 2009, *CD-Contact Data c/ Commission*, aff. T-18/03, *Rec.*, p. II-1021, pt 130 ; Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel c/ Commission*, aff. T-286/09, *Rec. num.* (extraits), pt 1644. Ce faisant, le juge semblait ni confirmer ni infirmer l'éventuel caractère d'ordre public de ce moyen.

112. Voy. très clairement : CJUE, 9 juin 2016, *CEPSA c/ Commission*, aff. C-608/13 P, *Rec. num.*, pts 61 et 71 ; CJUE, 9 juin 2016, *PROAS c/ Commission*, aff. C-616/13 P, *Rec. num.*, pt 74 ; CJUE, 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch c/ Commission*, aff. C-625/13 P, *Rec. num.*, pt 190. Voy. déjà en ce sens : CJUE, 8 mai 2014, *Bolloré c/ Commission*, aff. C-414/12 P, non publié, pt 109. Au lieu d'une réduction de l'amende, l'entreprise peut obtenir l'indemnisation du préjudice subi à l'occasion d'un recours en indemnité qu'elle peut, comme l'ont très justement relevé des auteurs, « consolide[r] » avec un recours contre la décision prise au terme de la procédure prétendument excessive : D. DOMENICUCCI et G. MUGUET-POULLENNEC, « À la recherche du temps perdu : du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable ou des difficultés de passer de la prévention à la guérison », in V. GIACOBBO-PEYRONNEL et Ch. VERDURE (dir.), *op. cit.*, pp. 623-665, spéc. p. 642.

113. D'une part, dans le contexte du contentieux des sanctions et pour autant que la décision attaquée ait infligé à la partie requérante une amende, la durée déraisonnable d'une procédure de première instance pouvait être sanctionnée par le juge du pourvoi au moyen d'une réduction de l'amende à titre de « satisfaction équitable » (CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 19-22, 47-48 et 141). Cette solution, « [l']un des aspects les plus spectaculaires [...] de la mise en œuvre d'une protection juridictionnelle effective » (J. RIDEAU, « Article II-107 – Droit à un recours effectif », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD [dir.], *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 589-607, spéc. p. 602), n'était pas sans critique (voy. en particulier : obs. D. SIMON, *Europe*, 1999, n° 2, comm. 57 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 1999, n° 2, comm. 79 ; obs. F. SUDRE, *RTDH*, 1999, pp. 487-493). D'autre

indemnitaires⁽¹¹⁴⁾ et revient, en première instance, au Tribunal⁽¹¹⁵⁾. Le juge du pourvoi ne peut, dès lors, qu'écarter un moyen pris de la durée excessive de la procédure juridictionnelle, qui ne saurait, en principe, encourir l'annulation de celle-ci⁽¹¹⁶⁾.

Cependant, la Cour de justice examine fréquemment⁽¹¹⁷⁾ la durée de la procédure de première instance à l'occasion d'un pourvoi. Elle constate, le cas échéant, une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits au particulier⁽¹¹⁸⁾.

part, dans tous les autres cas et à défaut d'amende susceptible d'être réduite, la sanction de la durée excessive d'une procédure juridictionnelle relevait du contentieux indemnitaire (CJCE, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt c/ Commission*, aff. C-385/07 P, *Rec.*, p. I-6155, pt 195).

114. CJUE, 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland c/ Commission*, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pts 86-90 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Kendrion c/ Commission*, aff. C-50/12 P, *Rec. num.*, pts 91-95 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. C-58/12 P, *Rec. num.*, pts 80-84.

115. CJUE, 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland c/ Commission*, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pt 90 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Kendrion c/ Commission*, aff. C-50/12 P, *Rec. num.*, pt 95 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. C-58/12 P, *Rec. num.*, pt 84. Il en va de même du dépassement du délai raisonnable par le juge de la fonction publique (CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 56). Voy. les interrogations de L. COUTRON sur une éventuelle « concentration entre les mains de la Cour de justice du contentieux du délai raisonnable de jugement par la juridiction de l'Union » : « L'effet boomerang de la jurisprudence *Gascogne* (Quand la Cour de justice doit répondre devant le Tribunal des actions en responsabilité pour violation du délai raisonnable de jugement) », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 145-157, spéc. pp. 155-156.

116. Le juge du pourvoi ne pourrait annuler l'arrêt rendu en première instance que s'il était établi que la durée excessive de la procédure a eu des répercussions sur la solution du litige (CJCE, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt c/ Commission*, aff. C-385/07 P, *Rec.*, p. I-6155, pts 190 et 196). Jusqu'alors, seul un arrêt du Tribunal a fait l'objet d'une annulation partielle pour cause de dépassement du délai raisonnable (CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, pts 48-49). Faute de telles répercussions, le moyen est écarté comme irrecevable (CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 57) ou comme non fondé (CJUE, 28 février 2013, *Inalca et Cremonini c/ Commission*, aff. C-460/09 P, *Rec. num.*, pts 128-131). Une qualification de moyen inopérant est préférable (voy. également en ce sens : L. COUTRON, « La réorientation du contentieux du délai raisonnable de jugement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1667-1695, spéc. note n° 103).

117. Le juge du pourvoi n'examine toutefois pas systématiquement le caractère raisonnable de la durée de première instance, voy. p. ex. : CJUE, 28 février 2013, *Inalca et Cremonini c/ Commission*, aff. C-460/09 P, *Rec. num.*, pts 128-131.

118. Voy. notamment : CJUE, 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland c/ Commission*, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pts 97-102 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Kendrion c/ Commission*, aff. C-50/12 P, *Rec. num.*, pts 102-106 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. C-58/12 P, *Rec. num.*, pts 91-96 ; CJUE, 30 avril 2014, *FLSmidth c/ Commission*, aff. C-238/12 P, *Rec. num.*, pts 118-123 ; CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 137-142. Progressivement, ce constat a été lié au caractère manifeste du dépassement du délai raisonnable : CJUE, 12 juillet 2014, *Deltafina c/ Commission*, aff. C-578/11 P, *Rec. num.*, pts 90-91 ; CJUE, 9 octobre 2014, *ICF c/ Commission*, aff. C-467/13 P, non publié, pts 59-60 ; CJUE, 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe c/ Commission*, aff. C-580/12 P, *Rec. num.*, pt 20 ; CJUE, 21 janvier 2016,

Ces appréciations portées en *obiter dicta*⁽¹¹⁹⁾ procèdent vraisemblablement d'un souci d'assurer l'impartialité et l'indépendance du juge qui constate le (non-)dépassement du délai raisonnable⁽¹²⁰⁾. Elles permettraient d'éviter des contentieux indemnitaires ultérieurs inutiles lorsque la durée de la procédure était en réalité raisonnable⁽¹²¹⁾. Elles n'en introduisent pas moins dans un pourvoi des appréciations relevant d'un contentieux distinct, opposant d'autres parties⁽¹²²⁾ et devant être porté devant le juge de l'indemnité. Leur réalisation par la Cour de justice, juge du pourvoi, induit deux questions, distinctes mais liées, quant à la qualification d'ordre public du moyen pris de la violation du délai raisonnable de jugement.

D'une part, il est permis de se demander si l'attachement de la Cour de justice à l'appréciation de la durée de la procédure de première instance reflète une qualification latente d'ordre public du délai raisonnable de jugement au stade du pourvoi. D'autre part, est invariablement soulevée la question du statut d'ordre public et de la valeur contraignante de ces appréciations de la Cour de justice à l'occasion d'un contentieux indemnitaire ultérieur devant le Tribunal. Ces questions restent, pour l'heure, sans réponse explicite et sont, en principe, sans incidence pratique majeure. Ainsi, la Cour de justice ne s'est encore jamais saisie d'office de la durée des procédures de première instance à l'occasion d'un pourvoi et ne l'aborde qu'en cas de contestation⁽¹²³⁾. Le constat d'une violation suffisamment caractérisée

Galp Energia España e.a. c/ Commission, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pts 57-58 ; CJUE, 9 juin 2016, *CEPSA c/ Commission*, aff. C-608/13 P, *Rec. num.*, pts 66-68 ; CJUE, 9 juin 2016, *Repsol Lubricantes y Especialidades e.a. c/ Commission*, aff. C-617/13 P, *Rec. num.*, pts 100-101.

119. Voy. également : J. L. DA CRUZ VILAÇA, « Le contrôle de la Cour sur pourvoi en matière de concurrence : quelques réflexions à propos d'affaires récentes », in A. TIZZANO (dir.), *op. cit.*, pp. 203-214, spéc. pp. 213-214.

120. Voy. également : A. BOHLER, « Quel remède effectif, en droit de l'Union, aux violations du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable ? », *RLC*, 2014, n° 40, pp. 104-110, spéc. p. 107 ; L. COUTRON, « La réorientation du contentieux... », *op. cit.*, spéc. pp. 1692-1693 ; F. ZAMPINI, « Le recours en indemnité, remède adéquat en cas de non-respect d'un délai de jugement raisonnable par le juge de l'Union européenne. De l'abandon de la jurisprudence *Baustahlgewebe*... à la fin de la réduction des amendes pour violation du délai raisonnable de la procédure administrative ? », *RTDE*, 2014, n° 2, pp. 291-308, spéc. p. 302.

121. Le juge du pourvoi « renseign[e] sur l'intérêt réel de s'adresser au juge de l'indemnité » : F. ZAMPINI, *op. cit.*, spéc. p. 302.

122. C'est, en effet, contre l'Union européenne représentée par l'institution Cour de justice de l'Union européenne que le recours en indemnité devra être porté : Trib. UE, ord., 6 janvier 2015, *Kendrion c/ Union européenne*, aff. T-479/14, non publiée ; Trib. UE, ord., 9 janvier 2015, *Marcuccio c/ Union européenne*, aff. T-409/14, non publiée ; Trib. UE, ord., 2 février 2015, *Gascogne Sack Deutschland et Gascogne c/ Union européenne*, aff. T-577/14, non publiée. Voy. aussi les observations d'A. BOHLER, *op. cit.*, spéc. p. 109.

123. Voy. p. ex. : CJUE, 4 juillet 2013, *Commission c/ Aalberts Industries e.a.*, aff. C-287/11 P, *Rec. num.* La Cour de justice ne s'est pas prononcée, en l'absence de moyen, sur la durée de la procédure de première instance devant le Tribunal. Le recours en indemnité

de l'exigence de statuer dans un délai raisonnable est subordonné à la présentation d'indices suffisants par la partie requérante⁽¹²⁴⁾.

Pour sa part, le Tribunal, en termes strictement juridiques, ne saurait être lié par une appréciation portée par un *obiter dictum*. Celui-ci n'est, en effet, pas recouvert par l'autorité de la chose jugée⁽¹²⁵⁾ et ne saurait, partant, bénéficier du statut d'ordre public attribué à cette dernière⁽¹²⁶⁾. En termes pratiques, en revanche, le constat, par la Cour de justice, du caractère raisonnable de la durée de la procédure pourrait placer le Tribunal dans une situation de compétence liée⁽¹²⁷⁾. Un tel constat bénéficierait alors d'une autorité de fait qui pourrait *de facto* l'élever au rang de moyen d'ordre public. Quoi qu'il en soit, cette question peut rester sans réponse dès lors que, dans les recours en responsabilité du fait du juge de l'Union européenne fondés sur le dépassement du délai raisonnable, le moyen est invariablement invoqué par la partie intéressée. Dans les premières applications de cette jurisprudence, le Tribunal a procédé à « l'examen détaillé du dossier », au regard des arguments avancés par les parties requérantes, tout en relevant, non sans quelque ironie, que, « ainsi que l'a souligné à juste titre la Cour dans les arrêts [précédemment rendus sur pourvoi], la durée de la procédure

ultérieurement formé par Aalberts Industries devant le Tribunal a été rejeté par celui-ci, faute de violation suffisamment caractérisée en raison de la durée de ladite procédure : Trib. UE, 1^{er} février 2017, *Aalberts Industries c/ Union européenne*, aff. T-725/14, *Rec. num.*

124. Ainsi, lorsque la partie requérante n'a pas fourni les éléments nécessaires lui permettant de statuer sur le caractère raisonnable de la durée de la procédure de première instance, la Cour de justice refuse de constater, à l'occasion d'un pourvoi, son dépassement : CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 68 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Ori Martín c/ Commission*, aff. C-490/15 P et C-505/15 P, non publié, pts 120-121 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Trafilerie Meridionali c/ Commission*, aff. C-519/15 P, non publié, pts 67-68 ; CJUE, 12 janvier 2017, *Timab Industries et CFPR c/ Commission*, aff. C-411/15 P, *Rec. num.*, pts 167 et 170 ; CJUE, 26 janvier 2017, *Aloys F. Dornbracht c/ Commission*, aff. C-604/13 P, *Rec. num.*, pts 99-100.

125. CJUE, 28 janvier 2016, *Éditions Odile Jacob c/ Commission*, aff. C-514/14 P, non publié, pt 26. Voy. déjà en ce sens : CJUE, 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission*, aff. C-352/09 P, *Rec.*, p. I-2359, pt 132 ; Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob c/ Commission*, aff. T-471/11, *Rec. num.*, pt 57.

126. L'abandon de la jurisprudence *Baustahlgewebe* rend sans pertinence la question, que nous avons posée par ailleurs, du caractère d'ordre public du moyen pris de la durée excessive de la procédure juridictionnelle dans le contexte de la pleine juridiction (voy. notre commentaire d'arrêt « Le juge et le délai raisonnable », *RAE*, 2012, n° 2, pp. 451-458). En outre, sous l'égide de ladite jurisprudence, le dépassement du délai raisonnable par le juge ne semblait pas constituer de moyen d'ordre public du contentieux des sanctions (voy. en ce sens : Trib. UE, 17 décembre 2009, *Solvay c/ Commission*, aff. T-57/01, *Rec.*, p. II-4621, pts 140-141 ; Trib. UE, 17 décembre 2009, *Solvay c/ Commission*, aff. T-58/01, *Rec.*, p. II-4781, pts 121-122).

127. Voy. en ce sens : L. COUTRON, « La réorientation du contentieux... », *op. cit.*, spéc. pp. 1691-1692 ; F. ZAMPINI, *op. cit.*, spéc. p. 302.

[de première instance dans ces affaires] ne [pouvait] être justifiée »⁽¹²⁸⁾ avant de constater, à l'instar de la Cour dans lesdits arrêts, une violation suffisamment caractérisée.

Dans l'ensemble, l'analyse du moyen pris du dépassement du délai raisonnable des procédures administrative et juridictionnelle confirme le constat qu'un moyen ordinaire du contrôle de légalité reste un moyen ordinaire dans un contexte de pleine juridiction, tandis qu'un moyen d'ordre public du contrôle de légalité conserve ce statut contentieux dans un contexte de pleine juridiction et y joue pour peu qu'il soit opérant. À la lecture de la jurisprudence, la transposition des notions de moyen ordinaire et de moyen d'ordre public du contrôle de légalité pouvait, de prime abord, paraître comme le fruit du hasard plus que d'une réflexion ou d'une politique jurisprudentielle faute d'emploi de toute technique de « précédent »⁽¹²⁹⁾ et de prise de position explicite. Elle illustre en réalité tout à la fois un souci légitime de cohérence des notions et outils du contrôle de légalité, fût-il effectué dans un contexte de pleine juridiction, et un très fort attachement du juge de l'Union européenne aux limites de ces notions et outils. Elle reflète l'absence d'incidence des spécificités et des finalités protectrices des voies du plein contentieux et du caractère pleinement opérant de certains moyens de légalité sur la notion de moyen d'ordre public, telle que forgée dans le contrôle de légalité. En refusant de l'élargir ainsi, le juge renonce à en faire un instrument de protection du droit substantiel, voire des droits et intérêts subjectifs du justiciable. Il n'a pas davantage consacré de véritable moyen d'ordre public de la pleine juridiction au-delà des limites des appréciations de légalité inhérentes à son office.

SOUS-SECTION 2. – LA RARETÉ DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC SPÉCIFIQUES DE LA PLEINE JURIDICTION

Au-delà des appréciations de légalité, le juge du plein contentieux est amené à réaliser des appréciations spécifiques aux voies de la pleine

128. Trib. UE, 10 janvier 2017, *Gascogne Sack Deutschland et Gascogne c/ Union européenne*, aff. T-577/14, *Rec. num.*, pt 61 ; Trib. UE, 1^{er} février 2017, *Kendrion c/ Union européenne*, aff. T-479/14, *Rec. num.*, pt 46.

129. Voy. plus largement à propos du précédent devant la Cour de justice de l'Union européenne : A. ARNULL, « Owning up to fallibility : precedent and the Court of justice », *CML Rev.*, 1993, pp. 247-266 ; D. SIMON et A. RIGAUD, « Le "précédent" dans la jurisprudence du juge de l'Union », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 547-578 ; T. TRIDIMAS, « Precedent and the Court of Justice. A Jurisprudence of Doubt ? », in J. DICKSON et P. ELEFTHERIADIS (ed.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 307-330.

juridiction⁽¹³⁰⁾. Il peut être conduit à vérifier la réunion de certaines conditions déliées d'une appréciation de légalité, voire à procéder à des appréciations en opportunité ou en équité. L'analyse de la jurisprudence ne révèle guère de moyen d'ordre public propre à ces appréciations et confirme ainsi la prévalence de la notion objective de moyen d'ordre public du contrôle de légalité. Aux potentiels mais inexistantes moyens d'ordre public spécifiques au contentieux indemnitaire (§ 1) s'ajoutent, en effet, des moyens d'ordre public « fantômes » du contentieux des sanctions (§ 2).

§ 1. – Des moyens d'ordre public potentiels mais inexistantes du contentieux indemnitaire

Le contentieux indemnitaire renferme un potentiel de moyens d'ordre public autonomes qui apparaissent par comparaison avec le contentieux administratif français. Il n'en connaît toutefois aucun. Alors que la jurisprudence est peu fournie, cette assertion s'impose avec force dans le contexte de la responsabilité tant contractuelle (A) qu'extra-contractuelle de l'Union européenne (B).

A. L'inexistence des moyens d'ordre public propres à la responsabilité contractuelle

Le contentieux de la responsabilité contractuelle de l'Union européenne ne fournit, à notre connaissance, aucun exemple de relevé d'office d'un moyen de fond. Si le Tribunal a pu envisager un relevé d'office en application du droit national applicable au contrat, il n'a toutefois, dans les circonstances de l'espèce, pas fait usage de ce pouvoir⁽¹³¹⁾. En outre, nous ne sommes pas convaincue par une position doctrinale, selon laquelle le Tribunal a pu soulever d'office une argumentation tirée de l'intérêt d'une bonne et saine gestion financière des ressources de l'Union européenne au profit de la Commission⁽¹³²⁾.

130. Dès lors que l'exercice du pouvoir de réformation du juge de la propriété intellectuelle est inextricablement lié au constat d'une illégalité, ce contentieux doit être écarté de la présente sous-section. En sera également écarté le contentieux de l'exécution des arrêts en constatation de manquement, dans lequel la Cour de justice n'a consacré aucun moyen d'ordre public de fond.

131. Le droit national en cause permettait au juge de réduire d'office le montant d'une indemnité financière réclamée en application d'une clause pénale figurant dans le contrat. S'il a effectivement procédé à une telle réduction en l'espèce, le Tribunal le fit toutefois sur demande : Trib. UE, 19 février 2016, *Ludwig-Bölkow-Systemtechnik c/ Commission*, aff. T-53/14, non publié, pts 84, 90 et 100-101.

132. Selon L. LEBON (« Quelle responsabilité contractuelle de l'Union européenne », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 127-141, spéc. p. 141), le Tribunal aurait, dans l'affaire *Commission c/ Hellenic Ventures e.a.* (Trib. UE, 7 juillet 2010, aff. T-44/06, non publié, pt 94) soulevé d'office une

Bien au contraire, toute notion de moyen d'ordre public propre à ce contentieux est exclue. D'une part, à la différence du contentieux contractuel du droit administratif français, aucune notion de nullité d'ordre public du contrat n'a pour l'instant été développée⁽¹³³⁾. D'autre part, le juge semble faire application d'un principe dispositif strict, en vertu duquel il ne peut examiner que les moyens et arguments invoqués par les parties. En ce sens, le Tribunal a jugé que, « dans le cadre des [...] recours fondés sur l'article 238 CE [272 TFUE], la responsabilité contractuelle de la Commission doit être appréciée au regard de l'ensemble des clauses pertinentes des contrats en cause, *invoquées par les parties*, et sur la base de l'ensemble des éléments disponibles devant le Tribunal, dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense »⁽¹³⁴⁾.

La jurisprudence fournit par ailleurs d'autres indices épars, dont le croisement laisse présager du caractère en principe ordinaire des moyens pris d'une violation des stipulations contractuelles ou du droit applicable au contrat. Ces moyens sont, en effet, soumis aux conditions classiques de recevabilité⁽¹³⁵⁾, ce qui induit de prime abord leur caractère ordinaire. En outre, à l'occasion des recours en annulation dirigés contre des actes

telle argumentation avant d'accueillir le recours de la Commission tendant au remboursement, à la suite de la résiliation par elle du contrat la liant aux parties défenderesses, d'avances versées par elle. Il est vrai qu'aucune mention n'est faite, dans l'exposé de l'argumentation de la Commission, des exigences d'une bonne et saine gestion financière des ressources communautaires (de l'Union européenne), que le Tribunal rappelle à titre liminaire dans son analyse (pts 85 et s.). Il n'en demeure pas moins, toutefois, que la Commission s'est prévaluée, à l'appui de son recours, d'une violation des obligations contractuelles pesant sur les parties défenderesses qui aurait justifié, selon elle, la résiliation du contrat (pts 77-78) et que le Tribunal a clairement accueilli cette argumentation (pts 89-91). Celle-ci induisait, à elle seule, le bien-fondé de la demande de la Commission. Dès lors que le Tribunal a simplement situé son analyse des stipulations contractuelles dans le cadre plus large des principes régissant l'action contractuelle de la Commission, il nous paraît difficile d'en déduire qu'il a soulevé d'office une argumentation au profit de la Commission.

133. Voy. à ce propos en droit français : J. P. JACQUÉ, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 229-246, spéc. pp. 236-237 ; D. DE BÉCHILLON et Ph. TERNEYRE, « Contrats administratifs (contentieux des) », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2000 (actualisation 2015), §§ 187-191.

134. Trib. UE, 17 juin 2010, *CEVA c/ Commission*, aff. jtes T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, pt 90, nous soulignons.

135. Il en va ainsi tant des règles relatives à la production de moyens nouveaux (voy. explicitement : Trib. UE, 7 décembre 2010, *Commission c/ Commune de Valbonne*, aff. T-238/08, non publié, pts 67-68 ; voy. également en ce sens : Trib. UE, 7 juillet 2010, *Commission c/ Hellenic Ventures e.a.*, aff. T-44/06, non publié, pts 72-75 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-246/09, non publié, pts 198-200 ; Trib. UE, 15 juillet 2014, *Siemens c/ Commission*, aff. T-223/11, non publié, pts 90-98) que des règles régissant la présentation formelle des moyens (voy. en ce sens : Trib. UE, 24 octobre 2014, *Technische Universität Dresden c/ Commission*, aff. T-29/11, *Rec. num.*, pt 44).

détachables d'un contrat⁽¹³⁶⁾, le juge ne saurait examiner des moyens pris de la violation des stipulations contractuelles ou des violations du droit applicable au contrat⁽¹³⁷⁾. Cette irrecevabilité pourrait fournir un indice supplémentaire du caractère ordinaire de tels moyens, bien qu'elle découle de la distinction des contentieux, contractuels et d'annulation, et des compétences juridictionnelles⁽¹³⁸⁾.

Au-delà de ces indices, une qualification d'ordre public est également peu probable d'un point de vue conceptuel. En effet, d'une part, la prévalence d'intérêts privés dans ce contentieux justifie une plus grande passivité

136. Voy. à ce propos : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 890-894 ; G. MARTI, *op. cit.* ; E. NEFRAMI, *op. cit.*, spéc. pp. 571-577.

137. De tels moyens sont rejetés comme irrecevables dans un recours dirigé contre une décision formant titre exécutoire adoptée aux fins de recouvrer une créance née d'un contrat passé par une institution (Trib. UE, 27 septembre 2012, *Applied Microengineering c/ Commission*, aff. T-387/09, *Rec. num.*, pts 40-41 ; Trib. UE, 16 mars 2016, *Hydrex c/ Commission*, aff. T-45/15, non publié, pts 24-25 et 39 ; Trib. UE, ord., 21 avril 2016, *Inclusion Alliance for Europe c/ Commission*, aff. T-539/13, non publiée, pt 91, actuellement sous pourvoi dans l'affaire C-378/16 P [JO, 2016, C 326, p. 17]). Un tel recours est parfois partiellement requalifié en recours contractuel afin de permettre au juge de statuer sur les moyens tirés de la violation des règles applicables au contrat (Trib. UE, 9 novembre 2016, *Trivisio Prototyping c/ Commission*, aff. T-184/15, non publié, pts 56 et 64-65). La jurisprudence ne semble pas arrêtée sur la recevabilité de tels moyens dans un recours en annulation. À l'occasion d'un recours en annulation d'une décision mettant fin à un soutien financier, le Tribunal a examiné un moyen pris de la violation de la convention de subvention (TPI, 9 avril 2003, *Forum des migrants c/ Commission*, aff. T-217/01, *Rec.*, p. II-1563, pts 39-50). Il a rejeté au fond, pour des motifs d'économie de procédure et sans statuer sur la nature et l'objet des recours, la recevabilité et/ou sa compétence, des recours formellement fondés sur l'article 263 TFUE et dirigés contre des actes pris dans un contexte contractuel et a apprécié des moyens qui pouvaient s'apparenter à des moyens typiques d'un contentieux contractuel (Trib. UE, 13 septembre 2013, *Berliner Institut für Vergleichende Sozialforschung c/ Commission*, aff. T-73/08, non publié ; Trib. UE, 12 décembre 2013, *Berliner Institut für Vergleichende Sozialforschung c/ Commission*, aff. T-171/08, non publié). Il a partiellement annulé, au titre de l'article 263 TFUE, des décisions de la Commission relatives à la non-reconnaissance partielle des coûts supportés par les requérants dans le cadre de conventions de subvention conclues avec cette institution, au terme de l'examen d'un moyen tiré d'erreurs d'appréciation quant à la détermination de l'éligibilité des coûts eu égard aux stipulations contractuelles (Trib. UE, 21 septembre 2011, *Berliner Institut für Vergleichende Sozialforschung c/ Commission*, aff. T-34/08, non publié ; Trib. UE, 28 mars 2012, *Berliner Institut für Vergleichende Sozialforschung c/ Commission*, aff. T-296/08, non publié). Dans les affaires *Berliner Institut*, les conventions contenaient une clause compromissoire atypique qui n'était pas sans rappeler le recours en annulation (voy. pt 8 de l'arrêt T-34/08 ; pt 10 de l'arrêt T-73/08 ; pt 13 de l'arrêt T-171/08 ; pt 9 de l'arrêt T-296/08). Une clause analogue fut ultérieurement interprétée comme une clause compromissoire (Trib. UE, 24 octobre 2014, *Technische Universität Dresden c/ Commission*, aff. T-29/11, *Rec. num.*, pts 53-66).

138. Rappelons que, si les recours en annulation des actes de l'Union européenne relèvent sans conteste de la compétence des juridictions de l'Union, les litiges relatifs aux contrats conclus au nom de l'Union relèvent, sauf clause compromissoire attribuant compétence aux juridictions de l'Union, de la compétence des juridictions nationales.

du juge⁽¹³⁹⁾. D'autre part, si une qualification d'ordre public devait être attribuée aux moyens pris de la violation des stipulations contractuelles ou du droit applicable au contrat, il conviendrait encore de déterminer son origine. À cet égard, tandis que le juge du contrat tranche le litige sur la base du droit matériel applicable au contrat, il fait application, conformément à un « principe de droit généralement admis », de ses propres règles de procédure, en premier lieu desquelles les règles régissant sa compétence, la recevabilité⁽¹⁴⁰⁾ ou le déroulement de l'instance⁽¹⁴¹⁾. La détermination des moyens d'ordre public, en tant que moyens relevés d'office, influence directement sur les pouvoirs du juge. Cependant, la jurisprudence tend à indiquer qu'elle devrait être opérée, dans chaque cas d'espèce, au regard du droit applicable au contrat⁽¹⁴²⁾. Dans la mesure où celui-ci varie au gré des choix des parties contractantes, toute définition substantielle unique du moyen d'ordre public du contentieux contractuel est exclue. Peut-être est-ce pour cette raison que le juge européen des contrats ne s'est pas engagé sur le terrain des moyens d'ordre public de fond. Sa réticence ne fait par ailleurs qu'écho à la réticence générale du juge du plein contentieux à consacrer des moyens d'ordre public nouveaux.

Celle-ci se vérifie encore dans le contexte de la responsabilité extra-contractuelle.

*B. L'inexistence des moyens d'ordre public propres
à la responsabilité extra-contractuelle*

Le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne ne connaît pas de moyen d'ordre public spécifique. Aussi, pas plus que l'illégalité de comportement, les autres conditions d'engagement de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'un acte illicite ne sont d'ordre public (1). Dans une optique prospective et purement hypothétique, doit également être écartée toute qualification d'ordre public de la responsabilité du fait d'un acte licite (2).

139. Voy. par analogie : CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705, pts 20-21.

140. CJCE, 18 décembre 1986, *Commission c/ Zoubek*, aff. 426/85, *Rec.*, p. 4057, pt 10 ; CJCE, 8 avril 1992, *Commission c/ Feilhauer*, aff. C-209/90, *Rec.*, p. I-2613, pt 13 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-246/09, non publié, pts 87-88 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-366/09, non publié, pts 81-82 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-110/10, non publié, pts 29-30 ; Trib. UE, 11 décembre 2013, *EMA c/ Commission*, aff. T-116/11, *Rec. num.*, pts 310-311.

141. Voy. en ce sens à propos des règles relatives aux mesures d'instruction : Trib. UE, 17 juin 2010, *CEVA c/ Commission*, aff. jtes T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, pt 108.

142. Voy. l'arrêt cité *supra*, note n° 131 du présent Chapitre.

1) Des moyens d'ordre public inexistants dans le contexte de la responsabilité du fait d'un acte illicite

La transposition, somme toute exceptionnelle, de la notion de moyen d'ordre public du contrôle de légalité à l'appréciation de la légalité du comportement de la partie défenderesse mise à part, le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle ne connaît guère de moyen d'ordre public de fond. Ainsi, au stade des contentieux indemnitaire général et de la fonction publique, ni l'existence d'un lien de causalité entre l'illégalité alléguée et le préjudice prétendument subi ni le préjudice ne relèvent de l'ordre public⁽¹⁴³⁾. En attestent de nombreux arrêts et ordonnances rejetant comme irrecevables des recours en indemnité faute pour la partie requérante d'avoir avancé, de manière claire, non équivoque, cohérente et compréhensible, des arguments et éléments suffisants de nature à permettre au juge de procéder à l'examen de ces conditions⁽¹⁴⁴⁾. En témoignent encore le refus par la Cour de justice d'examiner d'office le lien de causalité à l'occasion d'un pourvoi⁽¹⁴⁵⁾, de même que la subordination de l'appréciation du préjudice aux « limites de la demande » et la retenue avec laquelle le juge du pourvoi contrôle les constats opérés à ce titre en première instance⁽¹⁴⁶⁾. Le Tribunal refuse explicitement de réparer d'office un préjudice non invoqué, en raison d'un rattachement du préjudice à l'objet de la demande⁽¹⁴⁷⁾. L'absence de qualification d'ordre public s'explique au regard de la très forte prévalence d'appréciations factuelles, en particulier

143. B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 54.

144. Voy. p. ex. : CJCE, 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt c/ Conseil*, aff. 5/71, *Rec.*, p. 975, pt 9 (montant de l'indemnité) ; CJCE, 23 septembre 2004, *Hectors c/ Parlement*, aff. C-150/03 P, *Rec.*, p. I-8691, pt 62 (préjudice) ; CJCE, ord., 13 mars 2007, *Arizona Chemical e.a. c/ Commission*, aff. C-150/06 P, non publiée, pts 45-46 (préjudice et lien de causalité) ; TPI, 18 septembre 1996, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. T-387/94, *Rec.*, p. II-961, pts 106-111 (comportement illégal et préjudice) ; TPI, 6 mai 1997, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-195/95, *Rec.*, p. II-679, pts 20-27 (préjudice et lien de causalité). Relevons par ailleurs que ces irrecevabilités se situent à la lisière des questions de recevabilité (présentation formelle) et de fond (établissement d'un préjudice, d'un lien de causalité).

145. CJCE, 15 juin 2000, *TEAM c/ Commission*, aff. C-13/99 P, *Rec.*, p. I-4671, pt 66. *Adde* : CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c/ Brazzelli Lualdi e.a.*, aff. C-136/92 P, *Rec.*, p. I-1981, pt 52.

146. Ainsi, « lorsque le [juge de première instance] a constaté l'existence d'un dommage, il est *seul compétent* pour apprécier, *dans les limites de la demande*, le mode et l'étendue de la réparation de ce dommage, sous réserve que, afin que [le juge du pourvoi] puisse exercer son contrôle juridictionnel sur les arrêts du [juge de première instance], ceux-ci soient suffisamment motivés et, s'agissant de l'évaluation d'un préjudice, qu'ils indiquent les critères pris en compte aux fins de la détermination du montant retenu » : CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833, pt 45 (nous soulignons). Voy. déjà : CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c/ Brazzelli Lualdi e.a.*, aff. C-136/92 P, *Rec.*, p. I-1981, pt 66.

147. Le Tribunal estime, en effet, qu'il « ne peut s'écarter de la demande [des parties requérantes] et décider d'office de réparer un préjudice » autre que celui dont la réparation est demandée : Trib. UE, 10 janvier 2017, *Gascogne Sack Deutschland et Gascogne c/ Union*

aux fins de l'établissement et de l'évaluation du préjudice prétendument subi. Le moyen d'ordre public de fond est, en effet, en principe un moyen de droit.

F. CASTILLO DE LA TORRE a toutefois observé un « traitement d'office [exceptionnel] des moyens » par le juge du contentieux indemnitaire. L'auteur relève que ce juge peut, par la voie de mesures d'organisation de la procédure, demander aux requérants de justifier l'existence et l'ampleur du préjudice allégué et du lien de causalité alors même qu'il ne lui appartient pas « de procéder à une instruction d'office du dossier afin de suppléer les carences des parties en matière d'administration de la preuve »⁽¹⁴⁸⁾. Il est néanmoins exagéré de qualifier l'adoption de telles mesures de « traitement d'office » de moyens. En effet, le pouvoir du juge d'approfondir, par l'adoption de mesures d'organisation de la procédure voire d'instruction, le dossier et les éléments avancés par les parties doit être distingué de la question du relevé d'office d'un moyen et de sa qualification d'ordre public. Le juge ne peut adopter de telles mesures qu'« à l'intérieur du cadre du litige », tel que fixé par les parties⁽¹⁴⁹⁾, tandis que l'examen d'office de moyens le conduit en réalité à étendre ce cadre⁽¹⁵⁰⁾. L'instruction investit le domaine factuel du litige, tandis que le moyen d'ordre public relève principalement de sa sphère juridique. Par ailleurs, alors que le juge jouit, en principe, d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer le besoin ou l'opportunité d'adopter une mesure d'organisation de la procédure ou une mesure d'instruction⁽¹⁵¹⁾, il est, en principe, obligé d'examiner d'office les moyens d'ordre public⁽¹⁵²⁾. Partant, ce pouvoir d'instruction n'est pas de nature à renverser la conclusion selon laquelle ni le préjudice ni le lien de causalité n'entrent dans la notion de moyen d'ordre public. N'est pas davantage d'ordre public la responsabilité du fait d'un acte licite, à supposer même qu'elle existe.

européenne, aff. T-577/14, *Rec. num.*, pt 137 ; Trib. UE, 1^{er} février 2017, *Kendrion c/ Union européenne*, aff. T-479/14, *Rec. num.*, pt 104 ; Trib. UE, 17 février 2017, *ASPLA et Armando Álvarez c/ Union européenne*, aff. T-40/15, *Rec. num.*, pt 128 (nous soulignons).

148. F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. pp. 446-447. Les explications de l'auteur ne sont pas dépourvues de toute ambiguïté en ce qu'il aborde, d'un côté, la preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice et, de l'autre, l'illégalité de comportement.

149. Voy. à cet égard : G. MUGUET-POULLENNEC et C. CALVI, « Les pouvoirs d'instruction du Tribunal : une panoplie rénovée au service d'une juridiction renforcée », *RLC*, 2016, n° 48, pp. 22-37, spéc. p. 25.

150. Tel que fixé par les parties. Il nous semble, en effet, que les moyens d'ordre public relèvent, à l'état latent, de tout litige porté devant les juridictions de l'Union européenne.

151. G. MUGUET-POULLENNEC et C. CALVI, *op. cit.*, spéc. pp. 25-27.

152. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. L'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 435 et s.).

2) Des moyens d'ordre public inexistants dans le contexte de la responsabilité du fait d'un acte licite

À l'image du contentieux administratif français, qui fait de la responsabilité sans faute un moyen d'ordre public⁽¹⁵³⁾, il est permis de se demander si la responsabilité sans faute constitue, en droit du contentieux de l'Union européenne, un moyen d'ordre public. La réponse à cette question est doublement négative.

D'une part, en effet, l'existence même d'un régime de responsabilité sans faute de l'Union européenne est douteuse, de sorte que la question de son éventuelle qualification d'ordre public perd de sa pertinence. Sans entrer dans les détails de la question, qui dépasseraient le champ de la présente analyse, il suffit de rappeler les tergiversations dont la jurisprudence a été et est encore marquée à ce sujet⁽¹⁵⁴⁾. Tantôt, le juge refuse de statuer sur la question de l'existence d'une responsabilité sans faute⁽¹⁵⁵⁾. Se contentant le cas échéant d'un « mode de raisonnement hypothétique » et d'« une clarté douteuse »⁽¹⁵⁶⁾, il relève que, dans l'hypothèse où un tel régime devait exister, ses conditions d'application ne seraient pas réunies dans le cas

153. Voy. les références citées par M. PAILLET (actualisation par E. BREEN), « Recours en responsabilité », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1124, 2008 (mise à jour 2009), § 110, ainsi que celles citées par R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 1540 p., spéc. p. 827.

154. Voy. en particulier : L. COUTRON, « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE, 8 septembre 2008, FIAMM, aff. jointes n° C-120/06 et C-121/06 », *RFDA*, 2009, n° 2, pp. 329-342.

155. Voy. pour un exemple récent : CJUE, 7 avril 2016, *Holcim (Romania) c/ Commission*, aff. C-556/14 P, non publié, pt 105.

156. Selon les termes empruntés à l'avocat général CRUZ VILLALÓN : concl. sous CJUE, 14 octobre 2014, *Buono e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-12/13 P et C-13/13 P, *Rec. num.*, pt 72. La récurrence de cette approche et la persistance de l'incertitude sur l'existence d'un tel régime ont pu être critiquées : L. COUTRON, « Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1-25, spéc. pp. 18-19 ; *id.*, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, n° 4, pp. 643-675, spéc. p. 671.

d'espèce⁽¹⁵⁷⁾. Tantôt, le juge constate l'inexistence d'un tel régime⁽¹⁵⁸⁾. Le cas échéant, il écarte ensuite, à titre surabondant, ses conditions de fond dans l'éventualité où un tel régime existait néanmoins⁽¹⁵⁹⁾.

D'autre part, dans l'hypothèse où l'existence d'une responsabilité sans faute était admise, un argument tiré du régime des moyens d'ordre public suggérerait en tout état de cause qu'elle ne serait pas d'ordre public⁽¹⁶⁰⁾. Le juge rejette comme irrecevable, sur le fondement de l'interdiction des moyens nouveaux en cours d'instance, une argumentation nouvelle fondée sur une responsabilité sans faute, en ce qu'elle « modifie le fondement même de la responsabilité de la Communauté [l'Union] »⁽¹⁶¹⁾. En soumettant la responsabilité sans faute aux règles de droit commun de forclusion des moyens, le juge affirme implicitement son caractère ordinaire.

Le contentieux indemnitaire de l'Union européenne constitue ainsi un terrain peu fertile pour l'apparition de moyens d'ordre public de fond. Bien ancrée dans la jurisprudence, cette orientation ne semble guère sujette à évolution. Par contraste, le contentieux des sanctions paraît transcender par des moyens d'ordre public spécifiques. Ceux-ci restent, toutefois, insaisissables.

157. Voy. notamment : CJCE, 6 décembre 1984, *Biovilac c/ CEE*, aff. 59/83, *Rec.*, p. 4057, pt 28 ; CJCE, 15 juin 2000, *Dorsch Consult c/ Conseil et Commission*, aff. C-237/98 P, *Rec.*, p. I-4549, pts 17 et s. ; CJUE, 25 mars 2010, *Sviluppo Italia Basilicata c/ Commission*, aff. C-414/08 P, *Rec.*, p. I-2559, pt 141 ; Trib. UE, 18 septembre 2014, *Holcim (Romania) c/ Commission*, aff. T-317/12, *Rec. num.*, pt 235. De tels raisonnements ont pu être compris comme annonçant ou impliquant la consécration d'une responsabilité sans faute de l'Union européenne (la Communauté européenne) : A. BARAV, *op. cit.*, spéc. pp. 450-452 ; B. DU BAN, « Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté », *CDE*, 1977, n° 4, pp. 397-434, spéc. pp. 421 et 427-428 ; F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, 1990, 501 p., spéc. pp. 394 et s.

158. Voy. de manière catégorique s'agissant d'un comportement relevant de la sphère de compétence normative : CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, pt 176.

159. Voy. notamment : CJUE, 14 octobre 2014, *Buono e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-12/13 P et C-13/13 P, *Rec. num.*, pts 43-48 ; Trib. UE, 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéens e.a. c/ Commission*, aff. T-574/08, non publié, pts 69-87 ; Trib. UE, 7 octobre 2015, *Accorinti e.a. c/ BCE*, aff. T-79/13, *Rec. num.*, pts 119-122.

160. Les conditions tenant au préjudice anormal et au lien de causalité ne devraient, par analogie avec les considérations émises à propos de la responsabilité du fait d'un acte illicite (voy. *supra*, ce B, I. Des moyens d'ordre public inexistant dans le contexte de la responsabilité du fait d'un acte illicite, pp. 370 et s.), pas relever de l'ordre public.

161. CJCE, 14 octobre 1997, *Atlanta c/ Communauté européenne*, aff. C-104/97 P, *Rec.*, p. I-6983, pts 24-29. Voy. également : CJCE, 1^{er} avril 1982, *Dürbeck c/ Commission*, aff. 11/81, *Rec.*, p. 1251, pts 15-19 ; CJCE, ord., 14 octobre 1999, *Infrisa c/ Commission*, aff. C-437/98 P, *Rec.*, p. I-7145, pt 30 ; TPI, 11 décembre 1996, *Atlanta e.a. c/ Communauté européenne*, aff. T-521/93, *Rec.*, p. II-1707, pts 39-40.

§ 2. – Des moyens d'ordre public « fantômes » du contentieux des sanctions

Dans la conception large de la pleine juridiction en matière d'amendes, il est admis que le juge de l'Union européenne apprécie, au-delà de son caractère légal, le caractère approprié, juste, équitable de l'amende infligée par la Commission. C'est dans ce contexte que pourraient apparaître des moyens d'ordre public propres à ce contrôle de pleine juridiction. Annoncés par la jurisprudence (A), de tels moyens d'ordre public s'apparentent toutefois à des fantômes insaisissables (B).

A. *Des moyens d'ordre public annoncés*

Se livrant à des considérations générales sur le contrôle opéré par le juge des amendes, la Cour de justice a timidement entrouvert, en 2011, une porte pour la consécration future de moyens d'ordre public propres au contrôle des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence. L'annonce, par cette cour, de tels moyens est toutefois ambiguë (1). Elle a trouvé quelque écho dans la jurisprudence du Tribunal qui confirme l'existence de tels moyens d'ordre public sans toutefois les définir (2).

1) Une annonce ambiguë de moyens d'ordre public par la Cour de justice

Par trois arrêts du 8 décembre 2011⁽¹⁶²⁾, la Cour de justice a entrouvert une porte pour la consécration de moyens d'ordre public propres à l'examen du caractère approprié de l'amende par le juge des sanctions. Ces arrêts sont toutefois entachés d'une ambiguïté telle qu'il est difficile de mesurer, en pratique, l'impact de tels moyens d'ordre public et de confirmer leur existence réelle.

Selon la Cour de justice, « l'exercice de la compétence de pleine juridiction n'équivaut pas à un contrôle d'office ». Ainsi, « [à] l'exception des moyens d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office, telle l'absence de motivation de la décision attaquée, c'est à la partie requérante qu'il appartient de soulever les moyens à l'encontre de cette dernière et

162. CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 104 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pts 64 et 70 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 131.

d'apporter des éléments de preuve à l'appui de ces moyens »⁽¹⁶³⁾. De ces affirmations, deux principes se dégagent.

Premièrement, le contrôle des amendes n'est pas un contrôle d'office. La Cour de justice consacre une forme de principe dispositif applicable au plein pouvoir du juge des amendes. Partant, il convient de tenir pour désuètes tant la position doctrinale selon laquelle le juge des sanctions contrôle d'office le caractère proportionné ou approprié de l'amende⁽¹⁶⁴⁾ que la pratique ancienne en vertu de laquelle la Cour de justice elle-même procédait d'office à sa propre appréciation du montant approprié et équitable de l'amende⁽¹⁶⁵⁾. De même, il ne saurait plus être soutenu que « l'intégralité des pouvoirs [de pleine juridiction] du juge [des amendes] seraient d'ordre public »⁽¹⁶⁶⁾.

Deuxièmement, toutefois, la Cour de justice a institué une exception au profit des moyens d'ordre public. Cette notion et son champ restent incertains. En particulier, point n'est-il certain que la Cour de justice eût entendu consacrer ou valider l'existence de « purs » moyens d'ordre public de pleine juridiction propres au contrôle du caractère approprié du montant de l'amende. Le seul moyen d'ordre public mentionné, le défaut de motivation, est, en effet, un moyen de légalité.

La consécration d'éventuels moyens d'ordre public afférents à l'examen du caractère approprié, adéquat, juste ou équitable de l'amende et dont il conviendrait de définir les contours se heurte par ailleurs à trois arguments supplémentaires de force inégale.

D'abord, au stade du contrôle de l'amende appropriée, la pertinence même de la notion de « moyen » au sens procédural du terme a été mise en doute⁽¹⁶⁷⁾. *A fortiori*, la notion de moyen d'ordre public n'aurait guère de

163. Voy. les arrêts cités à la note précédente. Voy., pour des rappels plus récents, les arrêts de la Cour de justice du 16 février 2017, *Hansen & Rosenthal et H&R Wax Company Vertrieb c/ Commission*, aff. C-90/15 P, non publié, pt 25 ; *Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen c/ Commission*, aff. C-94/15 P, non publié, pt 22 ; *H&R ChemPharm c/ Commission*, aff. C-95/15 P, non publié, pt 86.

164. Voy. *supra*, note n° 69 du présent Chapitre. Tout contrôle d'office ne semble toutefois pas exclu, voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2. L'appréciation autonome du montant de l'amende dans le contentieux des sanctions (pp. 391 et s.), ainsi que Sous-section 2, § 1. Des pouvoirs de réformer d'office le montant de l'amende en l'absence de demande (pp. 402 et s.).

165. Voy. en particulier les exemples exposés *infra* (notes n°s 242 et 243 du présent Chapitre). Cette pratique persiste parfois dans la jurisprudence du Tribunal, voy. en particulier : Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel c/ Commission*, aff. T-332/09, *Rec. num.*, pt 303.

166. Lecture envisagée par L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 815-816.

167. *Id.*, spéc. pp. 823-826. Selon ces auteurs, la notion de « moyen de pleine juridiction » est dépourvue de pertinence dans une conception objective de la pleine juridiction, dans laquelle les seuls moyens envisageables seraient des moyens de légalité. Elle ne serait pas davantage pertinente dans une conception subjective de la pleine juridiction, dès lors que

sens. L'argument n'est toutefois pas dirimant. Le débat est, en effet, un faux débat fondé sur une notion trop restrictive du « moyen »⁽¹⁶⁸⁾.

Ensuite, le juge des amendes est autorisé à statuer en équité. Ce faisant, il résout le litige en dehors des règles de droit⁽¹⁶⁹⁾, conformément à ses convictions personnelles quant au caractère approprié ou juste du montant de l'amende infligée. Ainsi, « l'équité est [...] la manière, *institutionnelle*, de rendre justice en écartant la règle de droit, la loi, le droit *strict* dit-on aussi, dont l'application au cas concret pourrait conduire à une solution injuste »⁽¹⁷⁰⁾. Intrinsèquement subjective et casuistique, une appréciation en équité s'accommode mal d'un statut d'ordre public.

Enfin, selon une jurisprudence constante, « il n'appartient pas à la Cour [de justice], lorsqu'elle se prononce sur des questions de droit dans le cadre d'un pourvoi, de substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa pleine juridiction, sur le montant des amendes infligées à des entreprises en raison de la violation, par celles-ci, du droit [de l'Union européenne] »⁽¹⁷¹⁾. Le contrôle de pleine

« la recherche du montant approprié de l'amende repose plus sur des griefs fondés sur des circonstances factuelles : la gravité de l'infraction et sa durée, le comportement de l'entreprise impliquée dans la commission de l'infraction et sa situation économique au moment où le juge statue ». De manière analogue, B. SACHS (*op. cit.*, spéc. pp. 62-64) a pu noter que le juge avait tendance à qualifier de moyen la contestation de l'amende, non les différents griefs de légalité dirigés contre celle-ci.

168. L'approche de L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE (*op. cit.*, spéc. p. 824) nous semble erronément fondée sur une notion de moyen limitée au moyen *de droit*, à l'exclusion des moyens *de fait* (qui pourraient renfermer ce que les auteurs désignent comme des « griefs fondés sur des circonstances factuelles »). En outre, comme en conviennent les auteurs, le juge emploie lui-même le terme de « moyen » dans le contexte de la pleine juridiction (voy. en particulier les affaires citées aux notes n^{os} 162 et 163 du présent Chapitre), pour identifier les éléments et arguments avancés par les parties. Enfin, les termes de « moyens » et de « griefs » ne font pas l'objet d'une distinction étanche dans la jurisprudence, de sorte qu'il paraît peu convaincant de les opposer de manière aussi catégorique.

169. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2016, 1101 p., spéc. pp. 412-413. L'équité renvoie, *inter alia*, à une « [m]anière de résoudre les litiges en dehors des règles de droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale ». Il s'agit d'une « [j]ustice supérieure au Droit positif, justice idéale, Droit naturel ».

170. L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, 997 p., spéc. p. 85 (souligné par les auteurs).

171. Voy. parmi une jurisprudence abondante : CJCE, 6 avril 1995, *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission*, aff. C-310/93 P, *Rec.*, p. I-865, pt 34 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Ferriere Nord c/ Commission*, aff. C-219/95 P, *Rec.*, p. I-4411, pt 31 ; CJCE, 18 septembre 2003, *Volkswagen c/ Commission*, aff. C-338/00 P, *Rec.*, p. I-9189, pt 151 ; CJUE, 7 septembre 2016, *Pilkington Group e.a. c/ Commission*, aff. C-101/15 P, *Rec. num.*, pt 72. En revanche, d'une part, la Cour de justice s'estime « compétente pour examiner si le Tribunal a répondu à suffisance de droit à l'ensemble des arguments invoqués par la requérante tendant à la suppression ou à la réduction de l'amende » (arrêt *Ferriere Nord c/ Commission*, précité, pt 31), ainsi que pour contrôler le respect, par le Tribunal, des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité (CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. 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 365). La Cour de justice se

juridiction, contrôle en équité, ne peut être opéré pour la première fois au stade du pourvoi, dès lors que la compétence du juge du pourvoi est limitée à l'appréciation des moyens de droit nés de l'arrêt. En revanche, les moyens consacrés comme étant d'ordre public sont en principe des moyens de droit, qui peuvent être appréciés à tout moment de la procédure, y compris pour la première fois au stade du pourvoi⁽¹⁷²⁾. De surcroît, le juge du pourvoi semble refuser de procéder d'office au contrôle de l'amende⁽¹⁷³⁾. Un argument tiré du régime contentieux des moyens d'ordre public s'opposerait ainsi à une qualification d'ordre public de la question du caractère approprié de l'amende infligée par la Commission.

En dépit de ces objections et des incertitudes liées à la jurisprudence de la Cour de justice, de nombreux arrêts prononcés par le Tribunal depuis décembre 2011 laissent penser qu'il existe des moyens d'ordre public propres à la pleine juridiction et à l'appréciation du caractère approprié de l'amende.

2) L'indéfinition des moyens d'ordre public dans la jurisprudence du Tribunal

Certaines formules employées par le Tribunal révèlent l'existence possible de moyens d'ordre public propres au contrôle de pleine juridiction de l'amende. Leur périmètre reste toutefois indéfini et leur réalité incertaine.

montre désormais plus stricte lors du contrôle du respect du principe de proportionnalité, en jugeant que « ce n'est que dans la mesure où [elle] estimerait que le niveau de la sanction est non seulement inapproprié, mais également excessif, au point d'être disproportionné, qu'il y aurait lieu de constater une erreur de droit commise par le Tribunal, en raison du caractère inapproprié du montant d'une amende » (CJUE, 30 mai 2013, *Quinn Barlo e.a. c/ Commission*, aff. C-70/12 P, non publié, pt 57 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Koninklijke Wegenbouw Stevin c/ Commission*, aff. C-586/12 P, non publié, pt 33 ; CJUE, 10 avril 2014, *Commission c/ Siemens Österreich e.a.* et *Siemens Transmission & Distribution e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-231/11 P à C-233/11 P, *Rec. num.*, pt 111 ; CJUE, 7 septembre 2016, *Pilkington Group e.a. c/ Commission*, aff. C-101/15 P, *Rec. num.*, pt 73). D'autre part, en cas d'annulation de l'arrêt du Tribunal et d'évocation de l'affaire, la Cour de justice retrouve une compétence de pleine juridiction pour déterminer, le cas échéant elle-même, le montant approprié de l'amende (voy. p. ex. : CJUE, 4 septembre 2014, *YKK e.a. c/ Commission*, aff. C-408/12 P, *Rec. num.*, pts 95-99), voy. également : L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 818 et 878-883. Toutefois, M. WATHELET (*Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, 969 p., spéc. p. 293) estime que « [la] compétence de pleine juridiction n'existe pas sur pourvoi ».

172. Voy. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le relevé d'office au-delà d'une instance (pp. 451 et s.).

173. Il écarte comme irrecevable une allégation tirée du caractère disproportionné du montant de base de l'amende lorsque le requérant n'a pas établi ni même allégué que ce montant était non seulement inapproprié, mais également excessif, au point d'être disproportionné (CJUE, 9 juin 2016, *Repsol Lubricantes y Especialidades e.a. c/ Commission*, aff. C-617/13 P, *Rec. num.*, pt 83 ; CJUE, 9 mars 2017, *Samsung SDI e.a. c/ Commission*, aff. C-615/15 P, non publié, pts 62-63), sans l'examiner d'office.

Aussi le Tribunal clôt-il parfois son examen d'un recours contre les sanctions et, plus spécifiquement, du caractère approprié du montant de l'amende par l'affirmation selon laquelle, au regard des moyens et arguments avancés ainsi que des circonstances de l'espèce et/ou des moyens d'ordre public susceptibles d'être relevés d'office, le montant de l'amende doit être qualifié d'approprié⁽¹⁷⁴⁾. Il laisse ainsi entendre qu'il a procédé à un contrôle plus étendu du caractère approprié de l'amende, au-delà des moyens ou arguments avancés, sans toutefois que l'on ne sache quels seraient les moyens d'ordre public prétendument examinés et écartés d'office⁽¹⁷⁵⁾.

De telles affirmations d'un juge de première instance s'expliquent très certainement par un souci légitime de protéger son appréciation en vue d'un éventuel pourvoi contre le reproche d'un contrôle juridictionnel insuffisant. Elles sont toutefois porteuses d'une regrettable incertitude quant aux moyens d'ordre public, s'il y a, du contrôle de pleine juridiction. Cette

174. Voy. notamment : Trib. UE, 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON c/ Commission*, aff. T-360/09, *Rec. num.*, pt 298 ; Trib. UE, 29 juin 2012, *GDF Suez c/ Commission*, aff. T-370/09, *Rec. num.*, pts 401 et 457 ; Trib. UE, 12 décembre 2012, *Almamet c/ Commission*, aff. T-410/09, non publié, pts 273-275 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Hansa Metallwerke e.a. c/ Commission*, aff. T-275/10, non publié, pt 211 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Duravit e.a. c/ Commission*, aff. T-364/10, non publié, pts 385-386 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Rubinetteria Cisl c/ Commission*, aff. T-368/10, non publié, pt 128 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Villeroy & Boch e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-373/10, T-374/10, T-382/10 et T-402/10, non publié, pt 401 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Mamoli Robinetteria c/ Commission*, aff. T-376/10, *Rec. num.* (extraits), pt 198 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-379/10 et T-381/10, non publié, pts 341, 365 et 367 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Dornbracht c/ Commission*, aff. T-386/10, *Rec. num.*, pt 260 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Zucchetti Rubinetteria c/ Commission*, aff. T-396/10, *Rec. num.*, pt 151 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Roca Sanitario c/ Commission*, aff. T-408/10, *Rec. num.* (extraits), pt 214 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10, *Rec. num.* (extraits), pts 265-266 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Roca c/ Commission*, aff. T-412/10, *Rec. num.* (extraits), pt 252 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Panasonic Corp. et MT Picture Display Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-82/13, *Rec. num.* (extraits), pt 187 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Samsung SDI e.a. c/ Commission*, aff. T-84/13, non publié, pts 185 et 225 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *LG Electronics c/ Commission*, aff. T-91/13, non publié, pt 222 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Philips c/ Commission*, aff. T-92/13, non publié, pt 281 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Toshiba c/ Commission*, aff. T-104/13, *Rec. num.*, pt 234.

175. Dans d'autres affaires, le Tribunal se limite toutefois à l'examen des moyens et arguments avancés. Au terme d'une formulation qui n'est pas sans rappeler celle employée par la Cour de justice à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité au terme duquel elle n'invalide pas l'acte en cause, le Tribunal rejette une demande de réduction du montant de l'amende au motif que « l'examen des arguments avancés au soutien de [cette] demande [...] n'[a] pas permis de relever d'éléments inappropriés dans le calcul du montant de celle-ci effectué par la Commission ». Voy. en particulier les arrêts du Tribunal du 8 septembre 2016, *Sun Pharmaceutical Industries et Ranbaxy (UK) c/ Commission*, aff. T-460/13, non publié, pts 301 et 377-378 ; *Arrow Group et Arrow Generics c/ Commission*, aff. T-467/13, non publié, pts 354 et 416 ; *Generics (UK) c/ Commission*, aff. T-469/13, non publié, pts 400 et 415-416 ; *Merck c/ Commission*, aff. T-470/13, non publié, pts 495 et 539-540 ; *Xellia Pharmaceuticals et Alpha c/ Commission*, aff. T-471/13, non publié, pts 375-377 et 460 ; *Lundbeck c/ Commission*, aff. T-472/13, *Rec. num.*, pts 793-795 et 845.

incertitude est d'autant plus gênante qu'aucune notion claire de moyen d'ordre public du contrôle des sanctions ne se dégage de la jurisprudence.

B. *Des moyens d'ordre public insaisissables*

Le moyen d'ordre public de la pleine juridiction en matière d'amendes, dont l'existence fut maintes fois affirmée, est une coquille vide, un « fantôme » insaisissable dont l'existence ne peut être vérifiée avec certitude dans la jurisprudence. D'une part, sauf erreur de notre part, aucun moyen de pleine juridiction n'a encore jamais été explicitement qualifié de moyen d'ordre public. D'autre part, s'il est possible de déceler certains pouvoirs d'office du juge européen des amendes⁽¹⁷⁶⁾, ceux-ci manquent de systématique et de constance à tel point qu'ils ne fournissent guère matière à l'apparition de moyens d'ordre public. La qualification d'ordre public encourt, en effet, l'application d'un régime contentieux spécifique, marqué par la rigueur découlant de l'impérativité des règles d'ordre public⁽¹⁷⁷⁾. Dès lors que cette rigueur fait défaut, le moyen ne devrait pas être qualifié d'ordre public.

Il serait le cas échéant envisageable de tenir pour d'ordre public l'exigence de cohérence de décisions juridictionnelles concomitantes intéressant une société mère et sa filiale lorsque la première est tenue pour responsable d'une infraction matériellement commise par sa filiale et que ces deux sociétés forment des recours parallèles. Dans un tel cas, la responsabilité de la société mère, purement dérivée de celle de sa filiale, ne peut, en principe, dépasser celle de cette dernière. Forte de cette considération, la Cour de justice juge, dans la lignée de jurisprudence inaugurée par son arrêt *Commission c/ Tomkins* de 2013⁽¹⁷⁸⁾, que, même de sa propre initiative, le Tribunal peut faire bénéficier la société mère d'une réduction de l'amende obtenue par la filiale dans son recours, pour peu que les contestations par ces deux sociétés coïncident au moins partiellement⁽¹⁷⁹⁾. Plus encore, « lorsque les conditions procédurales [tenant à l'introduction de recours parallèles ayant le même objet] sont réunies, la société mère dont la responsabilité est entièrement dérivée de celle de sa filiale *doit*, en principe, bénéficier

176. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2. L'appréciation autonome du montant de l'amende dans le contentieux des sanctions (pp. 391 et s.), ainsi que Sous-section 2, § 1. Des pouvoirs de réformer d'office le montant de l'amende en l'absence de demande (pp. 402 et s.).

177. Voy. *infra*, Deuxième partie. Une unité procédurale contrariée des moyens d'ordre public (pp. 429 et s.).

178. CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.* Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 1, B, 1. Une exigence pratique de cohérence dans le contentieux de la concurrence (pp. 303 et s.).

179. *Id.*, pts 43-45 et 49-50. Il peut également faire bénéficier la société mère d'une annulation partielle de la décision attaquée obtenue par la filiale.

d'une éventuelle réduction de la responsabilité de sa filiale lui ayant été imputée »⁽¹⁸⁰⁾. Il s'ensuit qu'en omettant, dans un tel cas, d'aligner, le cas échéant d'office, le montant de l'amende infligée à la mère sur celui imposé à la filiale, le Tribunal commet une erreur de droit⁽¹⁸¹⁾.

La consécration d'une obligation pour le Tribunal de réduire, même d'office, l'amende infligée à la société mère du fait d'une réduction obtenue par la filiale et son contrôle, par le juge du pourvoi, induisent une possible qualification d'ordre public de cette exigence de cohérence des décisions de justice dans le contexte de la pleine juridiction⁽¹⁸²⁾. Encore incertaine, une telle qualification appelle toutefois des objections, qui ne sont pas nécessairement dirimantes.

D'une part, elle paraît, de prime abord, difficilement conciliable avec l'attachement du juge à la condition tenant à l'identité d'objet des deux recours parallèles, qui reflète l'exigence d'une certaine « diligence procédurale » de la société mère⁽¹⁸³⁾ et implique l'existence d'une contestation par celle-ci. Or, le propre d'un moyen d'ordre public est d'être pris en compte d'office par le juge, sans égard aux arguments avancés par les parties. Cependant, il a pu être observé que cette condition ne s'imposait pas lorsque le juge intervenait d'office dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction⁽¹⁸⁴⁾. De surcroît, il nous semble que la Cour de justice s'oriente vers

180. CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pt 41 (nous soulignons), sur conclusions contraires (concl. WAHL, pts 63-74 et 88). Voy. pour une confirmation : CJUE, 27 avril 2017, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, aff. C-516/15 P, *Rec. num.*, pt 62.

181. CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 42 et 44.

182. En revanche, reste ouverte la question de savoir si le Tribunal est également soumis à une obligation de faire bénéficier la société mère d'une éventuelle annulation (partielle) obtenue par la filiale. La cohérence des solutions appliquées dans l'exercice des pouvoirs d'annulation et de pleine juridiction militerait en faveur de l'extension de cette obligation. Celle-ci pourrait par ailleurs être déduite d'une lecture constructive de l'arrêt *Total c/ Commission* (cité à la note précédente). En imposant au Tribunal de faire bénéficier la société mère « d'une éventuelle réduction de la responsabilité de sa filiale lui ayant été imputée » (nous soulignons), et non seulement d'une « réduction de l'amende », la Cour de justice a pu entendre englober l'hypothèse d'une annulation (partielle) du constat de l'infraction. La lecture ne résiste toutefois pas à la jurisprudence ultérieure, dans laquelle la Cour de justice a remplacé la « réduction de la responsabilité » par la « réduction du montant de l'amende » (CJUE, 27 avril 2017, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*, aff. C-516/15 P, *Rec. num.*, pt 62).

183. Selon les mots bien choisis de B. CHEYNEL, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », in V. GIACOBBO-PEYRONNEL et Ch. VERDURE (dir.), *op. cit.*, pp. 251-271, spéc. p. 267.

184. É. BARBIER DE LA SERRE et E. LAGATHU, « The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings : On the Road to Consistency », *JECLAP*, 2014, n° 6, pp. 400-420, spéc. p. 415. Cette observation est fondée sur l'arrêt *Alliance One International c/ Commission* (CJUE, 26 septembre 2013, aff. C-679/11 P, non publié, pts 106-108), qui posait une question de droit analogue à celle en cause dans l'arrêt *Commission c/ Tomkins* (CJUE, 22 janvier 2013, aff.

un assouplissement substantiel de ladite condition⁽¹⁸⁵⁾, que le Tribunal peut par ailleurs contourner en joignant les recours formés par la société mère et sa filiale⁽¹⁸⁶⁾. L'objection perd ainsi sa force.

D'autre part, la prise en considération d'office de l'issue favorable du recours formé par la filiale au profit de la société mère ne découle pas de l'importance fondamentale de la règle violée, mais de considérations éminemment pragmatiques, de bon sens et d'économie de procédure⁽¹⁸⁷⁾, voire d'une simple prise en compte de toutes les circonstances *de fait* de l'affaire⁽¹⁸⁸⁾. Or, ce constat pourrait militer à l'encontre d'une qualification d'ordre public, par comparaison avec les circonstances d'une telle qualification retenue dans le contrôle de légalité. La transposition de ces circonstances à la pleine juridiction n'est pas impérative, dès lors que celle-ci peut être exercée même en l'absence d'illégalité. Il n'est, de ce fait, ni exclu ni établi que l'exigence de cohérence au sens de la jurisprudence

C-286/11 P, *Rec. num.*). Rendus par deux chambres différentes, ces arrêts divergent. Alors que la Cour de justice, dans l'arrêt *Commission c/ Tomkins*, aborde la question sous l'angle de la notion d'entreprise et de la nature purement dérivée et accessoire de la responsabilité d'une société mère pour les comportements de sa filiale, elle l'aborde, dans l'arrêt *Alliance One International c/ Commission*, sous l'angle des conditions d'activation et d'exercice de la compétence de pleine juridiction au regard du principe *ne ultra petita*. À cet égard, elle semble qualifier la réduction d'amende accordée par le Tribunal à la filiale au titre de sa coopération de circonstance de fait dont le juge peut tenir compte lors de l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction dans le recours parallèlement introduit par la société mère, dès lors que celle-ci a conclu, à titre subsidiaire, à la réduction de l'amende et que la question de l'amende était ainsi soumise à l'appréciation du juge. Voy. déjà : concl. MENGOZZI dans l'affaire *Commission c/ Tomkins*, pts 43-45.

185. Il ressort en substance de l'arrêt *Total c/ Commission* (CJUE, 17 septembre 2015, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*) qu'il suffit que les deux recours parallèles portent peu ou prou une contestation d'un même élément pris en compte aux fins du calcul de l'amende, sans égard au moyen spécifique. Ainsi, la Cour de justice se contenta de relever que les recours de la société mère et de la filiale « portaient, notamment, sur la durée de l'infraction » pour tenir cette condition pour remplie. L'avocat général WAHL observait, de manière plus précise, que tout en ayant mis en cause la détermination de la durée de l'infraction, les deux sociétés ne l'avaient « pas fait exactement sous le même angle ». La société mère n'avait pas, à la différence de la filiale, mis en cause la méthodologie appliquée par la Commission (concl., pts 100-102, 105 et 173).

186. Voy. à cet égard : Trib. UE, 15 juillet 2015, *SLM et Ori Martin c/ Commission*, aff. jtes T-389/10 et T-419/10, *Rec. num.* (extraits). Comme l'a relevé B. CHEYNEL (« La "coresponsabilité" en droit européen de la concurrence », *RAE*, 2015, n° 4, pp. 621-630, spéc. p. 628), « en procédant à la jonction des affaires en appréciant en commun les argumentations respectives de la société mère et de sa filiale, le Tribunal peut, en cas de réduction de l'amende imposée à l'entreprise, en faire profiter non seulement la filiale qui a démontré l'illégalité de la décision de la Commission sur l'un ou l'autre point, mais également sa société mère qui se serait limitée à faire valoir des arguments, portant sur le défaut d'exercice effectif d'une influence déterminante sur sa filiale, jugés non fondés par le Tribunal ».

187. Voy. à cet égard notre contribution « Économies de procédure et motifs surabondants », in B. BERTRAND, L. COUTRON et P. IDOUX (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 185-238.

188. Voy. *supra*, note n° 184 du présent Chapitre.

Commission c/ Tomkins doit être qualifiée de moyen d'ordre public propre à la pleine juridiction en matière d'amendes⁽¹⁸⁹⁾.

Ce moyen potentiellement d'ordre public mis à part, la notion de moyen d'ordre public de pleine juridiction en matière d'amendes reste, en dépit de son essor apparent, une notion creuse. Dépendant, pour l'essentiel, des moyens d'ordre public du contrôle de légalité, l'ordre public de la pleine juridiction peine à se développer. Le contentieux des sanctions s'intègre ainsi parfaitement dans le tableau général du contentieux de la pleine juridiction de l'Union européenne, marqué par l'absence de moyens d'ordre public spécifiques. Ce constat peut décevoir les fervents défenseurs des pouvoirs de pleine juridiction du juge de l'Union. Il n'en est pas moins justifié et raisonnable. La prudence du juge sur ce terrain assure non seulement la cohérence intrinsèque de la notion de moyen d'ordre public du contentieux de l'Union, qui est avant tout une notion objective du contrôle de légalité, mais permet encore de maintenir son statut exceptionnel. Avec le moyen d'ordre public vient un régime procédural dérogatoire marqué notamment par des pouvoirs renforcés du juge. Toute exception devant faire l'objet d'une interprétation stricte, il est justifié de ne pas « gonfler » outre mesure la notion de moyen d'ordre public. En toute hypothèse, l'office du juge du plein contentieux de l'Union européenne lui confère des pouvoirs tels qu'il n'est point nécessaire de construire une notion de moyen d'ordre public pour lui permettre d'intervenir d'office dans le litige. La quasi-inexistence des moyens d'ordre public de pleine juridiction est ainsi contrebalancée, sinon occasionnée, par un renforcement des pouvoirs du juge du plein contentieux. Leur combinaison confère aux moyens d'ordre public de fond du droit du contentieux de l'Union européenne une coloration éminemment fonctionnelle.

189. Voy. également *infra*, note n° 256 du présent Chapitre.

SECTION 2. – DES POUVOIRS D’OFFICE RENFORCÉS PROPRES À LA PLEINE JURIDICTION

Le juge du plein contentieux de l’Union européenne est investi de pouvoirs renforcés susceptibles, dans certaines configurations procédurales, d’être activés d’office⁽¹⁹⁰⁾. À des degrés variables, il en va ainsi dans les contentieux des sanctions, de la fonction publique, de

190. Dans un contexte de pleine juridiction, « les juges communautaires [de l’Union européenne] semblent se sentir plus libres pour soulever des questions d’office » : F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 446. Voy. pour un constat analogue, dans le contexte du recours contre les sanctions : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 62-64.

la propriété intellectuelle et du « manquement sur manquement »⁽¹⁹¹⁾. Empreints de casuistique et d'hésitations, parfois inavoués⁽¹⁹²⁾, ces pouvoirs d'office sont déconnectés de la notion de moyen d'ordre public. Leur exercice n'est pas systématique et demeure très largement facultatif. Lesdits pouvoirs illustrent les potentialités de la pleine juridiction et forment un remède pragmatique à l'absence de moyens d'ordre public propres à ces voies de droit, en même temps qu'ils la fondent. En dépit de leur hétérogénéité, ils peuvent être distingués selon qu'ils permettent au juge d'opérer d'office certaines appréciations (Sous-section 1) ou de statuer au-delà des conclusions formelles des parties (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – DES POUVOIRS D'APPRÉCIATION D'OFFICE

Investissant le juge d'un « pouvoir d'appréciation illimitée »⁽¹⁹³⁾, la compétence de pleine juridiction lui permet de procéder, de sa propre initiative, à certaines appréciations et d'aborder des problématiques non soulevées par les parties au litige. La jurisprudence n'est pas toujours univoque à ce titre. Cette liberté conduit le juge de la propriété intellectuelle à opérer d'office des appréciations et substitutions des motifs (§ 1). Pour sa part, le juge des sanctions pour violation du droit européen de la concurrence procède d'office à une appréciation autonome du montant de l'amende (§ 2).

§ 1. – Des appréciations et substitutions de motifs opérées d'office dans le contentieux de la propriété intellectuelle

D'office, le juge de la propriété intellectuelle procède fréquemment mais souvent implicitement à des appréciations et à des substitutions de motifs. Ces pouvoirs d'office sont une réalité certaine du contentieux de la propriété intellectuelle (A), dont le fondement incertain mériterait d'être clarifié (B).

191. À défaut d'exemples trouvés dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle de droit commun et dans le contentieux de la responsabilité contractuelle, ces voies de droit seront écartées des analyses qui suivent.

192. Dans la mesure où l'exercice d'office de ces pouvoirs est souvent implicite, la recherche n'est pas aisée. Nos développements ne sauraient prétendre à l'exhaustivité. Plus modestement, ils cherchent à identifier et à illustrer des tendances jurisprudentielles.

193. Concl. ROEMER sous CJCE, 17 décembre 1956, *Bourgaux c/ Assemblée commune*, aff. 1/56, *Rec.*, p. 421, spéc. p. 449.

A. *Des pouvoirs d'office certains*

En matière de propriété intellectuelle, le Tribunal se délie parfois des arguments des parties, en abordant des points non contestés, et procède à des substitutions des motifs souvent implicites. Il en va ainsi en particulier dans les nombreuses affaires mettant en cause l'appréciation du risque de confusion, motif relatif de refus d'enregistrement d'une marque demandée dans les procédures d'opposition et motif relatif de nullité d'une marque enregistrée dans les procédures de nullité, au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous b), du règlement (UE) 2017/1001 (antérieurement du règlement [CE] n° 207/2009). Le risque de confusion s'entend comme le risque que le public pertinent puisse croire que les produits ou les services désignés par les signes en conflit, à savoir la marque demandée et la marque antérieure, proviennent de la même entreprise ou d'entreprises liées économiquement. Il fait l'objet d'une appréciation globale fondée sur plusieurs critères interdépendants, selon la perception que le public pertinent a des signes et des produits ou services en cause. Aux fins de cette appréciation globale, le raisonnement est scindé en plusieurs étapes. La chambre de recours de l'EUIPO, puis le Tribunal prennent position sur le public pertinent, la similitude des produits ou services en cause et la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle des signes en conflit, tenant compte des éléments dominants et distinctifs de ces derniers. C'est au regard des conclusions tirées à chacune de ces étapes du raisonnement qu'ils procèdent, *in fine*, à l'appréciation globale⁽¹⁹⁴⁾.

Saisi d'un moyen pris de la violation de l'article 8, paragraphe 1, du règlement (UE) 2017/1001 (antérieurement du règlement [CE] n° 207/2009), le Tribunal a tendance à refaire cet examen en cascade dans son intégralité, sans égard à l'existence et à l'étendue de la contestation par les parties. Il prend fréquemment soin de rappeler les appréciations portées par la chambre de recours sur chaque étape du raisonnement, même lorsqu'elles ne sont pas contestées devant lui, avant de les entériner, valider, confirmer ou maintenir⁽¹⁹⁵⁾. Lorsqu'il fait ainsi sienne une appréciation non contestée,

194. Pour l'énoncé des principes, voy. parmi une jurisprudence abondante : CJCE, 12 juin 2007, *OHMI c/ Shaker*, aff. C-334/05 P, *Rec.*, p. I-4529, pts 32-35 ; CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pts 45-46 ; CJUE, 8 mai 2014, *Bimbo c/ OHMI*, aff. C-591/12 P, *Rec. num.*, pts 19-25 ; TPI, 9 juillet 2003, *Laboratorios RTB c/ OHMI*, aff. T-162/01, *Rec.*, p. II-2821, pts 30-33 ; TPI, 10 septembre 2008, *Boston Scientific c/ OHMI*, aff. T-325/06, non publié, pts 70-73 ; Trib. UE, 31 janvier 2012, *Cervecería Modelo c/ OHMI*, aff. T-205/10, non publié, pts 23-25, 35 et 80. Voy. déjà, par analogie : CJCE, 11 novembre 1997, *SABEL*, aff. C-251/95, *Rec.*, p. I-6191, pts 22-24 ; CJCE, 29 septembre 1998, *Canon*, aff. C-39/97, *Rec.*, p. I-5507, pts 16-19, 23 et 29.

195. Voy. parmi de très nombreux exemples : Trib. UE, 25 mars 2010, *Nestlé c/ OHMI*, aff. jtes T-5/08 à T-7/08, *Rec.*, p. II-1177, pt 35 ; Trib. UE, 28 septembre 2010, *Market Watch c/ OHMI*, aff. T-201/08, non publié, pts 23-24 ; Trib. UE, 11 juillet 2013, *Metropolis Inmobiliarias y Restauraciones c/ OHMI*, aff. T-197/12, non publié, pts 35-38 ; Trib. UE, 28 janvier 2014,

il expose, en réalité, le résultat d'une appréciation qu'il a effectuée de manière autonome et d'office⁽¹⁹⁶⁾.

En cas d'erreur constatée même d'office, le Tribunal peut annuler la décision attaquée⁽¹⁹⁷⁾. Fréquemment, toutefois, il rectifie l'erreur et poursuit son analyse. Il rectifie des prémisses ou appréciations erronées du raisonnement de la chambre de recours, parfois sans constater d'erreur d'appréciation et avant de poursuivre l'examen en cascade menant à l'appréciation globale⁽¹⁹⁸⁾. En d'autres termes, il substitue à un motif erroné de la décision attaquée un motif correct, le cas échéant d'office. Un exemple topique est constitué par une affaire portant sur l'appréciation d'un risque de confusion entre la marque verbale « AFRICAÏN SIMBA » demandée et une marque figurative antérieure, composée de l'élément verbal « simba » écrit en lettres stylisées et de la représentation d'un éléphant de cirque se dressant sur ses pattes de derrière et appuyant ses pattes de devant sur la

Schuhhaus Dielmann c/ OHMI, aff. T-600/11, non publié, pts 34-35 ; Trib. UE, 15 octobre 2014, *El Corte Inglés c/ OHMI*, aff. T-515/12, non publié, pt 20 ; Trib. UE, 10 février 2015, *Infocit c/ OHMI*, aff. T-85/14, non publié, pts 28-29 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *Knauf Insulation Technology c/ OHMI*, aff. T-324/12, non publié, pts 21 et 31 ; Trib. UE, 24 novembre 2015, *Intervog c/ OHMI*, aff. T-190/15, non publié, pt 22 ; Trib. UE, 26 novembre 2015, *Nürburgring c/ OHMI*, aff. T-181/14, non publié, pts 20-21 et 34-35 ; Trib. UE, 5 février 2016, *Airpressure Bodyforming c/ OHMI*, aff. T-842/14, non publié, pt 21 ; Trib. UE, 24 février 2016, *Tayto Group c/ OHMI*, aff. T-816/14, non publié, pt 47 ; Trib. UE, 4 mai 2016, *Bodegas Williams & Humbert c/ EUIPO*, aff. T-193/15, non publié, pts 22 et 35 ; Trib. UE, 25 mai 2016, *Ice Mountain Ibiza c/ EUIPO*, aff. T-6/15, non publié, pts 22 et 25 ; Trib. UE, 26 mai 2016, *Sfera Joven c/ EUIPO*, aff. T-99/15, non publié, pts 23-24 ; Trib. UE, 1^{er} juin 2016, *Mega Brands c/ EUIPO*, aff. T-292/12 RENV, non publié, pt 20 ; Trib. UE, 1^{er} juin 2016, *Wolf Oil c/ EUIPO*, aff. T-34/15, non publié, pts 30 et 32 ; Trib. UE, 2 juin 2016, *Staywell Hospitality Group et Sheraton International IP c/ EUIPO*, aff. jtes T-510/14 et T-536/14, non publié, pt 41 ; Trib. UE, 20 juillet 2016, *TeamBank c/ EUIPO*, aff. T-745/14, non publié, pts 20 et 22 ; Trib. UE, 17 février 2017, *Construlink c/ EUIPO*, aff. T-351/14, non publié, pts 39-40, 62 et 69 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Nanu-Nana Joachim Hoepf c/ EUIPO*, aff. T-39/16, *Rec. num.*, pt 59 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Azanta c/ EUIPO*, aff. T-49/16, non publié, pts 27 et 30.

196. Cette approche n'est toutefois pas systématiquement suivie. Ainsi, il arrive que le Tribunal se contente de constater l'absence de contestation d'une appréciation, sans l'entériner, la valider ou la confirmer. Voy. p. ex. : Trib. UE, 26 mai 2016, *Aldi Einkauf c/ EUIPO*, aff. T-254/15, non publié, pts 22-23 ; Trib. UE, 14 juillet 2016, *Preferisco Foods c/ EUIPO*, aff. T-371/15, non publié, pt 17 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Policolor c/ EUIPO*, aff. T-178/16, non publié, pt 28.

197. Voy. p. ex. : Trib. UE, 12 mai 2010, *Beifa Group c/ OHMI*, aff. T-148/08, *Rec.*, p. II-1681, pts 128-130. La chambre de recours avait fondé son appréciation du risque de confusion sur une comparaison du dessin ou modèle demandé avec un signe différent de la marque antérieure.

198. Voy. pour des illustrations, sans constat d'une erreur d'appréciation : Trib. UE, 25 mars 2010, *Nestlé c/ OHMI*, aff. jtes T-5/08 à T-7/08, *Rec.*, p. II-1177, pts 40 et 45 (en l'occurrence, le Tribunal annule). Voy. pour des illustrations avec constat d'erreurs d'appréciation, sans toutefois que le juge ne se prononce explicitement sur leur incidence sur l'appréciation du risque de confusion (à la différence des exemples cités *infra*, note n° 201 du présent Chapitre) : Trib. UE, 11 décembre 2013, *Eckes-Granini c/ OHMI*, aff. T-487/12, non publié, pts 37-38 et 68 ; Trib. UE, 5 mars 2014, *HP Health Clubs Iberia c/ OHMI*, aff. T-416/12, non publié, pts 63-65, 69-70, 78 et 81-84.

lettre « a » de cet élément verbal. La chambre de recours avait erronément relevé que le signe demandé comportait, outre l'élément verbal « africain simba », des éléments graphiques. Après avoir constaté cette erreur d'appréciation lors du contrôle du caractère suffisant de la motivation fournie au stade de la comparaison visuelle des signes en conflit⁽¹⁹⁹⁾, le Tribunal a examiné un moyen relatif au risque de confusion et fondé sa comparaison visuelle des signes en conflit sur la représentation correcte du signe verbal demandé⁽²⁰⁰⁾. Il a rejeté le recours au fond, en dépit de l'erreur relevée.

La substitution des motifs apparaît plus clairement encore lorsque le Tribunal constate des erreurs d'appréciation, tout en rejetant le recours au motif que « [lesdites erreurs] n'ont eu aucune influence sur le résultat » de l'appréciation globale du risque de confusion⁽²⁰¹⁾. Il en est de même lorsque le Tribunal relève une contradiction des motifs entachant l'appréciation d'une étape de l'examen global par la chambre de recours, avant de poursuivre son analyse sur la base du motif qu'il estime correct⁽²⁰²⁾. De manière analogue, le Tribunal comble une lacune de la motivation de la décision attaquée, le cas échéant en recourant à la motivation figurant dans la décision de la division d'opposition ou d'annulation, eu égard à la continuité fonctionnelle entre cette division et la chambre de recours⁽²⁰³⁾.

Des exemples de telles rectifications peuvent également être décelés en dehors de l'examen du risque de confusion, aux stades, par exemple, de l'appréciation de l'usage sérieux de la marque antérieure dans une

199. Rappelons à toutes fins utiles que les contrôles du fond, dont relève l'erreur d'appréciation, et du caractère suffisant des motifs au titre de la violation des formes substantielles relèvent de moyens et de cas d'ouverture distincts. Le Tribunal a écarté le moyen pris de la violation de l'obligation de motivation dès lors que « cette erreur, aussi regrettable soit-elle, ne rend pas incompréhensible la motivation de la décision attaquée, au point d'empêcher la requérante de comprendre la justification de la décision et le Tribunal d'exercer son contrôle de légalité » : Trib. UE, 22 janvier 2015, *Novomatic c/ OHMI*, aff. T-172/13, non publié, pt 56. L'erreur en cause avait été admise par l'OHMI dans ses écritures (pt 55).

200. Trib. UE, 22 janvier 2015, *Novomatic c/ OHMI*, aff. T-172/13, non publié, pts 56 et 125.

201. Trib. UE, 3 juin 2015, *Giovanni Cosmetics c/ OHMI*, aff. T-559/13, *Rec. num.* (extraits), pt 135. Voy. pour d'autres exemples : TPI, 15 janvier 2003, *Mystery Drinks c/ OHMI*, aff. T-99/01, *Rec.*, p. II-43, pt 36 ; Trib. UE, 19 juin 2014, *Kampol c/ OHMI*, aff. T-382/12, non publié, pt 110 ; Trib. UE, 16 juillet 2014, *Erreà Sport c/ OHMI*, aff. T-36/13, non publié, pts 44 et 50 ; Trib. UE, 2 décembre 2014, *Boehringer Ingelheim Pharma c/ OHMI*, aff. T-75/13, non publié, pt 61 ; Trib. UE, 5 juillet 2016, *Future Enterprises c/ EUIPO*, aff. T-518/13, *Rec. num.*, pts 25 et 35 ; Trib. UE, 17 février 2017, *Construlink c/ EUIPO*, aff. T-351/14, non publié, pts 55, 58, 84 et 98-99.

202. Voy. s'agissant de la comparaison phonétique des signes en conflit : Trib. UE, 9 décembre 2014, *Leder & Schuh International c/ OHMI*, aff. T-519/13, non publié, pts 38-39. Le Tribunal a validé le motif le plus favorable à la requérante.

203. Voy. pour une illustration : Trib. UE, 21 mai 2015, *Formula One Licensing c/ OHMI*, aff. T-55/13, non publié, pts 30-32.

forme autre que celle dans laquelle elle a été enregistrée⁽²⁰⁴⁾ ou de son importance⁽²⁰⁵⁾, de la démonstration de l'existence, de la validité et de l'étendue de la protection de la marque antérieure⁽²⁰⁶⁾ ou encore de l'appréciation des motifs absolus de refus⁽²⁰⁷⁾.

Réels et certains, ces pouvoirs d'office sont souvent implicites. Le Tribunal évite d'indiquer, dans la décision mettant fin à l'instance, qu'il a procédé à certaines appréciations d'office ou réalisé des substitutions de motifs. C'est alors que le fondement de ces pouvoirs reste relativement indéfini et mériterait d'être clarifié.

B. *Un fondement incertain*

Les pouvoirs d'office ont clairement été admis par la Cour de justice. D'une part, saisie d'un pourvoi et après avoir évoqué l'affaire, la Cour a elle-même pu opérer une substitution des motifs non pas de l'arrêt du Tribunal, mais de l'acte attaqué en première instance⁽²⁰⁸⁾. L'affaire portait sur un motif absolu de refus d'enregistrement, à savoir l'absence de caractère distinctif

204. Voy. p. ex. : Trib. UE, 21 janvier 2015, *Sabores de Navarra c/ OHMI*, aff. T-46/13, non publié, pts 31-34.

205. Le Tribunal peut d'office ajouter, sous forme de considération surabondante ou d'*obiter dictum*, un motif venant à l'appui de la solution retenue par la chambre de recours dans l'appréciation des éléments de preuve de l'usage sérieux présentés devant elle (voy. p. ex. : Trib. UE, 17 décembre 2015, *Bice International c/ OHMI*, aff. T-624/14, non publié, comp. pts 63 et 72) ou confirmer, alors même que la chambre de recours a omis de tenir compte de tous les éléments de preuve présentés devant elle, la conclusion selon laquelle une telle preuve n'a pas été apportée au motif que, même en tenant compte de ces éléments, cette conclusion n'était pas entachée d'erreur au fond (voy. p. ex. : Trib. UE, 13 avril 2016, *Facchinello c/ EUIPO*, aff. T-81/15, non publié, pts 45 et 53-57).

206. Le Tribunal valide une appréciation, que la chambre de recours avait erronément tirée sur la base de certains documents, en recourant à des documents présentés devant elle mais non utilisés par elle dans la décision attaquée : Trib. UE, 5 février 2016, *Kicktipp c/ OHMI*, aff. T-135/14, *Rec. num.* (extraits), pts 90-92.

207. Voy. pour un exemple en ce sens de la part de la Cour de justice : CJCE, 8 mai 2008, *Eurohypo c/ OHMI*, aff. C-304/06 P, *Rec.*, p. I-3297, pts 10 et 64-70. Après avoir annulé l'arrêt du Tribunal en ce qu'il a jugé que la chambre de recours de l'OHMI n'avait pas violé l'article 7, § 1, sous b), du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (JO, 1994, L 11, p. 1) (devenu art. 7, § 1, sous b), du règlement [CE] n° 207/2009, précité, puis du règlement [UE] 2017/1001, précité) (pt 64), la Cour de justice évoque l'affaire et rejette [*sic* !] le recours au motif que « la marque dont l'enregistrement est demandé ne présente pas de caractère distinctif au sens [dudit] article » (pt 70). Autrement dit, la Cour de justice valide une décision entachée d'une violation de cette disposition, après avoir substitué les motifs. Voy. pour d'autres exemples de substitution des motifs dans le contexte d'un motif absolu : TPI, 12 septembre 2007, *Philip Morris Products c/ OHMI*, aff. T-140/06, non publié, pts 62-66 et 71-73 ; Trib. UE, 25 mai 2016, *U-R LAB c/ EUIPO*, aff. jtes T-422/15 et T-423/15, non publié, pts 53 et 60-61. Voy. pour une appréciation non contestée par les parties et entérinée par le Tribunal : Trib. UE, 28 juin 2016, *Peri c/ EUIPO*, aff. T-656/14, non publié, pt 21 ; Trib. UE, 20 juillet 2016, *Reisensthal c/ EUIPO*, aff. T-308/15, non publié, pt 18.

208. Voy. *supra*, note précédente.

du signe demandé. D'autre part, la Cour de justice a jugé que, « lorsqu'il est appelé à apprécier la légalité d'une décision d'une chambre de recours de l'OHMI [EUIPO], le Tribunal ne saurait être lié par une appréciation erronée des faits par cette chambre, dans la mesure où ladite appréciation fait partie des conclusions dont la légalité est contestée devant le Tribunal »⁽²⁰⁹⁾. Dès lors que la question du risque de confusion est portée devant le Tribunal, celui-ci est ainsi habilité à refaire toutes les étapes de l'appréciation globale sans être tenu de prendre pour prémisses les appréciations factuelles de la chambre de recours qui n'ont pas été contestées devant lui⁽²¹⁰⁾. Il serait tentant d'en déduire que les pouvoirs d'office sont inhérents à la nature globale de l'appréciation contestée⁽²¹¹⁾. Leur exercice serait par ailleurs facultatif⁽²¹²⁾ et indépendant de considérations d'ordre public⁽²¹³⁾.

L'explication n'est, toutefois, ni suffisante ni entièrement satisfaisante. Elle n'est pas suffisante dans la mesure où elle ne permet pas de justifier l'exercice, plus rare, de pouvoirs d'office à propos d'autres questions que le risque de confusion. Elle n'est pas entièrement satisfaisante dans la mesure où elle ne prend qu'imparfaitement parti sur les fondements de ce

209. CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pt 48. Il s'agissait, en l'occurrence, de l'appréciation de la similitude des signes en cause aux fins de l'examen du risque de confusion. De manière analogue, par ailleurs, le Tribunal ne saurait être lié par un accord de la partie requérante et l'OHMI (EUIPO) quant à la similitude phonétique des signes en conflit au point de devoir annuler, dans une procédure *ex partes*, la décision attaquée en ce que la chambre de recours avait écarté une telle similitude : CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pts 26-38.

210. Un principe analogue joue par ailleurs devant la chambre de recours, voy. en ce sens : Trib. UE, 13 septembre 2010, *Inditex c/ OHMI*, aff. T-292/08, *Rec.*, p. II-5119, pts 41-44.

211. Voy. très clairement : Trib. UE, 12 mai 2010, *Beifa Group c/ OHMI*, aff. T-148/08, *Rec.*, p. II-1681, pts 128-130. En l'occurrence, le Tribunal a annulé la décision attaquée en raison d'une erreur de droit tirée de ce que la chambre de recours avait fondé son appréciation du risque de confusion sur une comparaison du dessin ou modèle demandé avec un signe différent de la marque antérieure. Il a constaté cette erreur alors même que la requérante ne l'avait pas invoquée dans le contexte du moyen tendant à mettre en cause l'appréciation du risque de confusion (pt 126). Elle l'avait toutefois évoquée dans le contexte d'un autre moyen et relevée à l'audience (pt 127).

212. Ainsi, la Cour de justice rejette comme irrecevable une argumentation tirée d'une définition erronée du public avancée pour la première fois au stade du pourvoi, sans s'interroger sur la question de savoir si le Tribunal aurait été tenu de l'apprécier de sa propre initiative : CJCE, ord., 24 septembre 2009, *Alcon c/ OHMI*, aff. C-481/08 P, non publiée, pt 17.

213. Le risque de confusion relève des motifs *relatifs* de refus d'enregistrement et de nullité. Eu égard aux particularités du régime établi par le règlement (UE) 2017/1001, précité, « qui s'en remet aux seuls opérateurs privés pour le respect des motifs relatifs de refus » (voy. s'agissant du régime analogue établi par le règlement antérieur n° 40/94 : concl. RUIZ JARABO COLOMER sous CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pt 45 et, plus largement, pts 27-50), une qualification d'ordre public paraît exclue. Par ailleurs, la jurisprudence fournit des indices selon lesquels la violation de l'article 8, § 1, sous b), du règlement (UE) 2017/1001, précité, n'est pas d'ordre public : CJUE, ord., 3 juin 2015, *The Sunrider Corporation c/ OHMI*, aff. C-142/14 P, non publiée, pts 72 et 77.

pouvoir qui résident, à nos yeux, dans le pouvoir de réformation du juge de la propriété intellectuelle.

D'emblée, ces appréciations et substitutions de motifs opérées d'office, qui portent en principe sur des questions d'appréciation factuelle⁽²¹⁴⁾, ne sauraient s'expliquer par le recours à la notion de moyen d'ordre public. Celle-ci est, en effet, limitée aux moyens de droit.

En revanche, ces pouvoirs d'office pourraient, en dépit d'une certaine tension avec la définition prétorienne de l'étendue du pouvoir de réformation attribué au juge européen des marques, être compris comme des produits dérivés d'un tel pouvoir⁽²¹⁵⁾. Cette assertion se comprend aisément par comparaison avec les pouvoirs du juge de l'annulation. Celui-ci refuse en effet, par principe, de rectifier des prémisses non contestées de la décision attaquée, de revenir sur l'appréciation de celles des conditions cumulatives qui n'ont pas été contestées devant lui, motif pris, le cas échéant, de l'interdiction de statuer *ultra petita* et/ou de procéder à une substitution des motifs⁽²¹⁶⁾. Le contentieux de la propriété intellectuelle est

214. Par exemple, dans le contexte du risque de confusion, relèvent du domaine des appréciations factuelles la détermination du public pertinent (CJCE, 4 octobre 2007, *Henkel c/ OHMI*, aff. C-144/06 P, *Rec.*, p. I-8109, pt 51 ; CJCE, ord., 24 septembre 2009, *Alcon c/ OHMI*, aff. C-481/08 P, non publiée, pt 16), la comparaison des produits et services en cause (CJUE, ord., 3 juin 2015, *The Sunrider Corporation c/ OHMI*, aff. C-142/14 P, non publiée, pts 50-51 ; CJUE, ord., 14 avril 2016, *KS Sports c/ EUIPO*, aff. C-480/15 P, non publiée, pt 73) et la comparaison des signes en conflit (CJUE, 2 septembre 2010, *Calvin Klein Trademark Trust c/ OHMI*, aff. C-254/09 P, *Rec.*, p. I-7989, pt 50 ; CJUE, ord., 20 janvier 2015, *Longevity Health Products c/ OHMI*, aff. C-311/14 P, non publiée, pt 34), sous réserve tant de la dénaturation que du respect des principes et notions juridiques pertinents.

215. En ce sens, la Cour de justice a déjà eu recours à l'existence du pouvoir de réformation du juge de la propriété intellectuelle pour justifier le plein contrôle de légalité, non limité aux erreurs manifestes, que ce juge réalise (CJUE, 20 octobre 2011, *PepsiCo. c/ OHMI*, aff. C-281/10 P, *Rec.*, p. I-10153, pts 65-66 et 68). En outre, la plénitude de la compétence de ce juge lui permet et lui impose de tenir compte de l'interprétation d'une règle de droit national conférant une protection à la marque antérieure à la date à laquelle il rend sa propre décision, soit une interprétation ou règle *postérieure* à la date à laquelle la décision attaquée a été prise (CJUE, 5 avril 2017, *EUIPO c/ Szajner*, aff. C-598/14 P, *Rec. num.*, pts 42-45), à la différence des pouvoirs d'un juge de pure légalité (comp. avec la note n° 47 *supra* du présent Chapitre).

216. Le juge de la légalité ne saurait substituer ses motifs à ceux de l'acte déféré à son contrôle (CJCE, 27 janvier 2000, *DIR International Film e.a. c/ Commission*, aff. C-164/98 P, *Rec.*, p. I-447, pt 38 ; CJUE, 24 janvier 2013, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. C-73/11 P, *Rec. num.*, pt 75). La substitution des motifs n'est admissible qu'en cas de compétence liée de l'auteur de l'acte et d'erreur de base légale qui ne s'est pas répercutée sur les modalités d'adoption de l'acte. Elle est alors le cas échéant opérée d'office : F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 439 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 153-155 ; B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568, spéc. pp. 567-568.

un contentieux de légalité⁽²¹⁷⁾ singulier du fait du pouvoir de réformation confié au juge, qui rejaillit sur son office de juge de la légalité. Tandis que, selon la jurisprudence, le pouvoir de réformation ne peut être exercé qu'après le contrôle de légalité lorsqu'il s'avère que la décision attaquée est entachée d'un vice⁽²¹⁸⁾, il œuvre en l'occurrence par anticipation au stade même du contrôle de légalité, le cas échéant pour prévenir une annulation.

La situation est analogue à celle dans laquelle le juge du pourvoi⁽²¹⁹⁾, plutôt que d'annuler l'arrêt ou l'ordonnance attaqué(e) et d'évoquer l'affaire, procède à une substitution des motifs au stade du contrôle de l'arrêt ou de l'ordonnance attaqué(e)⁽²²⁰⁾. Il est permis de penser que, là aussi, le pouvoir d'évocation rejaillit sur le contrôle de légalité opéré par le juge du pourvoi. Toujours est-il, toutefois, qu'à la différence de ce dernier, qui affirme son pouvoir de procéder à des substitutions des motifs⁽²²¹⁾, le juge de première instance du contentieux de la propriété intellectuelle se le voit à première vue interdire. En effet, selon la jurisprudence, « le pouvoir de réformation reconnu au Tribunal n'a pas pour effet de conférer à celui-ci le pouvoir de substituer sa propre appréciation à celle de la chambre de recours et, pas davantage, de procéder à une appréciation sur laquelle ladite chambre n'a pas encore pris position. L'exercice [de ce] pouvoir [...] doit par conséquent, en principe, être limité aux situations dans lesquelles le Tribunal, après avoir contrôlé l'appréciation portée par la chambre de recours, est en mesure de déterminer, sur la base des éléments de fait et de droit tels qu'ils sont établis, la décision que la chambre de recours était tenue de prendre »⁽²²²⁾.

217. Le juge de la propriété intellectuelle procède à un contrôle de légalité : CJCE, 13 mars 2007, *OHMI c/ Kaul*, aff. C-29/05 P, *Rec.*, p. I-2213, pt 54 ; CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pt 123 ; CJUE, 5 juillet 2011, *Edwin c/ OHMI*, aff. C-263/09 P, *Rec.*, p. I-5853, pt 71.

218. CJUE, 5 juillet 2011, *Edwin c/ OHMI*, aff. C-263/09 P, *Rec.*, p. I-5853, pts 71-72.

219. Si le contentieux de la propriété intellectuelle a pu être rapproché d'une technique de pourvoi (voy. notamment : H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Aufbau, Zuständigkeiten, Verfahren*, 2^e éd., Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1998, 316 p., spéc. § 188, cité par B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 65), le Tribunal n'en statue pas moins en qualité de juge de première instance sur toutes les questions de fait et de droit (voy. en particulier : CJCE, 13 mars 2007, *OHMI c/ Kaul*, aff. C-29/05 P, *Rec.*, p. I-2213, pts 53-54), et non en qualité de juge du pourvoi.

220. Voy. à titre d'exemple : CJCE, 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, pts 187-189 ; CJUE, 3 octobre 2013, *Rintisch c/ OHMI*, aff. C-121/12 P, *Rec. num.*, pts 34-46 ; CJUE, 21 avril 2015, *Anbouba c/ Conseil*, aff. C-605/13 P, *Rec. num.*, pts 43-44 et 54-56.

221. Voy. en particulier : CJCE, 9 juin 1992, *Lestelle c/ Commission*, aff. C-30/91 P, *Rec.*, p. I-3755, pt 28 ; CJCE, 15 décembre 1994, *Finsider c/ Commission*, aff. C-320/92 P, *Rec.*, p. I-5697, pt 37 ; CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 58.

222. CJUE, 5 juillet 2011, *Edwin c/ OHMI*, aff. C-263/09 P, *Rec.*, p. I-5853, pt 72.

Ambiguë, cette formule se prête à des interprétations divergentes du pouvoir de réformation du juge de la propriété intellectuelle. Selon une interprétation restrictive, ce juge ne peut réformer la décision attaquée qu'après avoir constaté son illégalité. Si cette interprétation était retenue, les substitutions des motifs seraient, en dépit de leur nombre, contraires aux limites de l'office de ce juge et ne pourraient être justifiées que dans le domaine du risque de confusion au regard de la nature spécifique de l'appréciation globale. Selon une interprétation plus extensive de la jurisprudence, en revanche, le juge de la propriété intellectuelle peut réformer la décision attaquée, en substituant, sans constater l'illégalité de cette décision, ses motifs sur la base des éléments de fait et de droit établis par la chambre de recours⁽²²³⁾. Le Tribunal serait ainsi habilité à « modifier [le] raisonnement » de la décision attaquée, dans la limite des questions adressées par la chambre de recours⁽²²⁴⁾. Assurant la cohérence de la pratique du contentieux de la propriété intellectuelle, cette dernière interprétation est préférable. La jurisprudence mériterait d'être clarifiée en ce sens.

En dépit de ces tensions et ambiguïtés inhérentes à la jurisprudence, celle-ci confirme, à nos yeux, l'existence de pouvoirs d'office propres au contentieux de la propriété intellectuelle, qui sont déconnectés et distincts de la notion de moyen d'ordre public. Un constat analogue s'impose s'agissant du contentieux des sanctions pour violation du droit européen de la concurrence.

§ 2. – L'appréciation autonome du montant de l'amende dans le contentieux des sanctions

Lors de l'examen des conclusions en réformation du montant de l'amende infligée par la Commission pour violation du droit européen de la concurrence, le juge apprécie l'amende et détermine, le cas échéant, son

223. C'est ainsi que l'interdiction de se substituer à la chambre de recours est généralement rappelée lorsque le Tribunal est appelé à statuer sur des questions ou éléments qui n'ont aucunement été abordés par la chambre de recours. Voy. pour des exemples : Trib. UE, 6 octobre 2011, *Seven c/ OHMI*, aff. T-176/10, non publié, pts 57-58 ; Trib. UE, 15 novembre 2011, *El Coto De Rioja c/ OHMI*, aff. T-276/10, non publié, pts 57-58 ; Trib. UE, 6 février 2013, *Maharishi Foundation c/ OHMI*, aff. T-412/11, non publié, pts 100-101 ; Trib. UE, 14 mai 2013, *Sanco c/ OHMI*, aff. T-249/11, *Rec. num.*, pts 67-70 ; Trib. UE, 4 février 2014, *Free c/ OHMI*, aff. T-127/12, non publié, pts 27-29 ; Trib. UE, 23 septembre 2014, *Nuna International c/ OHMI*, aff. T-195/12, non publié, pt 101 ; Trib. UE, 5 mai 2015, *Spa Monopole c/ OHMI*, aff. T-131/12, *Rec. num.*, pt 61.

224. Le juge ne saurait procéder à une appréciation à laquelle la chambre de recours n'a pas procédé : Trib. UE, 5 février 2016, *Kicktipp c/ OHMI*, aff. T-135/14, *Rec. num.* (extraits), pt 92.

montant correct et approprié. À cette fin, il s'accorde certaines libertés avec les limites de la contestation dont il est saisi, s'apparentant à l'examen d'office d'éléments de droit et/ou de fait non mis en cause par les parties. L'appréciation autonome du montant de l'amende et l'examen d'office par le juge (A), parfois inavoués et d'un maniement fort casuistique, doivent être conciliés avec la jurisprudence excluant un contrôle d'office en matière d'amendes et être distingués de la notion de moyen d'ordre public (B).

A. *Appréciation autonome du montant de l'amende et examen d'office*

La compétence de pleine juridiction confiée au juge des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence « habilit[e ce juge], au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée ». Elle est activée dès lors que « la question du montant de l'amende est soumise à [l']appréciation [du juge] »⁽²²⁵⁾. Celui-ci est ainsi appelé à « apprécier lui-même les circonstances de l'espèce et le type d'infraction en cause afin de déterminer le montant de l'amende »⁽²²⁶⁾, tout en devant respecter l'obligation de motivation ainsi que les principes d'égalité de traitement, de proportionnalité et d'individualisation des peines⁽²²⁷⁾. Le juge jouit à cet égard d'une large marge de manœuvre dans l'exercice de laquelle il peut être conduit à apprécier d'office le caractère tant légal⁽²²⁸⁾ qu'approprié de l'amende. Faute de systématique, les circonstances de ces appréciations peuvent, peu ou prou, être rassemblées en deux catégories, selon que l'appréciation autonome de l'amende et le contrôle d'office font suite à un constat d'illégalité ou d'irrégularité de la décision attaquée (1) ou interviennent au terme d'un rejet de tous les moyens et arguments des parties (2).

225. CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 61-62.

226. Voy. p. ex. : CJCE, 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec.*, p. 3461, pt 111 ; CJUE, 6 décembre 2012, *Commission c/ Verhuizingen Coppens*, aff. C-441/11 P, *Rec. num.*, pt 80 ; CJUE, 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe c/ Commission*, aff. C-580/12 P, *Rec. num.*, pt 75.

227. Voy. en particulier : CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 90. Voy. déjà, à propos de l'égalité de traitement : CJCE, 16 novembre 2000, *Sarrió c/ Commission*, aff. C-291/98 P, *Rec.*, p. I-9991, pt 97 ; CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. 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 617.

228. Voy. à ce propos : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 62 et s.

1) Appréciation autonome et contrôle d'office de l'amende après constat d'une illégalité ou irrégularité

Le juge peut procéder à une appréciation autonome du montant approprié de l'amende après avoir constaté une illégalité ou irrégularité commise par la Commission quant au constat de l'infraction ayant affecté la détermination dudit montant ou au calcul de celui-ci. Il le fait, le cas échéant, après avoir annulé l'amende infligée par la Commission. Tout d'abord, il arrive que le juge, tout en tirant, au stade de l'amende, les conséquences d'une illégalité, ajuste de sa propre initiative la méthode de calcul. Ainsi, après avoir constaté un défaut de preuve quant à l'étendue de la participation des requérantes à l'infraction ayant affecté l'évaluation de la gravité de celle-ci, le juge n'en valide pas moins la méthode de calcul de l'amende de la Commission, avant d'appliquer une « réduction supplémentaire », non prévue dans les lignes directrices, au titre dudit défaut de preuve⁽²²⁹⁾. Après avoir constaté une erreur dans l'évaluation de la durée de l'infraction, il détermine l'amende appropriée au regard de tous les éléments pertinents et, le cas échéant, module la réduction de l'amende plutôt que de la réduire proportionnellement à la durée réduite de l'infraction⁽²³⁰⁾.

Ensuite, il arrive qu'après avoir constaté une illégalité ou irrégularité ayant affecté le calcul de l'amende, le juge maintient, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, ce montant, dès lors qu'il lui paraît approprié pour d'autres motifs⁽²³¹⁾. Dans une affaire ancienne, la Cour de

229. CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pts 91-94.

230. Voy. en ce sens les exemples cités par I. FORRESTER (« A challenge for Europe's judges... », *op. cit.*, spéc. pp. 192-191), à savoir : CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma c/ Commission*, aff. 41/69, *Rec.*, p. 661, pts 153, 176 et 182-189 ; CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française e.a. c/ Commission*, aff. jtes 100/80 à 103/80, *Rec.*, p. 1825, pts 124 et 129-135 ; TPI, 7 juillet 1994, *Dunlop Slazenger c/ Commission*, aff. T-43/92, *Rec.*, p. II-441, pts 153-157 et 178-179.

231. Ainsi, « [l]orsque les considérations sur lesquelles la Commission s'est fondée pour fixer le montant de l'amende ou de l'astreinte infligée sont entachées d'une illégalité, mais que leur montant final doit être considéré comme approprié, la compétence de pleine juridiction habilite le juge à maintenir le montant de l'amende » : arrêts du Tribunal du 29 février 2016, *Kühne + Nagel International e.a. c/ Commission*, aff. T-254/12, non publié, pt 31 ; *UTi Worldwide e.a. c/ Commission*, aff. T-264/12, non publié, pt 232 ; *Schenker c/ Commission*, aff. T-265/12, *Rec. num.*, pt 32 ; *Deutsche Bahn e.a. c/ Commission*, aff. T-267/12, non publié, pt 35 ; *Panalpina World Transport (Holding) e.a. c/ Commission*, aff. T-270/12, non publié, pt 27. Voy. pour des illustrations d'étendue variable : TPI, 14 mai 1998, *Kartonfabrik de Eendracht c/ Commission*, aff. T-311/94, *Rec.*, p. II-1129, pts 337-339 ; TPI, 15 mars 2006, *BASF c/ Commission*, aff. T-15/02, *Rec.*, p. II-497, pt 354 ; Trib. UE, 30 novembre 2011, *Quinn Barlo e.a. c/ Commission*, aff. T-208/06, *Rec.*, p. II-7953, pt 201 ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin c/ Commission*, aff. T-357/06, *Rec. num.*, pts 301-303 (validé sur pourvoi : CJUE, 19 décembre 2013, *Koninklijke Wegenbouw Stevin c/ Commission*, aff. C-586/12 P, non publié, pt 34) ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Zucchetti Rubinetteria*

justice, tout en concluant au caractère suffisant de la preuve du comportement reproché, a aussi relevé que certains comportements particuliers n'avaient pas été établis. Mettant en avant la gravité de l'infraction commise, elle n'a pas pour autant réformé l'amende infligée par la Commission⁽²³²⁾.

Enfin, doivent être mentionnés des cas dans lesquels, après constat d'illégalités entachant la détermination de l'amende infligée par la Commission, le juge fixe lui-même, au regard de « sa propre appréciation, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce », un montant de l'amende de nature à « réprimer efficacement le comportement illégal [en cause] d'une manière qui n'est pas négligeable et qui reste suffisamment dissuasive » dans le respect du principe de proportionnalité⁽²³³⁾. Sans parler d'appréciation autonome, le juge modifie ou rectifie dans d'autres cas la méthode appliquée par la Commission⁽²³⁴⁾, le cas échéant au motif que

c/ Commission, aff. T-396/10, *Rec. num.*, pts 119, 147-149 et 152 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *Westfälische Drahtindustrie e.a. c/ Commission*, aff. T-393/10, *Rec. num.* (extraits), pts 332 et 358 (validé sur pourvoi : CJUE, ord., 7 juillet 2016, *Westfälische Drahtindustrie e.a. c/ Commission*, aff. C-523/15 P, *Rec. num.*, pts 35-40). Voy. également, s'agissant d'erreurs ayant affecté l'étendue de l'infraction constatée et/ou la détermination du montant de départ de l'amende : TPI, 9 juillet 2003, *Cheil Jedang c/ Commission*, aff. T-220/00, *Rec.*, p. II-2473, pts 100-103 ; TPI, 9 juillet 2003, *Kyowa Hakko Kogyo c/ Commission*, aff. T-223/00, *Rec.*, p. II-2553, pts 77-89 ; TPI, 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, aff. T-224/00, *Rec.*, p. II-2597, pts 197-206 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *Fapricela c/ Commission*, aff. T-398/10, *Rec. num.* (extraits), pts 143, 307-308 et 425-436 (validé sur pourvoi : CJUE, ord., 7 juillet 2016, *Fapricela c/ Commission*, aff. C-510/15 P, non publiée, pts 41-45 et 48).

232. CJCE, 25 octobre 1983, *AEG c/ Commission*, aff. 107/82, *Rec.*, p. 3151, pts 136-138.

233. Voy. en ce sens, avec ou sans annulation préalable de la décision en ce qu'elle a infligé une amende : Trib. UE, 5 octobre 2011, *Romana Tabacchi c/ Commission*, aff. T-11/06, *Rec.*, p. II-6681, pts 265-285 ; Trib. UE, 17 mai 2013, *Parker ITR et Parker-Hannifin c/ Commission*, aff. T-146/09, *Rec. num.*, pts 245-257 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *Fapricela c/ Commission*, aff. T-398/10, *Rec. num.* (extraits), pts 425-436 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *voestalpine et voestalpine Wire Rod Austria c/ Commission*, aff. T-418/10, *Rec. num.*, pts 447-469 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *Trafilerie Meridionali c/ Commission*, aff. T-422/10, *Rec. num.* (extraits), pts 397-408 ; Trib. UE, 14 juillet 2016, *Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin c/ Commission*, aff. T-146/09 RENV, *Rec. num.*, pts 170 et 178-187. L'arrêt *Parker* de 2013 a été partiellement annulé sur pourvoi avec renvoi devant le Tribunal, *inter alia* en ce que ce dernier n'avait pas suffisamment motivé le montant de l'amende qu'il avait fixé (CJUE, 18 décembre 2014, *Commission c/ Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin*, aff. C-434/13 P, *Rec. num.*, pts 84-87). La Cour de justice ne semble pas, toutefois, avoir condamné le principe même d'une appréciation autonome de l'amende par le Tribunal. Selon l'avocat général WATHELET, le Tribunal avait statué *ultra petita* en modifiant des aspects de l'amende non contestés par une partie requérante (concl., pts 104-111).

234. Voy. p. ex. : TPI, 12 décembre 2007, *BASF et UCB c/ Commission*, aff. jtes T-101/05 et T-111/05, *Rec.*, p. II-4949, pts 210, 213-223 et 235-243. Après avoir disqualifié le constat, par la Commission, d'une infraction unique et continue au motif que les comportements infractionnels en cause relevaient de deux infractions distinctes, dont l'une était prescrite (voy. à ce propos : É. BARBIER DE LA SERRE, « Un arrêt important sur la notion d'infraction complexe », *RLC*, 2008, n° 15, pp. 24-26), le Tribunal a, dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, réévalué les amendes infligées aux requérantes. S'agissant de BASF, il a affiné la

l'application de cette méthode « ne prendrait pas en compte l'ensemble des circonstances pertinentes »⁽²³⁵⁾. Une annulation partielle du constat d'infraction peut le conduire à réévaluer le montant de l'amende « au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce »⁽²³⁶⁾.

Dans ces affaires, c'est le constat d'une illégalité ayant affecté le calcul de l'amende qui « active » la pleine juridiction et conduit le juge, au-delà de la seule rectification arithmétique du calcul pour tirer des conséquences de l'illégalité, à déterminer lui-même le montant approprié de l'amende⁽²³⁷⁾. Se déliant de la méthode appliquée par la Commission, le juge la rectifie, l'affine, l'ajuste, parfois au regard de nouveaux éléments. Il le fait le cas échéant d'office, mais de manière souvent peu tangible, dissimulée et sans référence à un quelconque moyen d'ordre public. Il ne le fait pas pour autant systématiquement. Dans d'autres affaires, il se contente, en effet, de tirer, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, les conséquences

méthode appliquée par la Commission pour tenir compte de la durée de la participation à l'infraction, avec pour conséquence une réduction du montant de base (pts 219-220), avant de supprimer une réduction de 10 % appliquée par la Commission en conséquence de l'annulation partielle du constat d'infraction, avec pour effet une augmentation de l'amende infligée par la Commission (pts 222-223). S'agissant d'UBC, il a notamment ajusté le montant de base et majoré la réduction accordée par la Commission au titre de la coopération (pts 238-241), avec pour effet une réduction substantielle de l'amende (voy. à propos de ces réévaluations : Ph. KIENAPFEL, « EuG : Choline Chloride – The dawn of a new era ? », *ÖZK aktuell : Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht*, 2008, n° 32, pp. 32-36). Voy. pour des rectifications d'office du calcul de l'amende dans l'optique de sa mise en conformité avec les lignes directrices de la Commission : TPI, 9 juillet 2003, *Cheil Jedang c/ Commission*, aff. T-220/00, *Rec.*, p. II-2473, pts 223-231 ; TPI, 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c/ Commission*, aff. T-224/00, *Rec.*, p. II-2597, pts 371-379 ; TPI, 9 juillet 2003, *Daesang et Sewon Europe c/ Commission*, aff. T-230/00, *Rec.*, p. II-2733, pts 146-155.

235. Trib. UE, 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON c/ Commission*, aff. T-360/09, *Rec. num.*, pts 297-305 ; Trib. UE, 29 juin 2012, *GDF Suez c/ Commission*, aff. T-370/09, *Rec. num.*, pts 458-466. La prise en compte de « toutes les circonstances pertinentes » conduit le Tribunal à accorder une réduction moins élevée de l'amende par rapport à celle qui aurait été obtenue en application de la méthode de la Commission (comp. pts 299 et 305 de l'arrêt *E.ON Ruhrgas et E.ON c/ Commission* ; comp. pts 460 et 466 de l'arrêt *GDF Suez c/ Commission*).

236. Voy. p. ex. : CJUE, 6 décembre 2012, *Commission c/ Verhuizingen Coppens*, aff. C-441/11 P, *Rec. num.*, pts 79 et 82.

237. « [P]ar nature, la fixation d'une amende par le Tribunal n'est pas un exercice arithmétique précis. Par ailleurs, le Tribunal n'est pas lié par les calculs de la Commission ni par ses lignes directrices lorsqu'il statue en vertu de sa compétence de pleine juridiction [...], mais doit effectuer sa propre appréciation, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce » : TPI, 14 septembre 2004, *Aristrain c/ Commission*, aff. T-156/94, non publié, pt 43 ; Trib. UE, 5 octobre 2011, *Romana Tabacchi c/ Commission*, aff. T-11/06, *Rec.*, p. II-6681, pt 566. Il ne faut pas, toutefois, oublier que le Tribunal est tenu au respect du principe d'égalité de traitement de toutes les entreprises ayant participé à l'infraction lors de l'exercice de cette compétence. Par voie de conséquence, il sera fréquemment conduit à suivre la méthode employée par la Commission aux fins d'assurer le respect dudit principe (voy. p. ex. : Trib. UE, 27 février 2014, *InnoLux c/ Commission*, aff. T-91/11, *Rec. num.*, pts 165-166 ; *adde* : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. pp. 108-109) et devra fournir des raisons lorsqu'il s'en écarte.

de l'illégalité commise quant au constat de l'infraction ou au calcul de l'amende⁽²³⁸⁾, apparemment sans se livrer à sa propre appréciation de toutes les circonstances de l'espèce. Tout au plus entérinerait-il implicitement la méthode appliquée par la Commission. Cependant, une telle interprétation du silence paraît excessive. Il en va d'autant plus ainsi que le juge observe parfois explicitement que certains éléments de la méthode de calcul ne sont pas contestés avant de les utiliser aux fins de son calcul⁽²³⁹⁾.

Ces fluctuations illustrent la difficulté de saisir l'objet et la nature de la compétence de pleine juridiction attribuée au juge des amendes, ainsi que ses liens avec le contrôle de légalité. En fonction de la conception que les différentes formations de jugement se font de la pleine juridiction en matière d'amendes, les pouvoirs d'appréciation autonome de l'amende sont exercés de manière plus ou moins... autonome. En dépit des tergiversations quant à l'étendue de cette autonomie, la réalité des pouvoirs d'office ne fait, pour sa part, guère de doute. Leur exercice n'est par ailleurs pas conditionné par le constat préalable d'une illégalité.

2) Appréciation autonome et contrôle d'office de l'amende après rejet des moyens et arguments des parties

Même en l'absence d'illégalité susceptible d'avoir des répercussions sur le calcul de l'amende, le juge du plein contentieux peut, eu égard aux arguments des parties et à sa propre conviction, évaluer le montant approprié de l'amende. Les défenseurs d'une approche large et subjective de la compétence de pleine juridiction approuveraient certainement une telle liberté⁽²⁴⁰⁾. Poussée à son paroxysme, cette approche permettrait au juge, a-t-on même envisagé, de valider le montant de l'amende lorsqu'il a la

238. Tantôt, le juge ajuste l'amende au regard de l'illégalité (des illégalités) constatée(s) après avoir annulé la décision attaquée en ce qu'elle avait fixé un montant d'amende, voy. p. ex. : CJUE, 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe c/ Commission*, aff. C-580/12 P, *Rec. num.*, pts 76-80 ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *Shell Petroleum e.a. c/ Commission*, aff. T-343/06, *Rec. num.*, pts 237 et 277-279. Tantôt, il se contente, sans annuler la décision, de réduire le montant de l'amende, voy. p. ex. : CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission et Commission c/ Fresh Del Monte Produce*, aff. jtes C-293/13 P et C-294/13 P, *Rec. num.*, pt 202 ; Trib. UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission*, aff. T-587/08, *Rec. num.*, pts 878-880.

239. CJUE, 4 septembre 2014, *YKK e.a. c/ Commission*, aff. C-408/12 P, *Rec. num.*, pts 96-99. La Cour de justice précise que « les requérantes n'ont pas contesté la détermination du montant de départ de l'amende, opérée par la Commission » avant de s'appuyer sur ce montant (pt 97). *Adde* : TPI, 8 juillet 2004, *Corus UK c/ Commission*, aff. T-48/00, *Rec.*, p. II-2325, pt 220 ; TPI, 8 juillet 2004, *Dalmine c/ Commission*, aff. T-50/00, *Rec.*, p. II-2395, pt 348.

240. « [L]e Tribunal doit pouvoir se poser lui-même la question du caractère approprié du montant de l'amende, qu'il ait ou non accueilli les moyens d'annulation » : L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 826.

conviction de son caractère « approprié », sans même se prononcer, pour des motifs d'économie de procédure, sur des moyens de légalité⁽²⁴¹⁾. Une telle approche n'en comporte pas moins un risque sérieux et une apparence d'arbitraire, d'insécurité juridique et de différence de traitement. Excessive, elle doit, dès lors, être écartée.

L'appréciation autonome, d'office, de l'amende légale n'est pas exclue pour autant. En particulier, la jurisprudence ancienne comportait des exemples de telles appréciations après rejet des moyens de légalité avancés par les parties⁽²⁴²⁾. Elle laissait augurer d'un possible contrôle détaché des arguments de ces dernières⁽²⁴³⁾.

La jurisprudence comporte toujours en ses germes une habilitation du juge du plein contentieux à procéder, y compris de sa propre initiative et en l'absence de tout constat d'illégalité eu égard aux moyens et arguments des parties, à l'appréciation autonome du montant de l'amende. Aussi la compétence de pleine juridiction est-elle activée « lorsque la question du montant de l'amende est soumise à [l']appréciation [du juge] »⁽²⁴⁴⁾ et peut, le cas échéant, être exercée d'office⁽²⁴⁵⁾. En d'autres termes, dès lors que

241. L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE (*op. cit.*, spéc. pp. 861-862) proposent une réponse nuancée. Si le juge ne peut s'affranchir de l'examen de tout moyen de légalité, l'économie de procédure pourrait se justifier pour certains moyens opérant aux fins d'une annulation. L'approche trouve des illustrations jurisprudentielles : Trib. UE, 16 septembre 2013, *PROAS c/ Commission*, aff. T-495/07, non publié, pts 259-262 ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *voestalpine et voestalpine Wire Rod Austria c/ Commission*, aff. T-418/10, *Rec. num.*, pts 447-469.

242. Il n'était, en effet, pas rare que, après avoir achevé l'examen des moyens avancés par la partie requérante, la Cour de justice constatât, supposément d'office et au terme d'une appréciation autonome, le caractère *adéquat* ou *approprié* du montant de l'amende, voy. notamment les arrêts de la Cour de justice du 14 février 1972, *ICI c/ Commission*, aff. 48/69, *Rec.*, p. 619, pt 147 ; *BASF c/ Commission*, aff. 49/69, *Rec.*, p. 713, pt 38 ; *Bayer AG c/ Commission*, aff. 51/69, *Rec.*, p. 745, pt 42 ; *Geigy AG c/ Commission*, aff. 52/69, *Rec.*, p. 787, pt 53 ; *Francolor c/ Commission*, aff. 54/69, *Rec.*, p. 851, pt 107 ; *Cassella Farbwerke c/ Commission*, aff. 55/69, *Rec.*, p. 887, pt 44. Voy. pour un constat analogue de la part du Tribunal : TPI, 17 décembre 2003, *British Airways c/ Commission*, aff. T-219/99, *Rec.*, p. II-5917, pt 316.

243. Dans une affaire, la Cour de justice a conclu, de manière quelque peu sibylline, que « [l']examen des arguments des parties et du raisonnement de la Commission n'a pas fait apparaître des raisons justifiant une réduction des amendes[de sorte que] le moyen présenté à cette fin [devait] être rejeté » (CJCE, 11 juillet 1989, *Belasco e.a. c/ Commission*, aff. 246/86, *Rec.*, p. 2117, pt 68, nous soulignons). La référence à l'examen du raisonnement de la Commission pourrait suggérer que la Cour de justice procédait, outre à l'examen des arguments, à un examen autonome dudit raisonnement aux fins de réformer, le cas échéant sur la base de considérations relevées d'office, le montant de l'amende.

244. CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 61-62. Voy. également pour une interprétation en ce sens : É. BARBIER DE LA SERRE, « Compétence de pleine juridiction », *RLC*, 2008, n° 15, pp. 84-85, spéc. p. 84 ; L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 817.

245. Voy. en particulier : CJUE, 26 septembre 2013, *Alliance One International c/ Commission*, aff. C-679/11 P, non publié, pts 103-107, et les explications fournies *supra*, note n° 184 du présent Chapitre.

l'amende est déferée à son contrôle, le juge est appelé à forger sa propre idée de son caractère approprié au regard de la gravité et de la durée de l'infraction commise⁽²⁴⁶⁾. Par voie de conséquence, même après avoir rejeté tous les moyens et arguments avancés par la partie requérante, il peut statuer sur le montant de l'amende en suivant sa conviction personnelle.

Cette marge de contrôle autonome transparait tout particulièrement dans certaines formules du Tribunal, par lesquelles celui-ci, après avoir rejeté tous les moyens et arguments de la partie requérante, relève explicitement que l'amende infligée est appropriée et/ou qu'il n'y a pas lieu de la réformer⁽²⁴⁷⁾. Plus ponctuellement, le Tribunal a pu accorder une légère réduction d'amende, sur la base d'un motif apparemment relevé d'office, après avoir rejeté les moyens avancés par la partie requérante⁽²⁴⁸⁾. Le recours à de telles appréciations autonomes est toutefois loin d'être systématique. Il arrive à l'inverse que le juge rejette une demande tendant à la réformation de l'amende du simple fait du rejet de la demande d'annulation⁽²⁴⁹⁾.

Malgré les incertitudes entourant l'appréciation autonome des amendes et la variété des conceptions de la pleine juridiction qu'elles reflètent, il apparait que le juge des amendes est habilité à revoir le calcul de l'amende au-delà des limites de la contestation par les parties. Ces appréciations

246. Voy. en ce sens les arrêts du Tribunal du 29 février 2016, *Kühne + Nagel International e.a. c/ Commission*, aff. T-254/12, non publié, pts 30-33 ; *UTi Worldwide e.a. c/ Commission*, aff. T-264/12, non publié, pts 231-234 ; *Schenker c/ Commission*, aff. T-265/12, *Rec. num.*, pts 31-34 ; *Deutsche Bahn e.a. c/ Commission*, aff. T-267/12, non publié, pts 34-37. Voy. également en ce sens : concl. MADURO sous CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pt 49 ; concl. WATHELET sous CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 129.

247. Outre les arrêts cités *supra* (note n° 174 du présent Chapitre), voy. : TPI, 6 mai 2009, *Outokumpu et Luvata c/ Commission*, aff. T-122/04, *Rec.*, p. II-1135, pt 66 ; Trib. UE, 12 décembre 2012, *Electrabel c/ Commission*, aff. T-332/09, *Rec. num.*, pt 303. En 2005, É. BARBIER DE LA SERRE (« Exercice subsidiaire de la pleine juridiction en matière d'amendes », *RLC*, 2005, n° 5, p. 31) a déjà « not[é] une tendance récente de la part du Tribunal à exercer sa compétence de pleine juridiction de façon subsidiaire, même après avoir rejeté les griefs des parties, ce qui lui permet de renforcer la solidité de sa décision », et une tendance « à réserver une place plus grande qu'auparavant au caractère "approprié" (et non plus seulement "légal") du montant des amendes » (souligné par l'auteur). Voy. les arrêts cités par l'auteur : TPI, 29 avril 2004, *Tokai Carbon e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, *Rec.*, p. II-1181, pts 197, 223, 234, 273, 276, 294, 298, 337 et 374 ; TPI, 18 juillet 2005, *Scandinavian Airlines System c/ Commission*, aff. T-241/01, *Rec.*, p. II-2917, pt 245.

248. Voy. en ce sens, pour un calcul de l'amende conforme aux lignes directrices de la Commission : TPI, 9 juillet 2003, *Cheil Jedang c/ Commission*, aff. T-220/00, *Rec.*, p. II-2473, pts 223-231.

249. Voy. p. ex. : TPI, 22 novembre 2001, *AAMS c/ Commission*, aff. T-139/98, *Rec.*, p. II-3413, pt 104 ; Trib. UE, 18 juin 2013, *ICF c/ Commission*, aff. T-406/08, *Rec. num.*, pt 221. Ce faisant, le juge ne méconnaît ni son obligation de motivation ni sa compétence de pleine juridiction : CJUE, 9 octobre 2014, *ICF c/ Commission*, aff. C-467/13 P, non publié, pts 62-65.

d'office doivent être distinguées de la notion de moyen d'ordre public et conciliées avec la jurisprudence selon laquelle le contrôle de pleine juridiction en matière d'amendes n'équivaut pas à un contrôle d'office.

B. Conciliation avec la jurisprudence relative à l'absence de contrôle d'office et distinction de la notion de moyen d'ordre public

L'articulation des libertés que le juge des amendes s'arroge dans l'exercice de sa pleine juridiction avec la jurisprudence relative à l'office du juge de la pleine juridiction et à la nature du contrôle paraît de prime abord difficile. Ces libertés semblent en effet heurter de front la jurisprudence selon laquelle, les moyens d'ordre public mis à part, le contrôle des amendes n'équivaut pas à un contrôle d'office⁽²⁵⁰⁾. La souplesse et l'inconsistance avec laquelle ces appréciations d'office sont effectuées excluent d'emblée toute qualification de moyen d'ordre public. Celle-ci est par ailleurs d'autant plus improbable qu'elle ne ressort nullement de la jurisprudence, qui semble au contraire l'exclure⁽²⁵¹⁾. De surcroît, une telle qualification reviendrait à qualifier d'ordre public l'exercice même du pouvoir de pleine juridiction et à transformer ce dernier en contrôle exhaustif devant être opéré d'office. L'existence du pouvoir d'appréciation d'office aux contours relativement indéfinis conduit par ailleurs à questionner la pertinence de la notion de moyen d'ordre public dans ce contexte spécifique de pleine juridiction et met ainsi en avant sa nature éminemment fonctionnelle. Dépourvue d'incidence pratique, cette notion serait absorbée dans les pouvoirs d'office dérivés de la compétence de pleine juridiction.

La contradiction avec la jurisprudence relative à l'absence de contrôle d'office n'est toutefois qu'apparente. D'une part, il découle de cette jurisprudence que le juge de l'Union européenne n'est *pas tenu* de procéder à un contrôle d'office et exhaustif de l'amende. En ce sens, cette jurisprudence est mise en avant par le juge du pourvoi pour rejeter des arguments tirés d'une absence de contrôle exhaustif de l'amende ou d'un défaut de prise

250. Voy. en ce sens : concl. MENDOZZI sous CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, pts 43-45 et note n° 25 ; concl. MENDOZZI sous CJUE, 10 avril 2014, *Commission c/ Siemens Österreich e.a.*, aff. jtes C-231/11 P à C-233/11 P, *Rec. num.*, pt 107 et note n° 107 ; concl. WAHL sous CJUE, 17 décembre 2015, *Total Marketing Services c/ Commission*, aff. C-634/13 P, *Rec. num.*, pts 106-107. À propos de la jurisprudence sur l'absence de contrôle d'office, voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, A, 1. Une annonce ambiguë de moyens d'ordre public par la Cour de justice (pp. 374 et s.).

251. Voy. en ce sens : Trib. UE, 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON c/ Commission*, aff. T-360/09, *Rec. num.*, pts 298-299 et 305. Lors de la réformation de l'amende au regard d'une illégalité affectant la détermination de la durée de l'infraction, le Tribunal constate l'absence de moyen d'ordre public justifiant une réduction d'amende, mais ajuste apparemment d'office la méthode de calcul de l'amende de la Commission au détriment des requérantes.

en compte de certains éléments d'office⁽²⁵²⁾. De manière analogue, elle est rappelée par le juge de première instance face à des demandes tendant à ce qu'il procède à un examen global de l'amende au regard de tout élément qui lui paraîtrait pertinent⁽²⁵³⁾ ou en réponse à un moyen insuffisamment étayé pris d'une violation du principe de proportionnalité⁽²⁵⁴⁾. L'absence de contrôle d'office sert ainsi à responsabiliser la partie requérante, sur laquelle repose la charge de démontrer le caractère inapproprié, excessif, inéquitable de l'amende qui lui a été infligée et à restreindre l'étendue du contrôle obligatoire du juge.

D'autre part, il ressort de la combinaison de l'absence postulée de contrôle d'office ainsi que de la réalité et de la fréquence des appréciations d'office par le juge que, bien que le contrôle des amendes n'équivaille pas à un contrôle d'office, le juge n'est *aucunement empêché* de procéder à des rectifications du calcul de l'amende, en faveur ou en défaveur de la partie requérante, compte tenu de la conviction qu'il a lui-même acquise, au terme de l'examen des arguments des parties et de tous les éléments du dossier, quant au caractère (il)légal, (in)approprié, (in)juste et (in)équitable du montant de l'amende. La jurisprudence relative à l'absence de contrôle d'office n'interdit pas au juge de modifier d'office le montant de l'amende.

Partant, pour autant qu'il admette une conception large de la pleine juridiction, le juge des amendes s'estime investi de pouvoirs de contrôle d'office dont lui seul a la maîtrise et dont l'exercice n'est soumis qu'à un contrôle d'étendue limitée par le juge du pourvoi⁽²⁵⁵⁾. L'intérêt de la distinction des moyens d'ordre public et du pouvoir d'office s'en voit renforcé⁽²⁵⁶⁾.

252. Voy. p. ex. : CJUE, 19 décembre 2013, *Siemens c/ Commission*, aff. jtes C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, non publié, pts 332-341 ; CJUE, 22 octobre 2015, *AC-Treuhand c/ Commission*, aff. C-194/14 P, *Rec. num.*, pts 55, 75 et 77 ; CJUE, 9 juin 2016, *Repsol Lubricantes y Especialidades e.a. c/ Commission*, aff. C-617/13 P, *Rec. num.*, pts 76 et 85 ; CJUE, 26 janvier 2017, *Duravit e.a. c/ Commission*, aff. C-609/13 P, *Rec. num.*, pts 32-33, 36-37 et 42-43 ; CJUE, 27 avril 2017, *FSL e.a. c/ Commission*, aff. C-469/15 P, *Rec. num.*, pt 80.

253. Voy. en particulier : Trib. UE, 16 septembre 2013, *Duravit e.a. c/ Commission*, aff. T-364/10, non publié, pts 47-48 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10, *Rec. num.* (extraits), pt 264.

254. Voy. en particulier : Trib. UE, 28 juin 2016, *Portugal Telecom c/ Commission*, aff. T-208/13, *Rec. num.*, pts 273-277.

255. Le juge du pourvoi refuse, pour des motifs d'équité, de substituer son appréciation de l'amende à celle effectuée par le juge de première instance qui est seul compétent à cet effet (voy. la jurisprudence citée *supra*, note n° 171 du présent Chapitre). Il ne contrôle que le respect, par le juge de première instance, de l'obligation de motivation ainsi que des principes de proportionnalité, d'égalité de traitement et d'individualisation des peines dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction (voy. la jurisprudence citée *supra*, notes nos 171 et 227 du présent Chapitre).

256. Le juge du pourvoi contrôle, en effet, le respect, par le juge de première instance, de son obligation d'examiner les moyens d'ordre public (voy. *infra*, Partie 2, Titre 1. Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, dérogation à la passivité du juge, pp. 431 et s.).

Les pouvoirs d'office compensent dans une certaine mesure l'absence de moyens d'ordre public dans l'objectif d'un contrôle juridictionnel effectif et approfondi des décisions infligeant des amendes⁽²⁵⁷⁾. Ils expriment la « part de subjectivité non négligeable » dont le contentieux des amendes « demeure nécessairement affecté »⁽²⁵⁸⁾.

Ces pouvoirs d'office peuvent être exercés en toutes circonstances, que l'amende infligée par la Commission soit préalablement tenue pour illégale, inappropriée ou irrégulière au regard des arguments de la requérante ou non. Étrangers à la notion de moyen d'ordre public, ils dérivent de l'office du juge du plein contentieux⁽²⁵⁹⁾ saisi d'une demande de réformation de l'amende. Il reste, en revanche, à déterminer si, même en l'absence d'une telle demande, le juge peut statuer sur l'amende et la modifier. Cette question rejoint celle, plus large, des pouvoirs du juge du plein contentieux de statuer d'office au-delà des conclusions des parties.

SOUS-SECTION 2. – DES POUVOIRS DE STATUER D'OFFICE AU-DELÀ DES CONCLUSIONS DES PARTIES

Le juge de la légalité de l'Union européenne est tenu au respect du principe *ne ultra petita*⁽²⁶⁰⁾. Il ne peut statuer au-delà de l'objet du litige tel que défini par les conclusions des parties. Également présent dans le cadre du plein contentieux, ce principe y joue toutefois un rôle moindre⁽²⁶¹⁾. Dans l'exercice de ses pleins pouvoirs, le juge peut, en effet, parfois dépasser les conclusions des parties au détriment de l'une d'entre elles. Susceptible d'être activé d'office, sans que soit requis de moyen d'ordre

Ce constat singularise davantage la ligne de jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Commission c/ Tomkins* de la Cour de justice (CJUE, 22 janvier 2013, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*), dans le cadre du contrôle de pleine juridiction (voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. Des moyens d'ordre public insaisissables, pp. 379 et s.).

257. À propos de la fonction protectrice de la compétence de pleine juridiction, voy. *supra*, note n° 67 du présent Chapitre.

258. Ces termes sont empruntés à L. COUTRON, « Le ferme refus de la Cour de justice de réformer l'office du Tribunal dans le contentieux concurrentiel », *RTDE*, 2012, n° 1, pp. 182-185.

259. Ainsi, « [l]a compétence du juge est, au sens propre, une pleine juridiction, c'est-à-dire une pleine compétence pour apprécier et modifier le montant de l'amende, quel qu'en soit le sens » : B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 1003.

260. CJCE, 14 décembre 1962, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. jtes 46/59 et 47/59, *Rec.*, p. 783, spéc. p. 801 ; CJCE, 28 juin 1972, *Jamet c/ Commission*, aff. 37/71, *Rec.*, p. 483, pt 12 ; CJCE, 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, aff. C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, pt 52.

261. À l'exception, toutefois, du contentieux de la propriété intellectuelle, eu égard aux liens étroits qu'entretiennent le pouvoir de réformation et le contrôle de légalité (voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, B, 1. Les prémisses de la transposition : la dualité de l'office du juge, pp. 340 et s.). Ce contentieux sera dès lors écarté des développements qui suivent.

public, ce pouvoir conforte de nouveau la double assertion selon laquelle, d'une part, les notions de moyen d'ordre public et de pouvoir d'office ne sont pas équipollentes et, d'autre part, la quasi-absence des moyens d'ordre public spécifiques à la pleine juridiction se voit compensée par le renforcement des pouvoirs d'office du juge. C'est ainsi que le juge peut réformer le montant d'une amende infligée pour violation du droit européen de la concurrence en l'absence de toute demande à cet effet (§ 1). Plus encore, c'est également d'office qu'il peut, dans les contentieux de la fonction publique et du « manquement sur manquement », prononcer des condamnations pécuniaires non sollicitées (§ 2).

§ 1. – Des pouvoirs de réformer d'office le montant de l'amende en l'absence de demande

Le juge des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence est non seulement maître de la détermination du montant approprié de l'amende dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction. Il semble également l'être du déclenchement, de l'activation de cette compétence. Celle-ci pourrait ainsi être exercée en l'absence de toute conclusion tendant à la réformation du montant de l'amende. Cette possible « auto-saisine » pose la question des limites du pouvoir de pleine juridiction au regard du principe *ne ultra petita*⁽²⁶²⁾. Elle renouvelle le débat sur sa nature d'ordre public. Une telle qualification doit toutefois être écartée, compte tenu, d'une part, des justifications du pouvoir du juge de réduire d'office une amende infligée, en l'absence de conclusions régulières (A), et, d'autre part, des limites et incertitudes entourant le pouvoir d'augmentation d'office du montant de l'amende infligée, en l'absence de conclusions régulières (B).

A. Le pouvoir de réduire l'amende en l'absence de conclusions régulières

L'exercice de la pleine juridiction en faveur du requérant n'est pas soumis à une demande explicite de sa part. Saisi exclusivement d'une demande d'annulation de la décision infligeant une amende, le juge peut d'office réduire son montant. Ce pouvoir dérive d'une lecture extensive des conclusions de la partie requérante et des circonstances d'activation de la pleine juridiction. Il n'est, partant, qu'apparent (1). La jurisprudence récente de la Cour de justice semble toutefois sonner le glas de cette conception ancienne et extensive du pouvoir de pleine juridiction. Le pouvoir d'office s'en voit limité, voire remis en cause (2).

262. « [U]ne compétence de pleine juridiction qui serait déclenchée par le juge de son propre mouvement, sans que les parties ne l'aient sollicitée dans leurs conclusions, jure avec le principe *ne ultra petita* » : D. Bosco, *op. cit.*, spéc. p. 248.

1) Un pouvoir d'office apparent

De longue date, la Cour de justice autorise le juge saisi exclusivement d'une demande d'annulation d'une décision infligeant une amende à réduire le montant de celle-ci. Ce juge peut, apparemment d'office et au-delà des conclusions des parties, activer sa compétence de pleine juridiction. Ce pouvoir dérive de différents fondements jurisprudentiels complémentaires, qui induisent une conception étendue de la pleine juridiction. En vertu de celle-ci, le juge qui réduirait apparemment d'office le montant de l'amende au-delà des conclusions dont il est saisi non seulement n'intervient pas d'office mais encore ne statue pas *ultra petita*.

Ainsi, dès 1957, la Cour de justice a admis son pouvoir de réduire une amende en l'absence de toutes conclusions explicites à cette fin. D'une part, elle a fondé ce pouvoir sur l'existence de conclusions implicites, en estimant « que le passage de la requête invoquant la modeste situation de la requérante [pouvait] être interprété comme concluant, à titre subsidiaire, à une [...] réduction [de l'amende] »⁽²⁶³⁾. En d'autres termes, le juge peut déduire une demande implicite tendant à la réduction de ce montant d'arguments tendant à contester son montant. D'autre part, la Cour de justice a ajouté que, « même en l'absence de conclusions formelles, [elle] serait autorisée à réduire le montant d'une amende excessive, puisqu'un tel résultat ne dépasserait pas les limites du *petitum* mais, bien au contraire, aboutirait à accueillir partiellement la requête »⁽²⁶⁴⁾. Une demande d'annulation d'une décision infligeant une amende doit dès lors être comprise comme comportant une demande tendant à la réduction de cette amende⁽²⁶⁵⁾.

Ces fondements ont pu être réaffirmés⁽²⁶⁶⁾ et des amendes réduites en l'absence de toute demande⁽²⁶⁷⁾. Dans cette approche conceptuellement

263. CJCE, 10 décembre 1957, *ALMA c/ Haute Autorité*, aff. 8/56, *Rec.*, p. 179, spéc. p. 191, et concl. LAGRANGE, p. 199.

264. CJCE, 10 décembre 1957, *ALMA c/ Haute Autorité*, aff. 8/56, *Rec.*, p. 179, spéc. p. 191.

265. L'inverse serait également vrai, en ce sens qu'« un recours visant à obtenir du juge communautaire l'exercice de sa compétence de pleine juridiction à l'encontre d'une décision de sanction comprend ou recouvre nécessairement une demande d'annulation, totale ou partielle, de cette décision » : TPI, ord., 9 novembre 2004, *FNICGV c/ Commission*, aff. T-252/03, *Rec.*, p. II-3795, pt 25.

266. TPI, 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum c/ Commission*, aff. T-65/89, *Rec.*, p. II-389, pt 162 (conclusions implicites) ; Trib. UE, 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca c/ Commission*, aff. T-321/05, *Rec.*, p. II-2805, pt 884 (absence d'*ultra petita*) ; concl. MENGOTZI sous CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, note n° 25.

267. Voy. en particulier : Trib. UE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, *Rec.*, p. II-2035, pts 22 et 163-164. Saisi d'une demande d'annulation d'une décision infligeant une amende, le Tribunal estime qu'il y a lieu de procéder à la réformation de cette décision.

étonnante⁽²⁶⁸⁾, qui fait du contentieux de la pleine juridiction l'accessoire du contentieux de l'annulation⁽²⁶⁹⁾, le juge n'intervient d'office qu'en apparence. Il reste dans les limites de l'objet du litige circonscrit par les parties, tel que conçu par lui.

Aujourd'hui, ce pouvoir d'activation d'office de la compétence de pleine juridiction peut s'appuyer sur la jurisprudence habilitant le juge « à exercer sa compétence de pleine juridiction, lorsque la question du montant de l'amende est soumise à son appréciation »⁽²⁷⁰⁾. Eu égard à « la très grande généralité des termes utilisés »⁽²⁷¹⁾, l'exercice de la compétence de pleine juridiction peut ainsi être déclenché du fait non seulement d'une demande explicite ou implicite en réformation, mais encore, en l'absence d'une telle demande, du fait d'arguments tendant à mettre en cause le montant de l'amende, voire même du seul fait de l'introduction d'un recours en annulation à l'encontre d'une décision infligeant une amende⁽²⁷²⁾.

Une telle lecture s'impose d'autant plus par analogie avec l'interprétation extensive du pouvoir de pleine juridiction du juge de la fonction publique⁽²⁷³⁾. Dans ce contexte, le simple caractère pécuniaire du litige porté devant le juge habilite celui-ci à recourir à sa compétence de pleine juridiction et, le

268. Les pouvoirs du juge de la légalité et ceux du juge du plein contentieux divergent, de sorte qu'il peut paraître étonnant de voir dans une demande tendant à l'exercice des pouvoirs d'annulation, en vertu desquels le juge ne saurait se substituer à l'institution défenderesse, une demande tendant à l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction habilitant le juge à réformer l'acte et, ainsi, à se substituer à cette institution. Du fait de ces difficultés conceptuelles, l'analogie proposée entre la solution issue de l'arrêt *ALMA c/ Haute Autorité*, précité, et la jurisprudence relative au pouvoir du juge de la légalité de prononcer, au lieu d'une annulation totale sollicitée, une annulation partielle (M. COURNOT, *op. cit.*, spéc. pp. 122-123) est peu opportune. Il en va d'autant plus ainsi que l'annulation partielle est subordonnée au respect de la substance de l'acte attaqué, au risque pour le juge de se substituer à l'auteur de celui-ci.

269. B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 976.

270. CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 61-62.

271. É. BARBIER DE LA SERRE, « Le principe dispositif et la pleine juridiction », *RLC*, 2007, n° 11, p. 85.

272. Voy. à ce propos les explications fournies par L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 812-822. Voy. toutefois, pour une limitation du principe issu de l'arrêt *Groupe Danone c/ Commission*, précité, à la présentation de conclusions visant l'amende infligée par la Commission : concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pts 38-39.

273. Ce rapprochement a déjà été opéré par la doctrine (É. BARBIER DE LA SERRE, « Le principe dispositif et la pleine juridiction », *op. cit.*, spéc. p. 85 ; L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 814-816 ; B. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 898) et envisagé par le juge dans le contexte des exigences du principe du contradictoire lorsque le juge de la fonction publique entend majorer un dédommagement et lorsque le juge des amendes entend majorer l'amende (Trib. UE, 12 mai 2010, *Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P, *Rec. num.*, pts 88-89). Pertinente lorsque le juge réduit l'amende dans l'intérêt de la partie requérante, cette analogie rencontre, à nos yeux, ses limites face à l'augmentation de l'amende dans la mesure où celle-ci est effectuée au détriment des intérêts du requérant.

cas échéant, à procéder à des condamnations d'office⁽²⁷⁴⁾. Par analogie, la seule présence de l'amende dans la décision contestée habiliterait le juge à activer d'office sa compétence de pleine juridiction en l'absence de toute demande en ce sens. Dans les deux cas, la compétence de pleine juridiction est exercée, conformément à sa finalité protectrice, au profit de la partie requérante dans le but de donner au litige une solution complète dans les limites, largement comprises, du *petitum*.

Ainsi conçu, le pouvoir d'activer d'office la pleine juridiction aux fins de réduire le montant d'une amende en l'absence de toute demande explicite n'est qu'une illusion. La compétence de pleine juridiction se trouve potentiellement activée du seul fait que l'amende soit mise en cause, « d'une façon ou d'une autre »⁽²⁷⁵⁾, devant le juge. Celui-ci n'intervient d'office qu'en apparence. Cette conception fait perdre sa pertinence à la question du caractère d'ordre public de la compétence de pleine juridiction. Elle pourrait avoir été remise en cause dans certains arrêts apparemment discordants.

2) Un pouvoir d'office limité, voire remis en cause

Le pouvoir de réduire l'amende en l'absence de conclusions n'est pas sans limites. D'une part, des limites découlent des bornes du litige porté devant le juge et de la compétence de pleine juridiction. Ainsi, le juge ne saurait en principe réformer des amendes infligées à des tiers au litige⁽²⁷⁶⁾, bien que la jurisprudence ne semble pas encore tout à fait forgée à cet égard⁽²⁷⁷⁾.

274. Voy. en ce sens : CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pts 44 et 48.

275. É. BARBIER DE LA SERRE, « Le principe dispositif et la pleine juridiction », *op. cit.*, spéc. p. 85.

276. CJUE, 10 avril 2014, *Commission c/ Siemens Österreich e.a.*, aff. jtes C-231/11 P à C-233/11 P, *Rec. num.*, pts 126-130, et concl. MENGGOZZI, pts 157-159. La Cour de justice a considéré que, en réformant une amende infligée à titre solidaire à trois sociétés dont seulement deux avaient formé un recours, le Tribunal a statué *ultra petita*. L'amende infligée à la société n'ayant pas formé de recours ne pouvait être considérée comme ayant été soumise à son appréciation. Par ailleurs, la réformation de l'amende était en l'occurrence « susceptible d'être désavantageuse » pour l'une des requérantes.

277. Voy. pour des réformations d'amendes à l'égard de sociétés n'ayant pas formé de recours recevable : CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission* et *Commission c/ Fresh Del Monte Produce*, aff. jtes C-293/13 P et C-294/13 P, *Rec. num.*, pt 202 ; Trib. UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission*, aff. T-587/08, *Rec. num.*, pts 878-880 (réduction de l'amende infligée, à l'article 2, sous c), de la décision attaquée, solidairement à la filiale qui avait matériellement commis l'infraction et à sa société mère qui avait été tenue responsable des agissements de sa filiale, alors même que seule la société mère a formé un recours recevable à l'occasion duquel la filiale intervenait) ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Panasonic et MT Picture Display c/ Commission*, aff. T-82/13, *Rec. num.* (extraits), pt 1 du dispositif (réformation de l'amende à l'égard de Toshiba Corp., qui n'était pas requérante). Il serait cohérent de déduire de ces arrêts, lus ensemble avec l'arrêt *Commission c/ Siemens*

Il ne saurait davantage infliger une amende au titre d'une infraction non constatée par la Commission⁽²⁷⁸⁾.

D'autre part, la Cour de justice subordonne parfois l'exercice de la pleine juridiction à l'existence d'une demande des requérants⁽²⁷⁹⁾. Elle semble ainsi opter pour une lecture restrictive de la notion d'amende soumise à l'appréciation du juge, qui serait dorénavant subordonnée à la présentation de conclusions explicites tendant à la réduction du montant de l'amende⁽²⁸⁰⁾. Outre le fait qu'une telle lecture serait probablement sans grande incidence en pratique⁽²⁸¹⁾, il semble toutefois peu probable que la Cour de justice ait entendu revenir sur le pouvoir qu'elle a elle-même reconnu au juge il y a près de soixante ans⁽²⁸²⁾. Si toutefois une telle lecture devait être retenue, la question même de l'activation d'office de la compétence de pleine juridiction du juge des sanctions perdrait son intérêt pratique. Il en irait d'autant plus ainsi de la question de son pouvoir de majorer d'office le montant de l'amende.

Österreich e.a., cité à la note précédente, que le juge ne saurait réformer une amende infligée à un tiers lorsqu'une telle réformation est susceptible d'entraîner une majoration de l'amende dont est redevable une société ayant formé un recours.

278. CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pts 75-79, et concl. JÄÄSKINEN, pts 61 et 65. Déjà, la doctrine a affirmé que le juge des sanctions ne pouvait infliger une amende distincte, nouvelle : K. P. E. LASOK et T. MILLET, *Judicial Control in the EU : procedures and principles*, Richmond, Richmond, 2004, 431 p., spéc. p. 74.

279. Voy. en ce sens : CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 71. Cette compétence s'exercerait « sur demande des requérants ». Voy. pour une reprise de l'exigence d'une demande : CJUE, ord., 7 juillet 2016, *Westfälische Drahtindustrie e.a. c/ Commission*, aff. C-523/15 P, *Rec. num.*, pt 30 ; Trib. UE, 15 décembre 2016, *Philips et Philips France c/ Commission*, aff. T-762/14, non publié, pt 319.

280. Telle a été la lecture proposée par l'avocat général JÄÄSKINEN : concl. sous CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pts 38-39. Dans le même sens par ailleurs, le juge A. ARABADJEV (*op. cit.*, spéc. p. 401) a précisé, dans une étude, que « both review of legality and "unlimited" review remain subject to a request of one of the parties which is a prerequisite for their exercise » (nous soulignons).

281. « [I]l est constant, surtout depuis l'augmentation exponentielle du montant des amendes, que les recours dans le cadre desquels le juge de l'Union n'est pas invité à exercer ses pouvoirs de pleine juridiction ne sont pas légion » : L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 808. Voy. pour un constat analogue : D. BOSCO, *op. cit.*, spéc. p. 247.

282. Voy. à propos du revirement par la Cour de justice de l'Union européenne : É. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 427 p. Adde : B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, n° 4, pp. 741-770 ; D. SIMON et A. RIGAUX, *op. cit.*, spéc. pp. 573 et s.

B. *Le pouvoir d'augmenter l'amende en l'absence de conclusions régulières*

Le pouvoir du juge des sanctions d'augmenter l'amende à l'occasion d'un recours formé par la société tenue à son paiement a suscité des interrogations. Il est aujourd'hui clairement admis (1) et semblerait même pouvoir être exercé d'office, en l'absence de toute demande tendant à la majoration de l'amende (2).

1) Le pouvoir d'augmenter l'amende

L'augmentation, par le juge, de l'amende infligée par la Commission rejoint la question délicate de la *reformatio in pejus*, en sus de celle des limites du *petitum*. La *reformatio in pejus* « [désigne], à l'occasion d'un recours, l'aggravation de la peine initialement prononcée »⁽²⁸³⁾. Le juge peut-il rendre une décision qui place la partie qui a initié la procédure dans une situation moins favorable que sa situation initiale ?

La réponse à cette question, que la Cour de justice n'a explicitement abordée que dans le contexte du relevé d'office par le juge national⁽²⁸⁴⁾, est affirmative. Ainsi, en dépit des réticences doctrinales⁽²⁸⁵⁾, il est admis sans ambages que la compétence de pleine juridiction permet au juge non seulement de supprimer ou de réduire l'amende, mais encore de l'augmenter⁽²⁸⁶⁾. Ce pouvoir dérive, en effet, du traité FUE et de l'article 31 du règlement (CE) n° 1/2003⁽²⁸⁷⁾ et a d'ores et déjà été exercé par le juge de

283. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 877.

284. CJCE, 25 novembre 2008, *Heemskerk et Schaap*, aff. C-455/06, *Rec.*, p. I-8763, pt 46. Voy. à ce propos : S. CAZET, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt Heemskerk », *Europe*, 2009, n° 7, étude 7, pp. 4-8 ; A. BOUVERESSE, « La fraude fiscale et le relevé d'office », *Europe*, 2014, n° 4, comm. 174.

285. Réticences fondées sur le principe *ne ultra petita* : J.-V. LOUIS, *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, 517 p., spéc. p. 327 ; L. PLOUVIER, « Le contentieux de pleine juridiction... », *op. cit.*, spéc. p. 370 ; H. G. SCHERMERS et D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, spéc. p. 580 ; D. Waelbroeck et M. Waelbroeck, *op. cit.*, spéc. p. 95. Encore aujourd'hui, ce pouvoir est qualifié de « plus difficilement compréhensible » que celui de réduire l'amende : D. BOSCO, *op. cit.*, spéc. p. 255. Voy. *infra*, sous 2. L'augmentation d'office de l'amende (pp. 408 et s.).

286. Voy. explicitement : CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 61-62 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 130 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 198 ; CJUE, 18 décembre 2014, *Commission c/ Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin*, aff. C-434/13 P, *Rec. num.*, pt 74 ; CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 88. Voy. à propos de ces questions l'excellente synthèse opérée par B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, *op. cit.*, spéc. pp. 1001-1006.

287. Règlement précité (voy. *supra*, note n° 22 du présent Chapitre).

l'Union européenne. Le Tribunal se montrerait par ailleurs de plus en plus enclin à augmenter des amendes infligées par la Commission⁽²⁸⁸⁾.

De ce fait, il n'existe pas, dans ce contexte de la pleine juridiction, de principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*⁽²⁸⁹⁾. Le requérant, contestant une décision par laquelle la Commission lui a infligé une amende, ne saurait avoir, pour ainsi dire, de confiance légitime en le fait que ladite amende ne soit pas augmentée par le juge⁽²⁹⁰⁾. Bien que la compétence de pleine juridiction soit destinée à assurer une protection renforcée des sociétés destinataires d'amendes, le pouvoir d'augmentation de telles amendes serait justifié par l'exigence corrélative d'une protection des intérêts des consommateurs⁽²⁹¹⁾. Dès lors qu'il est constant que la protection des consommateurs a conduit la Cour de justice à renforcer les pouvoirs d'office obligatoires du juge national⁽²⁹²⁾, se pose la question de savoir si et dans quelle mesure cet objectif conduit à des augmentations d'office des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence.

2) L'augmentation d'office de l'amende

S'interrogeant sur la possibilité pour le juge d'augmenter l'amende, la doctrine n'a pas manqué de relever que ce pouvoir « peut poser problème dans la mesure où [il] amènerait la juridiction [de l'Union], saisie par l'entreprise à statuer au-delà du *petitum* »⁽²⁹³⁾. Tandis que la partie requérante a tendance à solliciter une réduction du montant de l'amende, non sa majoration, celle-ci peut être demandée par voie de conclusions reconventionnelles de la part de la Commission. La question se pose toutefois, de savoir si, même en l'absence d'une telle demande, le juge peut majorer l'amende. Cette possibilité est une réalité certaine⁽²⁹⁴⁾, dont les

288. É. BARBIER DE LA SERRE et E. LAGATHU, « The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings : Faster, Higher, Harsher », *op. cit.*, spéc. pp. 343-344.

289. Voy. également en ce sens : concl. KOKOTT sous CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission* et *Commission c/ Fresh Del Monte Produce*, aff. jtes C-293/13 P et C-294/13 P, *Rec. num.*, pt 273.

290. Voy. en ce sens : CJUE, 30 mai 2013, *Quinn Barlo e.a. c/ Commission*, aff. C-70/12 P, non publié, pts 52 et s.

291. Son exercice devrait toutefois être rare : P. MENGOLZI, *op. cit.*, spéc. pp. 226-229.

292. Voy. en particulier : CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, p. I-4941, pts 25-29 ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Rec.*, p. I-10875, pts 32-36 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*, p. I-10421, pts 27-28 et 38.

293. J. RIDEAU et F. PICOD, *op. cit.*, spéc. p. 197. *Adde* : D. HENRY, « Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face à la censure du juge européen », *CDE*, 2006, nos 1-2, pp. 35-66, spéc. pp. 64-66.

294. Voy. déjà en faveur d'un pouvoir d'office de majorer le montant de l'amende : concl. MAYRAS sous CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors c/ Commission*, aff. 26/75, *Rec.*, p. 1367, spéc. p. 1390 ; concl. VERLOREN VAN THEMATAAT sous CJCE, 10 décembre 1985, *Stichting*

fondements, justifications et modalités mériteraient toutefois une réflexion plus approfondie et un recadrage.

En pratique, le juge procède, y compris d'office, à deux types de majorations des amendes⁽²⁹⁵⁾. D'une part, la majoration peut être relative. Ainsi, après avoir constaté une erreur ou irrégularité commise par la Commission ayant entraîné l'infliction d'une amende trop élevée, le juge ajuste, de sa propre initiative et dans un sens défavorable à la partie requérante, la méthode de calcul employée par la Commission⁽²⁹⁶⁾. Dans d'autres cas, tout en ayant relevé une erreur ou irrégularité commise par la Commission susceptible d'avoir affecté la détermination du montant de l'amende, il maintient, dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, le niveau de l'amende infligée pour d'autres motifs⁽²⁹⁷⁾. *De facto*, en refusant de réduire le montant de l'amende ou en le réduisant dans une mesure moindre qu'il ne l'aurait réduit en application de la méthode de la Commission, le juge procède d'office à sa majoration⁽²⁹⁸⁾. Dans la mesure toutefois où la requérante sort du prétoire du Tribunal avec une amende qui ne dépasse pas celle initialement infligée par la Commission, ce premier type de majoration s'inscrit en réalité dans les pouvoirs d'appréciation autonome et d'office de l'amende. Le juge reste formellement dans le champ du litige, en sorte qu'il paraît difficile de lui reprocher d'avoir statué au-delà des conclusions de la partie requérante.

D'autre part, il est arrivé très exceptionnellement que le juge inflige une amende supérieure à celle évaluée par la Commission. Le Tribunal a envisagé à quelques reprises de majorer l'amende pour défaut de collaboration

Sigarettenindustrie c/ Commission, aff. jtes 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, *Rec.*, p. 3831, spéc. p. 3851. *Adde* : L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 821-822 ; J.-Ph. CHRISTIENNE, « Tendances en matière de mesures correctives et de sanctions », in V. GIACOBBO-PEYRONNEL et Ch. VERDURE (dir.), *op. cit.*, pp. 273-308, spéc. pp. 300-301 ; D. GERADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTDE*, 2005, n° 4, pp. 795-837, spéc. point IV ; D. HENRY, *op. cit.*, spéc. p. 65 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 63.

295. Voy. à ce propos : M. POLZIN, « Die Erhöhung von Kartellbußgeldern durch den Unionsrichter », *WuW*, 2011, n° 5, pp. 454-462, spéc. p. 455.

296. Voy. en ce sens : CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 60-64 ; TPI, 25 octobre 2005, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. T-38/02, *Rec.*, p. II-4407, pts 519-525 ; Trib. UE, 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON c/ Commission*, aff. T-360/09, *Rec. num.*, pts 297-305 ; Trib. UE, 29 juin 2012, *GDF Suez c/ Commission*, aff. T-370/09, *Rec. num.*, pts 458-466. Voy. en revanche pour un exemple contraire, décelé par É. BARBIER DE LA SERRE (« Absence d'exercice de la pleine juridiction d'office à la hausse », *RLC*, 2009, n° 20, pp. 77-78) : TPI, 30 avril 2009, *Nintendo et Nintendo of Europe c/ Commission*, aff. T-13/03, *Rec.*, p. II-975.

297. Voy. les exemples cités *supra*, note n° 231 du présent Chapitre.

298. Voy. également en ce sens : L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 821 ; É. BARBIER DE LA SERRE et E. LAGATHU, « The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings : Faster, Higher, Harsher », *op. cit.*, spéc. p. 344.

active d'une entreprise avec la Commission, sans toutefois y avoir recouru pour l'instant⁽²⁹⁹⁾. Il a réalisé une réelle augmentation d'amende dans l'arrêt *BASF et UCB c/ Commission* du 12 décembre 2007⁽³⁰⁰⁾. Dans cette affaire, le Tribunal a partiellement annulé la décision attaquée en ce que la Commission avait constaté la participation des requérantes à une infraction unique et continue, alors que, selon le Tribunal, les deux volets de cette infraction constituaient deux comportements infractionnels distincts dont le premier était prescrit. Cette annulation partielle s'est néanmoins traduite par une « victoire à la Pyrrhus » pour BASF⁽³⁰¹⁾ dont l'amende a été augmentée. Du fait de la scission de l'infraction unique en deux infractions, le Tribunal a, en effet, été conduit à supprimer une réduction d'amende accordée par la Commission. Cette majoration a été prononcée d'office, en l'absence de demande tendant à l'augmentation de l'amende⁽³⁰²⁾, après organisation d'un débat contradictoire à l'audience⁽³⁰³⁾.

Une telle majoration heurte de prime abord l'interdiction de statuer *ultra petita*. Dans d'autres affaires, le Tribunal a ainsi refusé de majorer l'amende à défaut de demande explicite⁽³⁰⁴⁾. Comment peut-on justifier, en effet, qu'un

299. Voy. en ce sens : Trib. UE, 27 septembre 2012, *Shell Petroleum e.a. c/ Commission*, aff. T-343/06, *Rec. num.*, pt 118 ; Trib. UE, 27 février 2014, *InnoLux c/ Commission*, aff. T-91/11, *Rec. num.*, pt 168. Le Tribunal semblerait pouvoir procéder à une telle majoration d'office. *Adde* : concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 38.

300. TPI, 12 décembre 2007, *BASF et UCB c/ Commission*, aff. jtes T-101/05 et T-111/05, *Rec.*, p. II-4949, pts 210, 213-223 et 235-243. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice.

301. É. BARBIER DE LA SERRE, « Un arrêt important sur la notion d'infraction complexe », *op. cit.*, spéc. p. 25.

302. TPI, 12 décembre 2007, *BASF et UCB c/ Commission*, aff. jtes T-101/05 et T-111/05, *Rec.*, p. II-4949, pt 33.

303. *Id.*, pt 212.

304. TPI, 8 juillet 2004, *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, pts 574-579. Le motif de ce refus n'est toutefois pas univoque. Le Tribunal a constaté une violation du principe d'égalité de traitement entre les producteurs européens et les producteurs japonais ayant participé à l'entente, au détriment de ces derniers (pt 574). Dès lors que le calcul du montant des amendes infligées aux producteurs japonais était licite, la solution la plus appropriée eût été d'augmenter les amendes infligées aux producteurs européens. Ceux-ci avaient également formé des recours (pt 576) et demandé la reformation des amendes, de sorte que le Tribunal pouvait faire exercice de son pouvoir de pleine juridiction et les majorer (pt 577). Il préféra cependant réduire les amendes infligées aux producteurs japonais, motif pris de ce que la Commission n'avait pas formellement présenté de conclusions tendant à l'augmentation des amendes infligées aux producteurs européens dans les recours formés par ces derniers et que, dès lors, ceux-ci n'avaient pas été entendus à propos d'une éventuelle majoration (pts 578-579). Il n'est pas clair si le motif principal était l'absence de demande de la part de la Commission ou l'absence de débat contradictoire. Il n'est pas exclu que le Tribunal s'estimait habilité à augmenter l'amende même en l'absence de demande, pour autant qu'il entende les parties requérantes concernées. Voy. également : TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pt 239.

juge saisi d'une demande de réduction de l'amende finisse par l'augmenter ? D'emblée et à très juste titre, il a été relevé que les justifications du pouvoir de réduction d'office, tirées dans l'arrêt *ALMA c/ Haute Autorité* de 1957 des conclusions implicites de la requérante et de l'accueil partiel de sa demande⁽³⁰⁵⁾, ne pouvaient être transposées à l'hypothèse d'une majoration d'office, laquelle s'opère au détriment de la requérante⁽³⁰⁶⁾. De même, l'analogie avec le contentieux de la fonction publique est peu convaincante dans la mesure où, tandis que la condamnation d'office joue au profit du fonctionnaire requérant, la majoration d'office de l'amende s'effectue au détriment de la société requérante⁽³⁰⁷⁾.

En revanche, le pouvoir de majorer d'office l'amende a pu être rattaché à une lecture extensive, mais peu élégante⁽³⁰⁸⁾ et discutable de la jurisprudence issue de l'arrêt *Groupe Danone c/ Commission* de 2007, précité⁽³⁰⁹⁾. Ainsi, « l'enclenchement de la pleine juridiction équivaut au pouvoir du Tribunal d'augmenter l'amende, alors que la demande des parties porte uniquement sur sa réduction »⁽³¹⁰⁾, autrement dit au pouvoir de statuer « *contra petita* »⁽³¹¹⁾. Par voie de conséquence, le principe *ne ultra petita* ne jouerait qu'un rôle limité dans le contexte de la pleine juridiction en matière d'amendes⁽³¹²⁾. En cas d'augmentation de l'amende, le juge est tenu au dû

305. CJCE, 10 décembre 1957, *ALMA c/ Haute Autorité*, aff. 8/56, *Rec.*, p. 179, spéc. p. 191. Voy. *supra*, ce §, A. Le pouvoir de réduire l'amende en l'absence de conclusions régulières (pp. 402 et s.).

306. Voy. en ce sens : J.-V. LOUIS, *op. cit.*, spéc. p. 327 ; L. PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice...*, *op. cit.*, spéc. p. 167 ; L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. pp. 815-816. *Adde* : concl. POIARES MADURO sous CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, note n° 39.

307. Voy. *supra*, note n° 273 du présent Chapitre.

308. Qualificatif emprunté à L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 822.

309. TPI, 12 décembre 2007, *BASF et UCB c/ Commission*, aff. jtes T-101/05 et T-111/05, *Rec.*, p. II-4949, pt 214. Voy. également en ce sens : É. BARBIER DE LA SERRE, « Compétence de pleine juridiction », *op. cit.*, spéc. p. 85 ; *id.*, « Le principe dispositif et la pleine juridiction », *op. cit.* Il faut toutefois préciser que, si, dans les circonstances de l'affaire *Groupe Danone c/ Commission*, précitée, le Tribunal a appliqué une méthode de calcul de l'amende défavorable à la partie requérante, il avait néanmoins réduit le montant de l'amende. La Cour de justice n'a en revanche pas encore statué sur la question de savoir si le Tribunal peut, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, infliger une amende supérieure à celle infligée par la Commission en l'absence de demande explicite en ce sens.

310. Concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 38.

311. L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *op. cit.*, spéc. p. 822.

312. Voy. notamment : *id.*, spéc. pp. 816 et 819-822 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. pp. 630-631 ; concl. POIARES MADURO sous CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pt 49 ; concl. MINGOZZI sous CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, pt 37 ; concl. WAHL sous CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pt 67. L'exercice du pouvoir de pleine juridiction du juge des sanctions n'est toutefois pas illimité (voy. *supra*,

respect des droits de la défense de la partie requérante⁽³¹³⁾ à travers, en particulier, l'organisation d'un débat contradictoire sur le point examiné d'office⁽³¹⁴⁾.

Il est toutefois raisonnable de s'attendre à ce que l'exercice d'office de ce pouvoir reste exceptionnel et confiné à des cas isolés⁽³¹⁵⁾. Il en va d'autant plus ainsi qu'en l'absence de confirmation explicite de ce pouvoir d'office par la Cour de justice⁽³¹⁶⁾ et eu égard à la subordination récente de l'exercice de la pleine juridiction à une demande de la partie requérante⁽³¹⁷⁾, la question ne semble pas encore être définitivement tranchée. Latent, l'objectif de protection des consommateurs est ainsi, par comparaison avec son incidence devant le juge national, nettement moins prégnant dans le contentieux des sanctions pour violation du droit européen de la concurrence et n'exerce guère d'influence sur les pouvoirs d'office obligatoires du juge. Cette différence s'explique très certainement par la différence d'objet des procédures considérées ainsi que la différence de degré de protection des consommateurs⁽³¹⁸⁾. Étendus, les pouvoirs d'office du juge du plein contentieux des sanctions sont en tout cas subordonnés à l'existence d'une amende dont ce juge contrôle le caractère légal, approprié, équitable, juste, voire opportun. La délimitation exacte de ces pouvoirs d'office reste encore entachée de quelques incertitudes et ambiguïtés qui mériteraient d'être dissipées. Ce double constat contraste avec le pouvoir consacré du juge de prononcer d'office des condamnations pécuniaires non

ce §, A, 2. Un pouvoir d'office limité, voire remis en cause, pp. 405 et s.). Nous ne pouvons donc souscrire à la thèse selon laquelle « la règle *ne ultra petita* ne s'applique pas au contrôle de pleine juridiction », défendue par M. COURNOT (*op. cit.*, spéc. pp. 123-124).

313. En ce sens, il a pu être affirmé que le pouvoir du juge d'augmenter l'amende devait être envisagé non sous l'angle de l'interdiction de statuer *ultra petita*, mais sous l'angle des droits de la défense (K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. pp. 630-631). Dans le même sens, B. BERTRAND (*Le juge de l'Union européenne, juge administratif, op. cit.*, spéc. p. 1003) a mis l'accent sur le respect, par le juge, des droits de la défense des sociétés requérantes.

314. Voy. également à propos des liens entre une augmentation de l'amende et le respect du contradictoire : concl. VERLOREN VAN THEMAAT sous CJCE, 10 décembre 1985, *Stichting Sigarettenindustrie c/ Commission*, aff. jtes 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, *Rec.*, p. 3831, spéc. p. 3851 ; TPI, 8 juillet 2004, *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, pt 578. Un tel débat obligatoire devrait permettre à cette partie non seulement de présenter ses arguments de défense, mais encore d'envisager, le cas échéant, un désistement de son recours afin de préserver le *statut quo*.

315. Voy. à cet égard : M. POLZIN, *op. cit.*, spéc. p. 461.

316. Voy. les réserves que nous avons émises *supra*, note n° 309 du présent Chapitre.

317. CJUE, 21 janvier 2016, *Galp Energía España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, *Rec. num.*, pt 71.

318. Diffuse dans le contexte du recours contre les sanctions, la protection des consommateurs est plus concrète dans les litiges opposant, devant le juge national, un consommateur et un professionnel.

sollicitées dans les contentieux de la fonction publique et du « manquement sur manquement ».

§ 2. – Des pouvoirs de condamnation pécuniaire d'office

Plus encore que de procéder à des appréciations ou rectifications d'office, le juge du plein contentieux peut activer d'office sa pleine juridiction pour prononcer *sua sponte* des condamnations pécuniaires. Dans le contentieux du « manquement sur manquement », la Cour de justice peut dépasser la sanction pécuniaire suggérée par la Commission et prononcer des condamnations non sollicitées (A). Le juge du plein contentieux de la fonction publique peut d'office condamner la partie défenderesse au paiement d'une indemnité (B).

A. Des pouvoirs d'office dans le contrôle de l'exécution des arrêts constatant un manquement d'État

La procédure en « manquement sur manquement » se caractérise par le plein pouvoir de la Cour de justice aux fins de l'appréciation de l'opportunité, de la nature, du montant et des modalités d'une sanction pécuniaire éventuelle pour non-respect des prescriptions d'un précédent arrêt ayant constaté un manquement d'État. En dépit de certaines réticences initiales quant à l'étendue de ce plein pouvoir⁽³¹⁹⁾, il est désormais admis que celui-ci, dérivé des dispositions du droit primaire⁽³²⁰⁾, confère à la Cour de justice « une très large autonomie », sinon une entière liberté⁽³²¹⁾. Appelée, « dans chaque affaire, [à] apprécier, eu égard aux circonstances

319. Voy. en particulier : concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. C-387/97, *Rec.*, p. I-5047, pts 87 et s. S'interrogeant sur les pouvoirs d'office de la Cour de justice dans ce contentieux et tout en notant que le texte de l'article 228, § 2, CE n'excluait pas la condamnation de l'État membre à une sanction non sollicitée par la Commission, pas plus qu'il ne le prévoyait explicitement, H. G. SCHERMERS et D. F. WAELEBROECK (*op. cit.*, spéc. p. 640), estimaient peu probable que la Cour dépasse les sanctions sollicitées et statuerait ainsi *ultra petita*. En outre, en dépit du pouvoir discrétionnaire de la Cour de justice, B. MASSON (« "L'obscur clarté" de l'article 228, § 2, CE », *RTDE*, 2004, n° 4, pp. 639-668, spéc. p. 662) a exprimé des doutes quant à la possibilité d'imposer à un État membre une somme forfaitaire non demandée par la Commission. Ses doutes semblaient être motivés par les droits de la défense de l'État concerné. Cette position fut depuis lors invalidée par la Cour (voy. *infra*, note n° 329 du présent Chapitre).

320. Voy. en particulier : concl. GEELHOED du 18 novembre 2004 sous CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pts 21-28.

321. L'expression « une très large autonomie » est empruntée à T. MATERNE (*op. cit.*, spéc. p. 371). *Adde* : D. SIMON (dir.), *Contentieux de l'Union européenne 3...*, *op. cit.*, spéc. pp. 296-297 ; Th. VAN RIJN, « Non-exécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres », *CDE*, 2008, n°s 1-2, pp. 83-122, spéc. p. 119 ; B. MASSON, *op. cit.*, spéc. pp. 652-655 et 662.

de l'espèce, les sanctions pécuniaires à arrêter »⁽³²²⁾ et « [à] fixer la somme forfaitaire ou l'astreinte de telle sorte que celle-ci soit, d'une part, adaptée aux circonstances et, d'autre part, proportionnée au manquement constaté ainsi qu'à la capacité de paiement de l'État membre concerné »⁽³²³⁾, la Cour de justice peut se départir des propositions faites par la Commission⁽³²⁴⁾. Celles-ci, en effet, ne servent que de « base de référence utile »⁽³²⁵⁾, que la Cour peut revoir tant à la baisse, au profit de l'État membre défendeur⁽³²⁶⁾, qu'à la hausse, à son détriment⁽³²⁷⁾. Cette cour est « compétente pour arrêter une sanction pécuniaire non proposée par la Commission »⁽³²⁸⁾ et peut ajouter à une astreinte suggérée une somme forfaitaire⁽³²⁹⁾. De manière moins incisive, elle peut ajuster la méthode de calcul proposée par la Commission et revoir à la hausse ou à la baisse les coefficients appliqués par cette dernière⁽³³⁰⁾, s'en départir⁽³³¹⁾, retenir une astreinte dégressive plutôt que

322. CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 86 ; CJCE, 10 janvier 2008, *Commission c/ Portugal*, aff. C-70/06, *Rec.*, p. I-1, pt 31.

323. CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, *Rec.*, p. I-14141, pt 41.

324. Voy. s'agissant de l'opportunité, du type et du montant de la sanction : T. MATERNE, *op. cit.*, spéc. p. 373.

325. CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. C-387/97, *Rec.*, p. I-5047, pt 89 ; CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, *Rec.*, p. I-14141, pt 41. Voy. déjà : concl. FENNELLY sous CJCE, ord. prés., 6 octobre 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. C-197/98, *Rec.*, p. I-8609, pt 25.

326. « [I]l est assez fréquent que la Cour de justice revoie à la baisse les montants des sanctions pécuniaires que la Commission lui propose d'infliger aux États », cette attitude s'étant par ailleurs « amplifié[e] » dans le contexte de la crise financière : L. COUTRON, « Lisbonne, la crise économique et le manquement sur manquement : première démarque sur les sanctions pécuniaires ! », *RTDE*, 2013, n° 3, pp. 321-325.

327. L'on renverra utilement au tableau récapitulatif des appréciations autonomes effectuées par la Cour de justice établi par R. MUNOZ, A. RIGAUX et Ch. SOULARD (in D. SIMON [dir.], *Contentieux de l'Union européenne 3...*, *op. cit.*, spéc. pp. 312-320), ainsi qu'au tableau comparatif des montants des sanctions pécuniaires proposés respectivement par la Commission et par l'avocat général et ceux infligés par la Cour de justice, établi par T. MATERNE (*op. cit.*, spéc. pp. 393-396).

328. CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-503/04, *Rec.*, p. I-6153, pt 22.

329. CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pts 75 et 115. L'arrêt a pu être critiqué, voy. pour des commentaires : L. CLÉMENT-WILZ, *op. cit.*, pp. 725-748 ; A. RIGAUX, « Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul des sanctions pécuniaires », *Europe*, 2005, n° 10, étude 10, pp. 9-12.

330. Voy. les exemples donnés, s'agissant de l'évaluation de l'astreinte, par T. MATERNE (*op. cit.*, spéc. pp. 375-382) et par R. MUNOZ, A. RIGAUX et Ch. SOULARD (*op. cit.* spéc. pp. 297-299 et pp. 312-320).

331. Voy., s'agissant de la détermination de la somme forfaitaire : T. MATERNE, *op. cit.*, spéc. pp. 385-390.

constante⁽³³²⁾ et modifier sa périodicité⁽³³³⁾. Si cette autonomie, ainsi que les pouvoirs d'office qu'elle emporte, sont généralement admis, la doctrine a en revanche pu critiquer l'apparence d'arbitraire et le manque de transparence de la méthode appliquée par la Cour de justice pour déterminer le montant des astreintes et des sommes forfaitaires qu'elle inflige⁽³³⁴⁾.

Bien que les condamnations pécuniaires poursuivent un objectif de rétablissement de la légalité⁽³³⁵⁾, ce pouvoir d'office doit être distingué de la notion de moyen d'ordre public. En effet, saisie d'un recours relatif à l'exécution d'un précédent arrêt ayant constaté un manquement d'État, « [l]a Cour ne procède pas véritablement à un *contrôle juridictionnel* de [la] proposition [de la Commission] »⁽³³⁶⁾, mais forge sa propre conviction quant à la sanction pécuniaire appropriée. Ce pouvoir d'office découle ainsi directement de la compétence de pleine juridiction, sans être limité par le principe *ne ultra petita*⁽³³⁷⁾. Ce constat s'impose d'autant plus par comparaison avec l'étendue du pouvoir de pleine juridiction dont la Cour de justice est investie dans une procédure en manquement à l'obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative⁽³³⁸⁾. Dans ce contexte, tout en étant investie d'un large pouvoir discrétionnaire, elle doit rester « dans la limite du montant indiqué par la Commission »⁽³³⁹⁾. Elle est alors liée par une forme d'interdiction de statuer *ultra petita* dans un sens défavorable à l'État membre défendeur⁽³⁴⁰⁾.

332. Voy. en particulier : CJCE, 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, *Rec.*, p. I-14141, pts 47-51 ; CJUE, 17 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, aff. C-496/09, *Rec.*, p. I-11483, pts 45, 55 et 68.

333. Voy. en particulier : CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 112.

334. Voy. p. ex. : M. A. THEODOSSIOU, « An analysis of the recent response of the Community to non compliance with Court of Justice judgments : Article 228(2) E.C », *E.L.Rev.*, 2002, n° 1, pp. 25-46, spéc. p. 43 ; I. KILBEY, « The interpretation of Article 260 TFEU (ex 228 EC) », *E.L.Rev.*, 2010, n° 3, pp. 370-386, spéc. pp. 375 et 377-384 ; Th. VAN RILN, « Les sanctions pécuniaires de l'article 260 TFUE : 5 ans après le traité de Lisbonne », *CDE*, 2015, n°s 2-3, pp. 557-589, spéc. pp. 572-573 et 578-580.

335. CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 93.

336. L. CLÉMENT-WILZ, *op. cit.*, spéc. p. 736.

337. Voy. dans le même sens : T. MATERNE, *op. cit.*, spéc. p. 371. En effet, la Cour de justice estime en substance qu'il ne saurait lui être reproché de statuer *ultra petita* même lorsqu'elle dépasse les propositions de la Commission, voy. en ce sens : CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, pt 91, et concl. GEELHOED du 18 novembre 2004, pt 26.

338. À l'occasion d'une telle procédure, la Commission peut, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, « indiquer [à la Cour] le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer par l'État membre défendeur, qu'elle estime adapté aux circonstances de l'affaire » : art. 260, § 3, al. 1, TFUE.

339. Art. 260, § 3, al. 2, TFUE.

340. « D'évidence la Cour ne peut aggraver les sanctions proposées et *a fortiori* elle est dans l'impossibilité de décider de sanctions hors de toute volonté concordante de la

La compétence de pleine juridiction du juge européen de la fonction publique s'approche à certains égards de celle dont la Cour de justice est ainsi investie en matière de « manquement sur manquement ». Ce juge peut d'office condamner la partie défenderesse au paiement d'une indemnité.

B. La condamnation d'office dans le contentieux de la fonction publique

Dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, le juge de la fonction publique de l'Union européenne peut condamner d'office, en l'absence de (toutes) conclusions indemnitaires régulières, la partie défenderesse au paiement d'une indemnité⁽³⁴¹⁾, « ce qui [a pu] surprendre »⁽³⁴²⁾. Lorsqu'il prononce une condamnation d'office, il évalue, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, le préjudice subi *ex aequo et bono*⁽³⁴³⁾. Ce pouvoir d'office procède d'une conciliation nécessaire entre les intérêts des tiers au litige, du service et du requérant dans une optique de protection de ce dernier⁽³⁴⁴⁾ et permet au juge de donner au litige « une solution complète »⁽³⁴⁵⁾.

En substance, le juge recourt à ce pouvoir dans deux cas de figure⁽³⁴⁶⁾. Ou bien, il procède à la condamnation d'office aux fins de « garantir

Commission » : D. BLANC, « Les procédures du recours en manquement, le traité, le juge et le gardien : entre unité et diversité en vue d'un renforcement de l'Union de droit », in S. MAHIEU (dir.), *op. cit.*, pp. 429-461, spéc. p. 447. Autrement dit, « elle n'est pas compétente pour fixer un montant plus élevé que celui qui est proposé et elle ne peut imposer une sanction qui n'est pas proposée » : Th. VAN RIJN, « Les sanctions pécuniaires de l'article 260 TFUE... », *op. cit.*, spéc. p. 587.

341. CJCE, 16 décembre 1960, *Fiddelaar c/ Commission*, aff. 44/59, *Rec.*, p. 1077, spéc. p. 1093 ; CJCE, 9 juillet 1970, *Fiehn c/ Commission*, aff. 23/69, *Rec.*, p. 547, pt 17 ; CJCE, 5 juin 1980, *Oberthür c/ Commission*, aff. 24/79, *Rec.*, p. 1743, pt 14 ; CJCE, 27 octobre 1987, *Houyoux c/ Commission*, aff. jtes 176/86 et 177/86, *Rec.*, p. 4333, pt 16 ; CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833, pt 58 ; CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 56 ; CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 44.

342. G. VANDERSANDEN, « Article 179 », in J.-V. LOUIS *et al.*, *op. cit.*, pp. 309-371, spéc. p. 361.

343. CJCE, 16 décembre 1960, *Fiddelaar c/ Commission*, aff. 44/59, *Rec.*, p. 1077, spéc. p. 1110 ; CJCE, 27 octobre 1987, *Houyoux c/ Commission*, aff. jtes 176/86 et 177/86, *Rec.*, p. 4333, pt 16 ; CJCE, 21 février 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833, pt 58.

344. Voy. : TPI, 31 mars 2004, *Girardot c/ Commission*, aff. T-10/02, *RecFP*, pp. I-A-109 et II-483, pt 90 ; TFP, 8 mai 2008, *Suvikas c/ Conseil*, aff. F-6/07, *RecFP*, pp. I-A-1-151 et II-A-1-819, pt 128 ; TFP, 22 octobre 2008, *Tzirani c/ Commission*, aff. F-46/07, *RecFP*, pp. I-A-1-323 et II-A-1-1773, pt 215.

345. CJCE, 18 décembre 2007, *Weißenfels c/ Parlement*, aff. C-135/06 P, *Rec.*, p. I-12041, pt 67 ; CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 49.

346. Voy. notamment : CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pts 50-51 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pt 57 ; TFP, 21 octobre 2009, *V c/ Commission*, aff. F-33/08, *RecFP*, pp. I-A-1-403 et II-A-1-2159, pt 266.

l'efficacité pratique des arrêts d'annulation »⁽³⁴⁷⁾. Ou bien, même en l'absence d'annulation⁽³⁴⁸⁾, il s'en sert pour réparer les conséquences d'une illégalité constatée et, le cas échéant, remédier au défaut d'annulation de l'acte attaqué, lorsque celle-ci s'avèrerait « inopportune »⁽³⁴⁹⁾, impossible⁽³⁵⁰⁾, excessive voire arbitraire⁽³⁵¹⁾, contraire aux principes de proportionnalité, de protection de la confiance légitime ou à l'intérêt du service⁽³⁵²⁾. Il peut en aller ainsi en particulier lorsque le litige s'inscrit dans les procédures de concours ou de promotion et porte, *inter alia*, sur la légalité de décisions intéressant des tiers, telles des décisions de nomination à un poste vacant⁽³⁵³⁾ ou de promotion. Il en va encore ainsi lorsque l'illégalité avancée est inopérante au stade du contrôle de légalité mais susceptible de justifier une indemnisation⁽³⁵⁴⁾. En revanche, hormis ces circonstances, le juge ne peut anticiper, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, les conséquences que les parties entendent tirer d'un arrêt d'annulation⁽³⁵⁵⁾.

Le juge du plein contentieux de la fonction publique est ainsi habilité à statuer au-delà des conclusions de la partie requérante. Le principe de l'interdiction de statuer *ultra petita* est assoupli⁽³⁵⁶⁾, sans pour autant disparaître complètement. D'une part, le pouvoir de condamnation d'office n'induit pas automatiquement de pouvoir de relever d'office tout moyen de droit, toute illégalité constitutive d'une faute de service. Sous réserve des moyens d'ordre public, l'illégalité doit avoir été avancée par la partie

347. CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 50. Le juge le fait le cas échéant « lorsque l'annulation de l'acte attaqué et les conséquences en découlant ne peuvent avoir un effet utile, dans la mesure où la partie requérante déclare ne pas pouvoir tirer avantage de l'exécution des obligations découlant de l'annulation de l'acte » : Trib. UE, 16 septembre 2015, *EMA c/ Drakeford*, aff. T-231/14 P, *Rec. num.* (extraits), pt 47.

348. CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 51.

349. B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, op. cit., spéc. p. 956.

350. CJCE, 27 octobre 1987, *Houyoux c/ Commission*, aff. jtes 176/86 et 177/86, *Rec.*, p. 4333, pts 15-16.

351. CJCE, 5 juin 1980, *Oberthür c/ Commission*, aff. 24/79, *Rec.*, p. 1743, pts 13-14.

352. TPI, 31 mars 2004, *Girardot c/ Commission*, aff. T-10/02, *RecFP*, pp. I-A-109 et II-483, pts 87 et 89.

353. Voy. notamment : TPI, 31 mars 2004, *Girardot c/ Commission*, aff. T-10/02, *RecFP*, pp. I-A-109 et II-483, pts 82-90.

354. Il en va ainsi tout particulièrement du dépassement du délai raisonnable de la procédure. Voy. la jurisprudence citée *supra*, note n° 103 du présent Chapitre.

355. Voy. à cet égard : Trib. UE, 16 septembre 2015, *EMA c/ Drakeford*, aff. T-231/14 P, *Rec. num.* (extraits), pts 45-47 et 52 ; TFP, 28 septembre 2011, *Allen c/ Commission*, aff. F-23/10, non publié, pt 117. Il en va en particulier ainsi lorsque, du fait de l'annulation de l'acte attaqué, l'institution défenderesse peut être conduite à procéder à un nouvel examen de la situation de la partie requérante, par exemple, comme dans l'affaire *Allen c/ Commission*, pour apprécier l'existence d'une maladie grave de la requérante aux fins du remboursement de frais médicaux.

356. Voy. en ce sens : Trib. UE, 10 novembre 2010, *OHMI c/ Simões Dos Santos*, aff. T-260/09 P, non publié, pts 83-85. Voy. toutefois : TFP, 11 mai 2011, *J c/ Commission*, aff. F-53/09, non publié, pt 128.

requérante⁽³⁵⁷⁾. D'autre part et plus encore, il semblerait que le préjudice que le juge s'apprête à réparer d'office doit avoir été occasionné par les actes ou comportements de la partie défenderesse qui relèvent de l'objet du litige, tel que circonscrit par les conclusions de la partie requérante. Le juge ne serait habilité à sanctionner d'office que des préjudices causés par l'acte dont l'annulation est demandée et non des préjudices connexes, causés par d'autres actes ou comportements qui ne font pas l'objet de conclusions régulières et recevables⁽³⁵⁸⁾. « [À] tout le moins, [le] préjudice [doit-il] résult[er] d'une illégalité qui se rattache par un lien étroit à ce même acte »⁽³⁵⁹⁾ ou à une demande d'indemnisation formulée par la partie requérante⁽³⁶⁰⁾.

Investi de larges pouvoirs d'office d'étendue variable, le juge du plein contentieux dispose ainsi des outils nécessaires pour rendre une solution complète et juste, protéger les intérêts subjectifs des parties en cause et, de manière plus pragmatique, réaliser certaines économies de procédure. Intrinsèquement liés au contexte de la pleine juridiction et souvent déconnectés de la nature des moyens de recours, ces pouvoirs d'office battent en brèche certaines limites et notions connues du contrôle de légalité et jonglent avec le principe *ne ultra petita*. Ils doivent être distingués de la notion de moyen d'ordre public de fond, dont ils confirment la nature objective et révèlent le caractère fonctionnel. C'est en effet en l'absence de pouvoirs d'office que le juge, en particulier de la légalité, recourt à la notion de moyen d'ordre public. En présence de tels pouvoirs, en revanche, il n'est

357. Fût-ce seulement à l'appui d'une demande d'annulation, voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 2, A, 2, b. La faute de service (pp. 356 et s.).

358. Voy. en ce sens : CJUE, 20 mai 2010, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 52 (voy. *supra*, note n° 96 du présent Chapitre) ; Trib. UE, 8 octobre 2014, *Bermejo Garde c/ CESE*, aff. T-529/12 P, non publié, pts 6, 45 et 67-68. Le juge ne peut activer d'office sa compétence de pleine juridiction que s'il est régulièrement saisi d'un recours en annulation de l'acte en cause, voy. en ce sens : TPI, 1^{er} décembre 1994, *Ditterich c/ Commission*, aff. T-79/92, *RecFP*, pp. I-A-289 et II-907, pt 37 ; TFP, ord., 29 avril 2008, *Hecq c/ Commission*, aff. F-133/07, *RecFP*, pp. I-A-1-135 et II-A-1-725, pt 28. *Addé* : S. VAN RAEPENBUSCH et P. SABA, « Contentieux de la fonction publique de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 199-2, 2007 (mise à jour 2009), § 11.

359. Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pt 63.

360. Voy. à cet égard, s'agissant d'une demande d'indemnisation d'un préjudice matériel, tandis que le Tribunal de la fonction publique a d'office condamné la Commission à réparer un préjudice moral : Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 63-74. Cette considération semble fondée sur les règles, d'ordre public, de recevabilité relatives à la régularité de la procédure précontentieuse, étant précisé que, en matière indemnitaire, ces règles divergent selon que la demande est fondée sur un préjudice causé par un acte faisant grief (auquel cas le fonctionnaire doit saisir l'institution d'une réclamation) ou un comportement (auquel cas la réclamation doit être précédée d'une demande d'indemnisation), voy. pts 57-63 de l'arrêt.

point besoin de consacrer une notion de moyen d'ordre public subjective, spécifique, de la pleine juridiction.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Par opposition au contentieux de la légalité, « domaine d'élection des moyens d'ordre public », « dans le contentieux de pleine juridiction [...] le rôle des parties au litige dans la définition des droits subjectifs qu'[elles] veulent se voir reconnaître est d'autant plus important et [...] les exigences de l'ordre public se font moins nettement sentir »⁽³⁶¹⁾. Ce constat s'impose avec force à propos du contentieux de la pleine juridiction de l'Union européenne dans lequel la notion de moyen d'ordre public ne trouve qu'une place réduite. En dépit d'un apparent essor théorique de cette notion, le juge s'en tient pour l'essentiel aux moyens d'ordre public de légalité sans consacrer de moyen d'ordre public propre à la pleine juridiction. Sans doute faut-il voir dans cette réticence un reflet de l'absence, au-delà des questions de légalité objective, d'« enjeux juridiques [...] distincts des simples intérêts des parties »⁽³⁶²⁾. Ces derniers ne sauraient toutefois être qualifiés d'ordre public.

Corrélativement et paradoxalement, le contentieux de pleine juridiction est porteur de riches enseignements sur les caractéristiques du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne. L'absence de moyens d'ordre public dans un contentieux marqué d'intérêts subjectifs des parties et d'une part de contrôle d'opportunité renseigne sur la nature éminemment objective, procédurale et juridique du moyen d'ordre public de fond du droit du contentieux de l'Union européenne. Le renforcement des pouvoirs d'office du juge du plein contentieux rend inutile le recours à une notion de moyen d'ordre public propre à ce contentieux. S'en dégage la nature fonctionnelle du moyen d'ordre public de fond. Le juge n'y recourt que lorsque les limites des pouvoirs dont il est investi ne lui permettent pas d'intervenir autrement d'office dans le litige, tandis que la règle enfreinte est d'une importance fondamentale pour l'ordre juridique de l'Union européenne.

361. Voy. à propos du contentieux administratif français : J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, spéc. p. 231. D'autres voient, en revanche, « une place plus importante pour les moyens d'ordre public » dans les pleins contentieux : V. HAIM, « Recours de pleine juridiction », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2011 (actualisation 2014), § 177.

362. Selon les termes de l'avocat général RUIZ JARABO COLOMER, à propos de l'étendue du principe dispositif dans un litige de propriété intellectuelle : concl. sous CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pt 36.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le résultat de la recherche, dans le contentieux de l'Union européenne, des moyens d'ordre public tendant à la garantie du droit subjectif, en ce compris des droits et intérêts subjectifs des parties au litige, paraît, à première vue, décevant. La rareté de tels moyens est d'autant plus flagrante par opposition à la multitude des moyens d'ordre public à fonction procédurale. L'importance des règles de droit matériel, éléments essentiels de la construction européenne, de même que les intérêts légitimes du justiciable européen semblent de prime abord méconnus par le juge de l'Union européenne. Sans pour autant être inexistante, la fonction de garantie du droit substantiel constitue incontestablement la fonction faible, secondaire du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne. Elle est occultée par la prévalence de considérations objectives liées à la garantie de la légalité formelle, de la sécurité juridique ou de la mission du juge, qui peuvent exceptionnellement justifier la consécration de moyens d'ordre public de garantie du droit substantiel.

La recherche est toutefois révélatrice non seulement des fonctions, mais aussi de la nature et du champ des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne. Outre ses natures objective et fonctionnelle, le moyen d'ordre public de fond est le propre du contrôle de légalité, que celui-ci soit réalisé à l'occasion d'un contentieux de la légalité ou à l'occasion d'un plein contentieux impliquant une appréciation de légalité. Le moyen d'ordre public est, en revanche, une notion presque inconnue du contrôle de pleine juridiction à proprement parler. Ce constat reflète le caractère objectif du contrôle de légalité et la prévalence d'intérêts subjectifs dans le cadre de la pleine juridiction.

En dépit de l'incidence différente du moyen d'ordre public dans les voies du contrôle de légalité et dans celles de la pleine juridiction, le juge emploie, dans les deux contentieux, des techniques analogues pour combler l'absence de moyen d'ordre public de garantie du droit substantiel.

BRUYLANT

C'est ainsi qu'au stade du contrôle de légalité, il recourt le cas échéant à son pouvoir de se délier des arguments des parties dans le but de ne pas statuer sur la base de considérations juridiques erronées, au point de contourner exceptionnellement l'impossibilité d'examiner d'office un moyen ordinaire non avancé par les parties. Dans le contexte de la pleine juridiction, le juge mobilise les différents pouvoirs d'office qu'il s'est progressivement octroyés pour examiner des points non abordés par les parties.

La différence entre les deux types de contentieux s'apparente à cet égard davantage à une différence de degré, le juge recourant plus aisément à des pouvoirs d'office d'étendue plus large dans le contentieux de la pleine juridiction. À la différence du moyen d'ordre public, les pouvoirs d'office ainsi observés font l'objet d'une très grande souplesse et relèvent d'une totale maîtrise du juge, lequel jouit ainsi d'une grande liberté et d'un potentiel d'activisme considérable. Aussi ces pouvoirs d'office permettent-ils au juge d'assurer utilement, mais dans une approche purement casuistique, la garantie des règles essentielles du droit matériel et, plus encore, la garantie des droits subjectifs et des intérêts individuels du justiciable. Lesdits pouvoirs d'office et l'absence de moyens d'ordre public tendant à la garantie du droit substantiel vont ainsi de pair et s'influencent mutuellement. À défaut de moyen d'ordre public, le juge recourt à des pouvoirs d'office et les étend, tandis que, du fait de l'existence de ces derniers, il n'a guère besoin de faire évoluer la notion de moyen d'ordre public. En droit du contentieux de l'Union européenne, celle-ci apparaît en effet, en dépit de la nature muable et évolutive de la notion d'ordre public, figée de très longue date.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Les moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne sont nombreux. Au fil du temps, deux grandes mais inégales catégories de moyens d'ordre public ont été dessinées par la jurisprudence. Le moyen d'ordre public est avant tout destiné à la garantie des compétences et des procédures, tant juridictionnelles que décisionnelles. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il tend à la sauvegarde du droit substantiel, voire des droits subjectifs des justiciables. La dualité fonctionnelle des moyens d'ordre public, en ce qu'ils tendent à la garantie des compétences et procédures d'une part et à la garantie du droit substantiel d'autre part, s'en voit déséquilibrée. Les rapports entre les deux catégories sont inversés, en ce sens que le rattachement d'un moyen ou d'une argumentation à la première laisse présager de son caractère d'ordre public éventuel, tandis que le rattachement à la seconde laisse présumer sa nature ordinaire probable. L'analyse approfondie de la notion de moyen d'ordre public a ainsi permis de dégager et de confirmer, mais aussi de nuancer, des constances qui avaient déjà été pressenties et relevées par la doctrine. Au-delà de cette dualité fonctionnelle déséquilibrée des moyens d'ordre public, cette analyse de la jurisprudence dessine cependant une conception unitaire, objective et relativement stable de la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne.

Une conception unitaire des moyens d'ordre public, tout d'abord. Quelques particularités liées aux différentes voies de droit mises à part, la même notion de moyen d'ordre public s'applique devant les deux juridictions de l'Union européenne et dans toutes les voies de droit contentieuses. Son jeu pourra cependant varier en fonction du caractère (in)opérant de certains moyens dans certaines voies de droit. Si l'expérience du Tribunal de la fonction publique a permis de révéler une certaine tendance à

l'expérimentation et à l'extension de la notion de moyen d'ordre public par une juridiction spécialisée, il est permis de penser que sa suppression, combinée à l'absence de spécialisation des chambres au sein du Tribunal redevenu juge commun de première instance, effacera la spécificité inhérente à certains moyens d'ordre public, dont notamment celui tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi.

Une conception objective des moyens d'ordre public, ensuite. Le moyen d'ordre public est celui qui tend à la garantie des règles et valeurs essentielles de l'ordre juridique européen. Il poursuit une finalité objective tendant à la garantie des répartitions des compétences juridictionnelles et décisionnelles, au respect des formes essentielles de toutes procédures, au respect de certains droits fondamentaux d'ordre essentiellement procédural, voire à la sauvegarde de certaines règles substantielles. En d'autres termes, le moyen d'ordre public assure l'ordre... dans l'organisation et le bon fonctionnement tant de la justice que des instances décisionnelles. La qualification d'ordre public dérive, dans l'ensemble des cas, de la prévalence de finalités par essence objectives. Que l'on ne se méprenne pas, toutefois. Si l'intérêt *du* justiciable individuel n'est pas, en tant que tel, pris en considération aux fins de la qualification d'ordre public, les moyens d'ordre public n'en tendent pas moins à assurer l'intérêt collectif *des* justiciables pris dans leur ensemble. N'a-t-on pas pu écrire, en effet, que la garantie des procédures, mais aussi des règles de compétence constitue une garantie fondamentale pour le justiciable contre l'arbitraire du juge ou de l'administration dont il relève ? Que leur scrupuleux respect est un des piliers mêmes de l'État, d'une Union, de droit⁽¹⁾ ? C'est dire que l'intérêt du justiciable est indirectement mis au centre de la notion de moyen d'ordre public.

Une conception stable des moyens d'ordre public, enfin. Il est en effet remarquable que les grandes catégories de moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne qui persistent encore aujourd'hui ont été dégagées dès les premières années de fonctionnement de la Cour de justice, jadis, de la CECA. Les évolutions de la notion de moyen d'ordre public s'opèrent à l'intérieur de ces grandes lignes. Il apparaît ainsi que,

1. Voy. s'agissant des moyens d'ordre public tendant à la garantie des procédures du contentieux administratif : P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, 286 p., spéc. p. 166. Comme l'a très justement écrit É. PICARD (« Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR [dir.], *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-61, spéc. p. 39), « l'ordre public procédural protège tout ce que l'ordre juridique ou l'ordre juridictionnel intéressé considère comme essentiel. Or que cet ordre juridictionnel fonctionne correctement en ses éléments les plus importants apparaît bien essentiel aux droits fondamentaux : c'est pour cela que nous avons un droit au juge... ».

s'il est communément admis que l'ordre public est évolutif et muable, le moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne l'est nettement moins. Sûrement faut-il y voir une simple conséquence de la nature principalement procédurale de cet ordre public. Sans doute, l'ordre public substantiel se prêterait à plus de mouvance dans le temps.

L'analyse des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne a également permis de constater une tendance au dépassement, voire au délaissement de cette notion. C'est ainsi que, en particulier aux fins de la garantie du droit matériel et des droits substantiels du justiciable, le juge, réticent à consacrer des moyens d'ordre public, tend à recourir, voire à instrumentaliser ses pouvoirs d'office d'origine essentiellement prétorienne. En particulier dans les contextes de la pleine juridiction, la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux prend une coloration fonctionnelle. Plus ces pouvoirs d'office sont importants, moins la notion de moyen d'ordre public n'a de prise. Le recours aux pouvoirs d'office permet de surcroît au juge de maintenir une grande flexibilité, qui tranche, de prime abord, avec le caractère contraignant du régime contentieux des moyens d'ordre public.

Le moyen d'ordre public contraint, déroge, dérange. Sa singularité par rapport au moyen ordinaire se manifeste à travers son régime contentieux qui, dérivé du caractère impératif des règles d'ordre public, est dérogatoire par essence. S'imposant tant au juge qu'aux parties au litige, le moyen d'ordre public vient perturber l'office du premier et les rapports entre les secondes.

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, la définition de ce régime fut, pour l'essentiel, l'œuvre du juge. Elle est souvent encore entachée d'incertitudes et d'approximations. Celles-ci s'expliquent à la fois au regard de son origine prétorienne et de la casuistique inévitable de la jurisprudence, mais aussi de la difficulté de mettre en équilibre des considérations parfois antagonistes. Construire un régime du moyen d'ordre public requiert, en effet, de mettre en balance l'impérativité des règles d'ordre public, les limites de l'office du juge, le rôle et l'égalité des armes des parties, ainsi que les impératifs d'un déroulement régulier, rapide et contradictoire du procès dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Unique en son caractère dérogatoire, le régime procédural des moyens d'ordre public est dès lors sujet à des variations. Certaines variations s'infèrent de l'objet des moyens d'ordre public, selon qu'ils ont trait à la procédure juridictionnelle ou au fond. Approximative, cette ligne n'est toutefois ni définitive ni exclusive et s'accompagne de nombreux tempéraments. D'autres variations reflètent un manque de constance et de définition claire de ce régime. Elles génèrent une incertitude juridique regrettable. Les subtiles différences et imprécisions dont ce régime est ainsi empreint le rendent complexe, peu intelligible et parfois difficile à appréhender. L'unité procédurale des moyens d'ordre public s'en trouve par moments contrariée.

Au regard de ces variations, voire discordances, l'objectif de la présente partie doit être de dégager *un* régime commun desdits moyens. Celui-ci ne peut être déterminé, parfois approximativement et au risque de quelques ambiguïtés, qu'au regard d'une analyse d'ensemble des solutions d'espèce qui, telles les pièces d'un grand puzzle, doivent être assemblées. Les particularités du régime contentieux des moyens d'ordre public s'expriment à travers l'influence ambivalente de ces moyens sur les pouvoirs et les rôles respectifs du juge et des parties. Ambivalents, lesdits moyens sont à la fois *libérateurs* des règles procédurales de droit commun régissant l'introduction des moyens dans les débats et *créateurs* d'obligations

et de devoirs à la charge tant du juge que des parties⁽¹⁾. Aussi, tout en affranchissant le juge de la passivité qui lui incombe, et par dérogation à celle-ci, ces moyens créent en définitive une obligation à sa charge de les relever d'office (Titre 1). Parallèlement, tout en déliant les parties du respect des règles ordinaires de recevabilité, ils s'imposent à elles et contre leur volonté, fût-elle commune. Soustraits à la disposition des parties, ils sont en revanche soumis à leur discussion contradictoire. Ces moyens produisent ainsi des effets procéduraux ambivalents sur les parties (Titre 2).

1. « Pour le juge, l'ordre public est d'abord un facteur d'action : le juge a le pouvoir de soulever un moyen d'office, d'annuler sans autre examen une décision, de procéder à une substitution des motifs. Mais l'ordre public réduit aussi la liberté du juge en ce sens que celui-ci a l'obligation de soulever un tel moyen ou d'annuler une telle décision » : W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international. Actes du 2^e colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Vienne, 18-20 octobre 1965)*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 155-251, spéc. p. 160.

TITRE 1

LE RELEVÉ D'OFFICE OBLIGATOIRE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC, DÉROGATION À LA PASSIVITÉ DU JUGE

Le relevé d'office des moyens d'ordre public par le juge de l'Union européenne est, sans conteste, leur principal attribut, leur « trait caractéristique »⁽¹⁾. Il « consiste pour le juge à faire spontanément application au litige de règles de droit qu'aucune partie n'invoquait »⁽²⁾. S'interroger sur le relevé d'office impose ainsi de revenir à certains principes directeurs de la procédure contentieuse européenne. Celle-ci, contradictoire et publique, est marquée par un subtil équilibre entre les rôles incombant respectivement au juge et aux parties. Elle emprunte ses attributs tant à la procédure accusatoire, dans laquelle « les parties ont, à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction »⁽³⁾, qu'à la procédure inquisitoire, « dans laquelle toute initiative vient du juge »⁽⁴⁾.

1. Selon les termes d'A. HEURTÉ à propos des moyens d'ordre public du droit du contentieux administratif français : « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RDPA*, 1953, pp. 615-648, spéc. p. 617.

2. À propos du relevé d'office d'un moyen de droit : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, 1770 p., spéc. p. 417. Voy. pour une définition analogue : C. BLÉRY, « Principes directeurs du procès. Office du juge. Fondement des prétentions litigieuses », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 500-35, 2015, § 45.

3. G. CORNU / Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2016, 1101 p., spéc. pp. 15-16.

4. *Id.*, spéc. p. 553. Voy. à propos de la relativisation des « catégories » de procédure inquisitoire et de procédure accusatoire : S. AMRANI-MEKKI, « Les catégories de *Common Law* et de *Civil Law* à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in J.-M. COULON (dir.),

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, seules les parties ont l'initiative de la procédure et délimitent les contours du litige par la définition des faits pertinents, parfois litigieux, ainsi que leurs conclusions, leurs moyens et leurs arguments⁽⁵⁾. En d'autres termes, « le litige est en principe déterminé et circonscrit par les parties »⁽⁶⁾. Ce cadre s'impose au juge. Celui-ci doit l'épuiser en statuant sur toutes les prétentions des parties. Il ne peut statuer *infra petita*. Il ne peut davantage statuer *ultra petita*, en allant au-delà des conclusions des parties⁽⁷⁾, en les adaptant de sa propre initiative⁽⁸⁾, voire, selon une conception extensive de ce principe, en examinant des moyens non abordés par les parties⁽⁹⁾. En revanche, le juge se meut librement à l'intérieur de ce cadre. Il peut approfondir l'étude du dossier et, en particulier, les éléments de fait, par l'adoption de mesures d'organisation de la procédure ou d'instruction, reflétant la nature « plutôt inquisitoire [de la procédure] après la délimitation de l'instance par les parties »⁽¹⁰⁾. C'est en outre au juge qu'incombe la tâche d'organiser la conduite de l'instance⁽¹¹⁾.

Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Paris, Dalloz, 2010, pp. 157-173 ; J. A. JOLOWICZ, « Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure », *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 281-295.

5. Voy. à ce propos en particulier : K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHE (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261, spéc. pp. 245-246.

6. CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 27 ; CJUE, 20 mars 2014, *Rousse Industry c/ Commission*, aff. C-271/13 P, non publié, pt 17 ; CJUE, 25 octobre 2017, *Commission c/ Italie*, aff. C-467/15 P, *Rec. num.*, pt 14.

7. Voy. dans le contexte du contrôle de légalité : CJCE, 14 décembre 1962, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. jtes 46/59 et 47/59, *Rec.*, p. 783, spéc. p. 801 ; CJCE, 28 juin 1972, *Jamet c/ Commission*, aff. 37/71, *Rec.*, p. 483, pt 12 ; CJCE, 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, aff. C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, pt 52.

8. Au regard de la modification ou du remplacement de l'acte contesté : Trib. UE, 25 avril 2013, *Gossio c/ Conseil*, aff. T-130/11, non publié, pt 33.

9. Voy. à titre d'illustration : CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gutiérrez de Quiriano y Lloréns*, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pts 32-34 ; TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pts 34 et 37 ; Trib. UE, 19 janvier 2017, *Commission c/ Frieberger et Vallin*, aff. T-232/16 P, non publié, pt 25. Voy. également dans le contentieux administratif français : J.-M. AUBY, « L'*ultra petita*' dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 267-282, spéc. pp. 267-269, 274.

10. F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) », *Rép. communautaire Dalloz*, 2009, 32 p., § 7. Voy. également : F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2016, § 9.

11. Selon H. MOTULSKY, le principe dispositif ne valait que pour la *matière litigieuse*, à savoir les prétentions et les faits, mais non pour la direction ou la *conduite du procès* : « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron. 9, réimpr. in

Or, en relevant d'office un moyen d'ordre public, le juge de l'Union européenne sort du cadre de l'instance tel que défini par les parties. Au nom de l'ordre public, il renonce à sa passivité. Il vient au soutien de l'une des parties au détriment de l'autre et rompt ainsi l'égalité postulée entre elles. Cette intrusion du juge dans ce qui a pu être considéré comme étant essentiellement la chose des parties est d'autant plus forte lorsque le relevé d'office est conçu comme une obligation pesant sur le juge.

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, le relevé d'office est une réalité incertaine. Réel, le *pouvoir* du juge de relever d'office les moyens d'ordre public est admis de longue date en tant qu'exception à sa passivité. Incertain, le relevé d'office l'est toutefois en ses *modalités* qui restent sujettes à une jurisprudence évolutive, voire incohérente, à une terminologie variable et à des subtilités souvent injustifiées. En particulier, la détermination de son caractère obligatoire ou facultatif est entachée d'incertitudes. Dans une optique de clarification, la jurisprudence peut néanmoins être lue en ce sens que le juge est en principe soumis à une obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (Chapitre 1). La consécration de cette obligation va toutefois de pair avec l'admission de nuances qui dessinent son encadrement (Chapitre 2).

Écrits. Études et notes de procédure civile, Paris, Dalloz, 1973, pp. 275-304, cité par G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G*, 28 juillet 1993, I, 3693, §§ 4-5.

CHAPITRE 1

L'OBLIGATION DE RELEVER D'OFFICE LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

Le moyen d'ordre public se caractérise principalement par son relevé d'office par le juge. Les caractéristiques de ce relevé d'office donnent lieu à une jurisprudence encore disparate et hésitante, qui oscille entre l'obligation, le pouvoir, la faculté, la nécessité, voire l'opportunité pour le juge de l'Union européenne de relever d'office les moyens d'ordre public. Au prix de la sécurité juridique, le juge « préfère entretenir le mystère quant aux contours exacts » du relevé d'office ; son approche « pragmatique » lui permet de « se ménager une marge de manœuvre non négligeable et surtout d'éviter de se lier pour l'avenir »⁽¹⁾. En outre, les variations, approximations et incertitudes de la jurisprudence pourraient révéler et refléter des divergences d'approche au sein des juridictions de l'Union européenne, sans doute liées aux divergences des régimes procéduraux nationaux dont sont issus les juges.

Cependant, des raisons de sécurité juridique militent en faveur d'une clarification du régime du relevé d'office. À cette fin, il est possible de considérer qu'en dépit des disparités et incohérences dont elle est parfois marquée en ce domaine, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne s'oppose qu'en apparence à la consécration, d'ores et déjà amorcée, d'une obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (Section 1). L'existence d'une telle obligation apparaît de manière d'autant plus claire que sont admises et établies ses conséquences, à savoir tant le contrôle par le juge supérieur que le rejet par prétérition des moyens d'ordre public non fondés. Dérivant du relevé d'office obligatoire, leur

1. Selon les termes empruntés à L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p., spéc. p. 567.

admission conforte corrélativement la reconnaissance même d'une telle obligation (Section 2).

SECTION 1. – LA CONSÉCRATION AMORCÉE D'UNE OBLIGATION DE RELEVER D'OFFICE LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

Des indices convergent en faveur de la reconnaissance d'une obligation pour le juge de l'Union européenne d'examiner et de relever d'office les moyens d'ordre public. Le pouvoir même du juge de procéder au relevé d'office de ces moyens est incontestable (Sous-section 1). La consécration prétorienne d'une obligation en ce sens est amorcée. Elle est probable et nécessaire pour des considérations juridiques impérieuses (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LE POUVOIR INCONTESTABLE DE RELEVER D'OFFICE

Le juge de l'Union européenne est par principe et depuis longtemps habilité à relever d'office les moyens d'ordre public, en dépit de la passivité qui lui incombe traditionnellement. Les fondements de ce pouvoir sont fermement ancrés dans la jurisprudence et, partiellement, dans les textes (§ 1). Son champ est étendu (§ 2).

§ 1. – Les fondements du pouvoir de relever d'office

L'habilitation du juge de l'Union européenne à procéder au relevé d'office des moyens d'ordre public repose sur un double fondement. À l'heure actuelle, elle découle, s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public, de manière explicite des règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne (A) et, s'agissant des moyens d'ordre public de fond, d'une jurisprudence constante (B).

A. Le fondement textuel du pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public

En l'absence, dans le règlement de procédure de la Cour de justice de la CECA⁽²⁾, de toute disposition relative aux fins de non-recevoir d'ordre public, la consécration initiale du pouvoir de procéder à leur relevé d'office fut l'œuvre du juge. Ainsi, cette cour affirma très tôt son pouvoir d'examiner

2. Règlement de procédure de la Cour de justice de la CECA du 4 mars 1953.

d'office la recevabilité⁽³⁾ et sa propre compétence⁽⁴⁾. Le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 mars 1959 combla cette lacune en disposant que « [l]a Cour [pouvait] à tout moment examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public »⁽⁵⁾. Cette disposition fut maintenue lors de la réforme du règlement de procédure de la Cour de 1991⁽⁶⁾ et des dispositions analogues furent insérées dans les règlements de procédure respectifs du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique⁽⁷⁾. Désormais, les règlements de procédure de la Cour de justice et du Tribunal disposent que, sur proposition du juge rapporteur, ces juridictions peuvent, à tout moment, d'office, les parties et l'avocat général entendus, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée sur les fins de non-recevoir d'ordre public⁽⁸⁾. L'accent est ainsi mis sur les modalités procédurales du relevé d'office, le pouvoir du juge de relever d'office lesdites fins de non-recevoir étant postulé par principe⁽⁹⁾.

Ces dispositions sont fréquemment⁽¹⁰⁾, non systématiquement⁽¹¹⁾, rappelées lors du relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Elles

3. CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. p. 19.

4. CJCE, 12 juillet 1957, *Algeria e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spéc. p. 114.

5. Art. 92 RP/C (1959).

6. Art. 92, § 2, RP/C (1991).

7. Art. 113 RP/T (1991) ; art. 77 RP/TFP (2007).

8. Art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015), lu en combinaison avec l'article 31, § 3, RP/T (2015). En revanche, l'article 82 RP/TFP (2014) maintenait la formulation antérieure.

9. Les fins de non-recevoir d'ordre public « obéissent [...] à un régime procédural particulier caractérisé, notamment, par le fait qu'elles peuvent être examinées à tout moment de la procédure, même d'office » : concl. Bor sous CJUE, 8 septembre 2015, *Philips Lighting Poland et Philips Lighting c/ Conseil*, aff. C-511/13 P, *Rec. num.*, pt 56.

10. Voy. parmi de nombreux exemples : CJCE, 27 octobre 2005, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-23/05, *Rec.*, p. I-9535, pt 5 ; CJUE, 15 mars 2012, *Commission c/ Chypre*, aff. C-340/10, *Rec. num.*, pt 20 ; TPI, ord., 15 septembre 1998, *Michailidis e.a. c/ Commission*, aff. T-100/94, *Rec.*, p. II-3115, pt 49 ; TPI, ord., 25 octobre 2001, *Métropole Télévision – M 6 c/ Commission*, aff. T-354/00, *Rec.*, p. II-3177, pt 27 ; TPI, 6 juin 2007, *Mediocurso c/ Commission*, aff. jtes T-251/05 et T-425/05, non publié, pt 33 ; Trib. UE, 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ BEI*, aff. T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, pt 32 ; Trib. UE, 11 décembre 2012, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-15/11, *Rec. num.*, pt 41 ; Trib. UE, 24 septembre 2014, *Kadhaf Al Dam c/ Conseil*, aff. T-348/13, non publié, pt 24 ; TFP, ord., 23 mai 2008, *Braun-Neumann c/ Parlement*, aff. F-79/07, *RecFP*, pp. I-A-1-181 et II-A-1-957, pt 31 ; TFP, 23 novembre 2010, *Gheysens c/ Conseil*, aff. F-8/10, *Rec. num.*, pt 37.

11. À titre d'illustration, ni la qualification d'ordre public des délais ni le rappel du pouvoir du juge de les examiner d'office ne sont, en principe, rattachés à la notion de fin de non-recevoir d'ordre public (voy. p. ex. : CJCE, 5 juin 1980, *Belfiore c/ Commission*, aff. 108/79, *Rec.*, p. 1769, pt 3 ; CJCE, 29 juin 2000, *Politi c/ Fondation européenne pour la formation*, aff. C-154/99 P, *Rec.*, p. I-5019, pt 15 ; CJCE, ord., 8 décembre 2005, *Campailla c/ Commission*, aff. C-210/05 P, non publiée, pt 28 ; CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 53 ; TPI, ord., 31 mars 2003, *Hecq c/ Commission*, aff. T-227/02, *RecFP*, pp. I-A-115 et II-571, pt 14 ; TPI, 20 novembre 2008, *Italie c/ Commission*, aff. T-185/05, *Rec.*, p. II-3207, pt 69 ; Trib. UE, ord., 14 avril 2015, *Tecnica 2000 c/ Parlement e.a.*, aff. T-92/15,

le sont parfois encore lorsque le juge entend statuer par voie d'ordonnance motivée plutôt que par voie d'arrêt en présence d'une contestation de sa compétence ou de la recevabilité dans les écritures principales de la partie défenderesse et non par exception d'irrecevabilité soulevée par acte séparé par cette partie⁽¹²⁾. Ce faisant, le juge instrumentalise son pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public pour abrégier le cours de l'instance et pour pouvoir statuer par voie d'ordonnance motivée.

Le pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public est complété d'un pouvoir de rejeter, également par voie d'ordonnance motivée, un recours en cas d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes⁽¹³⁾. La distinction des deux pouvoirs d'office n'est pas toujours aisée⁽¹⁴⁾. Ainsi, d'un côté, l'irrecevabilité ou l'incompétence manifestes susceptibles d'être constatées d'office sont souvent fondées sur des fins de non-recevoir d'ordre public qui peuvent être relevées d'office⁽¹⁵⁾. De l'autre côté, le juge fait parfois application des règles relatives aux incompétences et irrecevabilités manifestes dans des circonstances dans lesquelles il pourrait s'appuyer sur son simple pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre

non publiée, pt 6 ; TFP, ord., 29 juin 2006, *Chassagne c/ Commission*, aff. F-11/05, *RecFP*, pp. I-A-1-65 et II-A-1-241, pt 23). Néanmoins, le respect du délai de recours est parfois rattaché aux fins de non-recevoir d'ordre public : TPI, 18 septembre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. jtes T-121/96 et T-151/96, *Rec.*, p. II-1355, pt 39.

12. Voy. également en ce sens : K. P. E. LASOK, *Lasok's European Court Practice and Procedure*, 3^e éd., Haywards Heath, Bloomsbury, 2017, 1780 p., spéc. p. 526. Voy. p. ex. : TPI, ord., 11 décembre 2007, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. T-156/06, non publiée ; Trib. UE, ord., 9 novembre 2011, *ClientEarth e.a. c/ Commission*, aff. T-120/10, non publiée ; Trib. UE, ord., 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV c/ Commission*, aff. T-58/10, non publiée ; Trib. UE, ord., 1^{er} octobre 2013, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-554/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 23 janvier 2014, *Confederación de Cooperativas Agrarias de España et CEPES c/ Commission*, aff. T-156/10, non publiée.

13. Art. 53, § 2, RP/C (2012) ; art. 126 RP/T (2015). Le Tribunal peut en outre rejeter un recours comme étant manifestement dépourvu de tout fondement en droit. Voy. également, s'agissant des pourvois manifestement irrecevables ou manifestement non fondés : art. 181 RP/C (2012) ; art. 208 RP/T (2015). Une disposition analogue figurait à l'article 81 RP/TFP (2014).

14. Pourtant, elle détermine les droits des parties (concl. SHARPSTON sur CJUE, 22 septembre 2011, *Bell & Ross c/ OHMI*, aff. C-426/10 P, *Rec.*, p. I-8849, note n° 13). En cas d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes, le juge peut statuer par voie d'ordonnance motivée sans les entendre, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1. Les ordonnances de rejet pour incompétence ou irrecevabilité manifestes (pp. 734 et s.).

15. Voy. pour un exemple : Trib. UE, ord., 29 mai 2017, *Le Pen c/ Parlement*, aff. T-863/16, non publiée, pts 22 et 25. Par ailleurs, sont parfois qualifiées de fins de non-recevoir d'ordre public l'incompétence manifeste (CJCE, ord., 12 mars 1980, *Sonacotra*, aff. 68/80, *Rec.*, p. 771 ; TPI, ord., 28 février 2005, *von Pezold c/ Commission*, aff. T-108/03, *Rec.*, p. I-655, pts 21 et 58), l'irrecevabilité manifeste (Trib. UE, ord., 6 mai 2010, *Kerelov c/ Commission*, aff. T-100/08 P, non publiée, pt 24) ou les deux (Trib. UE, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International c/ Commission*, aff. T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, pt 95).

public⁽¹⁶⁾. Or, les notions d'irrecevabilité et d'incompétence manifestes pourraient justifier des pouvoirs d'office du juge en l'absence même de moyen d'ordre public⁽¹⁷⁾. Le pouvoir de statuer d'office résulte, en effet, du caractère manifeste du vice et non du caractère fondamental, d'ordre public, de la règle de compétence ou de recevabilité transgressée.

De la combinaison d'une base juridique textuelle et d'une définition extensive de la notion de fin de non-recevoir d'ordre public⁽¹⁸⁾, il découle que le relevé d'office des moyens d'ordre public se rapportant à la procédure juridictionnelle devient, en pratique, la règle⁽¹⁹⁾. N'y échappent que les rares conditions ordinaires de recevabilité, tel le respect du délai de prescription du recours en indemnité⁽²⁰⁾. Ainsi, le principe dispositif n'a guère d'incidence sur l'appréciation par le juge des questions liminaires de compétence et de recevabilité : en relevant d'office son incompétence ou l'irrecevabilité d'ordre public, le juge ne statue pas *ultra petita*⁽²¹⁾. Par contraste, le relevé d'office des moyens d'ordre public de fond se présente comme une véritable exception audit principe dispositif, tel qu'interprété par le juge.

16. C'est ainsi que le Tribunal déduit de son habilitation à statuer d'office par voie d'ordonnance motivée en cas d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes l'habilitation, *a fortiori*, à constater d'office l'irrecevabilité ou l'incompétence manifestes dans un arrêt, voy. notamment : TPI, 29 septembre 2009, *Thomson Sales Europe c/ Commission*, aff. jtes T-225/07 et T-364/07, non publié, pt 217 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-246/09, non publié, pt 105. Voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, B, 2. Une dérogation appliquée dans des cas d'espèce (pp. 746 et s.).

17. Il s'agit de « deux questions d'ordre différent » : F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2009, § 100. Voy. également : H. CHAVRIER, « Soulever une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1995, vol. II, pp. 1-15, spéc. p. 9 ; concl. VILLALÓN sous CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo e.a. c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pts 80-93.

18. Cette notion est interprétée largement comme couvrant tant l'étendue de la compétence du juge que les conditions de recevabilité d'ordre public. Cette lecture large est généralement attribuée à l'arrêt *Humblet c/ État belge* (CJCE, 16 décembre 1960, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, spéc. p. 1147), voy. p. ex. : Trib. UE, 4 juin 2014, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-67/12, non publié, pt 37 ; Trib. UE, 4 juin 2014, *Hemmati c/ Conseil*, aff. T-68/12, non publié, pt 29. Voy., en outre, s'agissant de l'inclusion de la compétence du juge dans la notion de fin de non-recevoir d'ordre public : TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 79-80 ; Trib. UE, 3 juillet 2014, *Zanjani c/ Conseil*, aff. T-155/13, non publié, pt 48.

19. Voy. déjà en ce sens : B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. p. 9.

20. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1, a, i, β. Les délais de prescription, délais ordinaires (pp. 109 et s.).

21. Voy. en ce sens : TPI, ord., 16 mars 2009, *R c/ Commission*, aff. T-156/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-11 et II-B-1-51, pts 27-32 ; TPI, 8 juin 2009, *Krcova c/ Cour de justice*, aff. T-498/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-35 et II-B-1-197, pts 48 et 50-58 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 147-152.

B. Le fondement prétorien du pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public de fond

Fruits de la jurisprudence, les moyens d'ordre public de fond ne font l'objet d'aucune disposition ni dans le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, ni dans les règlements de procédure des juridictions de l'Union. Les dispositions relatives aux fins de non-recevoir d'ordre public, clairement limitées en leur objet, ne sauraient être étendues aux moyens d'ordre public de fond⁽²²⁾. Il n'est pas davantage possible de rattacher le relevé d'office de ces derniers aux règles régissant l'invocation tardive de moyens nouveaux, celles-ci ayant un objet différent⁽²³⁾ et n'étant pas opposables au juge⁽²⁴⁾. Au contraire, il ressort de la jurisprudence que le principe dispositif, reflété par les règles relatives à la présentation des écritures et des moyens par les parties, emporte l'interdiction pour le juge de statuer *ultra petita* en relevant d'office des moyens de fond non invoqués⁽²⁵⁾. Ce principe joue, avec une force variable, dans l'ensemble des voies de droit contentieuses⁽²⁶⁾.

À défaut de texte, le fondement du pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public de fond découle de la jurisprudence. Sa

22. Voy. toutefois pour un rattachement curieux du pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public de fond au pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public : Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 37.

23. Art. 127 RP/C (2012) ; art. 84 RP/T (2015). Ces dispositions ne visent, en effet, pas les moyens d'ordre public mais tout moyen invoqué après le premier tour de mémoires.

24. CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pts 29-31.

25. CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pts 27-28 ; CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel c/ Commission*, aff. C-84/13 P, non publié, pts 49-50 ; CJUE, ord., 7 septembre 2016, *Lotte c/ Nestlé Unternehmungen Deutschland*, aff. C-586/15 P, non publiée, pt 29.

26. Voy. pour une affirmation générale : TPI, 23 septembre 2003, *Henkel c/ OHMI*, aff. T-308/01, *Rec.*, p. II-3253, pt 34. Des illustrations plus spécifiques peuvent être trouvées dans le contexte du recours en annulation (voy. p. ex. : TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pt 34), du contentieux de la fonction publique (voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 28 juin 2011, *van Arum c/ Parlement*, aff. T-454/09 P, *Rec. num.*, pts 40 et 56 ; TFP, 29 septembre 2009, *O c/ Commission*, aff. jtes F-69/07 et F-60/08, *RecFP*, pp. I-A-1-349 et II-A-1-1833, pt 142), de la pleine juridiction en matière d'amendes (voy. p. ex. : CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pts 56 et 104 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Ori Martin c/ Commission*, aff. jtes C-490/15 P et C-505/15 P, non publié, pt 109), du pourvoi (voy. p. ex. : CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pt 49) et, à plus forte raison, dans le recours en manquement (voy. en ce sens : CJUE, 28 octobre 2010, *Commission c/ Malte*, aff. C-508/08, *Rec.*, p. I-10589, pt 19). L'on constate d'ailleurs des références croisées, la Cour de justice transposant dans le contentieux de la propriété intellectuelle la définition de l'office du juge de la pleine juridiction en matière d'amendes (CJUE, 22 septembre 2016, *Pensa Pharma c/ EUIPO*, aff. C-442/15 P, non publié, pt 26), ce qui peut de prime abord surprendre.

consécration, postulée dès le premier arrêt de la Cour de justice⁽²⁷⁾, est allée de pair avec celle de la notion de moyen d'ordre public. Ce pouvoir fut, ultérieurement, confronté au principe dispositif dont il constitue, aux yeux du juge, la seule exception⁽²⁸⁾. Le juge ne peut, en effet, relever d'office de moyen que dans « des cas particuliers dans lesquels l'intérêt public exige son intervention »⁽²⁹⁾. Il ne peut, en principe, relever de moyen autre que d'ordre public⁽³⁰⁾.

Le relevé d'office des moyens de fond est ainsi l'apanage premier et incontestable des moyens d'ordre public. Avec la qualification d'ordre public vient le pouvoir du juge de procéder à l'examen d'office. De manière circulaire, avec le relevé d'office d'un moyen vient en principe une qualification implicite et corrélative d'ordre public. À la différence du droit du contentieux civil français, il n'existe aucune distinction au sein même de l'ordre public, entre un ordre public de direction, dont il appartiendrait au juge de vérifier d'office le respect, et un ordre public de protection, dont seul le justiciable pourrait réclamer le respect et que le juge ne saurait vérifier d'office⁽³¹⁾. Une telle distinction ne ressort nullement de la jurisprudence examinée ci-dessus et paraît inappropriée au regard

27. CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. pp. 19 et 31.

28. Voy. en particulier : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 35 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 104 ; CJUE, 22 septembre 2016, *Pensa Pharma c/ EUIPO*, aff. C-442/15 P, non publié, pts 26-27 ; Trib. UE, 9 décembre 2010, *Tresplain Investments c/ OHMI*, aff. T-303/08, *Rec.*, p. II-5659, pt 171 ; Trib. UE, 12 novembre 2015, *HSB Investment Holdings Coinvest-C et HSB Investment Holdings FSO c/ Commission*, aff. T-499/12, *Rec. num.*, pt 110 ; Trib. UE, 1^{er} mars 2017, *SEAE c/ KL*, aff. T-278/15 P, non publié, pt 24 ; Trib. UE, 1^{er} mars 2017, *SEAE c/ Gross*, aff. T-472/15 P, non publié, pt 21 ; TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, non publié, pt 16. *Adde* : concl. Bor sous CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pts 51 et 55-57.

29. TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pt 34.

30. TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-61/01, non publié, pt 16 ; TFP, 28 juin 2011, *AS c/ Commission*, aff. F-55/10, non publié, pt 50.

31. Selon une jurisprudence, le juge se voyait interdire de relever d'office les moyens relevant d'un ordre public de protection : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, 1770 p., spéc. p. 451. *Adde* : E. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.*, 2008, p. 125 ; X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 2001, n° 15, pp. 745-751 ; G. TAORMINA, « Réflexions sur l'ordre public et les moyens relevés d'office par le juge, à propos de l'article L. 141-4 du code de la consommation », in M. DAURY-FAUVEAU, F. HÉNOT et J. LEFEBVRE (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman. Les frontières du droit*, Amiens, Éd. CEPRISCA, 2014, pp. 281-293. Il semblerait qu'une distinction analogue fut opérée dans la jurisprudence belge, entre les normes d'ordre public visant à protéger les intérêts essentiels de l'État et les normes impératives visant à protéger les intérêts privés et devant être invoquées par la personne intéressée : Ch. VERDURE, « La portée de l'office du juge national en droit de la consommation de l'Union européenne : examen au regard de la réglementation des clauses abusives », *ADUE*, 2012, pp. 331-342, spéc. p. 336.

de la nature par essence objective des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne⁽³²⁾. Par ailleurs, la Cour de justice a d'ores et déjà refusé « d'entrer dans le débat théorique et finalement très français sur la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection »⁽³³⁾ dans le domaine voisin de l'examen d'office par le juge national dans le champ du droit européen de la consommation⁽³⁴⁾.

En définitive, il apparaît que le relevé d'office reflète la spécificité commune à tous les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle et de fond du droit du contentieux de l'Union européenne. Assurant une protection renforcée des règles fondamentales de l'ordre juridique, il jouit d'un champ étendu.

§ 2. – Le champ du relevé d'office

Le relevé d'office permet de conférer aux règles d'ordre public une protection renforcée. Conceptuellement, il forme une dérogation à la passivité du juge et devrait, partant, faire l'objet d'une interprétation restrictive. En pratique, il est toutefois devenu la règle au stade de l'examen de la compétence du juge et de la recevabilité des demandes du fait de la multiplication des moyens d'ordre public en ces domaines. Il reste, en revanche, clairement dérogoire s'agissant des moyens d'ordre public de

32. À l'exception de certains moyens d'ordre public du contentieux de la fonction publique.

33. G. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT, Note sous l'arrêt CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion et Godard*, aff. C-429/05, *Rec.*, p. I-8017, *GP*, 13 décembre 2007, pp. 11-16, spéc. p. 15.

34. CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion et Godard*, aff. C-429/05, *Rec.*, p. I-8017, pts 57 et s. La Cour de justice étend au domaine des contrats de crédit à la consommation une jurisprudence relative à l'office du juge national rendue dans le contexte de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JO*, 1993, L 95, p. 29). Depuis 2000, la Cour de justice n'a, en effet, de cesse de rappeler que le juge national est habilité (CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, p. I-4941, pt 28 ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Rec.*, p. I-10875, pt 32) et même tenu (CJCE, 6 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*, p. I-10421, pt 38 ; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08, *Rec.*, p. I-4713, pt 31, voy. à ce propos : G. PAISANT, « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G*, 2009, n° 42, pp. 33-37 ; G. POISSONNIER, « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *D.*, 2009, n° 34, pp. 2313-2315, spéc. pp. 2314-2315) de procéder à l'examen d'office des clauses abusives. Ces arrêts ont appelé des changements de la législation française en matière de droit de la consommation, voy. pour un très bref résumé et d'autres références : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, spéc. pp. 452-453 ; G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.*, 2008, pp. 1285-1291 ; G. POISSONNIER, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats, conc., consom.*, 2009, étude 5 ; H. CROZE, « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation », *Procédures*, 2008, comm. 80.

fond. Afin d'assurer le caractère impératif des moyens d'ordre public⁽³⁵⁾, le relevé d'office de ces moyens jouit d'un vaste champ tant matériel (A) que temporel (B).

A. *Le champ matériel du relevé d'office*

Principal attribut des moyens d'ordre public, le relevé d'office n'est pas pour autant leur apanage exclusif. Il doit, partant, être distingué des autres pouvoirs d'office du juge de l'Union européenne (1). Le relevé d'office des moyens d'ordre public est d'étendue égale au champ de ces moyens (2).

1) Des pouvoirs d'office

Hormis le cas du relevé d'office des moyens d'ordre public, le juge de l'Union européenne jouit de nombreux pouvoirs d'office non conditionnés par l'existence de règles d'ordre public. Schématiquement, ceux-ci peuvent être rangés en deux catégories.

Une première catégorie a trait aux pouvoirs d'office conférés aux juridictions de l'Union européenne en vue de l'organisation du déroulement, de la conduite des procédures portées devant elles et de la détermination des effets de leurs décisions. Parmi ces pouvoirs d'office de gestion procédurale, peuvent être cités, à titre d'illustration et sans nullement prétendre à l'exhaustivité, les pouvoirs de soumettre d'office une affaire à un traitement accéléré ou d'urgence⁽³⁶⁾, d'adopter d'office des mesures d'organisation de la procédure et d'instruction⁽³⁷⁾, de rouvrir d'office la procédure orale⁽³⁸⁾, de limiter d'office les effets dans le temps de la décision⁽³⁹⁾, d'assurer d'office une répartition équitable des dépens⁽⁴⁰⁾, de procéder d'office à des rectifications d'erreurs matérielles dans les arrêts

35. Sans préjudice des limites examinées dans le chapitre suivant du présent titre (pp. 509 et s.). En particulier, le champ de certaines actions en justice est limité à tel point que le juge ne peut y introduire certains moyens d'ordre public, voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2. Les limites variables découlant de l'étendue de la compétence « activée » du juge (pp. 539 et s.).

36. Art. 105, 107 et 133 RP/C (2012) ; art. 151 RP/T (2015).

37. Art. 61-75 RP/C (2012) ; art. 88-102 RP/T (2015).

38. Art. 83 RP/C (2012) ; art. 113 RP/T (2015). Voy. en particulier : CJCE, ord., 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.*, p. I-665, pt 18.

39. En application de l'art. 264, al. 2, TFUE, le juge peut d'office maintenir les effets d'un acte annulé : CJCE, 1^{er} avril 2008, *Parlement et Danemark c/ Commission*, aff. jtes C-14/06 et C-295/06, *Rec.*, p. I-1649, pt 85 ; Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob c/ Commission*, aff. T-471/11, *Rec. num.*, pt 111.

40. Voy. p. ex. : TPI, ord., 1^{er} décembre 1994, *Detlef Brandt e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-158/93 e.a., *Rec.*, p. II-1133, pts 6-7. Voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2. L'atténuation de la rigueur de l'ordre public au stade des dépens (pp. 673 et s.).

et ordonnances⁽⁴¹⁾. Ces pouvoirs d'office procéduraux sont justifiés par des considérations de bonne administration de la justice et, en particulier, d'économie de procédure. Ils sont sans effet sur la solution apportée au litige et se distinguent ainsi très clairement du relevé d'office d'un moyen d'ordre public, lequel influence directement ladite solution.

Une seconde catégorie regroupe les pouvoirs d'office inhérents à certaines voies de droit et à l'exercice de compétences et de pouvoirs spécifiques du juge. À la différence des pouvoirs de gestion procédurale, ces pouvoirs dépassent la sphère purement procédurale pour influencer directement sur la solution matérielle du litige. Leur distinction du relevé d'office des moyens d'ordre public est plus ardue.

Exceptionnellement, le juge peut statuer d'office en l'absence de toute demande des parties. Aussi avons-nous déjà relevé que le juge de la fonction publique peut condamner d'office l'institution défenderesse au paiement de dommages et intérêts, en l'absence de toute demande formelle en ce sens⁽⁴²⁾. Il le fait dans une optique de protection du fonctionnaire ou agent lésé par un agissement illégal de l'institution employeur, en particulier lorsque l'annulation de l'acte litigieux s'avère impossible, inopportune ou insuffisante pour rétablir ses droits. De manière analogue, le juge des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence est à même de modifier leur montant en l'absence de toute demande lorsqu'il atteint la conviction de leur caractère illégal, voire inapproprié⁽⁴³⁾. Ce dépassement des conclusions est, nous l'avons déjà dit, indépendant de tout moyen d'ordre public.

Plus fréquemment, le juge est investi de pouvoirs d'office influençant son appréciation des conclusions et des moyens portés devant lui, dans le respect des conclusions formelles des parties. Ces pouvoirs doivent être distingués du relevé d'office d'un moyen d'ordre public dans la mesure où leur reconnaissance ne découle pas de l'importance fondamentale d'une norme transgressée. Ces pouvoirs reflètent une grande casuistique et proviennent de considérations pragmatiques destinées à permettre au juge de juger chaque affaire tant dans le respect des limites du litige défini par les parties que dans le respect du droit.

Ainsi, tout d'abord, le juge jouit de larges pouvoirs d'appréciation d'office dans le contentieux de la propriété intellectuelle⁽⁴⁴⁾. Ces pouvoirs

41. Art. 103 et 154 RP/C (2012) ; art. 164 RP/T (2015).

42. CJCE, 5 juin 1980, *Oberthür c/ Commission*, aff. 24/79, *Rec.*, p. 1743, pt 14. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, B. La condamnation d'office dans le contentieux de la fonction publique (pp. 416 et s.).

43. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 1. Des pouvoirs de réformer d'office le montant de l'amende en l'absence de demande (pp. 402 et s.).

44. CJCE, 18 décembre 2008, *Éditions Albert René c/ OHMI*, aff. C-16/06 P, *Rec.*, p. I-10053, pt 48.

lui permettent en particulier de reprendre toutes les étapes de l'examen du risque de confusion et de rectifier, y compris d'office, les prémisses non contestées de l'appréciation effectuée par les chambres de recours⁽⁴⁵⁾. Plus largement, le juge de la légalité peut, d'office, aborder des arguments non avancés par les parties, afin d'apprécier un moyen soulevé par l'une d'elles⁽⁴⁶⁾. Il peut notamment résoudre des questions préalables à l'appréciation d'un moyen et vérifier la prémisse d'une argumentation, voire le champ d'application de la disposition invoquée⁽⁴⁷⁾. Il peut rectifier d'office une qualification erronée des faits effectuée par les parties⁽⁴⁸⁾.

Ensuite, il est constant que le juge du pourvoi est habilité à procéder à des substitutions des motifs d'office, lorsqu'il constate que la décision faisant l'objet du pourvoi est entachée d'une erreur laquelle, toutefois, ne justifie pas son annulation⁽⁴⁹⁾. Plus largement, le juge peut, d'office, procéder à des substitutions de base légale lorsque l'acte attaqué est fondé sur une base juridique erronée et que cette erreur est « purement formelle »⁽⁵⁰⁾, en ce que la base erronée et celle correcte impliquent les mêmes règles de compétence et de procédure.

Enfin, s'agissant de l'exception d'illégalité tirée de l'incompétence de l'auteur de l'acte de base⁽⁵¹⁾, le Tribunal a récemment jugé que, « si le juge de l'Union n'est pas obligé de soulever d'office cette question, il se peut qu'il soit amené à le faire » et que « [t]el peut être le cas en fonction des éléments

45. Voy. les exemples exposés *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1. Des appréciations et substitutions de motifs opérées d'office dans le contentieux de la propriété intellectuelle (pp. 383 et s.).

46. CJCE, ord., 27 septembre 2004, *UER c/ M6 e.a.*, aff. C-470/02 P, non publiée, pt 69 ; CJCE, ord., 13 juin 2006, *Mancini c/ Commission*, aff. C-172/05 P, non publiée, pt 41.

47. Voy. les exemples cités *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, B. Un fondement certain de pouvoirs d'office ambigus du juge (pp. 325 et s.).

48. Voy. notamment, à propos d'une qualification erronée d'un document : TPI, 14 octobre 1999, *Bavarian Lager c/ Commission*, aff. T-309/97, *Rec.*, p. II-3217, pts 42-44. Voy. également en ce sens : B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568, spéc. p. 567. *Adde* : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 157-158.

49. Voy. en particulier à propos de la substitution des motifs par le juge du pourvoi : CJCE, 9 juin 1992, *Lestelle c/ Commission*, aff. C-30/91 P, *Rec.*, p. I-3755, pt 28 ; CJCE, 15 décembre 1994, *Finsider c/ Commission*, aff. C-320/92 P, *Rec.*, p. I-5697, pt 37 ; CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 58. Voy. à ce propos : F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463, spéc. p. 439 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 155-157.

50. F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p., spéc. p. 133.

51. Dont le caractère d'ordre public a fait l'objet d'indications divergentes et ne ressort pas avec certitude de la jurisprudence, voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, A, 2. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence absolue de l'Union européenne (pp. 169 et s.), et Sous-section 2, § 1, B. L'exception d'illégalité tirée de l'incompétence d'une institution de l'Union européenne (pp. 193 et s.).

versés au dossier ou s'il s'agit d'un vice revêtant un caractère manifeste, autrement dit si le juge de l'Union peut aisément le déceler et l'identifier comme tel »⁽⁵²⁾. S'appuyant sur des critères interprétés hors contexte⁽⁵³⁾, le Tribunal semble ainsi avoir donné naissance à des vices « intermédiaires », situés entre le moyen d'ordre public et le moyen ordinaire, susceptibles d'être relevés d'office en raison de leur caractère manifeste et au regard des éléments du dossier. Cette approche n'est pas sans rappeler des suggestions doctrinales visant à habiliter le juge de l'Union à examiner d'office tout moyen de légalité en présence d'indices sérieux d'illégalités graves⁽⁵⁴⁾. Il reste cependant à voir comment cette jurisprudence sera interprétée et appliquée à l'avenir.

Susceptibles d'être activés d'office, ces pouvoirs n'impliquent pas l'examen de moyens d'ordre public. Ils se distinguent ainsi du relevé d'office à proprement parler de tels moyens.

2) Le relevé d'office

Le pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public reflète le champ de ces moyens et accompagne leur jeu dans l'ensemble des voies de droit. À fréquence variable, l'on peut déceler des cas de relevé d'office de moyens d'ordre public ou le rappel de ce pouvoir dans les recours en annulation⁽⁵⁵⁾, les recours contre les amendes en matière de concurrence⁽⁵⁶⁾,

52. Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pt 35.

53. Voy. *supra*, note n° 163 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale ».

54. Cette proposition était fondée sur la mission du juge consistant à assurer le respect du droit communautaire (de l'Union européenne). Elle impliquait une appréciation au cas par cas pour procéder au relevé d'office des illégalités graves (« *schwerwiegende Mängel* »), sans opérer de définition préalable et figée des moyens d'ordre public. Le relevé d'office ne serait exclu que si l'institution défenderesse veut et peut, dans le respect du droit, licitement refaire l'acte litigieux sans en modifier la substance : H.-W. DAIG, *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und der Schlußanträge der Generalanwälte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 345 p., spéc. pp. 116-117.

55. Voy. p. ex. : CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. pp. 19 et 31 ; CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. pp. 87, 99 et 100 ; CJCE, ord., 5 juillet 2001, *CNPA e.a. c/ Commission*, aff. C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, pt 32 ; CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. C-417/04 P, *Rec.*, p. I-3881, pt 36 ; CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 34-36.

56. Voy. pour l'admission du relevé d'office : CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 104 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pt 64 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 131.

les recours formés par les fonctionnaires⁽⁵⁷⁾, ou encore dans les recours en carence⁽⁵⁸⁾, en manquement⁽⁵⁹⁾, en responsabilité contractuelle⁽⁶⁰⁾ et extra-contractuelle⁽⁶¹⁾, de même que dans le pourvoi⁽⁶²⁾.

Dans les recours directs, le pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public ne semble pas être affecté par le défaut éventuel de la partie défenderesse⁽⁶³⁾. Toutefois, suite à l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure du Tribunal en 2015, le contrôle de sa compétence

57. Voy. p. ex. : TPI, ord., 11 mai 1992, *Whitehead c/ Commission*, aff. T-34/91, *Rec.*, p. II-1723, pts 18-19 et 31 ; TPI, 24 septembre 1996, *Marx Esser et Del Amo Martinez c/ Parlement*, aff. T-182/94, *RecFP*, pp. I-A-411 et II-1197, pts 31 et 44 ; TPI, 13 juillet 2006, *Vounakis c/ Commission*, aff. T-165/04, *RecFP*, pp. I-A-2-155 et II-A-2-735, pt 30 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 61.

58. Voy. p. ex. : CJCE, 17 juillet 1959, *Snupat c/ Haute Autorité*, aff. jtes 32/58 et 33/58, *Rec.*, p. 275, spéc. p. 299 ; CJCE, 17 juillet 1959, *SAFE c/ Haute Autorité*, aff. 42/58, *Rec.*, p. 381, spéc. p. 400 ; CJCE, 6 avril 1962, *Meroni e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 21/61 à 26/61, *Rec.*, p. 143, spéc. p. 154 ; CJCE, ord., 14 janvier 1992, *ISAE et INTERDATA c/ Commission*, aff. C-130/91, *Rec.*, p. I-69, pts 9 et 12 ; CJCE, ord., 13 décembre 2000, *Sodima c/ Commission*, aff. C-44/00 P, *Rec.*, p. I-11231, pt 51 ; TPI, 13 décembre 1999, *Sodima c/ Commission*, aff. jtes T-190/95 et T-45/96, *Rec.*, p. II-3617, pt 25.

59. Voy. p. ex. : CJCE, 28 avril 1993, *Commission c/ Italie*, aff. C-306/91, *Rec.*, p. I-2133, pt 26 ; CJCE, 11 juin 1998, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-206/96, *Rec.*, p. I-3401, pt 12 ; CJUE, 26 janvier 2012, *Commission c/ Slovénie*, aff. C-185/11, non publié, pt 28 ; CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Estonie*, aff. C-39/10, *Rec. num.*, pt 25 ; CJUE, 19 décembre 2013, *Commission c/ Pologne*, aff. C-281/11, *Rec. num.*, pt 121.

60. Voy. p. ex. : TPI, ord., 10 juillet 2002, *Comitato organizzatore del convegno internazionale c/ Commission*, aff. T-387/00, *Rec.*, p. II-3031, pt 36 ; Trib. UE, 3 mars 2011, *Caixa Geral de Depósitos c/ Commission*, aff. T-401/07, non publié, pt 98.

61. Voy. p. ex. : CJCE, 26 février 1986, *Krohn Import-Export c/ Commission*, aff. 175/84, *Rec.*, p. 753, pt 15 ; TPI, 10 juillet 1990, *Automec c/ Commission*, aff. T-64/89, *Rec.*, p. II-367, pts 73-74 ; TFP, 11 septembre 2008, *Bui Van c/ Commission*, aff. F-51/07, *RecFP*, pp. I-A-1-289 et II-A-1-1533, pts 77-80, 84 et 92-94.

62. D'une part, le relevé d'office peut porter sur des moyens propres au pourvoi (voy. p. ex. : CJCE, 19 octobre 1995, *Rendo e.a. c/ Commission*, aff. C-19/93 P, *Rec.*, p. I-3319, pt 13 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Procter & Gamble c/ OHMI*, aff. C-383/99 P, *Rec.*, p. I-6251, pt 18 ; CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pt 48 ; CJUE, 11 avril 2013, *Mindo c/ Commission*, aff. C-652/11 P, *Rec. num.*, pt 30 ; Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 37). D'autre part, se pose la question du relevé d'office des moyens d'ordre public qui auraient pu être soulevés d'office en première instance. Cette question rejoint la problématique du moment du relevé d'office (voy. *infra*, ce §, B. Le champ temporel du relevé d'office, pp. 449 et s.) et de l'éventuelle sanction du non-relevé d'office par le juge de première instance (voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1. Un contrôle réel au stade du pourvoi, pp. 474 et s.).

63. Il devrait en aller ainsi sans difficultés du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de fond, le juge étant amené à adjuger les conclusions à la partie demanderesse. Il devrait encore en aller ainsi de l'incompétence d'ordre public du juge, celle-ci l'empêchant, naturellement, de statuer, fût-ce par défaut, de même que de l'irrecevabilité d'ordre public du recours, voy. à ce propos : TFP, 23 avril 2008, *Pickering c/ Commission*, aff. F-103/05, *RecFP*, pp. I-A-1-101 et II-A-1-527, pt 51 ; TFP, 23 avril 2008, *Bain e.a. c/ Commission*, aff. F-112/05, *RecFP*, pp. I-A-1-111 et II-A-1-579, pt 50.

et de la recevabilité est limité à un contrôle *prima facie*. Le juge statuant par défaut ne peut rejeter le recours que pour incompétence ou irrecevabilité manifestes⁽⁶⁴⁾. Il n'est pas aisé, à ce stade, de déterminer les conséquences de cette limitation sur le relevé d'office des fins de non-recevoir d'ordre public dans une procédure par défaut⁽⁶⁵⁾. Une limitation du relevé d'office aux seuls cas d'incompétence et d'irrecevabilité manifestes risquerait de se heurter à la nature d'ordre public des règles en cause.

En sus du relevé d'office dans les voies de droit principales, le juge est habilité à procéder au relevé d'office des moyens d'ordre public dans les voies de droit accessoires et extraordinaires.

Ainsi, le juge des référés peut relever d'office tant des moyens d'ordre public propres à la procédure en référé⁽⁶⁶⁾ que des moyens d'ordre public susceptibles de jouer dans l'instance principale sur laquelle se greffe le référé⁽⁶⁷⁾. À l'évidence, l'appréciation portée par le juge des référés sur une question d'ordre public afférente à la procédure principale ne saurait lier le

64. Désormais, « [d]ans l'arrêt par défaut, le Tribunal adjuge au requérant ses conclusions, à moins qu'il ne soit manifestement incompétent pour connaître du recours ou que ce recours soit manifestement irrecevable ou manifestement dépourvu de tout fondement en droit » (art. 123, § 3, RP/T [2015]). En revanche, la Cour de justice examine, avant de rendre l'arrêt par défaut, la recevabilité de la requête et vérifie si les formalités ont été régulièrement accomplies et si les conclusions du requérant paraissent fondées (art. 152, § 3, RP/C [2012]), sans que cet examen soit limité aux incompétences et irrecevabilités manifestes.

65. Tantôt, le Tribunal se borne, en effet, à constater qu'il n'est pas manifestement incompétent et que le recours n'est pas manifestement irrecevable, avant d'adjudger les conclusions à la partie requérante (Trib. UE, 6 avril 2017, *Entreprise commune clean Sky 2 c/ Scouring Environnement*, aff. T-238/16, non publié, pts 19-20 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis c/ ERCEA*, aff. T-348/16, non publié, pts 26-28). Tantôt, il constate sa compétence et la recevabilité du recours (Trib. UE, 25 mai 2016, *Commission McCarron Poultry*, aff. T-226/14, *Rec. num.*, pts 40-41 ; Trib. UE, 8 juin 2017, *Commission c/ IEM*, aff. T-141/16, non publié, pts 26-27). Voy. pour une illustration de rejet pour cause d'irrecevabilité manifeste : Trib. UE, ord., 7 juin 2017, *De Masi c/ Commission*, aff. T-11/16, non publiée.

66. Voy. p. ex. : TPI, ord. prés., 7 mai 2002, *Aden e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-306/01 R, *Rec.*, p. II-2387, pt 43 ; TPI, ord. prés., 23 juin 2003, *Schmitt c/ AER*, aff. T-175/03 R, *RecFP*, pp. I-A-175 et II-883, pt 15 ; TPI, ord. prés., 25 mai 2009, *Biofrescos c/ Commission*, aff. T-159/09 R, non publiée, pt 15 ; Trib. UE, ord. prés., 8 septembre 2010, *Noko Ngele c/ Commission*, aff. T-15/10 R II, non publiée, pt 7 ; Trib. UE, ord. prés., 14 octobre 2011, *Rousse Industry c/ Commission*, aff. T-489/11 R, non publiée, pt 6 ; Trib. UE, ord. prés., 18 décembre 2013, *Istituto di vigilanza dell'urbe c/ Commission*, aff. T-579/13 R, non publiée, pt 7.

67. Il en va ainsi de l'examen d'office exceptionnel, au regard de différentes fins de non-recevoir d'ordre public, de la recevabilité *prima facie* du recours principal (voy. les exemples cités *supra*, note n° 129 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle »). S'il n'est pas exclu que le juge des référés relève d'office, au stade de l'appréciation du *fumus boni juris*, un moyen d'ordre public de fond qui apparaîtrait *prima facie* fondé, aucun exemple ne peut toutefois, à notre connaissance, en être trouvé. Une obligation en ce sens risque par ailleurs d'alourdir la tâche du juge des référés et de porter atteinte à la célérité de cette procédure d'urgence.

juge du fond. Du fait de la nature *prima facie* de l'examen et de l'urgence dans laquelle le juge statue, les cas de relevé d'office des moyens d'ordre public opérant dans le litige principal restent rares lors du référé.

En outre, une demande d'aide judiciaire est rejetée en cas d'incompétence manifeste du juge ou d'irrecevabilité manifeste du recours principal, constatées le cas échéant d'office à titre de fin de non-recevoir d'ordre public⁽⁶⁸⁾.

Le relevé d'office paraît également possible dans les procédures en révision⁽⁶⁹⁾, d'opposition et de tierce opposition⁽⁷⁰⁾. Il y est toutefois peu commun⁽⁷¹⁾.

Non limité en son champ matériel, l'exercice du pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public n'est, de surcroît, guère limité dans le temps.

B. *Le champ temporel du relevé d'office*

Le relevé d'office peut avoir lieu à tout moment de la procédure. Fréquemment rappelée dans la jurisprudence mais non systématiquement respectée, cette considération vise le relevé d'office en cours de l'instance (1). Le pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public dépasse toutefois l'instance (2).

68. Voy. pour un exemple de relevé d'office de l'irrecevabilité du recours principal : Trib. UE, ord. prés., 3 septembre 2014, *HG c/ Union européenne et République tchèque*, aff. T-497/14 AJ, non publiée. Conformément aux articles 146, § 2, et 148, § 1, RP/T (2015), ce pouvoir s'appuie essentiellement sur le caractère manifeste de l'incompétence ou de l'irrecevabilité en cause.

69. TFP, 20 septembre 2011, *Fouwels e.a. c/ Commission*, aff. F-8/05 REV, non publié, pts 19-20 ; TFP, 20 septembre 2011, *De Buggenoms e.a. c/ Commission*, aff. F-45/06 REV, non publié, pts 19-20 ; TFP, 20 septembre 2011, *Saintraint c/ Commission*, aff. F-103/06 REV, non publié, pts 19-20.

70. Voy. à propos de cette voie de droit, en particulier : I. PINGEL, « Tierce opposition », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2016 ; G. VANDERSANDEN, « Le recours en tierce opposition devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1969, n° 6, pp. 666-682 ; *id.*, « Tierce opposition », *Rép. Dalloz Droit communautaire*, 1992.

71. Une recherche des cas de relevé d'office ou de la définition des moyens d'ordre public dans les procédures d'opposition et de tierce opposition ne fournit que deux résultats. D'une part, dans une procédure en référé greffée sur une tierce opposition, le président du Tribunal a rappelé son pouvoir de relever d'office, à titre de fin de non-recevoir d'ordre public, le non-respect du règlement de procédure (Trib. UE, ord. prés., 4 février 2010, *Portugal c/ Transnautica et Commission*, aff. T-385/05 TO R, non publiée, pt 9). D'autre part, statuant sur une procédure en opposition, le Tribunal a précisé qu'il ne lui appartenait pas « de se substituer à la Commission et d'examiner d'office si, en l'espèce, il existe des éléments permettant d'établir l'existence d'un accord [contraire à l'article 81 CE, devenu article 101 TFUE] sur le principe de l'exclusion de la gratuité des services de change d'espèce » (TPI, 27 septembre 2006, *Dresdner Bank c/ Commission*, aff. jtes T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP et T-61/02 OP, *Rec.*, p. II-3567, pt 80).

1) Le relevé d'office en cours de l'instance

En cours d'instance, le juge de l'Union européenne peut procéder au relevé d'office des moyens d'ordre public à tout moment⁽⁷²⁾. Cette absence de toute limite temporelle ressort explicitement des règlements de procédure s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public⁽⁷³⁾ et se voit en substance confirmée par la jurisprudence⁽⁷⁴⁾. De même, selon la jurisprudence, l'examen des moyens d'ordre public de fond peut avoir lieu à tout stade de la procédure, y compris d'office⁽⁷⁵⁾. Ainsi, des exemples peuvent être trouvés de relevé d'office au cours de la procédure écrite⁽⁷⁶⁾, après clôture de cette dernière et préalablement à l'audience⁽⁷⁷⁾, au moment de cette dernière⁽⁷⁸⁾, voire après clôture de la procédure orale, une fois que l'affaire est mise en délibéré⁽⁷⁹⁾. Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public peut être proposé par l'avocat général⁽⁸⁰⁾. Au-delà de l'instance, le relevé d'office peut avoir lieu à tout moment de la vie de l'affaire.

72. Concl. MENDOZZI sous CJCE, 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer c/ Commission*, aff. C-534/07 P, *Rec.*, p. I-7415, pt 35, et sous CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott*, aff. C-290/07 P, *Rec.*, p. I-7763, pt 33 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 22 septembre 2011, *Belgique c/ Deutsche Post et DHL International*, aff. C-148/09 P, *Rec.*, p. I-8573, pt 26, et du 16 juillet 2015, *Galp Energia España e.a. c/ Commission*, aff. C-603/13 P, note n° 28.

73. Art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015). Une disposition analogue figurait à l'article 82 RP/TFP (2014).

74. Voy. p. ex. : CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. C-417/04 P, *Rec.*, p. I-3881, pt 36 ; TPI, 12 février 2008, *BUPA e.a. c/ Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 69 ; TPI, ord., 6 mai 2010, *Kerelov c/ Commission*, aff. T-100/08 P, *Rec. num.*, pt 24.

75. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pt 49 ; TFP, 2 avril 2009, *Menidiatis c/ Commission*, aff. F-128/07, *RecFP*, pp. I-A-1-71 et II-A-1-383, pt 63. *Mutatis mutandis*, le moyen d'ordre public peut, en principe, être invoqué à tout moment de la procédure : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pt 25. Voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. La levée encore ambiguë de la forclusion des moyens d'ordre public (pp. 604 et s.).

76. Voy. p. ex. : TFP, ord., 30 juin 2015, *Centurione c/ Commission*, aff. F-43/15, non publiée, pt 10.

77. Voy. p. ex. : TPI, 9 septembre 2010, *Al-Aqsa c/ Conseil*, aff. T-348/07, *Rec.*, p. II-4575, pts 19-20 ; Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pt 19 ; TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 85.

78. Voy. p. ex. : Trib. UE, 28 novembre 2013, *Herbacin cosmetic c/ OHMI*, aff. T-34/12, non publié, pt 40.

79. Voy. p. ex. : CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 ; Trib. UE, 6 juillet 2015, *France c/ Commission*, aff. T-516/10, non publié, pts 22 et 26 ; TFP, ord., 15 janvier 2014, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-26/12, non publiée, pts 5-6 ; TFP, 11 avril 2016, *Zink c/ Commission*, aff. F-77/15, non publié, pts 19-21 et 31-32. Dans un tel cas, le juge rouvre la procédure orale pour entendre les parties.

80. Voy. p. ex. : concl. SHARPSTON sous CJUE, 6 octobre 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-73/14, *Rec. num.*, pt 36. *Adde* : A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2006, 699 p., spéc. p. 18. Lorsque la Cour entend s'appuyer sur un moyen relevé d'office sur proposition de l'avocat général et sans que les parties aient pu débattre du

2) Le relevé d'office au-delà d'une instance

Les règles d'ordre public s'imposent à tout juge tout au long du cours d'une affaire. Le champ temporel du relevé d'office dépasse le temps d'une instance. Il peut avoir lieu, fût-ce pour la première fois, lors d'un pourvoi éventuel, au stade d'une voie de rétractation ou encore, à la suite d'une annulation de la décision rendue en première instance avec renvoi devant les premiers juges, au cours de la procédure devant le juge du renvoi.

Ainsi, le juge du pourvoi est habilité à examiner, le cas échéant d'office, tout moyen d'ordre public non examiné par le juge de première instance⁽⁸¹⁾. Aussi examine-t-il d'office la compétence du juge de l'Union européenne⁽⁸²⁾ et celle du juge de première instance⁽⁸³⁾, la recevabilité du recours de première instance⁽⁸⁴⁾ ou des moyens d'ordre public de fond⁽⁸⁵⁾ non examinés par le juge de première instance.

L'examen d'office n'est toutefois pas systématique. Le juge du pourvoi se contente parfois de rejeter comme irrecevable un moyen d'ordre public avancé pour la première fois au stade du pourvoi sans même envisager, dans les motifs de l'arrêt, son éventuel relevé d'office⁽⁸⁶⁾. Loin d'une

moyen, elle rouvre généralement la procédure orale pour entendre les parties. Voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A, 2. Le débat contradictoire à l'occasion d'une réouverture de la procédure orale (pp. 722 et s.).

81. Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public pour la première fois au stade du pourvoi se confond largement avec le contrôle, par le juge du pourvoi, du respect des règles d'ordre public par les premiers juges.

82. CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pts 19-20.

83. CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 50. Les formulations retenues par la Cour de justice dans les arrêts *Planet c/ Commission* (voy. *supra*, note précédente) et *Elitaliana c/ Eulex Kosovo* illustrent une forme de malaise avec l'examen d'office, pour la première fois au stade du pourvoi, d'un moyen d'ordre public afférent à la compétence du Tribunal. C'est ainsi que la Cour justifie l'examen d'office au regard des compétences du juge de l'Union européenne (arrêt *Planet c/ Commission*) ou de sa propre compétence (arrêt *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*).

84. Voy. p. ex. : CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pt 18 ; CJCE, 23 avril 2009, *Sahlstedt e.a. c/ Commission*, aff. C-362/06 P, *Rec.*, p. I-2903, pt 22 ; CJUE, ord., 15 avril 2010, *Makhteshim-Agan Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-517/08 P, non publié, pt 54 ; Trib. UE, 11 septembre 2013, *L c/ Parlement*, aff. T-317/10 P, non publié, pt 22 ; Trib. UE, 22 mai 2014, *BG c/ Médiateur*, aff. T-406/12 P, non publié, pt 27 ; Trib. UE, 13 octobre 2015, *Commission c/ Cocchi et Falcione*, aff. T-103/13 P, non publié, pt 95. Ce pouvoir est parfois appuyé sur la disposition du règlement de procédure régissant les fins de non-recevoir d'ordre public devant le juge du pourvoi (Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 129-130).

85. Voy. p. ex. : CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pt 34 ; CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pt 92.

86. Voy. en particulier : CJCE, 5 juin 2003, *O'Hannrachain c/ Parlement*, aff. C-121/01 P, *Rec.*, p. I-5539, pt 39. La Cour de justice rejette comme irrecevable un moyen pris d'une violation de l'obligation de motivation dirigé contre l'acte attaqué en première instance au motif que ce

remise en cause de l'habilitation du juge du pourvoi à examiner d'office des moyens d'ordre public, il s'agit à nos yeux de solutions d'espèce qui, probablement, reflètent l'absence de bien-fondé des moyens en cause⁽⁸⁷⁾. Par ailleurs, l'examen d'office par le juge du pourvoi soulève la question de sa conciliation avec la compétence limitée de ce juge quant aux faits. Il en va ainsi en particulier des moyens d'ordre public qui impliquent, telle la fin de non-recevoir d'ordre public tirée du défaut de qualité pour agir d'un requérant non privilégié, d'importantes appréciations factuelles⁽⁸⁸⁾. La problématique peut être résolue grâce à une subordination du relevé d'office aux faits issus du dossier soumis au juge de première instance et constatés par celui-ci⁽⁸⁹⁾. S'il apparaît que les faits nécessaires n'ont pas été constatés par ce dernier, il est envisageable que le juge du pourvoi annule la décision rendue en première instance pour défaut d'examen d'office du moyen d'ordre public en cause et renvoie l'affaire devant le juge de première instance afin que celui-ci procède à l'instruction nécessaire.

Dans la décision mettant fin à l'instance de pourvoi, cette appréciation d'office peut avoir lieu, selon le cas, dans l'examen du pourvoi⁽⁹⁰⁾ ou, après annulation de la décision des premiers juges et évocation de l'affaire, dans l'examen du recours de première instance⁽⁹¹⁾. En revanche, la Cour de justice n'a encore jamais procédé au relevé d'office d'un moyen d'ordre

moyen n'avait pas été soulevé devant le juge de première instance, sans s'interroger sur son éventuel pouvoir, voire devoir de l'examiner d'office. Voy. pour d'autres exemples : CJUE, 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland c/ Commission*, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pts 46-55 et 61-64 ; CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 18-24.

87. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.).

88. Voy. les réserves émises à l'égard de l'examen, pour la première fois au stade du pourvoi, de moyens d'ordre public par l'avocat général COSMAS : concl. sous CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 30. À ce propos, voy. plus largement *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1. La subordination de l'obligation de relever d'office aux éléments du dossier (pp. 559 et s.).

89. B. WÄGENBAUR (« Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren », *EuZW*, 1995, n° 7, pp. 199-203, spéc. p. 202) va plus loin à cet égard. Selon lui, au stade du pourvoi, la Cour de justice doit examiner, même d'office, la compétence du Tribunal et constater elle-même les faits nécessaires à cet examen.

90. Voy. p. ex. les affaires citées *supra*, note n° 84 du présent Chapitre. En cas de relevé d'office d'un moyen d'ordre public que le juge de première instance a erronément omis d'examiner d'office, les conséquences de ce non-relevé sont le cas échéant tirées, après annulation de l'arrêt, au stade de l'évocation : CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pts 27-37 et 40 ; CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pts 79-92, 98-100 et 103.

91. Voy. p. ex. : TPI, 18 décembre 2008, *Belgique et Commission c/ Genette*, aff. jtes T-90/07 P et T-99/07 P, *Rec.*, p. II-3859, pts 86, 88 et 108. *Addé* : concl. Bot sous CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pts 67-68 et 70.

public qui aurait pu être examiné par le juge de première instance ou le juge du pourvoi lors d'un réexamen⁽⁹²⁾.

Pour sa part, après avoir rendu une première décision, le juge de première instance peut de nouveau être confronté au relevé d'office dans la même affaire. D'une part, statuant à la suite d'une annulation de sa décision par le juge du pourvoi et d'un renvoi de l'affaire devant lui, il est habilité à examiner, même d'office, des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle⁽⁹³⁾ et de fond⁽⁹⁴⁾, qui n'avaient été abordés ni en cours de la procédure initiale de première instance ni lors du pourvoi. Par ailleurs, statuant après annulation et renvoi, le juge de première instance peut, sauf

92. Il n'en demeure pas moins, toutefois, que cette voie de droit peut exceptionnellement servir de voie de contrôle de l'obligation du relevé d'office. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2. Un contrôle exceptionnel, aujourd'hui dépassé, au stade du réexamen (pp. 487 et s.).

93. Voy. explicitement : TPI, 8 novembre 2000, *Glencore Grain c/ Commission*, aff. T-509/93, *Rec.*, p. II-3697, pt 23. Après avoir initialement rejeté le recours comme irrecevable (TPI, 24 septembre 1996, *Richco c/ Commission*, aff. T-509/93, *Rec.*, p. II-1181) sur la base d'une appréciation tenue pour erronée par la Cour de justice (CJCE, 5 mai 1998, *Glencore Grain c/ Commission*, aff. C-404/96 P, *Rec.*, p. I-2435), le Tribunal examine et écarte une fin de non-recevoir d'ordre public relative au délai de recours. Voy. également : Trib. UE, ord., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495. Statuant sur une demande de non-lieu en raison d'une perte d'objet intervenue lors de la procédure de renvoi, le Tribunal, fort de la qualification d'ordre public du défaut d'intérêt à agir, considère que « le renvoi par la Cour d'une affaire devant [lui] n'est pas susceptible de déroger au principe selon lequel [il] peut statuer sur une demande de non-lieu à statuer qui porte sur une fin de non-recevoir d'ordre public telle que le défaut d'intérêt à agir ». Tout en confirmant, apparemment, son pouvoir de relever d'office toute fin de non-recevoir d'ordre public lors d'une procédure de renvoi, le Tribunal mêle la fin de non-recevoir relative à l'intérêt à agir, qui reflète une condition de recevabilité du recours, et le maintien de cet intérêt, à défaut duquel le juge constate le non-lieu. Or, à la différence de la recevabilité, qui s'apprécie au moment de l'introduction de la requête (CJCE, 27 novembre 1984, *Bensider e.a. c/ Commission*, aff. 50/84, *Rec.*, p. 3991, pt 8 ; CJCE, 18 avril 2002, *Espagne c/ Conseil*, aff. jtes C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 et C-22/01, *Rec.*, p. I-3439, pt 23), de sorte que la question du pouvoir du juge de l'examiner d'office à un stade avancé de la procédure peut se poser, le maintien de l'intérêt à agir s'apprécie au moment où le juge statue, de sorte que le pouvoir de ce dernier de constater une perte d'intérêt, fût-ce d'office, ne fait point de doute.

94. Voy. p. ex. : Trib. UE, 18 janvier 2017, *Andersen c/ Commission*, aff. T-92/11 RENV, non publié, pts 39-54 ; TFP, 6 novembre 2012, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-41/06 RENV, non publié, pts 58 et 65. En outre, le Tribunal admet l'invocation tardive, pour la première fois lors de la procédure de renvoi, d'un moyen, d'une branche d'un moyen ou d'un argument à l'appui d'un moyen d'ordre public pris de la violation de l'obligation de motivation au motif que, d'ordre public, ce moyen peut être relevé d'office et invoqué à tout moment de la procédure (TPI, 8 décembre 2005, *Reynolds c/ Parlement*, aff. T-237/00, *RecFP*, pp. I-A-385 et II-1731, pt 120 ; Trib. UE, 14 avril 2015, *Ayadi c/ Commission*, aff. T-527/09 RENV, non publié, pt 44 ; Trib. UE, 14 juillet 2016, *Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin c/ Commission*, aff. T-146/09 RENV, *Rec. num.*, pts 37-38). Le Tribunal de la fonction publique a écarté comme irrecevable un moyen nouveau soulevé lors de la procédure de renvoi tout en notant que ce moyen n'était pas d'ordre public (TFP, ord., 25 mai 2011, *Meierhofer c/ Commission*, aff. F-74/07 RENV, *Rec. num.*, pt 36). Enfin, le Tribunal de la fonction publique a rappelé, dans une procédure de renvoi, son pouvoir d'examiner d'office le moyen d'ordre public pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi. Dans les circonstances de cette affaire, ce rappel servait toutefois de justification à la recevabilité de

appréciation contraire du juge du pourvoi, réitérer le relevé d'office d'un moyen d'ordre public effectué dans sa première décision⁽⁹⁵⁾.

D'autre part, à défaut de toute indication jurisprudentielle, il est permis de penser que le juge statuant sur opposition ou tierce opposition devrait être habilité à relever d'office un moyen d'ordre public qu'il aurait pu soulever d'office dans sa décision initiale. Ces cas devraient toutefois être rarissimes dès lors que, sauf oubli du juge ou élément substantiel fourni lors d'une procédure d'opposition ou de tierce opposition, le juge aurait été amené à examiner le moyen d'ordre public en cause lors de la procédure initiale. La modification récente du règlement de procédure du Tribunal en ce sens que, lorsqu'il statue par défaut, il adjuge, en cas de demande, les conclusions à la partie requérante à moins qu'il soit manifestement incompétent pour connaître du recours ou que celui-ci soit manifestement irrecevable ou manifestement non fondé⁽⁹⁶⁾, pourrait affecter la place des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle dans le cadre de la procédure d'opposition.

Le juge de l'Union européenne est ainsi investi d'un pouvoir, incontestable et large, de relever d'office les moyens d'ordre public. En dépit d'une jurisprudence fluctuante et ambivalente, l'exercice de ce pouvoir est, en principe, obligatoire.

SOUS-SECTION 2. – L'OBLIGATION PROBABLE ET NÉCESSAIRE DE RELEVER D'OFFICE

La détermination du caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office des moyens d'ordre public par le juge de l'Union européenne est aussi cruciale que délicate. La question se situe, en effet, au croisement d'exigences fondamentales aux conséquences opposées. Ainsi, l'efficacité et l'impérativité des moyens d'ordre public tout autant que la nécessaire égalité des parties devant la règle de droit et devant le juge militeraient en faveur d'un relevé d'office obligatoire. Elles se heurtent toutefois à des considérations également importantes d'économie de procédure et de célérité de la justice qui tendraient à éviter toute complexification du litige au-delà des questions abordées par les parties, voire à une volonté du juge

certain documents tardivement produits par la partie défenderesse et non au relevé d'office d'un quelconque moyen d'ordre public (TFP, 23 septembre 2009, *Neophytou c/ Commission*, aff. F-22/05 RENV, *RecFP*, pp. I-A-1-327 et II-A-1-1723, pt 56).

95. Voy. p. ex. : Trib. UE, 14 septembre 2011, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-236/02, *Rec. num.*, pts 84-85 et 124-130. Le Tribunal reproduit l'examen d'office d'une question de recevabilité figurant aux points 244 à 250 du premier arrêt rendu dans cette affaire (TPI, 24 novembre 2005, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-236/02, *RecFP*, pp. I-A-365 et II-1621), annulé par la Cour de justice (CJCE, 6 décembre 2007, *Marcuccio c/ Commission*, aff. C-59/06 P, non publié).

96. Art. 123 RP/T (2015). Voy. également *supra*, ce §, A, 2. Le relevé d'office (pp. 446 et s.).

de garder une certaine souplesse dans la maîtrise de son jugement et de son appréciation des dossiers.

La complexité de la problématique et l'importance des enjeux sont susceptibles d'expliquer, dans une large mesure, le manque de constance de la jurisprudence en cette matière. Aux couleurs d'Arlequin, cette jurisprudence incertaine et équivoque ne définit, en effet, qu'approximativement la nature obligatoire ou facultative du relevé d'office des moyens d'ordre public (§ 1). Une clarification dans le sens de la consécration d'une obligation généralisée est nécessaire. Elle se justifie, compte tenu des fondements et de l'impérativité des moyens d'ordre public, par une lecture finaliste de la jurisprudence (§ 2).

§ 1. – Une jurisprudence incertaine et équivoque

La jurisprudence dresse une image incertaine et équivoque de la nature obligatoire ou facultative du relevé d'office par le juge de l'Union européenne. Ce constat s'impose pour le relevé d'office tant des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle (A) que des moyens d'ordre public de fond (B).

A. Le relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle

De prime abord, la réponse à la question du caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office des fins de non-recevoir d'ordre public paraît simple. En effet, les règlements de procédure n'énoncent qu'une simple faculté à ce titre. Cette faculté n'est toutefois qu'apparente (1) et une jurisprudence incertaine jette le trouble sur la question (2).

1) Une faculté apparente issue des règlements de procédure

Aux termes de l'article 150 du règlement de procédure de la Cour de justice et de l'article 129 du règlement de procédure du Tribunal⁽⁹⁷⁾, ces juridictions peuvent, sur proposition du juge rapporteur, à tout moment, d'office, les parties et l'avocat général entendus, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée sur les fins de non-recevoir d'ordre public.

97. Lu en combinaison avec l'article 31, § 3, RP/T (2015). Ajoutons qu'en vertu de l'article 82 RP/TFP (2014), le Tribunal de la fonction publique pouvait, à tout moment, d'office, les parties entendues, statuer sur les fins de non-recevoir d'ordre public. Lorsqu'il s'estimait suffisamment éclairé, il pouvait, sans poursuivre la procédure, statuer par voie d'ordonnance motivée. Les dispositions des précédents règlements de procédure de la Cour de justice et du Tribunal correspondaient à cette formulation : art. 92, § 2, RP/C (1991) ; art. 113 RP/T (1991).

Eu égard à l'emploi du verbe « pouvoir », il ne semble découler d'une lecture littérale et stricte de ces dispositions qu'une simple faculté pour le juge de l'Union européenne d'examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public⁽⁹⁸⁾. Ce juge jouirait d'une large marge de manœuvre afin de déterminer si et dans quelles circonstances il souhaite procéder à un tel relevé d'office. Selon une lecture plus constructive, toutefois, ces dispositions ne constituent que des normes d'habilitation, reconnaissant au juge un pouvoir le plus large possible de procéder au relevé d'office⁽⁹⁹⁾, sans préjudice de la question, différente, du caractère obligatoire ou facultatif de l'exercice de ce pouvoir⁽¹⁰⁰⁾. Une telle lecture se justifie d'autant plus au regard du nouveau libellé des dispositions des règlements de procédure de la Cour de justice et du Tribunal, qui s'attachent moins à reconnaître et à définir un pouvoir de relever d'office qu'à définir les modalités procédurales dans lesquelles le juge peut être amené à statuer d'office sur les fins de non-recevoir d'ordre public.

Il convient alors de se tourner vers la jurisprudence pour déterminer la nature obligatoire ou facultative du relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Or, celle-ci paraît largement incertaine.

2) Une jurisprudence incertaine

La jurisprudence fluctue entre l'obligation et la faculté pour le juge d'examiner d'office les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Le rappel général des dispositions des règlements de procédure⁽¹⁰¹⁾ revient principalement au rappel d'un pouvoir, de la base légale en vertu de laquelle le juge est habilité à procéder au relevé d'office, ou, alternativement,

98. Voy. en ce sens : H.-O. NISSEN, *Die Intervention Dritter im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Instituten der Drittbeteiligung vor deutschen und französischen Zivil- und Verwaltungsgerichten*, Berlin, Duncker & Humblet, 2001, 284 p., spéc. p. 227.

99. Selon l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER, « l'accent doit être mis sur le fait que la juridiction peut procéder à cet examen d'office et à tout moment, ce qui ne signifie pas qu'elle puisse s'abstenir de l'effectuer » : concl. sous CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pt 35.

100. Voy. par analogie, à propos du *pouvoir* des juridictions civiles françaises de relever d'office un moyen de pur droit : O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.*, 2008, pp. 1102-1109, § 35. Indiquons d'ores et déjà qu'une telle lecture nous paraît en définitive préférable, le caractère obligatoire du relevé d'office des moyens d'ordre public s'imposant en raison de la nature des règles de droit en cause, voy. *infra*, cette Sous-section, § 2. Une clarification nécessaire : la consécration d'une obligation issue d'une lecture finaliste de la jurisprudence (pp. 467 et s.).

101. Voy. s'agissant de la compétence : TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pt 79 ; TPI, 19 juillet 1999, *Hautala c/ Conseil*, aff. T-14/98, *Rec.*, p. II-2489, pt 40 ; TPI, ord., 10 juillet 2002, *Comitato organizzatore del convegno internazionale c/ Commission*, aff. T-387/00, *Rec.*, p. II-3031, pt 36 ; TPI, 15 mars 2005, *GEF c/ Commission*, aff. T-29/02, *Rec.*, p. II-835, pt 72. S'agissant de la recevabilité, voy. les exemples cités *supra*, note n° 10 du présent Chapitre.

à l'énoncé d'une faculté de procéder à ce relevé d'office. Il est parfois fait mention explicite d'une simple « faculté » à ce titre⁽¹⁰²⁾.

Plus spécifiquement, s'agissant de sa propre (in)compétence, le juge relève parfois que l'incompétence « est à relever d'office »⁽¹⁰³⁾, qu'il doit examiner des questions liées à sa compétence⁽¹⁰⁴⁾, qu'il « peut » examiner celle-ci d'office⁽¹⁰⁵⁾, qu'il lui appartient⁽¹⁰⁶⁾ ou qu'il convient de l'examiner d'office⁽¹⁰⁷⁾. Il arrive également que le juge du pourvoi relève d'office un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence du juge de première instance, sans toutefois préciser si ce relevé d'office procède d'une faculté ou d'une obligation à sa charge⁽¹⁰⁸⁾.

De même, la jurisprudence relative aux règles d'ordre public de recevabilité oscille, depuis ses origines, entre l'énoncé de formulations impératives d'espèce⁽¹⁰⁹⁾ ou génériques⁽¹¹⁰⁾. À ces formulations impératives ont succédé, dans différents contentieux, des formulations générales énonçant une faculté⁽¹¹¹⁾. Corrélativement, des formules génériques énoncées en termes impératifs peuvent toujours être trouvées⁽¹¹²⁾.

102. TPI, 2 avril 1998, *Apostolidis c/ Cour de justice*, aff. T-86/97, *RecFP*, pp. I-A-167 et II-521, pt 18.

103. CJCE, 18 mars 1980, *Valsabbia c/ Commission*, aff. jtes 154/78, 205/78, 206/78, 226/78 à 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 et 85/79, *Rec.*, p. 907, pt 7.

104. CJCE, 17 mars 2005, *Commission c/ AMI Semiconductor Belgium e.a.*, aff. C-294/02, *Rec.*, p. I-2175, pt 46.

105. Voy. p. ex. : TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 79-80 ; TPI, 15 mars 2005, *GEF c/ Commission*, aff. T-29/02, *Rec.*, p. II-835, pt 72 ; Trib. UE, 3 mars 2011, *Caixa Geral de Depósitos c/ Commission*, aff. T-401/07, non publié, pt 98 ; Trib. UE, 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ BEI*, aff. T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, pt 32.

106. Voy. p. ex. : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 19 ; Trib. UE, 9 septembre 2010, *Evropaïki Dynamiki c/ OEDT*, aff. T-63/06, non publié, pt 30.

107. Voy. p. ex. : CJCE, 17 février 1970, *Commission c/ Italie*, aff. 31/69, *Rec.*, p. 25, pt 8 ; TFP, ord., 12 novembre 2008, *Dominguez González c/ Commission*, aff. F-88/07, *RecFP*, pp. I-A-1-369 et II-A-1-2005, pt 68.

108. Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pts 19, 22, 25, 30, 78 et 81.

109. Voy. p. ex. : CJCE, 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54, *Rec.*, p. 53, spéc. p. 88.

110. Voy. p. ex. : CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, spéc. p. 1147.

111. Ainsi, le Tribunal affirme qu'il « peut » examiner d'office les conditions de recevabilité d'ordre public, *inter alia*, dans les contentieux de la propriété intellectuelle (voy. p. ex. : TPI, 27 septembre 2006, *Telefónica c/ OHMI*, aff. T-172/04, non publié, pt 22 ; TPI, 10 juin 2008, *Gabel Industria Tessile c/ OHMI*, aff. T-85/07, *Rec.*, p. II-823, pt 15 ; Trib. UE, 15 décembre 2011, *Mövenpick c/ OHMI*, aff. T-377/09, non publié, pt 10), de la fonction publique (voy. p. ex. : TPI, 6 décembre 1990, *B c/ Commission*, aff. T-130/89, non publié, pts 13-14 ; TPI, 12 décembre 1996, *Stott c/ Commission*, aff. T-99/95, *Rec.*, p. II-2227, pt 22), ou des mesures restrictives (voy. p. ex. : Trib. UE, 18 septembre 2014, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. T-262/12, non publié, pt 38).

112. « [L]es conditions de recevabilité des recours sont des fins de non-recevoir d'ordre public que le juge [...] peut et doit soulever d'office le cas échéant » : TPI, 14 décembre 2005, *Honeywell c/ Commission*, aff. T-209/01, *Rec.*, p. II-5527, pt 53. *Addé*, plus récemment : Trib. UE, 15 septembre 2016, *La Ferla c/ Commission et ECHA*, aff. T-392/13, *Rec. num.*, pt 44.

La jurisprudence relative aux délais d'ordre public témoigne de cette variation des formules employées. Rarement rattachés aux fins de non-recevoir d'ordre public⁽¹¹³⁾, ces délais sont généralement tenus pour impératifs. Tout en rappelant qu'ils ne sont à la disposition ni des parties ni du juge⁽¹¹⁴⁾, ce dernier indique fréquemment qu'il lui « appartient » de vérifier d'office leur respect⁽¹¹⁵⁾. Cette formule ambiguë doit, à nos yeux, être comprise comme énonçant un contrôle d'office obligatoire⁽¹¹⁶⁾. Néanmoins, elle a été interprétée dans divers sens dans la jurisprudence⁽¹¹⁷⁾. Tandis que certaines décisions de justice confirment l'existence d'une obligation⁽¹¹⁸⁾,

113. Voy. toutefois pour un tel rattachement : TPI, 3 juin 1997, *H c/ Commission*, aff. T-196/95, *RecFP*, pp. I-A-133 et II-403, pt 28 ; TPI, 18 septembre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. jtes T-121/96 et T-151/96, *Rec.*, p. II-1355, pts 38-39.

114. Selon une jurisprudence constante, voy. p. ex. : CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 479 ; CJCE, 19 février 1981, *Schiavo c/ Conseil*, aff. jtes 122/79 et 123/79, *Rec.*, p. 473, pt 22 ; CJCE, 12 juillet 1984, *Moussis c/ Commission*, aff. 227/83, *Rec.*, p. 3133, pt 12 ; CJCE, 23 janvier 1997, *Coen*, aff. C-246/95, *Rec.*, p. I-403, pt 21 ; CJCE, ord., 13 décembre 2000, *Sodima c/ Commission*, aff. C-44/00 P, *Rec.*, p. I-11231, pt 51 ; TPI, 13 décembre 1999, *Sodima c/ Commission*, aff. jtes T-190/95 et T-45/96, *Rec.*, p. II-3617, pt 25.

115. Les formules convergent qu'il s'agisse du délai d'ordre public du recours en annulation de droit commun, des délais de procédure et de recours en carence, des délais de réclamation et de recours des fonctionnaires, ou encore du délai de pourvoi, voy. p. ex. : CJCE, 5 juin 1980, *Belfiore c/ Commission*, aff. 108/79, *Rec.*, p. 1769, pt 3 ; CJCE, 29 juin 2000, *Politi c/ Fondation européenne pour la formation*, aff. C-154/99 P, *Rec.*, p. I-5019, pt 15 ; CJCE, ord., 8 décembre 2005, *Campailla c/ Commission*, aff. C-210/05 P, non publiée, pt 28 ; TPI, 13 décembre 1990, *Moritz c/ Commission*, aff. T-29/89, *Rec.*, p. II-787, pt 13 ; TPI, 28 janvier 2004, *OPTUC c/ Commission*, aff. jtes T-142/01 et T-283/01, *Rec.*, p. II-329, pt 30 ; TPI, ord., 14 décembre 2006, *Smanor e.a. c/ Commission*, aff. T-150/06, non publiée, pt 14 ; TPI, ord., 23 juillet 2008, *Química Atlântica et Martins de Freitas Moura c/ Commission*, aff. T-165/08, non publiée, pt 10 ; TPI, 20 novembre 2008, *Italie c/ Commission*, aff. T-185/05, *Rec.*, p. II-3207, pt 69 ; Trib. UE, 12 mai 2010, *Commission c/ Meierhofer*, aff. T-560/08 P, *Rec.*, p. II-1739, pt 37 ; Trib. UE, ord., 12 décembre 2011, *AO c/ Commission*, aff. T-365/11 P, *Rec. num.*, pt 24.

116. Une lecture en des termes obligatoires est cohérente avec certaines versions linguistiques des arrêts et ordonnances. En particulier, en anglais, les termes « il appartient au Tribunal d'examiner d'office » sont traduits en termes impératifs par « the Court of First Instance must ascertain of its own motion ». En revanche, L. COUTRON (*La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. pp. 566-567) estime qu'en dépit du fait que le présent vaut impératif, la formule selon laquelle « il appartient au juge d'examiner d'office » ne vaut obligation que lorsqu'elle est conjuguée à des précisions jurisprudentielles.

117. Cette formule est tantôt interprétée par le juge comme énonçant une faculté (comp. p. ex. : TPI, 10 juin 2008, *Gabel Industria Tessile c/ OHMI*, aff. T-85/07, *Rec.*, p. II-823, pt 15 et la jurisprudence citée) tantôt comme exprimant une obligation (comp. p. ex. : TFP, ord., 10 mai 2011, *Barthel e.a. c/ Cour de justice*, aff. F-59/10, non publiée, pt 22 et la jurisprudence citée). Sur pourvoi, la Cour de justice lit parfois cette formule comme un simple rappel de l'habilitation du juge à examiner d'office le délai de recours (voy. p. ex. : CJCE, ord., 25 novembre 2008, *TEA c/ Commission*, aff. C-500/07 P, non publiée, pt 20 ; CJCE, ord., 9 juillet 2009, *Fornaci Laterizi Danesi SpA c/ Commission*, aff. C-498/08 P, non publiée, pt 19 ; CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 53).

118. Il en va ainsi en particulier dans le contentieux de la fonction publique, voy. p. ex. : TPI, 25 septembre 1991, *Lacroix c/ Commission*, aff. T-54/90, *Rec.*, p. II-749, pt 25 ; TPI, 17 octobre 1991, *Offermann c/ Parlement*, aff. T-129/89, *Rec.*, p. II-855, pt 34 ; TPI,

d'autres envisagent par ailleurs l'examen d'office des délais en des termes facultatifs⁽¹¹⁹⁾.

Sans prétendre à l'exhaustivité⁽¹²⁰⁾, il peut être relevé, à titre d'illustrations supplémentaires, que le juge affirme, *inter alia*, qu'il lui appartient d'examiner d'office l'exception de litispendance⁽¹²¹⁾ ou que celle-ci doit être examinée d'office⁽¹²²⁾ ; qu'il lui appartient de vérifier d'office l'intérêt à agir⁽¹²³⁾ ou que ce dernier peut être examiné d'office⁽¹²⁴⁾ ; qu'il peut examiner d'office la qualité pour agir en annulation des requérants non privilégiés⁽¹²⁵⁾ ou que celle-ci « peut, et même doit »⁽¹²⁶⁾ faire l'objet d'un examen d'office.

30 avril 1998, *Cordiale c/ Parlement*, aff. T-205/95, *RecFP*, pp. I-A-177 et II-551, pts 32-33 ; TPI, 17 mai 2006, *Lavagnoli c/ Commission*, aff. T-95/04, *RecFP*, pp. I-A-2-121 et II-A-2-569, pt 41 ; TFP, 1^{er} février 2007, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. F-42/05, *RecFP*, pp. I-A-1-39 et II-A-1-211, pt 62 ; TFP, ord., 10 mai 2011, *Barthel e.a. c/ Cour de justice*, aff. F-59/10, non publiée, pt 22. Voy. également, hors contentieux de la fonction publique : TPI, 2 octobre 2009, *Chypre c/ Commission*, aff. jtes T-300/05 et T-316/05, non publié, pt 235.

119. Voy. p. ex. : TPI, ord., 13 février 1998, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-275/97, *Rec.*, p. II-253, pt 8 ; TPI, ord., 13 février 1998, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. T-276/97, *Rec.*, p. II-261, pt 14 ; TPI, ord., 24 novembre 1999, *A.V.M. c/ Commission*, aff. T-109/98, *Rec.*, p. II-3383, pts 20-21 ; TPI, 8 novembre 2000, *Glencore Grain c/ Commission*, aff. T-509/93, *Rec.*, p. II-3697, pt 23.

120. L'exhaustivité serait par ailleurs inutile au regard de la casuistique et du manque de constance de la jurisprudence relative au relevé d'office des causes d'irrecevabilité d'ordre public.

121. TPI, ord., 10 mars 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia c/ Commission*, aff. jtes T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 à T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 à T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 à T-276/00, T-281/00, T-287/00 et T-296/00, *Rec.*, p. II-787, pt 39 ; TPI, ord., 14 juin 2007, *Landtag Schleswig-Holstein c/ Commission*, aff. T-68/07, non publiée, pt 12.

122. CJCE, 26 mai 1971, *Bode c/ Commission*, aff. jtes 45/70 et 49/70, *Rec.*, p. 465, pt 11 ; CJCE, 17 mai 1973, *Perincio c/ Conseil*, aff. jtes 58/72 et 75/72, *Rec.*, p. 511, pt 5. Ces deux arrêts sont par ailleurs cités à l'appui de la considération selon laquelle il appartient au juge de procéder à cette vérification d'office dans les affaires citées *supra* à la note précédente. Voy. également pour une obligation : TPI, 6 avril 2006, *Camós Grau c/ Commission*, aff. T-309/03, *Rec.*, p. II-1173, pt 41.

123. Voy. p. ex. : TPI, ord., 10 mars 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia c/ Commission*, aff. jtes T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 à T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 à T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 à T-276/00, T-281/00, T-287/00 et T-296/00, *Rec.*, p. II-787, pt 22 ; TPI, 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *Rec.*, p. II-2935, pt 62.

124. Voy. p. ex. : CJCE, 19 octobre 1995, *Rendo e.a. c/ Commission*, aff. C-19/93 P, *Rec.*, p. I-3319, pt 13 ; TPI, 28 septembre 2004, *MCI c/ Commission*, aff. T-310/00, *Rec.*, p. II-3253, pt 45 ; TPI, 24 septembre 2008, *Reliance Industries c/ Conseil et Commission*, aff. T-45/06, *Rec.*, p. II-2399, pt 33.

125. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 5 juillet 2001, *CNPA e.a. c/ Commission*, aff. C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, pt 32 ; CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. C-417/04 P, *Rec.*, p. I-3881, pt 36 ; CJUE, 27 octobre 2011, *Autriche c/ Scheucher-Fleisch e.a.*, aff. C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, pt 97.

126. Voy. p. ex. : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pt 35 ; TPI, 1^{er} décembre 2004, *Kronofrance c/ Commission*, aff. T-27/02, *Rec.*, p. II-4177, pt 30 ; TPI, 27 novembre 2007, *Pitsiorlas c/ Conseil et BCE*, aff. jtes T-3/00 et T-337/04, *Rec.*, p. II-4779, pt 67.

BRUYLANT

Ces formules variables énonçant un relevé d'office tantôt obligatoire tantôt facultatif des fins de non-recevoir d'ordre public sont considérées dans la jurisprudence comme étant largement interchangeables. En ce sens, l'obligation de relever d'office est parfois déduite d'un précédent énonçant une simple faculté⁽¹²⁷⁾. Le juge ne semble pas davantage opérer de distinction selon la fin de non-recevoir en cause, comme en témoignent des citations jurisprudentielles croisées relatives aux différentes fins de non-recevoir⁽¹²⁸⁾. Dès lors, et compte tenu de la fonction générale commune des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, qui tient notamment à la garantie des compétences juridictionnelles et des conditions de leur activation ainsi qu'à la garantie de l'accès égal, dans les conditions définies, des justiciables au juge⁽¹²⁹⁾, un traitement commun des fins de non-recevoir d'ordre public est non seulement souhaitable mais encore envisageable. Un constat analogue s'impose quant au relevé d'office des moyens d'ordre public de fond.

B. *Le relevé d'office des moyens d'ordre public de fond*

Sans se prononcer sur le caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de fond, la Cour de justice affirmait, dans ses premiers arrêts, tout au plus qu'il convenait d'examiner tel moyen d'office⁽¹³⁰⁾ ou, au contraire, que « l'ordre public n'exige[ait] pas un examen d'office »⁽¹³¹⁾.

Aujourd'hui, la jurisprudence aborde la question du caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office des moyens d'ordre public de fond de manière équivoque par l'usage de formules divergentes et

127. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 23 septembre 2009, *Complejo Agrícola c/ Commission*, aff. C-415/08 P, non publiée, pts 21-22 ; CJUE, ord., 23 septembre 2009, *Calebus c/ Commission*, aff. C-421/08 P, non publiée, pts 21-22. Comp. également : TPI, 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *Rec.*, p. II-2935, pt 62 et jurisprudence citée.

128. Le devoir du juge du pourvoi d'examiner d'office la condition de recevabilité du recours en annulation tenant à l'existence d'un acte attaquant a pu être fondé sur la jurisprudence relative au relevé d'office de la qualité pour agir, comp. : CJUE, ord., 15 février 2012, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-208/11 P, non publiée, pt 34 et la jurisprudence citée. Pour d'autres exemples de références croisées, comp. p. ex. : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pt 35 et la jurisprudence citée ; TPI, 10 juin 2008, *Gabel Industria Tessile c/ OHMI*, aff. T-85/07, *Rec.*, p. II-823, pt 15 et la jurisprudence citée.

129. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle (pp. 67 et s.).

130. CJCE, 10 mai 1960, *Allemagne c/ Haute Autorité*, aff. 19/58, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 488.

131. CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 100.

contradictaires. *Prima facie*, une distinction semble pouvoir être établie⁽¹³²⁾ entre, d'un côté, l'incompétence, la violation de l'obligation de motivation, la violation de l'autorité absolue de la chose jugée et le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, que le juge devrait relever d'office, et, de l'autre, les autres moyens d'ordre public de fond, que le juge serait habilité mais non tenu de relever d'office. Justifiée par la nature intrinsèque des règles en cause⁽¹³³⁾, le relevé d'office obligatoire serait ainsi limité aux moyens d'ordre public les plus « essentiels » et exprimerait une hiérarchisation de ces moyens. L'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne serait double, le moyen d'ordre public pouvant être, selon le cas, absolu ou relatif.

Toutefois, une telle lecture se heurte à de nombreux arrêts dissidents. Si le juge de l'Union européenne s'estime généralement dans l'obligation de soulever d'office l'incompétence⁽¹³⁴⁾, il annonce parfois une simple faculté à cet égard⁽¹³⁵⁾. Inversement, lorsqu'il aborde, de manière générale, le relevé d'office des moyens d'ordre public tirés de la violation des formes substantielles, le juge annonce en principe un simple pouvoir, facultatif d'apparence, de procéder au relevé d'office⁽¹³⁶⁾, mais mentionne

132. Il est parfois distingué selon le moyen d'ordre public en cause en vue de la détermination du caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office : H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Aufbau, Zuständigkeiten, Verfahren*, 2^e éd., Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1998, 316 p., spéc. pp. 125-126. *Contra* : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 174.

133. Répartition impérative des compétences eu égard au principe de la compétence d'attribution ; obligation de motivation destinée, *inter alia*, à rendre possible le contrôle juridictionnel ; autorité de la chose jugée destinée à garantir l'effectivité de la mission du juge et la sécurité juridique ; champ d'application de la loi que le juge (de la fonction publique) ne saurait lui-même méconnaître.

134. Voy. explicitement : CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pt 56 ; TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pt 71 ; TPI, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier c/ Commission*, aff. T-147/00, *Rec.*, p. II-85, pt 45 ; Trib. UE, ord., 13 avril 2011, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec.*, p. II-1673, pt 41. En outre, le juge note qu'il lui « appartient » d'examiner l'incompétence « en tout état de cause », « le cas échéant » ou « au besoin » d'office : TPI, 13 juillet 2006, *Vounakis c/ Commission*, aff. T-165/04, *RecFP*, pp. I-A-2-155 et II-A-2-735, pt 30 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 61 ; TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pt 51 ; TFP, 9 juillet 2008, *Kuchta c/ BCE*, aff. F-89/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1287, pt 51.

135. Voy. en ce sens : TPI, 21 septembre 2005, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pt 61 ; concl. MENGOTZI sous CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-355/10, *Rec. num.*, pt 54.

136. Voy. p. ex. : CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel c/ Commission*, aff. C-291/89, *Rec.*, p. I-2257, pt 14 ; CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pt 18 ; TPI, 29 juin 1995, *ICI c/ Commission*, aff. T-37/91, *Rec.*, p. II-1901, pt 87 ; TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*,

exceptionnellement une obligation en ce sens⁽¹³⁷⁾. En revanche, il s'estime par principe tenu de relever d'office la violation de l'obligation de motivation⁽¹³⁸⁾, tout en employant parfois des formules plus souples⁽¹³⁹⁾,

aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, pt 143 ; TPI, 13 décembre 2007, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-113/05, *RecFP*, pp. I-A-20237 et II-A-2-1555, pts 62 et 73 ; TPI, 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c/ Conseil*, aff. T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, pt 25 ; TPI, 2 octobre 2009, *Chypre c/ Commission*, aff. jtes T-300/05 et T-316/05, non publié, pts 205-206 ; Trib. UE, 10 février 2012, *Verenigde Douaneagenten c/ Commission*, aff. T-32/11, non publié, pt 49 ; TFP, 11 septembre 2008, *Bui Van c/ Commission*, aff. F-51/07, *RecFP*, pp. I-A-1-289 et II-A-1-1533, pt 77.

137. Voy. *inter alia* : CJCE, 6 avril 2000, *Commission c/ ICI*, aff. C-286/95 P, *Rec.*, p. I-2341, pts 51 et 66 (défaut d'authentification régulière) ; CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pt 48 (composition régulière du Tribunal) ; Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pts 70 et 87 (affirmation générale) ; TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, *Rec. num.*, pt 37 (affirmation générale). Un courant jurisprudentiel récent emploie, s'agissant du non-respect des règles de procédure relatives à l'adoption d'un acte faisant grief, la formule selon laquelle il appartient au juge de le soulever même d'office (voy. en premier lieu : CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.*, pt 103 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-197/13 P, *Rec. num.*, pt 103). Si certains arrêts du Tribunal ont repris cette formulation (Trib. UE, 6 juillet 2015, *France c/ Commission*, aff. T-516/10, non publié, pt 26 ; Trib. UE, 11 juillet 2015, *Portugal c/ Commission*, aff. T-314/13, non publié, pt 30), d'autres l'ont interprétée dans le sens d'un relevé d'office obligatoire (Trib. UE, 20 janvier 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. T-109/12, non publié, pt 28 ; Trib. UE, 20 janvier 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. T-111/12, non publié, pt 28).

138. Voy. parmi une jurisprudence très abondante : CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67 ; CJCE, 30 mars 2000, *VBA c/ Florimex e.a.*, aff. C-265/97 P, *Rec.*, p. I-2061, pt 114 ; CJUE, 11 avril 2013, *Mindo c/ Commission*, aff. C-652/11 P, *Rec. num.*, pt 30 ; CJUE, 11 septembre 2014, *MasterCard e.a. c/ Commission*, aff. C-382/12 P, *Rec. num.*, pt 155 ; TPI, 20 septembre 1990, *Hanning c/ Parlement*, aff. T-37/89, *Rec.*, p. II-463, pt 38 ; TPI, 14 juillet 1994, *Grynberg et Hall c/ Commission*, aff. T-534/93, *Rec.*, p. I-A-183, pt 59 ; Trib. UE, 22 avril 2015, *Tomana e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. T-190/12, *Rec. num.*, pt 275. Va dans le même sens la formule selon laquelle ce juge peut et/voire doit relever d'office un tel moyen, voy. p. ex. : CJCE, 20 mars 1959, *Nold c/ Haute Autorité*, aff. 18/57, *Rec.*, p. 89, spéc. p. 115 ; CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pt 24 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, aff. C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, pt 174 ; TPI, 23 octobre 2002, *Institut für Lernsysteme c/ OHMI*, aff. T-388/00, *Rec.*, p. II-4301, pt 59 ; Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 37 ; Trib. UE, 16 janvier 2014, *BP Products North America c/ Conseil*, aff. T-385/11, *Rec. num.*, pt 164 ; Trib. UE, 16 juin 2015, *Polytetra c/ OHMI*, aff. T-660/11, *Rec. num.*, pt 19 ; Trib. UE, 13 décembre 2016, *Printeos e.a. c/ Commission*, aff. T-95/15, *Rec. num.*, pts 47 et 53. Le juge se contente parfois d'indiquer qu'il lui « incombe » ou « appartient » d'examiner ce moyen d'office (voy. p. ex. : TPI, 1^{er} octobre 1992, *Moretto c/ Commission*, aff. T-70/91, *Rec.*, p. II-2321, pt 27 ; TPI, 20 novembre 2008, *Italie c/ Commission*, aff. T-185/05, *Rec.*, p. II-3207, pt 123) ou « d'assurer le respect de l'obligation de motivation, en soulevant d'office un moyen tiré de [sa] méconnaissance » (TPI, 11 mars 2009, *Borax Europe c/ Commission*, aff. T-121/05, non publié, pt 37).

139. Ce moyen est « susceptible » d'être relevé d'office (TPI, 12 septembre 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies c/ Commission*, aff. T-68/03, *Rec.*, p. II-2911, pt 349 ; Trib. UE, 29 novembre 2012, *Hopf c/ OHMI*, aff. T-171/11, non publié, pt 46) ou « peut, en tout état de cause, être examiné d'office par le juge de l'Union » (TFP, 10 novembre 2011, *Merhzaoui c/ Conseil*, aff. F-18/09, non publié, pt 47).

à tel point qu'il semblerait jouir d'un pouvoir discrétionnaire quant au relevé d'office d'un tel moyen⁽¹⁴⁰⁾. À un degré moindre, les formules varient également s'agissant des moyens tirés de la violation de l'autorité absolue de la chose jugée⁽¹⁴¹⁾ et de la méconnaissance du champ d'application de la loi⁽¹⁴²⁾.

Cette diversité des formules jurisprudentielles est regrettable. Aucune ligne claire ne peut être dressée en l'état actuel de la jurisprudence en fonction du moyen d'ordre public considéré. En définitive, il n'existe aucune « diversité d'énergie dans les effets de l'[o]rdre public »⁽¹⁴³⁾ qui serait stable au point d'induire une différenciation réelle entre des moyens d'ordre public absolus et relatifs en ce sens que seuls les premiers donneraient lieu à un relevé d'office obligatoire⁽¹⁴⁴⁾. Par ailleurs, si certaines matières pourraient paraître plus propices au relevé d'office obligatoire

140. Voy. notamment : TPI, 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-265/04, T-292/04 et T-504/04, non publié, pts 99-100 ; Trib. UE, 25 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-119/11, non publié, pt 45. Dans l'arrêt *Gbagbo c/ Conseil*, le Tribunal, après avoir indiqué qu'il lui paraissait « opportun de s'interroger sur la motivation des actes attaqués », a néanmoins rappelé que le défaut ou l'insuffisance de motivation était constitutif d'« un moyen d'ordre public pouvant, voire devant, être soulevé d'office par le juge de l'Union » (pt 48). L'opportunité mentionnée constitue donc moins une remise en cause du devoir d'examiner d'office le respect de l'obligation de motivation qu'une justification de l'examen d'office explicite, dans l'arrêt mettant fin à l'instance, d'un moyen non fondé. L'arrêt marque, en effet, la réception, par le Tribunal, des exigences de motivation posées par la Cour de justice dans son arrêt *Conseil c/ Bamba* (CJUE, 15 novembre 2012, aff. C-417/11 P, *Rec. num.*).

141. Tandis qu'une obligation ressortait très clairement de la jurisprudence (CJCE, 1^{er} juin 2006, *P&O European Ferries [Vizcaya] et Diputación Foral de Vizcaya c/ Commission*, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, p. I-4845, pt 45 ; TPI, 1^{er} juillet 2008, *Commission c/ D*, aff. T-262/06 P, *RecFP*, pp. I-B-1-27 et II-B-1-191, pt 48 ; TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 57), le Tribunal a plus récemment semé le doute s'agissant à tout le moins de l'autorité positive de la chose jugée (Trib. UE, 24 mai 2016, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. jtes T-423/13 et T-64/14, *Rec. num.*, pt 76).

142. Le Tribunal de la fonction publique retenait une obligation explicite (TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 84), estimait qu'il lui appartenait de relever d'office ce moyen (TFP, 31 janvier 2008, *Valero Jordana c/ Commission*, aff. F-104/05, *RecFP*, pp. I-A-1-27 et II-A-1-127, pt 53 ; TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 50) ou se contentait de préciser que ce moyen était d'ordre public et « susceptible[...] d'être soulevé[...] d'office » (TFP, 2 avril 2009, *Menidiatis c/ Commission*, aff. F-128/07, *RecFP*, pp. I-A-1-71 et II-A-1-383, pt 63).

143. Formule empruntée à J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, 526 p., spéc. p. 251 et note n° 66.

144. Une telle distinction paraît d'autant plus improbable au regard de la consécration amorcée mais discutable, dans la jurisprudence du Tribunal, de moyens ordinaires susceptibles d'être relevés d'office dans des circonstances exceptionnelles. Cette consécration brouille, en effet, toute distinction possible entre le moyen d'ordre public relatif et le moyen ordinaire susceptible d'être relevé d'office : Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pt 35.

que d'autres⁽¹⁴⁵⁾, la matière concernée par un litige ne constitue pas pour autant un critère fiable à ce titre⁽¹⁴⁶⁾. Dès lors, la diversité jurisprudentielle ne peut s'expliquer autrement que par l'apparition progressive puis la coexistence de formules divergentes dont la pérennisation est entretenue par un manque de définition univoque et par une méthode de rédaction des arrêts fondée sur la reprise de considérations de principe. Le rappel d'une obligation ou d'une faculté de relever d'office un moyen d'ordre public est en effet souvent fonction du précédent cité⁽¹⁴⁷⁾. Il ne l'est toutefois pas systématiquement. En s'appuyant explicitement sur un arrêt ayant retenu une obligation de relever d'office, le juge choisit parfois de dire l'inverse et *vice versa*⁽¹⁴⁸⁾.

145. Ainsi, s'agissant du moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation, la formule selon laquelle ce moyen d'ordre public doit être relevé d'office est très répandue dans le contentieux de la propriété intellectuelle (voy. p. ex. : CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pt 30 ; CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pt 57 ; TPI, 17 avril 2008, *Dainichiseika Colour & Chemicals Mfg. c/ OHMI*, aff. T-389/03, non publié, pt 85 ; TPI, 20 mai 2009, *CFCMCEE c/ OHMI*, aff. jtes T-405/07 et T-406/07, *Rec.*, p. II-1441, pt 56 ; Trib. UE, 30 juin 2010, *Matratzen Concord c/ OHMI*, aff. T-351/08, non publié, pt 17 ; Trib. UE, 6 juillet 2011, *I-content c/ OHMI*, aff. T-258/09, *Rec.*, p. II-3797, pt 46). Le rappel d'une obligation n'est toutefois pas systématique (voy. p. ex. : Trib. UE, 29 novembre 2012, *Hopf c/ OHMI*, aff. T-171/11, non publié, pt 46).

146. Pour n'en donner qu'un exemple, relevons que le moyen d'ordre public tiré de la violation de l'obligation de motivation rencontre, dans le contentieux des aides d'État, toute la panoplie des formules possibles. Selon le cas, il est précisé qu'un tel moyen peut voire doit être relevé d'office (CJCE, 11 décembre 2008, *Commission c/ Département du Loiret*, aff. C-295/07 P, *Rec.*, p. I-9363, pt 57 ; Trib. UE, 17 mai 2011, *Buczek Automotive c/ Commission*, aff. T-1/08, *Rec.*, p. II-2107, pt 98), doit être soulevé d'office (TPI, 19 septembre 2006, *Lucchini c/ Commission*, aff. T-166/01, *Rec.*, p. II-2875, pt 144 ; TPI, 4 mars 2009, *Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management c/ Commission*, aff. T-445/05, *Rec.*, p. II-289, pt 66), ou peut l'être (Trib. UE, 16 octobre 2013, *TF1 c/ Commission*, aff. T-275/11, non publié, pt 103). Enfin, l'on trouve la formule selon laquelle « il appartient au juge » d'assurer d'office le respect de l'obligation de motivation (TPI, 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-265/04, T-292/04 et T-504/04, non publié, pt 99).

147. À titre d'illustration, s'agissant de la violation de l'obligation de motivation, les arrêts citant l'arrêt *Commission c/ Sytraval et Brink's France* (CJCE, 2 avril 1998, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67), réaffirment en principe l'obligation de la relever d'office (voy. notamment : CJCE, 30 mars 2000, *VBA c/ Florimex e.a.*, aff. C-265/97 P, *Rec.*, p. I-2061, pt 114 ; TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pt 199 ; TPI, 21 mars 2002, *Joynton c/ Commission*, aff. T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, pt 163 ; Trib. UE, 9 septembre 2011, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. T-475/07, *Rec.*, p. II-5937, pt 245).

148. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous en retiendrons trois exemples. Premièrement, la faculté de relever d'office une violation des formes substantielles énoncée dans les arrêts *Interhotel c/ Commission* (CJCE, 7 mai 1991, aff. C-291/89, *Rec.*, p. I-2257, pt 14) et *Oliveira c/ Commission* (CJCE, 7 mai 1991, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pt 18) est appuyée *inter alia* sur l'arrêt *Commission c/ Daffix* (CJCE, 20 février 1997, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pt 24), duquel il ressort que la violation de l'obligation de motivation peut et doit être relevée d'office. Deuxièmement, le Tribunal a appuyé l'énoncé d'une obligation de relever d'office la violation des formes substantielles (Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pts 70 et 87) sur, d'une part, des arrêts de la Cour de justice relatifs

Cette diversité s'accompagne de surcroît de refus, ponctuels et rares, du juge de procéder au relevé d'office de moyens d'ordre public⁽¹⁴⁹⁾ ou de rejets comme irrecevables de moyens susceptibles d'être qualifiés comme tels, sans que le juge s'interroge sur son pouvoir ou devoir de les examiner d'office⁽¹⁵⁰⁾.

Dans ces conditions, la lecture de la jurisprudence relative au relevé d'office des moyens d'ordre public ne permet guère de déterminer de manière univoque si et, le cas échéant, dans quelles circonstances ce relevé d'office constitue une obligation pour le juge. Les manuels, ouvrages et contributions de la doctrine reflètent cet état d'incertitude jurisprudentielle. Les auteurs font en effet référence pêle-mêle à une obligation, à une faculté ou à un pouvoir du juge de relever d'office, leur choix de formulation

à l'obligation pour le juge de relever d'office la *seule* violation de l'obligation de motivation (CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95 P, *Rec.*, p. I-1719, pt 67 ; CJCE, 30 mars 2000, *VBA c/ Florimex e.a.*, aff. C-265/97 P, *Rec.*, p. I-2061, pt 114) et, d'autre part, un arrêt du Tribunal duquel ressort une simple faculté de procéder au relevé d'office d'une violation des formes substantielles (TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, pt 143). Troisièmement, le Tribunal de la fonction publique a pu appuyer l'obligation de relever d'office la violation des formes substantielles (TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, *Rec. num.*, pt 62) sur un arrêt du Tribunal faisant état d'une simple faculté en ce sens (TPI, 13 décembre 2007, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-113/05, *RecFP*, pp. I-A-20237 et II-A-2-1555, pt 62).

149. Ainsi, dans un arrêt *Italie c/ Haute Autorité*, la Cour de justice a pu déclarer irrecevable un moyen tardivement soulevé et pris d'une violation de l'obligation de motivation, « l'ordre public n'exigeant pas un examen d'office » (CJCE, 21 décembre 1954, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 100). Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, la Cour a pris acte de la renonciation, par la requérante, à un moyen tiré d'irrégularités de la procédure administrative et « estim[é] qu'il n'y a[vait] pas lieu de l'examiner d'office » (CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461, pt 7). En outre, dans les circonstances de l'affaire *FFSA e.a. c/ Commission*, le Tribunal a considéré qu'il n'était pas nécessaire de procéder au relevé d'office de certains moyens, pourtant d'ordre public (TPI, 27 février 1997, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pts 49 et 62).

150. Voy. les arrêts *Rendo e.a. c/ Commission* (TPI, 18 novembre 1992, aff. T-16/91, *Rec.*, p. II-2417, pt 131) et *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission* (TPI, 8 octobre 1996, aff. jtes T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, *Rec.*, p. II-1201, pt 113), dans lesquels le Tribunal a rejeté comme irrecevables, respectivement, des moyens pris d'un vice de procédure en tant que violation des formes substantielles et d'une violation des droits de la défense. Le professeur 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, 725 p., spéc. pp. 261-262) a interprété ces arrêts, ainsi que l'arrêt *FFSA e.a. c/ Commission* (note précédente), comme « l'expression du caractère facultatif de l'examen d'office par le juge d'un moyen [d'ordre public] ». À nos yeux, toutefois, l'arrêt *FFSA e.a. c/ Commission* exprime un rejet par prétérition de moyens d'ordre public (voy. *infra*, note n° 290 du présent Chapitre), tandis qu'il n'est pas certain que les moyens en cause dans les affaires *Rendo e.a. c/ Commission* et *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission* eussent dû être qualifiés de moyens d'ordre public. En outre, au point 113 de ce dernier arrêt, le Tribunal a écarté en substance et fût-ce de manière faiblement motivée toute violation des droits de la défense.

paraissant souvent fonction du précédent cité ou du moyen visé⁽¹⁵¹⁾. En vue d'une clarification souhaitable du régime des moyens d'ordre public et compte tenu de la finalité et de la nature de ces moyens, il est proposé, à titre prospectif, de tenir le relevé d'office de tout moyen d'ordre public pour obligatoire. Une telle conclusion peut s'appuyer sur une lecture finaliste de la jurisprudence.

§ 2. – Une clarification nécessaire : la consécration d'une obligation issue d'une lecture finaliste de la jurisprudence

Les incertitudes liées aux divergences jurisprudentielles susvisées appellent une clarification, simplification et unification du régime du relevé d'office des moyens d'ordre public. Or, c'est à nos yeux une obligation pour le juge de les examiner d'office qui devrait être clairement consacrée et généralisée au profit de tout moyen d'ordre public. Sa nécessité et sa justification découlent de l'impérativité des règles d'ordre public, ainsi que de considérations tenant à l'égalité des justiciables devant le juge et à l'égalité des armes des parties au litige

151. Comp. *inter alia* : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., spéc. p. 230 ; J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 435 p., spéc. pp. 204 et 208 ; F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 130 ; S. DALLE-CRODE, *Le fonctionnaire communautaire. Droits, obligations et régime disciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 676 p., spéc. pp. 591 et 602-603 ; J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015, 816 p., spéc. p. 711 ; G. FRIDEN, « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 231-238, spéc. p. 236 ; H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *op. cit.*, spéc. pp. 125-126 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p., spéc. p. 365 ; J.-V. LOUIS et al., *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE, vol. 10, La Cour de justice, les actes des institutions*, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, 666 p., spéc. pp. 144, 147 et 427 ; Ph. MANIN, *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, 2005, 575 p., spéc. p. 435 ; C. NAÔMÉ, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 264 p., spéc. pp. 37-38, 41-42, 52 et 127-128 ; E. NEFRAMI, « Le Tribunal, juge de deuxième instance », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 419-431, spéc. p. 428 ; J. RIDEAU et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p., spéc. pp. 205 et 252-253 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 1464 p., spéc. pp. 869, 871 et 873 ; P. ROSEREN, « Article 230 CE », in I. PINGEL (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle – Paris – Bruxelles, Helbing Lichtenhahn – Dalloz – Bruylant, 2010, pp. 1502-1521, spéc. p. 1515 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. pp. 49, 210, 213, 362-363 et 395 ; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, 870 p., spéc. p. 714 ; B. WAGENBAUR, *op. cit.*, spéc. p. 202 ; M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance », in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS et al. (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 605-633, spéc. p. 621.

(A). Sa reconnaissance peut être conciliée avec la jurisprudence, grâce à une lecture finaliste de celle-ci (B).

A. Une obligation généralisée nécessaire et justifiée

L'« épineuse » interrogation⁽¹⁵²⁾ sur le caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office des moyens d'ordre public n'est pas propre au droit du contentieux de l'Union européenne. La question se pose, en effet, de manière analogue dans tout contentieux connaissant une notion de moyen d'ordre public, dont en particulier les contentieux français. Elle exprime un conflit entre des considérations antagonistes également importantes. Ainsi, d'un côté, la consécration d'un relevé d'office purement facultatif aurait des mérites en termes de célérité du procès et de souplesse de l'appréciation du juge. Elle s'imposerait pour des considérations de bonne administration de la justice, en ce qu'elle conférerait au juge, dans chaque affaire, la flexibilité et les outils nécessaires pour trouver la solution appropriée et rendre une bonne justice. Elle éviterait les difficultés pratiques liées à un relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, telle l'ampleur de la tâche pour le juge⁽¹⁵³⁾ eu égard à la complexité et à la technicité des dossiers et des questions à trancher. L'exercice du pouvoir de relever d'office échapperait au contrôle systématique, considéré trop contraignant, par le juge supérieur⁽¹⁵⁴⁾ et empêcherait ainsi la naissance de contestations ultérieures liées à l'absence de relevé d'office⁽¹⁵⁵⁾. Cette solution ferait, partant, gagner

152. Qualificatif emprunté à L. CADJET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, 997 p., spéc. p. 771.

153. Par exemple, il a été dit qu'une obligation pour le juge administratif français de relever d'office la violation du droit de l'Union européenne paraîtrait « trop contraignante pour le juge, en raison de l'ampleur du contrôle qu'elle lui confie, et attentatoire à la bonne administration de la justice, par la multiplication du contentieux qu'elle pourrait entraîner, notamment devant le juge de cassation » : J. SIRINELLI, « L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1223-1248, spéc. p. 1239. *Adde* : O. DESHAYES, *op. cit.*, cité par J. SIRINELLI.

154. G. CORNU (« Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes [fragments d'un état des questions] », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 83-100, spéc. p. 90) n'avait-il pas écrit, à propos de la question de savoir si l'adage *da mihi factum, dabo tibi ius*, maxime du contentieux civil français, impliquait une obligation pour le juge judiciaire de rechercher d'office la règle de droit, qu'« [u]ne chose est de reconnaître la recherche de la règle applicable comme fonction naturelle du juge, autre chose l'assortir d'une sanction implacable, en offrant aux professionnels du pourvoi – quand ils n'ont rien d'autre à reprocher au juge – de pouvoir toujours lui reprocher de n'avoir pas exploré toutes les potentialités d'un système juridique dont la complexité, les incertitudes et la relativité ne sont pas niables ».

155. L'obligation pour le premier juge d'examiner les moyens d'ordre public « appelle la sanction et présente donc l'inconvénient de favoriser le contentieux en cas de non-respect de cette obligation » : L. CADJET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, spéc. p. 774, et les auteurs cités en ce sens.

en efficacité et éviterait des pourvois purement procéduriers. Elle aurait enfin le mérite de remédier à « l'image d'un juge activiste »⁽¹⁵⁶⁾, voire de prévenir les reproches d'un gouvernement des juges.

De l'autre côté, toutefois, une simple faculté risque de favoriser l'arbitraire du juge⁽¹⁵⁷⁾ et appelle de sérieuses réserves en termes d'égalité des justiciables devant la justice⁽¹⁵⁸⁾. En revanche, la reconnaissance d'un relevé d'office obligatoire aurait le mérite d'assurer un traitement égal, non discriminatoire, des justiciables devant le juge face aux moyens d'ordre public⁽¹⁵⁹⁾. Cette considération est d'autant plus importante qu'en relevant d'office un moyen d'ordre public, le juge rompt momentanément l'égalité des parties au litige, en méconnaissance apparente du principe d'égalité des armes⁽¹⁶⁰⁾, et intervient *sponte sua* au soutien de l'une d'elles. Un tel activisme serait plus acceptable pour l'autre partie lorsqu'il est le résultat d'une obligation pesant sur le juge et non de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'intervention d'office du juge serait le reflet objectif d'une obligation à sa charge et non l'apparence subjective d'une plus grande considération ou sympathie pour la cause de l'une des parties. Au demeurant, une obligation généralisée pour le juge d'examiner d'office l'ensemble des moyens d'ordre public serait cohérente avec l'impérativité et l'indisponibilité des règles en cause à l'égard tant du juge que des parties⁽¹⁶¹⁾,

156. Voy. à propos du juge civil : *ibid.*

157. *Id.*, spéc. p. 773. Voy. également, à propos du relevé d'office des moyens de pur droit par le juge civil français : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, spéc. p. 443.

158. Voy. également : R. MARTIN, « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 1996, chron., pp. 20-21, spéc. p. 20 ; P. RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, pp. 715-734, spéc. p. 732. Voy. toutefois pour une position plus nuancée : J. NORMAND, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD civ.*, 1996, pp. 689-700, spéc. pp. 698-699.

159. Voy. également par analogie : L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, spéc. p. 773 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in G. CORNU *et al.* (org.), *Jean Foyer auteur et législateur. Leges tulit, jura coduit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, pp. 463-475, spéc. p. 471.

160. « [C]orollaire de la notion même de procès équitable, [ce principe] implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire [...]. L'égalité des armes a pour but d'assurer l'équilibre entre les parties à la procédure » (CJUE, 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, aff. C-199/11, *Rec. num.*, pts 71-72), notamment s'agissant des règles régissant l'administration des preuves et le débat contradictoire, ainsi que les droits de recours des parties au litige (CJUE, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-543/14, *Rec. num.*, pts 40-41).

161. Dans le même sens, B. SACHS (*op. cit.*, spéc. p. 173) met en avant le caractère impératif et l'impossible disposition des moyens d'ordre public pour justifier la reconnaissance d'une obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public de légalité.

tandis que la reconnaissance d'une simple faculté reviendrait à autoriser le juge à en disposer⁽¹⁶²⁾.

Ces arguments juridiques en faveur d'une obligation doivent primer à nos yeux l'argument pratique, certes légitime, et tiré, en faveur d'une simple faculté, de la complexité ou de la technicité des problématiques soumises à l'appréciation du juge. Par ailleurs, les contraintes pratiques liées à un relevé d'office obligatoire ne paraissent pas excessives dès lors que le champ de l'obligation est limité aux seuls moyens d'ordre public et que l'obligation fait l'objet d'encadrements et d'ajustements⁽¹⁶³⁾. L'analyse des pourvois tend à infirmer la réalité du risque allégué d'une multiplication des pourvois procéduriers destinés à la seule contestation du non-respect de l'obligation de relever d'office des moyens d'ordre public. En toute hypothèse, l'objection n'est pas dirimante. Les annulations de décisions rendues en première instance pour défaut de relevé d'office ne sont jamais purement formelles dès lors qu'un moyen pris du non-relevé d'office ne peut prospérer au stade du pourvoi que lorsque le moyen d'ordre public non relevé d'office est effectivement fondé⁽¹⁶⁴⁾.

Combinées à la nécessaire égalité des justiciables devant le juge, l'impérativité et l'indisponibilité des règles d'ordre public s'opposent ainsi à la consécration d'une simple faculté pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Ces considérations s'imposent avec une acuité renforcée s'agissant de l'incompétence du juge, dès lors qu'un juge incompétent

162. Or, en particulier en matière de compétence et de recevabilité, il est de jurisprudence constante que ni le juge ni les parties ne peuvent disposer des règles d'ordre public (voy. à propos des délais d'ordre public : CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 479, et la jurisprudence citée *supra*, note n° 114 du présent Chapitre). Le juge n'est pas lié par l'accord éventuel ou la volonté des parties quant à sa compétence (Trib. UE, 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ BEL*, aff. T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, pt 32) ou à la recevabilité de la demande (CJCE, 12 décembre 1967, *Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. pp. 478-479 ; TPI, ord., 11 mai 1992, *Whitehead c/ Commission*, aff. T-34/91, *Rec.*, p. II-1723, pts 19 et 31 ; TPI, 19 octobre 2006, *Buendía Sierra c/ Commission*, aff. T-311/04, *Rec.*, p. II-4137, pt 47). Même en l'absence de contestation, il est habilité à les examiner d'office (CJCE, 23 avril 1956, *Groupeement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54, *Rec.*, p. 53, spéc. p. 86 ; CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125, spéc. p. 1147 ; CJCE, 27 juin 1989, *Giordani c/ Commission*, aff. 200/87, *Rec.*, p. 1877, pt 10 ; TPI, 29 mars 1990, *Alexandrakis c/ Commission*, aff. T-57/89, *Rec.*, p. II-143, pt 8 ; TPI, 4 mai 1999, *Z c/ Parlement*, aff. T-242/97, *RecFP*, pp. I-A-77 et II-401, pt 58 ; TPI, 26 octobre 2004, *Brendel c/ Commission*, aff. T-55/03, *RecFP*, pp. I-A-311 et II-1437, pt 45).

163. Voy. déjà et par analogie les arguments avancés par O. DESHAYE (*op. cit.*, §§ 37-39) contre une simple faculté pour le juge judiciaire français de relever d'office les moyens de pur droit. À propos de l'encadrement de l'obligation, voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2. L'encadrement de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 509 et s.).

164. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1. Le contrôle de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 475 et s.).

méconnaîtrait son propre office s'il était amené à statuer sur la recevabilité, voire sur le fond de la demande. Elles s'imposent tout autant au regard des conditions de recevabilité, dont le respect conditionne l'activation de la compétence du juge⁽¹⁶⁵⁾. S'agissant des moyens d'ordre public de fond, elles se voient confirmées par des formules « globalisantes » en vertu desquelles le juge se déclare tenu d'examiner d'office tout moyen d'ordre public⁽¹⁶⁶⁾. La consécration d'une telle obligation généralisée nous semble ainsi compatible avec la jurisprudence, grâce à une lecture finaliste de celle-ci.

B. Une obligation compatible avec une lecture finaliste de la jurisprudence

En dépit des formules parfois plus souples relevées dans la jurisprudence et, s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public, dans les règlements de procédure, la reconnaissance d'une obligation généralisée de relever d'office les moyens d'ordre public est pleinement compatible avec une lecture finaliste de la jurisprudence. La divergence des formules jurisprudentielles, allant de la reconnaissance d'une apparente faculté, voire opportunité, à celle d'une obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public, peut, en effet, s'expliquer par un manque de réflexion théorique sur la question, mais aussi par l'absence de toute incidence dans les circonstances des affaires. Ainsi, le rappel du caractère d'ordre public de ces moyens et, selon la formule choisie, du pouvoir, de la faculté ou du devoir du juge de les examiner accompagne en règle générale des cas d'examen d'office. C'est donc la nécessité d'une *base légale* autorisant un tel examen d'office, bien plus qu'une volonté de préciser son caractère obligatoire ou facultatif, qui

165. Il n'est pas sans utilité de rappeler que la qualification d'ordre public des conditions de recevabilité est notamment appuyée sur un objectif de traitement égalitaire des justiciables (voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1. La garantie de l'office du juge, de la sécurité juridique et de l'égalité des justiciables, fonction principale, pp. 102 et s.). Bien que la qualification d'ordre public des conditions de recevabilité applicables au recours en manquement soit fondée sur une finalité de protection des droits procéduraux des États membres (voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2. Une fonction exceptionnellement prépondérante : les droits procéduraux de l'État membre défendeur en manquement, pp. 151 et s.), l'obligation pour la Cour de justice de procéder au relevé d'office n'en est pas moins susceptible de s'imposer pour des considérations analogues d'égalité de tous les États membres.

166. CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-272/09 P, *Rec.*, p. I-12789, pt 104 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c/ Commission*, aff. C-386/10 P, *Rec.*, p. I-13085, pt 64 ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c/ Commission*, aff. C-389/10 P, *Rec.*, p. I-13125, pt 131 ; CJUE, 27 avril 2017, *FSL e.a. c/ Commission*, aff. C-469/15 P, *Rec. num.*, pt 80 ; Trib. UE, 18 novembre 2014, *Lumene c/ OHMI*, aff. T-484/13, non publié, pt 18 ; TFP, 22 mai 2007, *Adelaida López Teruel c/ OHMI*, aff. F-99/06, *RecFP*, pp. I-A-1-147 et II-A-1-797, pt 52.

justifie ces rappels⁽¹⁶⁷⁾. Dès lors, il ne convient pas, à nos yeux, de prêter d'importance particulière aux mots choisis et aux variations dont ces rappels sont entachés⁽¹⁶⁸⁾.

Il s'ensuit, d'abord, qu'une lecture alternative des formules jurisprudentielles et des dispositions des règlements de procédure, selon lesquelles le juge « peut » relever d'office des moyens d'ordre public, en termes de simple habilitation permet de lever l'obstacle qu'elles forment potentiellement à la reconnaissance d'un relevé d'office obligatoire généralisé.

Ensuite, seules les formules rédigées en termes impératifs refléteraient une réflexion, amorcée ponctuellement, sur les modalités de cette habilitation du juge et devraient, à l'avenir, être généralisées. Pour des raisons de lisibilité et d'accessibilité de la jurisprudence, les formules jurisprudentielles mériteraient d'évoluer dans le sens d'une affirmation claire et univoque du caractère obligatoire du relevé d'office de tout moyen d'ordre public. Dans la même optique, il est préférable selon nous de renoncer à la variabilité terminologique « [p]erturbante »⁽¹⁶⁹⁾ et à des formulations « troublantes »⁽¹⁷⁰⁾ et vagues telles que « il appartient au juge », « il convient » ou « il importe » de relever d'office tel ou tel moyen d'ordre public. Il suffit d'utiliser le verbe « devoir ». Dès lors qu'il ne peut disposer des règles d'ordre public, le juge doit, en effet, vérifier leur respect et, le cas échéant, relever d'office leur violation.

Enfin, à nos yeux, une telle analyse ne se heurte point aux cas de refus de relevé d'office dans les circonstances d'une affaire. Ceux-ci s'expliquent par l'admission du rejet par prétérition et des limites et exceptions au relevé d'office obligatoire⁽¹⁷¹⁾.

Justifiée au regard des fondements mêmes et de l'impérativité des moyens d'ordre public, ainsi que de considérations tirées de l'égalité

167. Pourraient attester d'une telle lecture des affaires dans lesquelles, de l'énoncé d'un pouvoir de relever d'office un moyen d'ordre public, le juge déduit une obligation en ce sens. Voy. p. ex. : Trib. UE, 24 mai 2016, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. jtes T-423/13 et T-64/14, *Rec. num.*, pt 76.

168. Voy. dans le même sens : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 169.

169. Selon l'adjectif emprunté à D. SIMON (« Les “notions autonomes” en droit de l'Union », in N. KADA [dir.], *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 93-106, spéc. p. 98), à propos de la « diversité du vocabulaire » lors du recours aux notions autonomes.

170. Qualificatif emprunté à L. COUTRON (*La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. p. 566) à propos de la formulation « il lui appartient de soulever d'office », considérée comme étant « assurément la plus troublante ».

171. Voy. *supra*, notes nos 149 et 150 du présent Chapitre. Voy. à ces propos, *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.), et Chapitre 2. L'encadrement de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 509 et s.).

des justiciables devant la justice, l'obligation pour le juge de procéder à leur relevé d'office se voit confirmée et renforcée par la reconnaissance jurisprudentielle claire des conséquences qu'elle implique.

SECTION 2. – LES CONSÉQUENCES ÉTABLIES DE L'OBLIGATION DE RELEVER D'OFFICE LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

En relevant d'office un moyen d'ordre public, le juge rompt spontanément et momentanément, au nom de l'intérêt général, l'égalité des parties au litige devant lui. Pour ces dernières, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public et son omission éventuelle constituent de vrais enjeux qu'elles n'ont pas manqué de porter devant le juge du pourvoi. C'est ainsi que celui-ci a été amené à forger progressivement les contours d'un relevé d'office *a priori* obligatoire. La rupture d'égalité des parties paraît en effet d'autant plus acceptable que non seulement elle s'opère au nom de l'ordre public face auquel la stricte égalité des parties à un litige concret doit céder, mais découle encore d'une obligation pour le juge face à laquelle tous les justiciables sont traités de manière identique. La rupture apparente de l'égalité des armes des parties au litige est ainsi « réparée » du fait de l'objectivisation et de l'égalisation de l'application d'office des règles d'ordre public grâce à la consécration d'une obligation de relever d'office les moyens d'ordre public. Cette obligation est entière. En attestent son contrôle par le juge supérieur (Sous-section 1) et l'admission du rejet par prétérition des moyens d'ordre public (Sous-section 2) qui découlent de cette obligation, en même temps qu'ils en renforcent la réalité.

SOUS-SECTION 1. – LE CONTRÔLE DU RELEVÉ D'OFFICE PAR LE JUGE SUPÉRIEUR

La réalité et l'effectivité de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public sont fonction de la réalité et de l'effectivité de son contrôle et de la sanction de son non-respect éventuel. À première vue, deux moyens de contrôle et de sanction sont envisageables.

D'une part, à l'aune des évolutions jurisprudentielles récentes, il est permis de se demander si le non-relevé d'office erroné d'un moyen d'ordre public est susceptible d'être sanctionné indirectement à travers la mise en cause de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union européenne du fait de son juge. Ainsi, dans le domaine de l'examen d'office obligatoire du caractère abusif des clauses figurant dans les contrats de consommation, la Cour de justice a envisagé la possibilité d'engager la responsabilité d'un État membre du fait de la méconnaissance de cette obligation par

une juridiction nationale statuant en dernier ressort⁽¹⁷²⁾ dans le sillage de la jurisprudence inaugurée en 2003 par l'arrêt *Köbler*⁽¹⁷³⁾. Il est toutefois peu probable qu'une solution analogue soit un jour consacrée à propos d'un éventuel manquement par le juge de l'Union européenne à son devoir d'examiner d'office les moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union. Si l'engagement de la responsabilité extra-contractuelle de l'Union du fait de ses juridictions n'est pas exclu, comme l'illustre le contentieux florissant lié à la durée des procédures juridictionnelles, ces recours sont pour l'instant limités au respect des droits procéduraux des parties⁽¹⁷⁴⁾. L'appréciation d'un recours indemnitaire pour non-relevé d'office d'un moyen d'ordre public impliquerait en substance, dans le cadre de l'examen de la condition tenant à l'existence d'une illégalité de nature à engager la responsabilité extra-contractuelle, un examen du bien-fondé de la solution adoptée dans la précédente affaire. Or, un tel contrôle amènerait en définitive le juge de l'indemnité à rejuger une affaire antérieure, ce qui paraît d'emblée exclu⁽¹⁷⁵⁾.

172. CJUE, 28 juillet 2016, *Tomášová*, aff. C-168/15, *Rec. num.* En l'occurrence, le non-relevé d'office par une juridiction statuant en dernier ressort était intervenu avant la consécration du caractère obligatoire de l'examen d'office des clauses abusives par la Cour de justice. Or, en l'absence d'une obligation claire, la Cour a écarté l'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union européenne, condition d'engagement de la responsabilité d'un État membre. En revanche, la question de savoir si, depuis la consécration dudit caractère obligatoire, le non-examen d'office par une juridiction statuant en dernier ressort serait de nature à engager la responsabilité de l'État n'a pas été tranchée. Voy. à ce propos les observations de L. COUTRON sous l'arrêt, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2016. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 158-171.

173. CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239, pts 30-59. Voy. à propos de la responsabilité d'un État membre du fait de ses juridictions suprêmes, en particulier : 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*, 2005, n° 4, pp. 657-686 ; O. DUBOS, « La violation du droit communautaire par une juridiction nationale : *quis custodiet custodiet ? Custodiet ipsi, scilicet...* », *JCP A*, 2004, n° 43, p. 1384. Une « sanction » indirecte du non-relevé d'office du droit de l'Union européenne par le juge national pourrait encore passer par le réexamen d'un acte administratif devenu définitif à la suite d'une décision de justice rendue en dernier ressort, suite à l'arrêt *Kempter* (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06, *Rec.*, p. I-411, pt 44 ; voy. en particulier : L. COUTRON, « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt *Kempter* », *RTDE*, 2009, n° 1, pp. 69-90). Encore une fois, une transposition à la Cour de justice paraît peu probable. *Adde*, plus largement : L. COUTRON, « L'irénisme des Cours européennes. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 14-58.

174. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le délai déraisonnable de la procédure juridictionnelle (pp. 361 et s.).

175. De manière très expéditive et sans opérer de distinction claire entre l'examen des compétences juridictionnelles et l'analyse du bien-fondé de la demande, le Tribunal a rejeté comme étant manifestement non fondé un recours en indemnité fondé sur l'illégalité substantielle d'un arrêt rendu par la Cour de justice statuant en tant que juge du pourvoi (Trib. UE, ord., 1^{er} juin 2017, *Ori Martin c/ CJCE*, aff. T-797/16, non publiée). Dans une autre

D'autre part, le contrôle et la sanction du (non-)relevé d'office sont l'apanage du juge supérieur. Ils présupposent l'existence d'une obligation⁽¹⁷⁶⁾ pour la juridiction statuant en première instance⁽¹⁷⁷⁾. Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, l'obligation, pour ce juge, d'examiner d'office les moyens d'ordre public fait l'objet d'un contrôle réel opéré par le juge du pourvoi (§ 1). Un tel contrôle a pu également être réalisé, à titre exceptionnel, par le juge du réexamen (§ 2).

§ 1. – Un contrôle réel au stade du pourvoi

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, le pourvoi est doublement limité. D'une part, le juge du pourvoi ne peut connaître que des questions de droit ; il ne peut, sous réserve de leur dénaturation et qualification, statuer sur les faits. D'autre part, l'objet du litige pouvant être porté devant le juge du pourvoi ne peut dépasser celui du litige de première instance ; le juge du pourvoi ne peut être appelé qu'à apprécier la solution légale adoptée par le juge du fond. Ainsi, le premier ne peut, en principe, statuer sur des moyens qui n'avaient pas été portés devant le second⁽¹⁷⁸⁾. Les moyens d'ordre public font exception à cette règle. Le contrôle du relevé d'office par le juge de première instance des moyens d'ordre public fait, en effet, partie intégrante du contrôle opéré par le juge du pourvoi. La réalité

affaire, le Tribunal a laissé entendre que, en dehors de la question du délai raisonnable de jugement, la responsabilité de l'Union pourrait être « recherch[ée], dans des cas exceptionnels, [...] en raison de dysfonctionnements juridictionnels graves, notamment de nature procédurale ou administrative, affectant l'activité d'une juridiction de l'Union » (Trib. UE, 7 juin 2017, *Guardian Europe c/ Union européenne*, aff. T-673/15, *Rec. num.*, pt 124). La doctrine avait déjà envisagé une possibilité d'engager la responsabilité de la Communauté européenne « en cas de violation grave d'un droit fondamental » : F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL *et. al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 517-545, spéc. p. 536.

176. Évidemment, « on ne peut censurer que là où il y a violation d'obligation » (Ph. MALAURIE, *D.*, 1956, pp. 517-522, spéc. p. 518). S'agissant du droit du contentieux de l'Union européenne, la doctrine a déduit l'obligation d'examiner d'office les moyens d'ordre public notamment de l'existence d'un contrôle du relevé d'office au stade du pourvoi : K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261, spéc. p. 246 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 168-174 ; S. VAN RAEPENBUSCH, « Article 225 CE », in I. PINGEL (dir.), *op. cit.*, pp. 1462-1476, spéc. p. 1475.

177. Il s'agit du Tribunal et, dans le passé, également du Tribunal de la fonction publique. En revanche, même lorsqu'elle statue en tant que juridiction de première instance sur certains recours directs réservés à sa compétence, la Cour de justice rend des décisions insusceptibles de recours.

178. À propos de la compétence limitée du juge du pourvoi, voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2, B. La limitation de la compétence du juge du pourvoi (pp. 98 et s.).

de ce contrôle (A), qui n'est restreint ni en son étendue ou intensité ni en son objet, pose la question de ses modalités. Le moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office d'un moyen d'ordre public est-il, à son tour, un moyen d'ordre public (B) ?

A. *La réalité du contrôle*

Dès ses premiers arrêts rendus sur pourvoi, la Cour de justice admit l'existence d'un contrôle du traitement contentieux réservé par le juge de première instance aux moyens d'ordre public. Le Tribunal fit de même à la suite de la création du Tribunal de la fonction publique. Le juge du pourvoi définit les modalités et les conditions du relevé d'office de tels moyens⁽¹⁷⁹⁾ ainsi que de leur recevabilité⁽¹⁸⁰⁾. Plus encore, il contrôle le respect tant de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (1) que de l'interdiction de relever d'office les moyens ordinaires (2).

1) Le contrôle de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public

Le juge du pourvoi est appelé à apprécier « la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges ou que [ceux-ci] aurai[en]t été tenu[s] de soulever d'office »⁽¹⁸¹⁾. Le moyen tiré du défaut, par le juge de première instance, de relever d'office un moyen d'ordre public constitue un moyen né de l'arrêt, qui est recevable au stade du pourvoi⁽¹⁸²⁾. Son champ est calqué sur celui du moyen d'ordre public non relevé d'office dont il constitue le reflet. Sous couvert d'un contrôle des obligations procédurales pesant sur le juge de première instance, l'examen des moyens

179. Voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2. L'encadrement de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 509 et s.).

180. Voy. en particulier : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 24-25. À propos de l'invocation des moyens d'ordre public par les parties, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1. L'effet libérateur des moyens d'ordre public : la levée partielle des irrecevabilités (pp. 589 et s.).

181. CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 122. Il s'agit d'un arrêt isolé, la Cour de justice n'ayant jamais, à notre connaissance, reproduit de manière explicite l'affirmation selon laquelle le contrôle opéré sur pourvoi inclut les moyens que le juge de première instance aurait pu et dû relever d'office. En substance, toutefois, cette compétence du juge du pourvoi est admise par la jurisprudence. Voy. pour une reprise moins explicite : CJUE, 18 octobre 2012, *Neuman et Galdeano del Sel c/ Baena Grup*, aff. jtes C-101/11 P et C-102/11 P, *Rec. num.*, pts 71-72.

182. CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pt 48. La Cour de justice confirme une longue pratique de contrôle du relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public. *Adde* : CJUE, 22 septembre 2016, *Pensa Pharma c/ EUIPO*, aff. C-442/15 P, non publié, pts 23 et 34 ; concl. MENGGOZZI sous CJUE, 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-521/09 P, *Rec.*, p. I-8947, pt 28.

d'ordre public se déplace ainsi d'une instance à l'autre, leur bien-fondé conditionnant la légalité de la conduite du juge de première instance.

En substance, le juge du pourvoi peut être confronté aux moyens d'ordre public qui auraient pu jouer dès la première instance de deux façons intrinsèquement liées. D'une part, il peut l'être du fait de l'invocation ou du relevé d'office du moyen d'ordre public au stade du pourvoi. Tel serait le cas lorsque, tandis que le juge de première instance s'est contenté d'examiner les moyens invoqués devant lui, le juge du pourvoi statue d'office sur un moyen d'ordre public relatif à la légalité de l'acte litigieux en première instance. Ainsi, la Cour de justice examina d'office la compétence de l'auteur de l'acte attaqué dans l'affaire *Salzgitter c/ Commission*⁽¹⁸³⁾. Tel serait également le cas lorsque le juge du pourvoi statue sur un moyen d'ordre public soulevé pour la première fois au stade du pourvoi par l'une des parties⁽¹⁸⁴⁾. D'autre part, le juge du pourvoi peut être confronté aux moyens d'ordre public qui auraient pu être examinés en première instance à travers la question de savoir si le juge de première instance aurait dû soulever d'office un tel moyen. Cette hypothèse se rencontre en particulier lorsqu'une des parties soulève à l'occasion du pourvoi un moyen pris de ce que le juge de première instance a erronément omis de relever d'office un moyen d'ordre public. Alors que la première hypothèse soulève la question de la recevabilité et du relevé d'office d'un moyen d'ordre public au stade du pourvoi, la seconde hypothèse vise spécifiquement le respect des obligations procédurales pesant sur le juge de première instance.

Cette distinction formaliste, parfois opérée par la doctrine allemande⁽¹⁸⁵⁾, ne paraît toutefois guère nécessaire. En effet, d'une part, nous avons déjà noté que le juge du pourvoi est autorisé à relever d'office des moyens d'ordre public non vus par le juge de première instance⁽¹⁸⁶⁾. Or, le constat du bien-fondé d'un tel moyen d'ordre public encourt nécessairement celui d'une erreur de droit commise par le juge de première instance en ce que celui-ci a omis de relever ledit moyen d'office. Le traitement du recours en annulation formé par les Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a.

183. CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 56-57.

184. Voy. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, B, 2. La levée de la forclusion d'un moyen d'ordre public invoqué pour la première fois au stade du pourvoi (pp. 621 et s.).

185. Voy. à propos de cette distinction : C. BÖLHOFF, *Das Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Verfahren, Prüfungsumfang und Kontrolldichte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 259 p., spéc. pp. 113-114 ; O. LANGNER, *Der Europäische Gerichtshof als Rechtsmittelgericht. Der Prüfungsumfang im europäischen Rechtsmittelverfahren*, Francfort (Main), Peter Lang, 2003, 255 p., spéc. pp. 67-70.

186. Voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le relevé d'office au-delà d'une instance (pp. 451 et s.).

contre une décision de la Commission constatant, au terme de la phase préliminaire de l'examen des aides d'État, que la mesure litigieuse en cause n'était pas constitutive d'une aide d'État en fournit une belle illustration. En effet, tandis que le Tribunal avait examiné ce recours au fond après avoir considéré qu'il tendait exclusivement à la sauvegarde des droits procéduraux des requérants⁽¹⁸⁷⁾, la Cour de justice a en substance relevé d'office son irrecevabilité d'ordre public, en ce que ce recours tendait, en réalité, à l'annulation de la décision sur le fond⁽¹⁸⁸⁾. Relevant que le Tribunal avait à tort requalifié l'objet du recours, la Cour annula l'arrêt du Tribunal, évoqua l'affaire et rejeta le recours comme irrecevable⁽¹⁸⁹⁾. De manière encore plus éloquente, dans l'arrêt *Salzgitter c/ Commission* de 2000, la Cour de justice a examiné d'office l'incompétence de la Commission, auteur de l'acte attaqué. Constatant le bien-fondé de ce moyen d'ordre public, elle conclut que « c'était donc à tort que, dans l'arrêt attaqué, le Tribunal [ne l'avait] pas relevé d'office »⁽¹⁹⁰⁾.

D'autre part, le moyen de pourvoi pris de la méconnaissance par le juge de première instance de son obligation de relever d'office un moyen d'ordre public ne peut prospérer que pour autant que le moyen d'ordre public en cause soit fondé. Dans la négative, ou lorsque le moyen d'ordre public est sans pertinence sur la solution du litige⁽¹⁹¹⁾, en effet, le juge du pourvoi écarte le moyen pris du non-relevé d'office au fond⁽¹⁹²⁾. Dans l'affirmative,

187. TPI, 26 janvier 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. T-92/02, non publié, pts 46-56.

188. La qualité d'un concurrent du bénéficiaire de l'aide pour agir en annulation d'une décision adoptée sans ouverture de la phase formelle de l'examen des aides d'État est soumise à un test assoupli lorsque le recours tend exclusivement à la sauvegarde des droits procéduraux du concurrent. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 2, B, 2. La qualité (pp. 142 et s.).

189. CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pts 18 et 25-32.

190. CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 56-57. En l'espèce, l'erreur n'avait toutefois aucune incidence sur la solution retenue par le Tribunal. Son constat a permis à la Cour de justice d'écarter les moyens de pourvoi avancés par la partie requérante comme inopérants (pt 59).

191. Voy. en ce sens à propos d'une prétendue violation de l'obligation de motivation entachant des parties de la décision attaquée non contestées au fond : CJUE, 22 mai 2014, *ASPLA c/ Commission*, aff. C-35/12 P, *Rec. num.*, pts 37-38. Voy. également en ce sens à propos d'une prétendue violation du délai raisonnable en tant que moyen d'annulation (dont le caractère d'ordre public n'est pas certain et paraît même exclu) : CJCE, ord., 13 décembre 2000, *SGA c/ Commission*, aff. C-39/00 P, *Rec.*, p. I-11201, pts 41 et 43-45 ; CJCE, ord., 20 septembre 2001, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. C-1/01 P, *Rec.*, p. I-6349, pts 33-35.

192. Voy. s'agissant du non-relevé d'office d'une prétendue irrecevabilité : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pts 28, 32, 35 et 40 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-318/09 P, non publié, pts 63 et 71 ; CJUE, 21 décembre 2011, *ACEA c/ Commission*, aff. C-319/09 P, non publié, pts 62 et 70 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-320/09 P, non publié, pts 63 et 71 ; Trib. UE,

le juge du pourvoi constate, le cas échéant d'office, que le juge de première instance a commis une erreur de droit⁽¹⁹³⁾.

L'examen de ces problématiques au stade du pourvoi peut requérir, le cas échéant, une définition préalable du statut contentieux du moyen en cause⁽¹⁹⁴⁾. Seuls les moyens d'ordre public peuvent, en effet, être examinés pour la première fois à ce stade. Les moyens ordinaires non invoqués en première instance sont, en revanche, irrecevables lors du pourvoi en raison de la limitation de son champ à la solution donnée au litige porté devant le juge de première instance. Ainsi, le juge du pourvoi écarte un moyen soulevé pour la première fois devant lui comme irrecevable tout en constatant le cas échéant que ce moyen n'est pas d'ordre public⁽¹⁹⁵⁾. Il écarte un moyen pris du défaut de relever d'office un prétendu moyen d'ordre public, lorsque ce dernier n'est en réalité pas d'ordre public⁽¹⁹⁶⁾ ou, de manière curieuse, lorsque la partie intéressée n'établit pas son caractère d'ordre public⁽¹⁹⁷⁾ ou

ord., 23 mars 2010, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-16/09 P, non publiée, pts 55 et 58-66 ; Trib. UE, ord., 15 septembre 2010, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-157/09 P, non publiée, pts 64 et 67-73. Voy. s'agissant du non-relevé d'office de moyens d'ordre public de fond : CJCE, ord., 23 février 2006, *Piau c/ Commission*, aff. C-171/05 P, non publiée, pt 57 ; CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pts 24, 30 et 35 ; CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pts 53, 57 et 61 ; CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 49-53 ; CJUE, 15 juin 2017, *Espagne c/ Commission*, aff. C-279/16 P, non publié, pts 22-30.

193. Voy. en ce sens : Trib. UE, 22 mai 2014, *BG c/ Médiateur*, aff. T-406/12 P, non publié, pts 27 et 36-37 ; Trib. UE, 14 février 2017, *Kerstens c/ Commission*, aff. T-270/16 P, non publié, pt 70 ; concl. LÉGER sous CJCE, 11 septembre 2003, *Belgique c/ Commission*, aff. C-197/99 P, *Rec.*, p. I-8461, pt 84.

194. Voy. toutefois : CJUE, ord., 11 février 2015, *Iliad e.a. c/ Commission*, aff. C-624/13 P, non publiée, pt 63.

195. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 13 février 2008, *Indorata-Serviços e Gestão c/ OHMI*, aff. C-212/07 P, non publiée, pts 49-52 ; CJUE, 25 février 2010, *Lancôme c/ OHMI*, aff. C-408/08 P, *Rec.*, p. I-1347, pts 51-54 ; CJUE, 24 mars 2011, *Muñoz Arraiza c/ OHMI*, aff. C-388/10 P, non publié, pts 68-69 ; CJUE, ord., 29 novembre 2011, *Tresplains Investments c/ OHMI*, aff. C-76/11 P, non publiée, pts 52-57 ; CJUE, 18 octobre 2012, *Neuman et Galdeano del Sel c/ Baena Grup*, aff. jtes C-101/11 P et C-102/11 P, *Rec. num.*, pts 71-73 ; CJUE, 14 mars 2013, *Vieja c/ Commission*, aff. C-276/11 P, non publié, pts 57-60.

196. Voy. en ce sens s'agissant des moyens de fond : CJCE, 2 avril 2009, *Mebrom c/ Commission*, aff. C-373/07 P, non publié, pts 70 et 72-76 ; CJUE, ord., 2 février 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-404/11 P, non publiée, pts 32-33 ; CJUE, ord., 7 février 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-421/11 P, non publiée, pts 34-35 ; CJUE, ord., 13 septembre 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-495/11 P, non publiée, pts 32-33 ; CJUE, 22 septembre 2016, *Pensa Pharma c/ EUIPO*, aff. C-442/15 P, non publié, pts 26-27 et 37 ; Trib. UE, 15 mai 2012, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-184/11 P, non publié, pts 94 et 100. Voy. en ce sens s'agissant de la recevabilité : Trib. UE, 13 décembre 2012, *Commission c/ Strack et Strack c/ Commission*, aff. jtes T-197/11 P et T-198/11 P, non publié, pts 165-167.

197. CJUE, ord., 3 octobre 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. C-617/11 P, non publiée, pt 22 ; Trib. UE, 16 janvier 2015, *Trentea c/ FRA*, aff. T-107/13 P, non publié, pt 45. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal ajoute que, dans la mesure où la requérante allègue également une absence de motivation de la constatation selon laquelle le moyen en cause n'était pas d'ordre

n'allègue pas que le moyen est d'ordre public⁽¹⁹⁸⁾. Inversement, le juge du pourvoi sanctionne le relevé d'office d'un moyen ordinaire.

2) Le contrôle de l'interdiction de relever d'office les moyens ordinaires

Dès lors que le relevé d'office est limité aux moyens d'ordre public, le juge commet une erreur de droit lorsqu'il examine et accueille d'office un moyen ordinaire⁽¹⁹⁹⁾. Il méconnaît, en effet, la passivité qui lui incombe en vertu du principe dispositif. Le juge du pourvoi examine des moyens pris de ce que le juge de première instance aurait erronément soulevé d'office un moyen ordinaire. De tels moyens ont surtout été avancés par les institutions de l'Union européenne, lorsque le juge de première instance a consacré un nouveau moyen d'ordre public ou prétendument examiné d'office un moyen ordinaire sous couvert d'un moyen d'ordre public. Dans le premier cas, l'on se souviendra en particulier de la très vive opposition manifestée par la Commission à l'occasion de son pourvoi⁽²⁰⁰⁾ contre l'arrêt *Putterie-De-Beukelaer*⁽²⁰¹⁾, par lequel le Tribunal de la fonction publique a consacré comme moyen d'ordre public la méconnaissance du champ d'application de la loi. Dans le second cas, l'on rappellera le moyen de la Commission reprochant au Tribunal, à l'occasion du deuxième pourvoi dans les affaires des alumines, d'avoir relevé d'office un moyen ordinaire tiré de la violation de l'article 87, paragraphe 1, CE (devenu article 107, paragraphe 1, TFUE)⁽²⁰²⁾.

Un tel reproche est rejeté comme non fondé lorsque la question examinée d'office constitue un préalable à l'examen d'un moyen soulevé

public « que, en l'absence de tout élément de fait versé au dossier sur ce point [...] le Tribunal de la fonction publique a motivé à suffisance de droit son arrêt en se bornant à relever qu'un tel moyen ne faisait pas partie des moyens que le juge devait relever d'office ». Ainsi, l'on pourrait penser que le Tribunal, s'appuyant sur les circonstances du relevé d'office obligatoire, a entendu exclure que le moyen en cause ne pouvait, dans l'affaire en cause, être relevé d'office faute d'éléments suffisants figurant dans le dossier. De manière analogue, il a rejeté un moyen pris du non-relevé d'office au motif que la partie requérante ne précisait pas les raisons pour lesquelles le moyen en cause devait exceptionnellement être relevé d'office : Trib. UE, ord., 28 juin 2011, *van Arum c/ Parlement*, aff. T-454/09 P, non publiée, pt 41.

198. CJUE, ord., 11 février 2015, *Iliad e.a. c/ Commission*, aff. C-624/13 P, non publiée, pt 77.

199. L'examen d'office d'un moyen ordinaire en vue de l'écarter ne devrait, en revanche, pas constituer une erreur de droit ou, tout au plus, une erreur inopérante.

200. Opposition résumée par le Tribunal aux points 31 à 39 et 45 à 50 de son arrêt (Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751).

201. TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-51.

202. CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pts 21 et s.

par une partie⁽²⁰³⁾, lorsque le moyen en cause est en réalité d'ordre public⁽²⁰⁴⁾, lorsque le juge de première instance n'a pas soulevé de moyen d'office⁽²⁰⁵⁾ ou s'est contenté de répondre, par ses propres raisonnements, aux moyens avancés devant lui⁽²⁰⁶⁾, lorsque le moyen en cause est en tout état de cause non fondé⁽²⁰⁷⁾ ou lorsque le juge de première instance a en toute hypothèse commis une erreur de droit lors de l'appréciation du moyen prétendument relevé d'office⁽²⁰⁸⁾. Le reproche est rejeté comme inopérant⁽²⁰⁹⁾, le cas échéant sans que le juge se prononce sur le caractère d'ordre public du moyen en cause, lorsqu'il est dirigé contre des motifs surabondants, de la décision mettant fin à la première instance⁽²¹⁰⁾. En revanche, le moyen de pourvoi est accueilli, lorsque le juge de première instance a erronément relevé d'office un moyen ordinaire⁽²¹¹⁾. Le juge du

203. CJCE, 11 septembre 2008, *Allemagne e.a. c/ Kronofrance*, aff. jtes C-75/05 P et C-80/05 P, *Rec.*, p. I-6619, pts 85-90.

204. Voy. à propos du relevé d'office de moyens de fond : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 30 et 38-40 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pts 60-67. Voy. à propos du relevé d'office de fins de non-recevoir d'ordre public : CJCE, ord. prés., 24 mars 2009, *Cheminova e.a. c/ Commission*, aff. C-60/08 P(R), non publiée, pt 31 ; CJUE, ord., 29 septembre 2016, *Investigación y Desarrollo en Soluciones y Servicios IT c/ Commission*, aff. C-102/14 P, non publiée, pts 111-115 ; TPI, ord., 16 mars 2009, *R c/ Commission*, aff. T-156/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-11 et II-B-1-51, pts 27-32 ; TPI, 8 juin 2009, *Krcova c/ Cour de justice*, aff. T-498/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-35 et II-B-1-197, pts 48 et 50-58 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 149 et 151.

205. CJUE, 5 mars 2015, *Commission e.a. c/ Versalis e.a.*, aff. jtes C-93/13 P et C-123/13 P, *Rec. num.*, pt 116 ; CJUE, 25 octobre 2017, *Commission c/ Italie*, aff. C-467/15 P, *Rec. num.*, pt 21 ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Commission c/ Strack*, aff. T-268/11 P, non publié, pts 22 et 29 ; Trib. UE, 4 décembre 2013, *ETF c/ Schuerings*, aff. T-107/11 P, non publié, pts 38 et 49 ; Trib. UE, 4 décembre 2013, *ETF c/ Michel*, aff. T-108/11 P, non publié, pts 39 et 50.

206. Voy. en ce sens : TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pts 34-42.

207. Voy. p. ex. : CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, pt 138.

208. Voy. p. ex. : Trib. UE, 27 octobre 2016, *Commission c/ CX*, aff. T-593/15 P, non publié, pts 67 et 76-77.

209. À propos de la théorie des moyens inopérants, voy. en particulier : D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité...*, op. cit., spéc. pp. 314-334 ; *id.*, « Neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-228, spéc. pp. 219-222.

210. Voy. p. ex. : Trib. UE, 6 mars 2012, *Commission c/ Liotti*, aff. T-167/09 P, non publié, pt 34.

211. Il en va ainsi tant du relevé d'office d'une des rares questions de recevabilité dépourvues de caractère d'ordre public (TPI, 5 octobre 2009, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission* et *Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pt 207), que du relevé d'office d'un moyen ordinaire se rapportant au fond (CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 36 ; Trib. UE, 19 janvier 2017, *Commission c/ Frieberger et Vallin*, aff. T-232/16 P, non publié, pts 35-36).

pourvoi constate alors que ce dernier a commis une erreur de droit⁽²¹²⁾. C'est ainsi qu'à l'occasion du pourvoi susvisé contre le deuxième arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire des alumines, la Cour de justice constata une erreur de droit en ce que le Tribunal avait relevé d'office un moyen ordinaire⁽²¹³⁾.

À notre connaissance, le juge de l'Union européenne n'a, pour l'heure, rattaché le moyen de pourvoi pris du relevé d'office d'un moyen ordinaire en méconnaissance de l'obligation de passivité incombant au juge à aucun des trois cas d'ouverture du pourvoi, à savoir l'incompétence, les irrégularités de procédure portant atteinte aux intérêts de la partie requérante et la violation du droit de l'Union européenne. À vrai dire, le rattachement n'est pas aisé. D'un côté, ce moyen est, en effet, susceptible de relever d'une irrégularité de procédure, le juge méconnaissant les règles procédurales relatives au relevé d'office. De l'autre, il peut tout autant être rattaché à une méconnaissance des limites de la compétence du juge en ce qu'il statue au-delà du cadre du litige défini par les parties et ainsi de sa compétence « activée »⁽²¹⁴⁾. Compte tenu de ses liens avec la compétence du juge, ce moyen devrait être qualifié de moyen d'ordre public propre au pourvoi⁽²¹⁵⁾. En effet, il est constant que les limites de la compétence du juge de première instance sont d'ordre public⁽²¹⁶⁾.

La question se pose en des termes légèrement différents, dans une jurisprudence relativement bien fournie, s'agissant du moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office d'un moyen d'ordre public. Ce dernier, susceptible de relever tant d'une irrégularité de la procédure devant le juge de première instance que d'une méconnaissance par ce dernier des règles d'ordre public non relevées d'office, devrait, à plus forte raison, être qualifié d'ordre public.

212. Voy. les arrêts cités à la note précédente. Voy. également, *a contrario* : Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 67.

213. CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 36.

214. Voy. pour un rattachement à la compétence du juge et à l'interdiction de statuer *ultra petita* : TPI, 5 octobre 2009, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission et Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pt 207.

215. Voy. en ce sens : concl. BOT sous CJUE, 21 juillet 2017, *Easy Sanitary Solutions c/ Group Nivelles*, aff. jtes C-361/15 P et C-405/15 P, *Rec. num.*, pts 57-59 et 64 et s.

216. Voy. *supra*, note n° 105 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle ». À défaut d'indications jurisprudentielles, cette question ne sera plus abordée dans la suite des développements.

B. Les modalités du contrôle : le moyen de pourvoi tiré du non-relevé d'office, moyen d'ordre public ?

La question du statut contentieux des moyens de pourvoi tirés du non-relevé d'office de moyens d'ordre public se confond largement avec celle de la plénitude de l'obligation du juge du pourvoi de relever d'office des moyens d'ordre public non examinés en première instance. Les considérations tirées de l'impérativité des règles d'ordre public et de l'égalité des justiciables, combinées à une exigence de cohérence de la notion et du régime des moyens d'ordre public, militent en faveur de la qualification d'ordre public desdits moyens de pourvoi. Celle-ci, parfois annoncée par la doctrine⁽²¹⁷⁾, se voit clairement confirmée s'agissant des moyens de pourvoi pris du non-relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle (1). En dépit d'une jurisprudence moins tranchée, la qualification d'ordre public des moyens de pourvoi pris du non-relevé d'office de moyens d'ordre public de fond est probable (2).

1) Le non-relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle : un moyen d'ordre public confirmé

Le moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office par le juge de première instance des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, qui ont trait à la compétence de ce juge et à la recevabilité des recours, conclusions et moyens portés devant lui, constitue à son tour un moyen d'ordre public. Cette qualification ressort de manière certaine de la jurisprudence. Des dissonances peuvent toutefois être notées au sujet de son fondement.

Ainsi, le juge du pourvoi apprécie d'office la compétence du juge de première instance⁽²¹⁸⁾, le cas échéant sous couvert d'un examen d'office de sa propre compétence⁽²¹⁹⁾ ou de celle du juge de l'Union européenne⁽²²⁰⁾. La rareté des cas de contrôle d'office tranche avec l'importance des règles de compétence juridictionnelle dans un système d'attribution, mais

217. Voy. en faveur d'un examen d'office : S. HACKSPIEL, « Rechtsmittel und Rechtsbehelfe », in H.-W. RENGELING, A. MIDDEKE et M. GELLERMANN (ed.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2^e éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2003, pp. 490-525, § 24 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. p. 76. La position de S. HACKSPIEL ne paraît pas avoir été reprise dans la nouvelle édition : A. GEPPERT, « Rechtsmittel, Rechtsbehelfe und Überprüfungsverfahren », in H.-W. RENGELING, A. MIDDEKE et M. GELLERMANN (ed.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3^e éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2014, § 24.

218. Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pts 19, 22 et 78.

219. CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 50.

220. CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pts 19-20.

reflète la rareté des cas de relevé d'office des questions de compétence juridictionnelle tout court.

De même et plus fréquemment, la recevabilité du recours de première instance est abordée au stade du pourvoi sous couvert de moyen d'ordre public.

D'un côté, il ressort de la jurisprudence que « [le juge du pourvoi] est tenu[...] de se prononcer, au besoin d'office, sur le moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance [des conditions de recevabilité du recours de première instance] »⁽²²¹⁾. Cette formulation, elle-même ambiguë⁽²²²⁾, sert de justification à des substitutions de motifs opérées d'office par le juge du pourvoi au sujet de la recevabilité du recours de première instance lorsque celle-ci est soumise à des conditions cumulatives. L'hypothèse d'école est fournie par l'examen des conditions cumulatives d'affectation individuelle et directe au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE pour établir la qualité pour agir d'un requérant non privilégié. Lorsque le Tribunal rejette comme irrecevable un recours en annulation formé par un tel requérant au motif que celui-ci n'est pas directement affecté sans aborder, par souci d'économie de motifs⁽²²³⁾, la condition tenant à l'affectation individuelle, il arrive que la Cour de justice examine cette dernière condition à l'occasion

221. Voy. s'agissant de la qualité pour agir d'un requérant non privilégié au titre de l'article 230, al. 4, CE (art. 263, al. 4, TFUE) : CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pt 18 ; CJCE, ord., 23 septembre 2009, *Complejo Agrícola c/ Commission*, aff. C-415/08 P, non publiée, pt 22 ; CJUE, ord., 23 septembre 2009, *Calebus c/ Commission*, aff. C-421/08 P, non publiée, pt 22 ; CJUE, ord., 15 avril 2010, *Makhteshim-Agan Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-517/08 P, non publiée, pt 54. Voy. s'agissant de la notion d'acte attaquant : CJUE, ord., 15 février 2012, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-208/11 P, non publiée, pt 34. En somme, « toute circonstance ayant trait à la recevabilité du recours en annulation formé devant le Tribunal est susceptible de constituer un moyen d'ordre public que la Cour, saisie dans le cadre d'un pourvoi, est tenue de soulever d'office » : CJUE, ord., 5 septembre 2013, *ClientEarth c/ Conseil*, aff. C-573/11 P, non publiée, pt 20. Cette jurisprudence est, pour l'heure, limitée au domaine du recours en annulation et, en particulier, des recours formés par les requérants non privilégiés. Néanmoins, ces considérations sont généralisables (voy. en ce sens : concl. TRSTENJAK sous CJUE, 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, *Rec.*, p. I-4727, pt 47), et le Tribunal les a d'ores et déjà transposées au contentieux de la fonction publique à propos du « moyen d'ordre public concernant la recevabilité d'une requête en première instance » (Trib. UE, 11 septembre 2013, *L c/ Parlement*, aff. T-317/10 P, non publié, pt 22) et de « la recevabilité d'un moyen, d'une branche de moyen ou d'un grief » au regard de la règle de concordance (Trib. UE, 22 mai 2014, *BG c/ Médiateur*, aff. T-406/12 P, non publié, pt 27).

222. Il n'apparaît pas de manière univoque si la Cour de justice entend examiner d'office une méconnaissance par le requérant en première instance des conditions de recevabilité du recours en annulation ou une appréciation erronée de ces conditions par le Tribunal ainsi que le cas échéant l'omission de ce dernier de les examiner d'office.

223. Conformément au « principe » d'économie des motifs ou des moyens, il est suffisant de démontrer qu'une condition alternative fait défaut pour rejeter la demande sans examiner

du pourvoi. Après avoir constaté que celle-ci n'est pas remplie, elle écarte le moyen de pourvoi tiré d'une erreur de droit entachant l'appréciation de l'affectation directe comme étant inopérant⁽²²⁴⁾.

Le juge du pourvoi recourt également à la formulation susvisée pour relever d'office une erreur de droit commise par le juge de première instance quant à l'appréciation de la recevabilité du recours dont il était saisi⁽²²⁵⁾ ou d'un moyen invoqué à son appui⁽²²⁶⁾. C'est ainsi que, dans l'affaire *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, la Cour de justice sanctionna d'office une requalification de l'objet du recours opérée par le Tribunal, qui avait permis à ce dernier d'en admettre la recevabilité, annula l'arrêt attaqué, évoqua l'affaire et rejeta le recours pour cause d'irrecevabilité⁽²²⁷⁾.

D'un autre côté, toutefois, de telles erreurs sont parfois relevées d'office sur la base de la jurisprudence constante selon laquelle les conditions de recevabilité sont constitutives de fins de non-recevoir d'ordre public qu'il appartient aux juridictions de l'Union européenne d'examiner à tout moment, même d'office⁽²²⁸⁾. Eu égard à ce fondement, le Tribunal constata d'office une erreur de droit entachant un arrêt du Tribunal de la fonction publique en ce que ce dernier, en appréciant le bien-fondé d'une demande,

l'autre condition : A. BARAV, « Direct and Individual Concern : An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court », *CML Rev.*, 1994, pp. 191-198, spéc. p. 192.

224. CJCE, ord., 23 septembre 2009, *Complejo Agrícola c/ Commission*, aff. C-415/08 P, non publiée, pts 22, 24 et 31-32 ; CJUE, ord., 23 septembre 2009, *Calebus c/ Commission*, aff. C-421/08 P, non publiée, pts 22, 24 et 31-32.

225. CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pts 18, 25 et 27-32 ; CJUE, ord., 15 février 2012, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-208/11 P, non publiée, pts 33-34.

226. Trib. UE, 22 mai 2014, *BG c/ Médiateur*, aff. T-406/12 P, non publié, pts 27-28, 36-37 et 44-45. Constatant d'office une erreur de droit entachant l'appréciation de la recevabilité d'un grief, que le Tribunal de la fonction publique avait erronément tenu pour recevable au regard d'une interprétation large de la règle de concordance, le Tribunal déclara inopérant le moyen de pourvoi dirigé contre l'appréciation du bien-fondé de ce même grief par le Tribunal de la fonction publique. Dans une affaire antérieure, le Tribunal avait pourtant adopté une approche différente. Le Tribunal de la fonction publique avait déclaré recevable un moyen ordinaire en application de la même interprétation large de règle de la concordance (TFP, 13 janvier 2011, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. F-77/09, non publié, pts 127-137). Le Tribunal s'était contenté d'écarter au fond un moyen dirigé contre l'appréciation au fond de ce moyen, sans se prononcer d'office sur sa recevabilité en première instance (Trib. UE, 15 mai 2012, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-184/11 P, non publié, pts 82-91).

227. Voy. l'arrêt cité *supra*, note n° 225 du présent Chapitre.

228. Voy. notamment : CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonpunt e.a. c/ Commission*, aff. C-132/12 P, *Rec. num.*, pts 44-54 ; CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonline e.a. c/ Commission*, aff. C-133/12 P, *Rec. num.*, pts 31-41. Les erreurs constatées étaient inopérantes.

avait implicitement mais nécessairement postulé, de manière erronée, que cette demande était recevable⁽²²⁹⁾.

Les fondements du contrôle d'office, par le juge du pourvoi, de l'obligation du juge de première instance de relever d'office les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle restent ainsi ambigus. Tantôt, ces fondements découlent de la qualification d'ordre public d'une méconnaissance par le juge de première instance des conditions de sa compétence ou de la recevabilité. Tantôt, ils procèdent de la qualification d'ordre public d'une violation par ce juge de son obligation de relever d'office les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Tantôt, enfin, ils reflètent un prolongement ou une transposition au stade du pourvoi de l'obligation pour le juge d'examiner ces moyens d'office. Bien que cette question n'ait, en pratique, guère d'incidence dès lors que ces différents fondements sous-tendent tous le rappel d'une obligation, une clarification serait souhaitable d'un point de vue conceptuel. Le fondement du relevé d'office par le juge du pourvoi devrait résider dans le caractère d'ordre public des règles violées par le juge de première instance du fait de leur appréciation erronée ou de leur non-relevé d'office. Or, le juge du pourvoi statuerait lui-même en méconnaissance de ces règles s'il refusait ou était empêché de relever d'office leur violation par le juge de première instance⁽²³⁰⁾.

Des considérations analogues imposent de qualifier d'ordre public des moyens de pourvoi pris de la méconnaissance, par le juge de première instance, des règles d'ordre public de fond qu'il a omis de relever d'office. La jurisprudence est toutefois moins prolixe.

2) Le non-relevé d'office des moyens d'ordre public de fond : un moyen d'ordre public probable

La qualification d'ordre public des moyens de pourvoi pris du non-relevé d'office des moyens d'ordre public de fond a fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante. Initialement, la Cour de justice semblait tenir ces moyens pour d'ordre public. C'est ainsi que, dans l'affaire *Salzgitter c/ Commission*, déjà

229. Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 129-130 et 142.

230. L'on ne saurait s'empêcher d'apercevoir, à ce stade, un certain rapprochement avec les considérations sous-jacentes au moyen d'ordre public du contentieux de la fonction publique tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, telles qu'exposées dans l'arrêt *Putterli-De-Beukelaer c/ Commission* (TFP, 21 février 2008, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-51, voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2, B. La méconnaissance du champ d'application de la loi, pp. 232 et s., ainsi que Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 1. Le moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, moyen d'ordre public incertain, pp. 310 et s.).

mentionnée, elle réprima d'office le défaut du Tribunal de relever d'office l'incompétence de la Commission, auteur de l'acte attaqué⁽²³¹⁾.

Des affaires ultérieures semblèrent toutefois reléguer, non sans quelque ambiguïté, le moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office d'un moyen d'ordre public de fond au rang de moyen ordinaire en subordonnant la sanction du non-relevé d'office à une contestation par la partie intéressée.

Ainsi, d'une part, dans une affaire *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, la Cour de justice a pu compléter, à titre surabondant, une réponse à un moyen pris de ce que le Tribunal aurait à tort omis d'effectuer un contrôle de proportionnalité au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, par le fait que « [les requérantes] ne sout[enaient] pas que le Tribunal aurait été tenu de procéder d'office au[dit] contrôle de proportionnalité »⁽²³²⁾. Il n'est pas exclu, toutefois, que la Cour de justice entendait seulement indiquer qu'un tel contrôle de proportionnalité n'est en tout état de cause pas d'ordre public.

D'autre part, le Tribunal, saisi en sa qualité de juge du pourvoi, a pu subordonner la sanction du non-relevé d'office d'un moyen d'ordre public de fond à la démonstration, par la partie requérante au pourvoi, de l'existence de moyens d'ordre public que le Tribunal de la fonction publique aurait dû relever d'office⁽²³³⁾. De manière analogue, le Tribunal a écarté comme manifestement irrecevable un moyen avancé au stade du pourvoi et l'invitant à examiner d'office d'éventuels motifs d'illégalité non soulevés par le requérant au motif que « [c]e moyen ne cont[enai]t aucun argument visant à identifier une erreur de droit qui aurait été commise par le Tribunal de la fonction publique »⁽²³⁴⁾.

Il pourrait être déduit de ces affaires que même un vice d'ordre public entachant la décision mettant fin à la première instance ne serait pas examiné d'office. Une telle interprétation serait toutefois excessive. Dans ces deux dernières affaires, les motifs peuvent, en effet, dans une large mesure, s'expliquer en raison du type de moyens ou arguments dont le Tribunal était saisi à l'occasion du pourvoi.

Plus récemment, enfin, la Cour de justice tint de nouveau et clairement comme relevant de l'ordre public l'erreur de droit commise par le Tribunal en omettant de relever d'office un moyen d'ordre public de fond. Il en allait

231. CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 56-57.

232. CJUE, 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-501/11 P, *Rec. num.*, pt 127.

233. Trib. UE, ord., 7 octobre 2014, *BT c/ Commission*, aff. T-59/13 P, non publiée, pts 22-24.

234. Trib. UE, ord., 6 mai 2005, *Kerelov c/ Commission*, aff. T-100/08 P, non publiée, pt 55.

ainsi dans une série d'affaires dans lesquelles le Tribunal avait omis, à tort selon la Cour de justice, de relever d'office un moyen pris du non-respect, par la Commission, du délai légal dans lequel cette dernière pouvait adopter une décision réduisant un concours financier accordé dans le cadre du Fonds de cohésion⁽²³⁵⁾. Dans ce même contexte, la Cour de justice qualifia d'ordre public l'erreur de droit commise par le Tribunal lors de l'examen d'un moyen d'ordre public soulevé par la partie demanderesse⁽²³⁶⁾.

Fluctuante et moins fournie qu'au sujet du moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, la jurisprudence relative au moyen analogue pris du non-relevé d'office des moyens d'ordre public de fond semble en définitive confirmer le caractère d'ordre public de ce dernier. Celui-ci s'impose, en toute hypothèse, par analogie avec la jurisprudence relative au non-relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Cette qualification d'ordre public découle de la nature d'ordre public des règles de fond transgressées en première instance et des obligations procédurales, également écornées, que ces règles engendrent. Une telle qualification pourrait encore être appuyée sur la prolongation du caractère d'ordre public des moyens d'ordre public de fond au stade du pourvoi, que le juge du pourvoi examine d'ores et déjà d'office. Elle s'imposerait ainsi pour des raisons de cohérence.

Une clarification en ce sens serait souhaitable. La reconnaissance univoque et définitive du caractère d'ordre public à ces moyens de pourvoi permettrait en effet de renforcer le contrôle de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public de fond et, ainsi, d'accroître le caractère impératif des règles d'ordre public. Dans le passé, ce contrôle pouvait très exceptionnellement investir le réexamen.

§ 2. – Un contrôle exceptionnel, aujourd'hui dépassé, au stade du réexamen

Avec la suppression du Tribunal de la fonction publique, la procédure de réexamen des décisions rendues par le Tribunal en sa qualité de juge du pourvoi n'a plus vocation à être activée. Compte tenu de sa configuration procédurale et de son objectif, elle n'a par ailleurs jamais été destinée à

235. CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pts 27-37.

236. CJUE, 24 juin 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. C-263/13 P, *Rec. num.*, pts 46 et 48-50. Il ressort de la comparaison de l'exposé des moyens soulevés à l'appui du pourvoi (pt 46) et des motifs de l'arrêt de la Cour de justice que celle-ci a contrôlé d'office le bien-fondé de l'analyse, par le Tribunal, du quatrième moyen soulevé devant celui-ci (pts 48-64). Ce quatrième moyen, tiré du non-respect du délai dans lequel la Commission devait adopter l'acte attaqué, était d'ordre public.

servir de voie de contrôle systématique du relevé d'office par les juges du pourvoi et de première instance (A). En sa qualité de juge du réexamen, la Cour de justice a néanmoins apporté une pierre supplémentaire à la construction du régime du relevé d'office, en faisant de cette voie un terrain exceptionnel du contrôle du relevé d'office (B).

A. *L'exclusion d'un contrôle systématique du relevé d'office*

Conformément à l'article 256, paragraphe 2, deuxième alinéa, TFUE, « [l]es décisions rendues par le Tribunal [en sa qualité de juge du pourvoi] peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de justice, dans les conditions et limites prévues par le statut, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union ». Ainsi délimitée, la procédure de réexamen n'est pas destinée à servir de voie de contrôle systématique des arrêts du Tribunal statuant en tant que juge du pourvoi. Elle est conçue « comme un mécanisme de contrôle objectif, dans l'intérêt de l'unité et de la cohérence du droit [de l'Union européenne] »⁽²³⁷⁾. Elle tend à assurer celles-ci au niveau « des grandes questions de principe »⁽²³⁸⁾. Dans la pratique, le réexamen a été déclenché à propos de questions procédurales transversales⁽²³⁹⁾, d'une atteinte à la jurisprudence de la Cour de justice afférente au droit au congé annuel payé⁽²⁴⁰⁾ ainsi que d'une méconnaissance par le Tribunal de la répartition des compétences entre lui-même et le Tribunal de la fonction publique⁽²⁴¹⁾. En revanche, la Cour de justice a refusé d'enclencher une procédure de réexamen dans un cas où « l'examen [d'une décision du Tribunal] n'a pas

237. A. RIGAUX et D. SIMON, « La réforme du système juridictionnel communautaire. Bilan et perspectives », in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER et D. SIMON (dir.), *Le Traité de Nice. Premières analyses*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 133-172, spéc. p. 154.

238. Exposé des motifs du « Projet de modification du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de son annexe I », en date du 28 mars 2011. Voy. déjà : H. JUNG, « Une nouvelle procédure devant la Cour : le réexamen », in C. BAUDENBACHER *et al.* (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 191-218, spéc. pp. 196-197.

239. Il en allait ainsi, d'une part, d'une méconnaissance de la notion de litige en état d'être jugé au sens de l'article 61 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 13, § 1, de l'annexe dudit statut et du droit à un procès équitable (CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033) et, d'autre part, d'une méconnaissance de la notion de délai raisonnable à propos d'un recours en annulation introduit par des agents de la BEI portant atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif (CJUE, 28 février 2013, *Réexamen Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Rec. num.*).

240. En tant que principe du droit social de l'Union européenne, également expressément consacré par la Charte et visé par le droit dérivé : CJUE, 19 septembre 2013, *Réexamen Commission c/ Strack*, aff. C-579/12 RX-II, *Rec. num.*

241. CJUE, 10 septembre 2015, *Réexamen Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. C-417/14 RX-II, *Rec. num.*

révélé l'existence d'un risque sérieux d'[atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union] »⁽²⁴²⁾. En particulier, il semblerait qu'une évolution jurisprudentielle opérée par le Tribunal en sa qualité de juge du pourvoi et cantonnée au domaine de la fonction publique ne justifiait pas l'ouverture d'une procédure de réexamen⁽²⁴³⁾.

Or, la méconnaissance, par le Tribunal statuant en tant que juge du pourvoi, de son obligation de relever d'office les moyens d'ordre public ou de celle analogue pesant sur le Tribunal de la fonction publique ne constituait guère, en tant que telle, une question de principe. Au contraire, il s'agissait d'un simple vice d'espèce qui devait, en principe, être toléré. De surcroît, le réexamen étant activé sur proposition du premier avocat général dans un délai d'un mois à compter du prononcé de la décision mettant fin à l'instance du Tribunal, il était très peu probable que celui-là puisse passer chaque décision rendue par celui-ci statuant en tant que juge du pourvoi au crible d'éventuels moyens d'ordre public non relevés d'office afin de suggérer le cas échéant un réexamen. Néanmoins, la procédure de réexamen a pu exceptionnellement servir de voie de contrôle du relevé d'office.

B. L'admission d'un contrôle exceptionnel du relevé d'office

De manière très exceptionnelle et dans les limites fixées par le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, la procédure de réexamen a pu jouer un rôle en vue du contrôle du respect de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public. À défaut de contrôle direct, ce contrôle s'opérait de manière indirecte.

En tant que « moyen de contrôler les initiatives jurisprudentielles »⁽²⁴⁴⁾ dépassant la sphère du droit de la fonction publique⁽²⁴⁵⁾, cette voie aurait certes pu tendre à un contrôle direct de cette obligation. Il aurait pu en aller ainsi, d'une part, lorsque le Tribunal reconnaissait ou refusait de

242. CJUE, déc. RX, 29 juin 2016, *Andres e.a. c/ BCE*, aff. C-312/16 RX, non publiée, pt 3.

243. Voy. en ce sens : CJUE, déc. RX, 8 février 2011, *Petrilli c/ Commission*, aff. C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299, pt 4. *Adde*, pour une lecture analogue de cette décision : G. GATTINARA et F. PAPPALARDO, « L'arrêt *Strack* de la Cour de justice et les contours du réexamen », *RAE*, 2013, n° 3, pp. 571-580, spéc. p. 578.

244. M. AFROUKH, « Le réexamen devant les cours européennes », *RAE*, 2011, n° 1, pp. 139-157, spéc. pp. 150-153.

245. Cette précision nous paraît importante dès lors que la Cour de justice estimait qu'il ne lui appartenait pas « de se prononcer sur le bien-fondé d'une évolution de la jurisprudence du Tribunal opérée par ce dernier statuant en sa qualité de juge du pourvoi » et qu'« il appart[enait...] uniquement au Tribunal de la fonction publique et au Tribunal de l'Union européenne de faire évoluer la jurisprudence en matière de fonction publique » : CJUE, déc. RX, 8 février 2011, *Petrilli c/ Commission*, aff. C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299, pt 4.

reconnaître l'existence d'un nouveau moyen d'ordre public susceptible de rayonner dans l'ensemble des contentieux et que la Cour de justice aurait pu être amenée à infirmer ou à consacrer sur réexamen⁽²⁴⁶⁾. Peu probable, l'hypothèse ne s'est jamais réalisée. En effet, en ce qu'elle est destinée à assurer l'unité et la cohérence du droit de l'Union européenne, la procédure de réexamen ne se prêtait point à la consécration, par ailleurs rare de nos jours, de nouveaux moyens d'ordre public dont la jurisprudence a pu se passer jusqu'alors. Tout au plus cette voie de droit aurait-elle pu permettre de consacrer définitivement un moyen d'ordre public faisant l'objet de jurisprudences discordantes⁽²⁴⁷⁾.

D'autre part, un réexamen aurait pu être justifié lorsque le Tribunal, par revirement de jurisprudence, disqualifiait en moyen ordinaire un moyen qui était traditionnellement considéré, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice et valable au-delà du seul contentieux de la fonction publique, comme étant d'ordre public. Dans un tel cas, en effet, une atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union européenne aurait pu être décelée eu égard aux facteurs pris en compte par la Cour de justice dans des affaires de réexamen précédentes. Ces facteurs tiennent au fait que la décision soumise à réexamen est susceptible de constituer un précédent pour des affaires futures, que le Tribunal s'est écarté d'une jurisprudence constante de la Cour, que les règles en cause s'appliquent non seulement dans le contentieux de la fonction publique mais indépendamment de la matière en cause et qu'elles occupent une place importante dans l'ordre juridique de l'Union⁽²⁴⁸⁾. Autant dire que

246. É. VON BARDELEBEN a ainsi pu regretter que la Cour de justice n'ait pas saisi l'occasion du réexamen de l'affaire *Strack c/ Commission* (CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-579/12 RX-II, *Rec. num.*) pour se prononcer sur le statut contentieux du moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi : « La procédure de réexamen, instrument d'une application prétorienne audacieuse des directives aux institutions européennes (Commentaire de l'arrêt CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-579/12 RX-II, *Commission c/ Guido Strack*) », *RTDE*, 2014, n° 1, pp. 111-132, spéc. pp. 128-131. Toutefois, nous ne sommes pas sûre que le Tribunal de la fonction publique ait effectivement, comme l'estime l'auteur, relevé d'office un tel moyen. Il s'est, en effet, contenté d'interpréter une disposition d'une annexe du statut des fonctionnaires à la lumière d'autres dispositions du statut et d'une directive (TFP, 15 mars 2011, *Strack c/ Commission*, aff. F-120/07, *Rec. num.*, pts 55-58, 66, 70 et 79 ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Commission c/ Strack*, aff. T-268/11 P, non publié, pt 29).

247. Statuant sur réexamen, la Cour de justice a en outre reconnu l'existence, non contestée, de moyens d'ordre public propres à l'exercice, par le juge de la fonction publique, de sa compétence de pleine juridiction : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 55-57.

248. *Id.*, pts 60-66 ; CJUE, 28 février 2013, *Réexamen Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Rec. num.*, pts 47-55. Les règles en cause dans ces affaires avaient valeur de droit primaire, ce qui n'est pas nécessairement le cas des règles dont la violation est constitutive de moyens d'ordre public. En revanche, il a pu être noté que, lors du réexamen de l'affaire *Commission c/ Strack* (CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-579/12 RX-II, *Rec. num.*), la Cour de justice s'est écartée de ce schéma ou de ces facteurs : É. VON BARDELEBEN, *op. cit.*, spéc. pp. 117-121.

les chances qu'un tel contrôle direct sur réexamen s'opère étaient quasi inexistantes, dès lors que le Tribunal n'a encore jamais explicitement défié une qualification d'ordre public opérée par la Cour de justice.

À défaut de contrôle direct, la procédure de réexamen servait en revanche de voie de contrôle indirect de l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Il en allait ainsi dans deux situations⁽²⁴⁹⁾. D'une part, le réexamen pouvait conduire la Cour de justice à prendre position sur l'interprétation d'une règle d'ordre public soulevée par les parties devant les juges de première instance et/ou de pourvoi. Sa décision était alors susceptible d'influer – à l'avenir – sur les circonstances dans lesquelles le non-respect de cette règle devrait être relevé d'office. C'était le cas du réexamen de l'affaire *Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*⁽²⁵⁰⁾, à l'occasion duquel la Cour de justice a pris position sur la définition du délai raisonnable dans lequel les agents de la BEI pouvaient former des recours devant le Tribunal de la fonction publique. Or, la forclusion résultant du non-respect de ce délai constituait en toute probabilité un moyen d'ordre public⁽²⁵¹⁾.

D'autre part, le réexamen pouvait être l'occasion de revenir sur l'interprétation d'une règle de droit relevée d'office par le juge du pourvoi ou par le juge de première instance. C'était le cas du réexamen de l'affaire *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, dans laquelle la Cour de justice s'est saisie de la répartition des compétences juridictionnelles entre le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique, que le premier avait examinée d'office au stade du pourvoi. Or, en abordant la question « crucial[e] »⁽²⁵²⁾ du respect, par le Tribunal, de la répartition des compétences juridictionnelles, la Cour de justice a statué sur le bien-fondé du relevé d'office de cette question par le Tribunal lors du pourvoi⁽²⁵³⁾.

249. La procédure de réexamen a également permis de rappeler les conséquences procédurales d'un relevé d'office, en termes de débat contradictoire sur le moyen soulevé d'office : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 41 et 57. Voy. *infra*, Titre 2, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties (pp. 683 et s.).

250. CJUE, 28 février 2013, *Réexamen Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Rec. num.*

251. Voy. en ce sens la prise de position MENGOTZI sous CJUE, 28 février 2013, *Réexamen Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, aff. C-334/12 RX-II, *Rec. num.*, pt 67. Comme nous l'avons déjà relevé, le régime a changé et le recours est désormais soumis à un délai fixe. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1, a, i, α. Les délais de forclusion, délais d'ordre public (pp. 104 et s.).

252. Adjectif emprunté à A. RIGAUX, « Atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'UE », *Europe*, 2015, n° 11, comm. 418.

253. Ayant relevé l'appréciation erronée, par le Tribunal, de la répartition des compétences entre lui-même et le Tribunal de la fonction publique, la Cour de justice a « annul[é] l'arrêt [du Tribunal], dans la mesure où [celui-ci] a[vait] constaté d'office [...] l'incompétence [partielle] du Tribunal de la fonction publique » : CJUE, 10 septembre 2015, *Réexamen Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. C-417/14 RX-II, *Rec. num.*, pt 61.

En somme, la procédure de réexamen était exceptionnellement susceptible de servir de voie de contrôle indirect du relevé d'office par le juge du pourvoi et/ou de première instance. Ce contrôle complétait le contrôle direct et systématique opéré par le juge du pourvoi. La réalité de ce contrôle conforte la reconnaissance d'une obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Celle-ci se voit encore renforcée dans la pratique du rejet par prétérition des moyens d'ordre public.

SOUS-SECTION 2. – LE REJET PAR PRÉTÉRITION DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

À l'instar de tout juge, le juge de l'Union européenne est tenu de motiver ses décisions⁽²⁵⁴⁾. « [R]empart contre l'arbitraire »⁽²⁵⁵⁾ et réponse à « un impératif de bonne administration de la justice »⁽²⁵⁶⁾, l'obligation de motiver les décisions de justice s'inscrit dans les exigences du procès équitable. La motivation d'une décision peut être succincte, mais doit permettre de saisir « avec clarté » la *ratio decidendi* de la décision rendue, laquelle doit prendre en considération « tous les aspects essentiels du litige, posés par les parties ou relevables d'office »⁽²⁵⁷⁾. D'acception relativement souple, cette obligation impose au juge de rendre intelligibles les raisons ayant conduit à

254. Conformément à l'article 36 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, « [l]es arrêts sont motivés ». Voy. à propos de cette exigence : L. COUTRON, « La pratique de la motivation par la Cour de Justice de l'Union européenne », *RLDC*, 2012, n° 89, pp. 74-76 ; L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, n° 4, pp. 643-675 ; O. DUE, « Pourquoi cette solution ? De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », in O. DUE, M. LUTTER et J. SCHWARZE (ed.), *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 273-282 ; U. EVERLING, « Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities », in *Festschrift til Ole Due. Liber amicorum*, Copenhague, Gad, 1994, pp. 55-74 ; P. MADDALON, « La motivation des décisions des juridictions communautaires », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pp. 135-155 ; F. PICOD, « La transparence dans les procédures juridictionnelles », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 147-174, spéc. pp. 165-170 ; D. RITLÉNG, « La motivation des arrêts de la Cour de justice et la bonne administration de la justice. Quelques réflexions sur un couple improbable », in B. BERTRAND, L. COUTRON et P. IDOUX (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 241-264. Voy. également : L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire...*, op. cit. et, en particulier, les contributions de L. TRUCHOT, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles du Tribunal de l'Union européenne », pp. 159-172 ; Ch. LAMBERT, « La motivation et le style des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne », pp. 173-182 ; et O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », pp. 183-207.

255. S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017, 1515 p., spéc. p. 1105.

256. B. GENEVOIS, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire...*, op. cit., pp. 109-123, spéc. p. 122.

257. N. CATALANO, « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTDE*, 1966, n° 3, pp. 371-382, spéc. p. 382.

la décision, telle qu'issue du délibéré⁽²⁵⁸⁾, sans pour autant le contraindre à répondre de manière explicite à chaque argument avancé devant lui.

Le rejet par prétérition forme, en tant qu'interprétation circonstancielle du silence gardé par le juge, une exception à cette obligation⁽²⁵⁹⁾. Sa reconnaissance est intrinsèquement liée à celle du relevé d'office obligatoire et s'impose par principe pour des raisons de sécurité juridique et de cohérence. Le rejet par prétérition procède, en définitive, d'une économie de motifs. Ainsi, censé avoir examiné, comme il y est obligé, non seulement les moyens et arguments soulevés par les parties, mais également tout moyen d'ordre public, le juge doit en principe motiver sa décision au regard des premiers⁽²⁶⁰⁾ mais pas nécessairement des seconds⁽²⁶¹⁾. Aussi un moyen d'ordre public non fondé n'est-il qu'exceptionnellement examiné dans la décision du juge⁽²⁶²⁾. À l'inverse toutefois, la simple non-mention d'un moyen d'ordre public n'équivaut pas systématiquement à son rejet par prétérition. Celui-ci est, en effet, conditionné, par principe et à tout le moins, par la nature du moyen d'ordre public et, en principe et sauf mention contraire, par le sens du dispositif. Tandis que la question du rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle se pose dès lors que le juge statue au fond (§ 1), celle du rejet par prétérition des moyens d'ordre

258. J.-P. PUISOCHET, « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 121-132.

259. Lorsque « [l]e juge choisit [...] de traiter telle question par prétérition[,] ce n'est pas dire qu'elle ne reçoit aucune réponse, mais celle-ci est implicite » : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321 p., spéc. p. 103.

260. Un défaut de réponse à un moyen soulevé peut constituer une violation de l'obligation de motivation par le Tribunal : CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. 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, pts 422-427 ; CJCE, 11 septembre 2003, *Belgique c/ Commission*, aff. C-197/99 P, *Rec.*, p. I-8461, pts 80-83 ; CJUE, 20 mai 2012, *Gogos c/ Commission*, aff. C-583/08 P, *Rec.*, p. I-4469, pt 29.

261. « Lorsque les parties ne soulèvent pas le moyen d'ordre public, la décision du juge peut ne pas laisser percevoir que l'existence d'un tel moyen a été mise en question. Si une juridiction est tenue de se prononcer expressément sur tous les moyens dont elle est saisie, elle ne doit pas, en revanche, se prononcer obligatoirement sur les moyens d'ordre public qui ne sont pas soulevés devant elle. Ces moyens, s'ils ne sont pas accueillis, peuvent alors être rejetés sans que soient énoncés les motifs qui justifient ce rejet. » : Ch. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962, 467 p., spéc. p. 110.

262. Voy. p. ex. : CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pts 19-20 et 26-27 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 50 ; Trib. UE, 25 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-119/11, non publié, pts 45, 48 et 63, voy. *supra*, note n° 140 du présent Chapitre ; Trib. UE, 14 janvier 2015, *Gossio c/ Conseil*, aff. T-406/13, non publié, pts 34-38 ; Trib. UE, ord., 16 septembre 2015, *Calestep c/ ECHA*, aff. T-89/13, *Rec. num.*, pts 16-22 ; Trib. UE, 24 septembre 2015, *TV2/Danmark c/ Commission*, aff. T-674/11, *Rec. num.*, pts 32-41, voy. *infra*, note n° 287 du présent Chapitre ; Trib. UE, 30 septembre 2015, *Anagnostakis c/ Commission*, aff. T-450/12, *Rec. num.*, pts 20-34.

public de fond se pose uniquement lorsque le juge rejette une demande au fond (§ 2).

§ 1. – Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle

Par définition, le juge de l'Union européenne ne peut statuer au fond qu'à la double condition d'être investi d'une compétence à ce titre et d'être saisi d'une demande recevable. En effet, sa compétence est d'attribution et sa saisine subordonnée à l'introduction d'une demande recevable. Partant, dès lors que le juge statue au fond, il est permis de présumer que, sauf indication contraire, il tient pour réunies l'ensemble des conditions de sa compétence et de la recevabilité de la demande. L'examen du fond de cette demande constitue, en ce sens, à la fois un indice et une condition nécessaires mais non suffisants⁽²⁶³⁾ du rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Initialement, la Cour de justice procédait au rejet explicite mais non motivé de ces moyens (A). Ultérieurement, le juge de l'Union admit clairement leur rejet par prétérition (B).

A. *L'expression initialement explicite du rejet non motivé des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle*

Au cours des années 1950 et 1960, les arrêts de la Cour de justice laissaient augurer d'un examen complet des conditions de sa compétence et de la recevabilité des demandes. Effectué d'office, cet examen ne se traduisait pas pour autant par une analyse explicite. La Cour de justice se contentait souvent d'écarter par voie d'affirmation brève et non motivée tout doute éventuel à ce titre. Aussi constata-t-elle que sa compétence, non contestée par les parties, « ne donn[ait] lieu à aucune objection d'office »⁽²⁶⁴⁾. Après examen des arguments d'irrecevabilité soulevés par la partie défenderesse, elle ajouta « qu'en outre aucune objection ne [pouvait] être soulevée d'office contre la recevabilité de la demande »⁽²⁶⁵⁾. Après avoir pris acte d'une renonciation par la partie défenderesse à la contestation de la recevabilité, elle observa que la recevabilité du recours « ne donn[ait]

263. Encore faut-il que la décision mettant fin à l'instance ne comporte pas de réserve expresse quant à la recevabilité, voire à la compétence du juge. Voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer* (pp. 524 et s.).

264. CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a. c/ Assemblée commune*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.*, p. 81, spéc. p. 114.

265. CJCE, 12 juillet 1962, *Worms c/ Haute Autorité*, aff. 18/60, *Rec.*, p. 377, spéc. pp. 397-398. *Adde* : CJCE, 19 mars 1964, *Sorema c/ Haute Autorité*, aff. 67/63, *Rec.*, p. 293, spéc. pp. 315-317 ; CJCE, 9 juin 1964, *Capitaine c/ Commission*, aff. 69/63, *Rec.*, p. 471, spéc. pp. 494-496.

pas lieu à critique d'office »⁽²⁶⁶⁾. De même, il n'était pas rare qu'après avoir relevé que les parties ne contestaient pas la recevabilité du recours et que celle-ci ne donnait pas lieu à critique d'office, la Cour déclara le recours recevable⁽²⁶⁷⁾.

Ce faisant, la Cour de justice masquait et explicitait le rejet par prétérition, en validant explicitement mais sans motivation sa compétence et/ou la recevabilité des demandes. Cette méthode rédactionnelle lui permettait d'emblée d'opérer une qualification implicite d'ordre public de l'ensemble de ces conditions et d'attirer l'attention du justiciable sur leur importance et leur respect obligatoire dans une optique d'« apprentissage » ou « éducation » de celui-ci⁽²⁶⁸⁾. La fin des années 1960 marqua toutefois

266. CJCE, 24 février 1965, *Jullien c/ Commission*, aff. 10/64, *Rec.*, p. 93.

267. Voy. p. ex. : CJCE, 21 mars 1955, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 6/54, *Rec.*, p. 201, spéc. p. 219 ; CJCE, 12 février 1960, *Société métallurgique de Knutange c/ Haute Autorité*, aff. jtes 15/59 et 29/59, *Rec.*, p. 9, spéc. p. 24 ; CJCE, 1^{er} juin 1961, *Simon c/ Cour de justice*, aff. 15/60, *Rec.*, p. 223, spéc. p. 240 ; CJCE, 27 février 1962, *Commission c/ Italie*, aff. 10/61, *Rec.*, p. 1, spéc. p. 19 ; CJCE, 18 mai 1962, *Geitling e.a. c/ Haute Autorité*, aff. 13/60, *Rec.*, p. 165, spéc. p. 197 ; CJCE, 12 juillet 1962, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 9/61, *Rec.*, p. 413, spéc. p. 447 ; CJCE, 12 juillet 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken c/ Haute Autorité*, aff. 14/61, *Rec.*, p. 485, spéc. pp. 513-514 ; CJCE, 12 juillet 1962, *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena c/ Haute Autorité*, aff. 16/61, *Rec.*, p. 547, spéc. p. 572 ; CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke et Hoesch c/ Haute Autorité*, aff. jtes 17/61 et 20/61, *Rec.*, p. 615, spéc. p. 644 ; CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, *Rec.*, p. 675, spéc. p. 703 ; CJCE, 25 juin 1964, *de Vos van Steenwijk c/ Commission*, aff. 84/63, *Rec.*, p. 633, spéc. p. 655 ; CJCE, 7 juillet 1964, *Collotti c/ Cour de justice*, aff. 70/63, *Rec.*, p. 861, spéc. p. 897 ; CJCE, 7 juillet 1964, *Georges c/ Commission*, aff. 87/63, *Rec.*, p. 921, spéc. pp. 946-947 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Pays-Bas c/ Haute Autorité*, aff. 66/63, *Rec.*, p. 1047, spéc. p. 1070 ; CJCE, 13 juillet 1965, *Mannesmann c/ Haute Autorité*, aff. 37/64, *Rec.*, p. 893, spéc. p. 910 ; CJCE, 13 juillet 1965, *Société des Aciéries du Temple c/ Haute Autorité*, aff. 39/64, *Rec.*, p. 937, spéc. p. 952. La Cour de justice ajouta parfois que « le recours a[vait] été introduit en bonne et due forme et dans les délais » : CJCE, 4 mars 1964, *Lassalle c/ Parlement*, aff. 15/63, *Rec.*, p. 57, spéc. p. 71 ; CJCE, 19 mars 1964, *Maudet c/ Commission*, aff. jtes 20/63 et 21/63, *Rec.*, p. 213, spéc. p. 226.

268. C'est également dans une telle logique d'éducation que s'inscrit, à nos yeux, l'examen d'office exceptionnellement explicite des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Ainsi, la Cour de justice apporta des précisions quant à la possibilité d'introduire un seul recours contre plusieurs actes (CJCE, 21 décembre 1954, *France c/ Haute Autorité*, aff. 1/54, *Rec.*, p. 7, spéc. pp. 19-20 ; CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 87) ou à la qualité pour agir (CJCE, 4 avril 1960, *Mannesmann e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 4/59 à 13/59, *Rec.*, p. 241, spéc. pp. 279-280). Elle examina des questions de recevabilité importantes, telles la qualité pour agir en carence au titre de l'article 35 CECA (CJCE, 23 avril 1956, *Groupeement des industries sidérurgiques luxembourgeoises c/ Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54, *Rec.*, p. 53, spéc. pp. 86-87), l'existence d'une décision implicite de rejet contre laquelle le recours en carence du traité CECA était ouvert (CJCE, 17 juillet 1959, *Snapat c/ Haute Autorité*, aff. jtes 32/58 et 33/58, *Rec.*, p. 275, spéc. p. 299, et, du même jour, *SAFE c/ Haute Autorité*, aff. 42/58, *Rec.*, p. 381, spéc. p. 400) ou encore la recevabilité d'arguments soulevés par une partie intervenante (CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, aff. 30/59, *Rec.*, p. 1, spéc. pp. 37-38).

l'abandon de cette méthode⁽²⁶⁹⁾. Depuis lors, le juge recourt aisément au rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle.

B. L'admission ultérieure du rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle

Dans de nombreuses décisions mettant fin à l'instance, le juge de l'Union européenne examine directement le fond sans statuer préalablement sur sa compétence et/ou sur la recevabilité de la demande. En principe, un tel passage direct au fond de l'affaire implique le rejet par prétérition de tout moyen d'ordre public ayant trait à la compétence du juge⁽²⁷⁰⁾ et à la recevabilité de la demande⁽²⁷¹⁾. Par principe, il en va ainsi lorsque le juge accueille le recours dont il est saisi. Le juge ne peut, en effet, faire droit au recours qu'à la condition d'être investi d'une compétence à cet effet et saisi d'un recours recevable, à défaut de quoi il entacherait sa décision d'une erreur de droit. Il y a également rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle lorsque le juge rejette le recours au

269. Ainsi, après six apparitions parmi les affaires introduites en 1965 (CJCE, 8 février 1966, *Acciaierie e Ferriere Pugliesi c/ Haute Autorité*, aff. 8/65, *Rec.* p. 1, spéc. p. 9 ; CJCE, 28 avril 1966, *Ferriere e Acciaierie Napoletane c/ Haute Autorité*, aff. 49/65, *Rec.*, p. 103, spéc. p. 115 ; CJCE, 28 avril 1966, *ILFO c/ Haute Autorité*, aff. 51/65, *Rec.*, p. 125, spéc. p. 138 ; CJCE, 16 juin 1966, *Acciaierie e Ferriere di Solbiate c/ Haute Autorité*, aff. 50/65, *Rec.*, p. 209, spéc. p. 220 ; CJCE, 16 juin 1966, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes 52/65 et 55/65, *Rec.*, p. 227, spéc. p. 241 ; CJCE, 30 juin 1966, *Ferriera Preo c/ Haute Autorité*, aff. 2/65, *Rec.*, p. 315, spéc. p. 326), cette technique n'est reprise que dans deux affaires introduites en 1966 (CJCE, 14 juin 1967, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken c/ Haute Autorité*, aff. 26/66, *Rec.*, p. 149, spéc. p. 162 ; CJCE, 22 juin 1967, *Willame c/ Commission*, aff. 12/66, *Rec.*, p. 199, spéc. p. 211). Parmi les affaires introduites en 1967 et en 1969, aucun cas d'application de cette technique n'a pu être relevé. Seul un cas est à noter parmi les affaires introduites en 1968 (CJCE, 6 mai 1969, *Huybrechts c/ Commission*, aff. 21/68, *Rec.*, p. 85, pts 1-2). Des exemples isolés ultérieurs peuvent encore être trouvés : CJCE, 8 mars 1988, *Exécutif régional wallon c/ Commission*, aff. jtes 62/87 et 72/87, *Rec.*, p. 1573, pt 8 ; TPI, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International c/ Commission*, aff. T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, pt 121 ; Trib. UE, 6 avril 2017, *Saremar c/ Commission*, aff. T-220/14, *Rec. num.* (extraits), pt 54 ; Trib. UE, 11 mai 2017, *Deza c/ ECHA*, aff. T-115/15, *Rec. num.*, pt 37.

270. Voy. dans le même sens : F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 13.

271. « Si la recevabilité n'est pas contestée et si la Cour ne décide pas de l'examiner d'office, on passe cette question sous silence. » : P. PESCATORE, *Vade-mecum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, 3^e éd., 1985, réimpr. Bruxelles, Bruylant, 2007, 317 p., spéc. p. 79. *Addé* : concl. ALBER sous CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pts 45-46 ; concl. MENGOZZI sous CJUE, 13 décembre 2012, *France c/ Parlement*, aff. jtes C-237/11 et C-238/11, *Rec. num.*, pt 26 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pt 132. Voy. par analogie à propos de la recevabilité d'éléments de preuve devant les chambres de recours de l'OHMI (EUIPO) : Trib. UE, 16 décembre 2010, *Rubinstein et L'Oréal c/ OHMI*, aff. jtes T-345/08 et T-357/08, non publié, pt 62.

fond⁽²⁷²⁾, à moins qu'il ne réserve explicitement le sort de la recevabilité du recours, voire de sa propre compétence⁽²⁷³⁾.

Pour autant que l'on admette une hiérarchisation des différentes fins de non-recevoir d'ordre public à travers un ordre impératif de leur traitement, le rejet pour irrecevabilité au regard d'un certain motif peut impliquer le rejet par prétérition de toutes les fins de non-recevoir d'ordre public relevant d'étapes préalables de l'examen. En ce sens, dans une ordonnance *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission* rendue en 2012, la Cour de justice déduit du fait que le Tribunal avait rejeté un recours en annulation d'une lettre pour cause de tardiveté, qu'il « a[va]it implicitement mais nécessairement qualifié cette [lettre] d'acte susceptible de recours ». Ce faisant, le Tribunal avait commis une erreur de droit que la Cour releva d'office⁽²⁷⁴⁾. Il s'agit toutefois d'une décision exceptionnelle et isolée. En dépit de certaines ébauches de hiérarchisation des fins de non-recevoir d'ordre public⁽²⁷⁵⁾, aucun ordre de traitement particulier n'a pour l'heure été durablement consacré.

Par définition, le rejet par prétérition des moyens d'ordre public est invisible. Seul le lecteur averti, conscient de l'étendue de la notion de moyen d'ordre public et étant arrivé à la conclusion que le juge est tenu d'examiner

272. En revanche, le constat d'un non-lieu ne semble pas préjuger de la recevabilité du recours. « En effet, [lorsqu'il] n'y a pas lieu de statuer sur un recours dont l'objet a disparu, il est inutile d'examiner la recevabilité de ce recours » (CJCE, 12 juillet 2001, *France c/ TF1 et Commission*, aff. jtes C-302/99 P et C-308/99 P, *Rec.*, p. I-5603, pt 28, et concl. MISCHO, pts 30-33). Il faut toutefois relever que l'ordre d'examen d'une question de recevabilité et d'un éventuel non-lieu n'est pas établi de manière constante. Tantôt, le juge traite l'irrecevabilité sans statuer sur une demande de non-lieu (voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 13 novembre 2012, *ClientEarth e.a. c/ Commission*, aff. T-278/11, *Rec. num.*, pt 29 ; Trib. UE, 23 octobre 2015, *Oil Turbo Compressor c/ Conseil*, aff. T-552/13, *Rec. num.*, pt 83). Tantôt, il fait l'inverse (voy. p. ex. : CJCE, ord., 10 juin 1993, *The Liberal Democrats c/ Parlement*, aff. C-41/92, *Rec.*, p. I-3153, pt 4 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Commission et France c/ TF1*, aff. jtes C-302/99 P et C-308/99 P, *Rec.*, p. I-5603, pt 28 ; TPI, ord., 26 juin 2008, *Gibtelecom c/ Commission*, aff. jtes T-433/03, T-434/03, T-367/04 et T-244/05, non publiée, pt 48). Parfois, il estime que, pour pouvoir prononcer un non-lieu, « il est nécessaire, au préalable, que les conditions de recevabilité du recours [en l'occurrence en carence] soient réunies » (TPI, ord., 22 mai 2000, *Associazione delle Cantine Sociali Venete c/ Médiateur et Parlement*, aff. T-103/99, *Rec.*, p. II-4165, pt 41).

273. Conformément à la jurisprudence dite *Boehringer* (CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 51-52 ; voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer*, pp. 524 et s.). Voy. également en ce sens : concl. ALBER sous CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pts 45-46.

274. CJUE, ord., 15 février 2012, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-208/11 P, non publiée, pts 33-36. La Cour de justice rejeta toutefois le pourvoi après avoir substitué le motif d'irrecevabilité tiré de l'absence d'acte attaquant à celui de la tardiveté.

275. En sus de l'ordonnance *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, précitée, voy. notamment : TPI, 30 avril 1998, *Cordiale c/ Parlement*, aff. T-205/95, *RecFP*, pp. I-A-177 et II-551, pt 33. Dans le contentieux de la fonction publique, le Tribunal semblait faire précéder l'examen du respect du délai de recours à l'appréciation du respect du délai de réclamation.

d'office tout moyen d'ordre public pourra entrevoir l'étendue réelle de la décision du juge. La réalité de la pratique du rejet par prétérition dans le droit du contentieux de l'Union européenne semble néanmoins admise par les règlements de procédure⁽²⁷⁶⁾. Plus encore, elle se vérifie grâce à plusieurs indices jurisprudentiels.

En atteste tout d'abord la comparaison de certaines conclusions d'avocats généraux procédant à l'examen d'office explicite de questions de compétence ou de recevabilité avec les arrêts de la Cour de justice qui n'en font aucune mention⁽²⁷⁷⁾.

Ensuite, le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle a été explicité et validé par le juge du pourvoi de l'Union européenne. Celui-ci a en effet été conduit à reconnaître la possibilité, à tout le moins pour le juge de première instance, de procéder au rejet par prétérition. Ainsi, des parties au pourvoi ont indirectement mis en cause des rejets par prétérition de moyens d'ordre public en invoquant, devant le juge du pourvoi, une prétendue omission du juge du fond de relever d'office un moyen d'ordre public. En réponse, le juge du pourvoi a en substance précisé que le juge de première instance ne commettait aucune erreur lorsqu'il omettait d'analyser de manière explicite et d'office dans sa décision un moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle qui était infondé⁽²⁷⁸⁾.

Enfin, il arrive très exceptionnellement que le juge « utilise » le rejet par prétérition effectué dans une affaire antérieure. Ainsi, il peut tirer argument

276. Les nouveaux règlements de procédure adoptés, respectivement, par la Cour de justice en 2012 et par le Tribunal en 2015 prévoient ainsi que les conclusions d'un pourvoi incident peuvent *inter alia* « tendre à l'annulation d'une décision, explicite ou *implicite*, relative à la recevabilité du recours [de première instance] » (art. 178, § 2, RP/C [2012] ; art. 204, § 2, RP/T [2015], nous soulignons). Il a été observé que les dispositions relatives au pourvoi principal ne contiennent pas de telle précision, ce qui a pu surprendre et a été analysé comme un simple oubli : D. DITTERT, « Die neue Verfahrensordnung des EuGH », *EuZW*, 2013, n° 19, pp. 726-732, spéc. p. 731 ; P. IANNUCELLI, « La réforme des règles de procédure de la Cour de justice », *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, pp. 107-132.

277. Comp. p. ex., à propos de la recevabilité : CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Commission c/ Conseil*, aff. C-370/07, *Rec.*, p. I-8917, et concl. KOKOTT, pts 21-28 ; CJUE, 24 juin 2010, *Becker c/ Harman International Industries*, aff. C-51/09 P, *Rec.*, p. I-5805, et concl. CRUZ VILLALÓN, pts 31-37 ; CJUE, 27 novembre 2012, *Italie c/ Commission*, aff. C-566/10 P, *Rec. num.*, et concl. KOKOTT, pts 24-25 ; CJUE, 14 avril 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-409/13, *Rec. num.*, et concl. JÄÄSKINEN, pts 21-25.

278. Voy. en ce sens : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pts 35 et 40, et concl. ALBER, pt 47 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-318/09 P, non publié, pt 71 ; CJUE, 21 décembre 2011, *ACEA c/ Commission*, aff. C-319/09 P, non publié, pt 70 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-320/09 P, non publié, pt 71. Ces arrêts reflètent l'idée que le juge n'est pas tenu de procéder d'office à l'analyse exhaustive et explicite dans sa décision de toutes les conditions de recevabilité (et, par analogie, de sa compétence).

du silence gardé dans un arrêt précédent à propos de la recevabilité alors non contestée pour motiver la recevabilité d'un recours ultérieurement formé dans des circonstances analogues⁽²⁷⁹⁾. Autrement dit, le rejet par prétérition peut avoir valeur de précédent⁽²⁸⁰⁾ et orienter la jurisprudence ultérieure. Une telle utilisation est toutefois rare et non systématique⁽²⁸¹⁾. Bien au contraire, de manière peu heureuse et pour l'instant unique, le Tribunal semble s'être récemment départi de la valeur de précédent constitué par le rejet par prétérition. L'affaire faisait suite à une première annulation, obtenue *inter alia* par un concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État, d'une décision déclarant cette aide compatible avec le marché intérieur sous certaines conditions. Dans le premier arrêt, le Tribunal avait annulé la décision attaquée sans statuer explicitement sur la recevabilité du recours⁽²⁸²⁾. Du fait de l'annulation de ladite décision, il fallait toutefois conclure qu'il avait, par prétérition, admis la recevabilité de ce recours. La Commission adopta une nouvelle décision, qui fit l'objet d'un nouveau recours par la même requérante. À l'occasion de ce nouveau recours, la Commission mit en doute la qualité pour agir de cette dernière et le Tribunal déclara le recours irrecevable faute d'affectation individuelle. Il écarta un

279. Voy. explicitement : TPI, 10 avril 2004, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-233/04, *Rec.*, p. II-591, pt 39 ; Trib. UE, 28 février 2017, *JingAo Solar e.a. c/ Conseil*, aff. T-157/14, non publié, pt 43 ; Trib. UE, 28 février 2017, *JingAo Solar e.a. c/ Conseil*, aff. jtes T-158/14, T-161/14 et T-163/14, non publié, pt 39 ; Trib. UE, 28 février 2017, *Yingli Energy (China) e.a. c/ Conseil*, aff. T-160/14, non publié, pt 43 ; Trib. UE, 28 février 2017, *Canadian Solar Emea e.a. c/ Conseil*, aff. T-162/14, non publié, pt 42. Voy. également, de manière moins explicite : TFP, 28 juin 2011, *AS c/ Commission*, aff. F-55/10, *Rec. num.*, pt 32.

280. Voy. à propos de la notion de précédent en droit de l'Union européenne, les références citées *supra*, note n° 129 du Chapitre intitulé « Les hypothétiques moyens d'ordre public de pleine juridiction tendant à la garantie du droit substantiel ».

281. Voy. p. ex. : CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ Autriche*, aff. C-205/98, *Rec.*, p. I-7367, pts 41-44. La Cour de justice était saisie d'un recours en manquement aux obligations issues de certaines dispositions d'une directive, qui avait été annulée avec maintien de ses effets jusqu'à l'adoption d'un nouvel acte. L'Autriche contestait en substance la recevabilité du recours au motif que plus de trois ans s'étaient écoulés entre l'annulation de la directive et l'adoption d'un nouvel acte. L'avocat général SAGGIO suggéra à la Cour de justice deux motifs pour écarter cette objection. D'une part, il avança un argument tiré de l'effet utile du dispositif de l'arrêt d'annulation en estimant en substance que, les effets de la directive ayant été maintenus jusqu'à l'adoption d'un nouvel acte, les États membres restaient liés par les obligations qu'elle mettait à leur charge. D'autre part, il observa que, postérieurement à l'annulation de la directive, la Cour avait déjà statué sur un recours en manquement aux obligations de la même directive formé à l'encontre d'un autre État membre, lequel n'avait pas mis en doute la recevabilité du recours, et que la Cour de justice ne l'avait pas examinée d'office. Il proposa ainsi à la Cour de justice de s'appuyer sur un précédent rejet par prétérition (concl. SAGGIO, pts 19-20). Celle-ci n'y fit toutefois aucune référence dans son arrêt et justifia la recevabilité du recours contre l'Autriche en s'appuyant sur la mission de la Commission, sur le maintien provisoire des effets de la directive annulée et sur l'objet de la procédure en constatation de manquement.

282. Trib. UE, 14 février 2012, *Electrolux et Whirlpool c/ Commission*, aff. jtes T-115/09 et T-116/09, *Rec. num.* L'arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi à l'époque.

argument tiré par la requérante de l'autorité du premier arrêt au motif que « l'affectation individuelle [...] s'appréci[ait] au jour de l'introduction du recours et ne dépend[ait] que de la décision attaquée », en sorte que « l'autorité de la chose jugée s'attachant [au premier arrêt d'annulation], lequel a[vait] porté sur la légalité de la [première décision], ne saurait être de nature à préjuger de la qualité pour agir de la requérante concernant le présent recours, dirigé contre la [nouvelle décision] »⁽²⁸³⁾. Certes, chaque recours est autonome et sa recevabilité s'apprécie nécessairement au regard des éléments avancés par la partie concernée et des circonstances propres à l'affaire. Cependant, il nous semble qu'une telle solution, qui omet le fait que l'affectation individuelle d'un concurrent du bénéficiaire de l'aide s'entend comme l'affectation substantielle « par l'aide faisant l'objet de la décision en cause » de sa position sur le marché⁽²⁸⁴⁾, est très problématique en termes de cohérence jurisprudentielle et de sécurité juridique. Elle illustre les écueils inhérents à l'admission de la technique du rejet par prétérition.

En dépit de ce risque, l'économie des motifs que constitue le rejet par prétérition est bienvenue compte tenu notamment de la fréquente longueur des décisions des juridictions de l'Union européenne⁽²⁸⁵⁾, en particulier en première instance, ainsi que du nombre de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle que le juge est censé avoir examinés dans chaque affaire qu'il traite au fond. Le rejet par prétérition devrait toutefois être manié avec précaution et modération dès lors qu'il est susceptible d'être utilisé par le juge ou invoqué par une partie à titre de précédent dans des affaires ultérieures. De ce fait, il est préférable que le juge procède à l'examen d'office explicite, notamment, des questions inédites⁽²⁸⁶⁾ ainsi que

283. Trib. UE, 22 juin 2016, *Whirlpool Europe c/ Commission*, aff. T-118/13, *Rec. num.*, pts 36-37 et 57-59.

284. Voy. la jurisprudence citée au point 44 de l'arrêt *Whirlpool Europe c/ Commission*, précité (nous soulignons).

285. L'on peut en effet rejoindre F. G. JACOBS (« The Judicial System of the European Union : Some Suggestions for the Future », in U. LEANZA *et al.* [coord.], *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1041-1055, spéc. p. 1047) pour considérer que, si toute décision mettant fin à un recours direct doit être motivée, « the reasoning should be confined to those parts of the case which, in the view of the Court, determine its outcome ».

286. À titre d'exemple, l'on peut renvoyer aux affaires dans lesquelles le juge s'est servi du moyen d'ordre public tiré de sa compétence afin de la consacrer dans des circonstances inédites (voy. p. ex. : CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c/ Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, pt 19 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 50 ; TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 78-85 ; Trib. UE, ord., 16 septembre 2015, *Calestep c/ ECHA*, aff. T-89/13, *Rec. num.*, pts 16-22) ou pour admettre la qualité pour agir d'un ministère d'un État tiers, alors même que ce ministère était dépourvu de personnalité juridique distincte de celle du gouvernement de cet État (Trib. UE, 8 septembre 2015, *Ministry of Energy of*

lorsqu'il admet sa compétence ou la recevabilité de la demande dans des circonstances particulières⁽²⁸⁷⁾ ou en application d'une exception⁽²⁸⁸⁾.

Ce faisant, il réduit les risques que sa décision soit mal comprise par le justiciable et la doctrine, qu'elle crée de faux espoirs dans le chef d'une partie, voire qu'elle soit mal interprétée par le juge lui-même à l'occasion d'un recours ultérieur. Souhaitable dans le recours au rejet par préterition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, cet appel à la modération est moins prégnant dans le contexte du rejet par préterition des moyens d'ordre public de fond.

Iran, aff. T-564/12, *Rec. num.*, pts 20-27). Enfin, l'on peut citer l'arrêt *CR c/ Parlement*, dans lequel le Tribunal de la fonction publique a, d'office et malgré l'accord des parties, examiné la recevabilité d'ordre public d'une exception d'illégalité non soulevée au stade précontentieux au regard de la règle de concordance (TFP, 12 mars 2014, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pts 23 et s.).

287. Il arrive qu'un avocat général, constatant des circonstances procédurales inhabituelles, lève d'office tout doute quant à la recevabilité (voy. p. ex. : concl. KOKOTT sous CJUE, 27 novembre 2012, *Italie c/ Commission*, aff. C-566/10 P, *Rec. num.*, pts 24-25). En outre, l'on peut citer à titre d'illustration exemplaire l'arrêt *TV2/Danmark c/ Commission* (Trib. UE, 24 septembre 2015, aff. T-674/11, *Rec. num.*, pts 32-41), dans lequel le Tribunal prit soin, d'office, d'examiner, en particulier, l'existence d'un intérêt à agir de la requérante, unique bénéficiaire d'une aide d'État déclarée compatible avec le marché intérieur par la décision attaquée. Voy. pour un exemple récent dans le contexte du contentieux des actes de l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA) : Trib. UE, 11 mai 2017, *Deza c/ ECHA*, aff. T-115/15, *Rec. num.*, pts 25-36.

288. À titre d'exemple et sans prétendre à l'exhaustivité, nous relèverions deux hypothèses particulières. Premièrement, le Tribunal permettait, pendant un temps et dans le seul contentieux des mesures restrictives, au requérant d'adapter, même hors délai, ses conclusions en cas d'adoption d'un nouvel acte maintenant les mesures restrictives prises à son égard. De manière quasi systématique, il constata, à cette période, que les adaptations de conclusions étaient recevables en raison de cette exception (TPI, 9 septembre 2010, *Al-Aqsa c/ Conseil*, aff. T-348/07, *Rec.*, p. II-4575, pts 32-44), qui, aujourd'hui dépassée (art. 86, § 2, RP/T [2015]), n'a pas été étendue à d'autres contentieux (Trib. UE, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International c/ Commission*, aff. T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, pt 96). Deuxièmement, conformément à l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, toute partie ayant partiellement ou totalement succombé en ses conclusions devant le Tribunal peut former un pourvoi devant la Cour, notamment contre les décisions mettant fin à l'instance. Selon la jurisprudence, « est recevable le pourvoi formé contre un arrêt du Tribunal en ce que celui-ci a rejeté une exception d'irrecevabilité soulevée [par acte séparé ou une contestation de la recevabilité dans le mémoire en défense] par une partie à l'encontre d'un recours, alors que le Tribunal a, dans la suite du même arrêt, rejeté ce recours comme non fondé » (CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pt 50 ; CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c/ Ente per le Ville vesuviane et Ente per le Ville Vesuviane c/ Commission*, aff. jtes C-445/07 P et C-455/07 P, *Rec.*, p. I-7993, pts 22 et 41). En cas de pourvoi par une institution ayant obtenu gain de cause sur le fond en première instance tout en ayant été déboutée de son exception d'irrecevabilité, il nous semble opportun, pour éviter toute confusion éventuelle, que le juge du pourvoi précise, y compris d'office, que la recevabilité du pourvoi découle de ce dernier fait (voy. pour un exemple en ce sens : arrêt précité *Commission c/ Ente per le Ville vesuviane et Ente per le Ville Vesuviane c/ Commission*, pts 21-23, et concl. KOKOTT, pt 29).

§ 2. – Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond

Les moyens d'ordre public de fond sont, à l'instar de ceux de la procédure juridictionnelle, susceptibles d'être rejetés par prétérition. Il en va ainsi tant dans le contrôle de légalité (A) que lors de l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction (B).

A. *Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond dans le contrôle de légalité*

Lorsque le juge de la légalité rejette une demande d'annulation, sa décision implique qu'aucun des moyens invoqués par les parties ni aucun moyen d'ordre public, qu'il se devait examiner d'office, n'était fondé⁽²⁸⁹⁾. En vertu de la pratique du rejet par prétérition, le juge n'est pas tenu de motiver sa décision à l'égard de ces derniers moyens. Comme le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de légalité a cependant, bien qu'exceptionnellement, été « externalisé ». En particulier, le Tribunal a pu explicitement renoncer à l'examen d'un moyen d'ordre public dans les circonstances d'une affaire⁽²⁹⁰⁾. En principe, toutefois, le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de légalité est tacite et découle de la seule admission du relevé d'office obligatoire. Il se matérialise dans toute décision rejetant une contestation de la légalité d'un acte, qui porte rejet explicite des moyens soulevés par les parties et rejet implicite de tout moyen d'ordre public de fond. Dans le silence du juge, ce rejet peut être justifié tant au regard du caractère non fondé qu'au regard du caractère inopérant, voire irrecevable du moyen en cause.

289. Voy. dans le même sens s'agissant du recours en annulation devant le juge de l'Union européenne : F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 202 ; É. VON BARDELEBEN, F. DONNAT et D. SIRITZKY, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La Documentation française, 2012, 325 p., spéc. p. 239.

290. C'est en ce sens que nous interprétons l'affirmation, dans l'arrêt *FFSA e.a. c/ Commission* (TPI, 27 février 1997, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 62), selon laquelle le Tribunal, saisi d'un moyen d'ordre public tiré de la violation de l'obligation de motivation tardivement invoqué, estimait que, dans les circonstances de cette affaire, il ne devait pas le relever d'office. En outre, l'affirmation du Tribunal selon laquelle il n'estimait pas devoir relever d'office un moyen, également irrecevable, pris de la violation des droits de la défense (pt 49 de l'arrêt), doit être comprise comme exprimant soit un rejet de ce moyen, soit un refus de le qualifier d'ordre public. Plus récemment, le Tribunal, prenant acte de la renonciation de la partie requérante à un moyen pris de la violation de l'obligation de motivation, a estimé qu'il « n'[était] plus nécessaire » d'examiner de tel moyen : Trib. UE, 24 novembre 2015, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-126/14, *Rec. num.*, pts 51-53.

Le rejet par prétérition est clairement admis par la jurisprudence. Ainsi, d'abord, il arrive que la Cour de justice passe sous silence un moyen de fond que l'avocat général proposait d'examiner d'office⁽²⁹¹⁾.

Ensuite, le juge du pourvoi confirme incidemment la pratique du rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond en la soumettant à son contrôle. C'est en ce sens que la Cour de justice estime que le Tribunal ne commet aucune erreur de droit en ne relevant pas d'office un moyen d'ordre public non fondé⁽²⁹²⁾ ou inopérant⁽²⁹³⁾. À l'inverse, lorsque le juge de première instance a eu tort de ne pas avoir relevé d'office un moyen d'ordre public et de l'avoir ainsi rejeté par prétérition, le juge du pourvoi le constate d'office et annule l'arrêt⁽²⁹⁴⁾. En outre, en jugeant que « le Tribunal ne saurait, en principe, être tenu de répondre aux moyens et aux arguments qui n'ont pas été soulevés » devant lui tout en vérifiant si le Tribunal pouvait, à bon droit, ne pas relever un moyen d'ordre public dans les circonstances

291. Comp. CJCE, 23 avril 2009, *AEPI c/ Commission*, aff. C-425/07 P, *Rec.*, p. I-3205, pt 58, et concl. MENGGOZZI, pt 53. Ou bien, la Cour de justice rejette un moyen de fond pour cause d'irrecevabilité, tandis que l'avocat général proposait de l'écarter au fond : CJCE, 5 juin 2003, *O'Hannrachain c/ Parlement*, aff. C-121/01 P, *Rec.*, p. I-5539, pt 39, et concl. GEELHOED, pt 43 ; CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 18-24, et concl. WAHL, pts 121-124.

292. Voy. en particulier : CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pts 30-35 ; CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pts 56-61. Voy. également : CJCE, ord., 23 février 2006, *Piau c/ Commission*, aff. C-171/05 P, non publiée, pts 54-57 ; CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 48-53. Voy. par analogie, l'admission, dans le contexte du contentieux de la propriété intellectuelle, du rejet par prétérition de questions devant être examinées d'office par les chambres de recours de l'OHMI (EUIPO) : Trib. UE, 17 mai 2013, *Rocket Dog Brands c/ OHMI*, aff. T-231/12, non publié, pts 50-51.

293. Voy. en ce sens : CJCE, ord., 13 décembre 2000, *SGA c/ Commission*, aff. C-39/00 P, *Rec.*, p. I-11201, pts 44-45 ; CJCE, ord., 20 septembre 2001, *Asia Motor France e.a. c/ Commission*, aff. C-1/01 P, *Rec.*, p. I-6349, pts 34-35. Il convient toutefois de noter que le moyen en cause avait trait à la durée déraisonnable de la procédure administrative et n'est, selon toute vraisemblance, pas d'ordre public, voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 2, A, 1. La durée des procédures administratives (pp. 246 et s.).

294. CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pts 27-37. Sans examiner le moyen de pourvoi avancé par le Royaume d'Espagne, la Cour de justice constate d'emblée que le Tribunal a rejeté le recours en annulation après avoir déclaré non fondés les trois moyens invoqués par cet État membre et en déduit que « le Tribunal a, implicitement mais nécessairement, admis la régularité formelle de la décision litigieuse ». Or, constatant d'office que cette décision avait été adoptée « en méconnaissance du délai légal de prescription prévu par un règlement du Conseil, [la Cour conclut que] le Tribunal, en rejetant le recours introduit par le Royaume d'Espagne au lieu de sanctionner la violation des formes substantielles dont est entachée la décision litigieuse, a commis une erreur de droit ». La violation d'un tel délai légal constitue, en effet, un moyen d'ordre public que le juge doit examiner d'office. Voy. pour un exemple analogue : CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pts 79-92 et 98-100.

de l'espèce⁽²⁹⁵⁾, la Cour de justice reconnaît la possibilité d'écarter par préterition un moyen d'ordre public non invoqué.

Enfin, le Tribunal a confirmé de manière explicite que, revêtu de l'autorité relative de la chose jugée, « [u]n arrêt de rejet [d'un recours en annulation] ne signif[iait...] pas que l'acte attaqué [était] valide, mais uniquement qu'aucun des moyens soulevés par le requérant n'était fondé et qu'il en allait de même des moyens d'ordre public que le juge [était] tenu de relever d'office »⁽²⁹⁶⁾. L'autorité relative d'un arrêt de rejet d'un recours en annulation s'étendrait, par voie de conséquence, au-delà des moyens explicitement écartés à tout moyen d'ordre public implicitement écarté⁽²⁹⁷⁾. Un tel constat s'impose logiquement dès lors qu'il est admis que l'autorité de la chose jugée couvre non seulement les motifs explicites qui soutiennent le dispositif, mais encore les questions nécessairement tranchées, autrement dit « les éléments que l'on suppose implicites dans la motivation de la décision juridictionnelle »⁽²⁹⁸⁾. Or, tel est précisément le cas des moyens rejetés par préterition.

Ces considérations relatives à l'office du juge de l'annulation sont transposables à l'office du juge du pourvoi qui opère, en substance, un contrôle de légalité de la décision rendue en première instance. En revanche, en l'absence d'une notion de moyen d'ordre public de fond propre au recours en manquement, la question n'est pas pertinente dans ce contexte. En outre, du fait des réticences du juge d'examiner d'office des exceptions d'illégalité, même fondées sur des moyens d'ordre public, il n'est pas certain qu'il faille tirer la moindre conséquence du non-examen de la légalité d'un acte de portée générale dans un litige donné.

295. CJUE, 15 juin 2017, *Espagne c/ Commission*, aff. C-279/16 P, non publié, pts 19-30. La Cour de justice considère également que le Tribunal n'est pas tenu de répondre à des arguments relatifs à la motivation de la décision litigieuse soulevés tardivement en cours d'instance. Une telle affirmation nous paraît à la fois contraire à la possibilité pour les parties d'invoquer des moyens nouveaux dans les conditions limitées prévues par le règlement de procédure et à la jurisprudence selon laquelle un moyen pris d'une violation de l'obligation de motivation peut être soulevé à tout moment de la procédure, voy. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. La levée encore ambiguë de la forclusion des moyens d'ordre public (pp. 604 et s.).

296. Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob c/ Commission*, aff. T-471/11, *Rec. num.*, pt 117.

297. Avec pour conséquence l'irrecevabilité de toute invocation du moyen d'ordre public en cause dans un recours ultérieur opposant les mêmes parties et portant sur le même objet (voy. à ce propos : P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, JOUVE & Cie, 1952, 275 p., spéc. pp. 31-32). Compte tenu de la brièveté du délai du recours en annulation, une telle situation ne devrait guère se rencontrer dans le contentieux de l'Union européenne.

298. A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 581 p., spéc. p. 177.

Admis, le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond au stade de l'appréciation de légalité se matérialise dans les décisions de rejet de demandes portées devant le juge. Il s'exprime dans des conditions plus larges dans le cadre du contentieux de la pleine juridiction.

B. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond dans l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction

Dans le contexte de la pleine juridiction, le rejet par prétérition prend un relief particulier du fait de son champ étendu. Il investit, en effet, tant les arrêts de rejet de demandes tendant à l'exercice de ces pouvoirs que ceux accordant une certaine somme, réduction de l'amende ou dommages et intérêts. C'est en ce sens que peuvent être lus des arrêts du Tribunal, saisi d'une demande de réformation du montant d'une amende infligée à la partie requérante pour comportement anticoncurrentiel, dans lesquels il constate qu'aucun motif susceptible d'être relevé d'office ne justifie de supprimer ou de réduire l'amende infligée par la Commission⁽²⁹⁹⁾, le cas échéant telle que réduite au regard d'arguments avancés par une partie⁽³⁰⁰⁾. Il s'agit alors d'un rejet par prétérition explicite mais non motivé de tout moyen d'ordre public potentiel.

Une conclusion analogue s'impose à notre sens lorsque le Tribunal clôt l'examen des moyens tendant à la réduction du montant de l'amende en constatant que l'amende infligée par la Commission, telle qu'elle a le cas échéant été réduite par lui, constitue, au regard de la durée et de la gravité de l'infraction à laquelle la requérante a participé, une sanction appropriée

299. Trib. UE, 29 juin 2012, *GDF Suez c/ Commission*, aff. T-370/09, *Rec. num.*, pts 401 et 457 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Duravit e.a. c/ Commission*, aff. T-364/10, non publié, pt 385 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Rubinetteria Cital c/ Commission*, aff. T-368/10, non publié, pt 128 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Villeroy & Boch e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-373/10, T-374/10, T-382/10 et T-402/10, non publié, pt 401 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Mamoli Robinetteria c/ Commission*, aff. T-376/10, *Rec. num.* (extraits), pt 198 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Dornbracht c/ Commission*, aff. T-386/10, *Rec. num.*, pt 260 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Zucchetti Rubinetteria c/ Commission*, aff. T-396/10, *Rec. num.*, pt 151 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10, *Rec. num.* (extraits), pt 265 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Samsung SDI e.a. c/ Commission*, aff. T-84/13, non publié, pts 185 et 225 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *LG Electronics c/ Commission*, aff. T-91/13, non publié, pt 222 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Philips c/ Commission*, aff. T-92/13, non publié, pt 281 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Toshiba c/ Commission*, aff. T-104/13, *Rec. num.*, pt 234.

300. Trib. UE, 29 juin 2012, *E.ON Ruhrgas et E.ON c/ Commission*, aff. T-360/09, *Rec. num.*, pt 298 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-379/10 et T-381/10, non publié, pts 341 et 365 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Roca Sanitario c/ Commission*, aff. T-408/10, *Rec. num.* (extraits), pt 214 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *Panasonic Corp. et MT Picture Display Co. Ltd c/ Commission*, aff. T-82/13, *Rec. num.* (extraits), pt 187.

permettant de réprimer, de manière proportionnée et dissuasive, son comportement anticoncurrentiel⁽³⁰¹⁾.

En l'absence de toute précision jurisprudentielle, des considérations analogues s'imposent encore, à nos yeux, à propos du rejet par prétérition dans le contentieux indemnitaire, en ce sens que tant le rejet d'une demande d'indemnisation que l'octroi d'un certain montant de dommages et intérêts valent implicitement rejet de tout autre motif tiré d'un moyen d'ordre public susceptible d'octroyer une indemnisation (supérieure). Il devrait en aller ainsi dans le contentieux indemnitaire de la fonction publique, dans lequel le juge est habilité à dépasser les conclusions de la partie demanderesse. Au-delà du contentieux de la fonction publique, la question reste en revanche plus théorique que pratique en l'absence de moyens d'ordre public⁽³⁰²⁾.

En guise de conclusion, il faut relever que le rejet par prétérition se manifeste dans des conditions variables selon le moyen d'ordre public en cause, les pouvoirs exercés par le juge et le sens du dispositif de sa décision. Alors qu'il a été observé à très juste titre que la détermination du caractère obligatoire ou facultatif du relevé d'office est d'autant plus nécessaire pour « savoir si un moyen a été examiné par le juge [...] dans l'hypothèse où l'arrêt n'en fait pas mention »⁽³⁰³⁾, le juge procède souvent de manière inverse. Il admet les attributs du rejet par prétérition et, par là, confirme et renforce l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public, qu'il a tant de mal à reconnaître. L'acceptation du rejet par prétérition induit une distinction entre l'obligation pour le juge d'examiner ou d'analyser d'office les moyens d'ordre public et l'obligation de les relever ou soulever d'office. En ce sens, le juge est en principe tenu, sous réserve des limites examinées ci-après, de procéder à l'examen d'office de tout moyen d'ordre public. En revanche, il n'est tenu de les soulever d'office, au sens d'en faire mention dans sa décision, que lorsqu'ils sont fondés et susceptibles de modifier la

301. Outre certains arrêts cités aux notes n^{os} 299 et 300 du présent Chapitre (arrêts précités *Duravit e.a. c/ Commission*, pt 386 ; *Rubinetteria Cisa c/ Commission*, pt 128 ; *Villeroy & Boch e.a. c/ Commission*, pt 401 ; *Mamoli Robinetteria c/ Commission*, pt 198 ; *Keramag Keramische Werke e.a. c/ Commission*, pt 367 ; *Dornbracht c/ Commission*, pt 260 ; *Zucchetti Rubinetteria c/ Commission*, pt 151 ; *Roca Sanitario c/ Commission*, pt 214 ; *Laufen Austria c/ Commission*, pt 266), voy. : Trib. UE, 12 décembre 2012, *Almamet c/ Commission*, aff. T-410/09, non publié, pts 273-275 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Hansa Metallwerke e.a. c/ Commission*, aff. T-275/10, non publié, pt 211 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Roca c/ Commission*, aff. T-412/10, *Rec. num.* (extraits), pt 252.

302. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2. Une fonction subjective inexploitée : la compensation des limites du contrôle de légalité (pp. 350 et s.), et Sous-section 2, § 1. Des moyens d'ordre public potentiels mais inexistantes du contentieux indemnitaire (pp. 366 et s.).

303. L. COUTRON, *La contestation incidente...*, *op. cit.*, spéc. p. 567.

solution qu'il s'apprête à donner au litige⁽³⁰⁴⁾. Le rejet par prétérition illustre ainsi davantage une économie de rédaction, économie de motifs, qu'une économie d'examen. Il présuppose, lorsque ses conditions sont réunies, que le juge ait procédé à l'examen d'office de l'ensemble des moyens d'ordre public susceptibles d'affecter la solution qu'il envisage de donner au litige⁽³⁰⁵⁾.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Soustraits à la disposition du juge, les moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne délient ce juge des limites qui caractérisent son office. C'est ainsi que *tout* moyen d'ordre public peut être examiné et relevé d'office par le juge. « [E]xception remarquable »⁽³⁰⁶⁾ à la passivité postulée du juge, l'habilitation à cette fin dérive, s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public, des règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne et se voit confirmée par la jurisprudence. Elle est l'œuvre exclusive du juge s'agissant des moyens d'ordre public de fond.

Au-delà de la reconnaissance sans ambages de l'habilitation du juge de l'Union européenne à procéder au relevé d'office, toutefois, la définition du régime des moyens d'ordre public et, en particulier, la détermination de la nature obligatoire ou facultative du relevé d'office est plus complexe. L'unité procédurale des moyens d'ordre public semble contrariée. Équivoque et incertaine, la jurisprudence est le reflet du dilemme du juge, confronté à des exigences contradictoires lors de la définition des caractéristiques du relevé d'office. Tandis que l'impérativité et l'importance fondamentales des règles d'ordre public ainsi qu'un impératif d'égalité des justiciables devant la justice militeraient en faveur de la plus grande obligation sanctionnée pour le juge d'assurer d'office leur respect, des considérations de célérité de la justice et la complexité des dossiers justifieraient une limitation de cette obligation, voire la consécration d'une simple faculté.

Les divergences jurisprudentielles apparentes et les opinions doctrinales disparates qui en ressortent nous ont conduite à proposer, dans une optique de clarification, de cohérence et d'unification du régime des moyens d'ordre

304. Voy. pour une amorce de distinction en ce sens dans la jurisprudence : Trib. UE, 12 décembre 2014, *H&R ChemPharm c/ Commission*, aff. T-551/08, *Rec. num.*, pts 341-345. Constatant, après examen, en substance que la motivation de l'acte attaqué est suffisante, le Tribunal précise qu'« il n'y a pas lieu de soulever d'office une violation de l'obligation de motivation ».

305. C'est en cela que le rejet par prétérition se distingue des limites de l'obligation pour le juge d'examiner des moyens d'ordre public, lesquelles lui permettent de faire l'économie de l'examen même des moyens d'ordre public et, fussent-ils fondés, de leur relevé d'office.

306. P. MANIN, « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *JCP G*, 1946, I, 542.

public, la consécration univoque d'un relevé d'office obligatoire. Déjà amorcée, cette consécration s'impose, d'une part, au regard des caractéristiques essentielles des moyens d'ordre public. Destinés à la sauvegarde des règles et valeurs fondamentales de l'ordre juridique de l'Union européenne, ces moyens sont impératifs et soustraits à la disposition tant du juge que des parties. D'autre part, la consécration d'un relevé d'office obligatoire se justifie au regard d'une exigence d'égalité des justiciables devant la règle de droit et devant la justice. Cohérente avec une lecture finaliste de la jurisprudence, la reconnaissance d'une telle obligation se voit confirmée en substance par l'admission, d'ores et déjà certaine, de ses attributs, à savoir le contrôle du relevé d'office par le juge supérieur et la possibilité pour le juge de procéder au rejet par prétérition des moyens d'ordre public. Ces attributs renforcent la réalité et l'effectivité de l'obligation même dont ils découlent. En dépit des apparences, le régime des moyens d'ordre public est ainsi unifiable, sinon unique, en ce qui concerne la nature obligatoire de leurs examen et relevé d'office par le juge.

La consécration d'une telle obligation à la charge du juge n'est de nature ni à alourdir à outrance la tâche qui lui incombe ni à retarder de manière excessive le traitement des dossiers. L'obligation est, en effet, à son tour encadrée et limitée. De l'analyse du rejet par prétérition s'infère une distinction entre l'examen d'office et le relevé d'office dans la décision mettant fin à l'instance. Censé avoir examiné tout moyen d'ordre public susceptible d'avoir une incidence sur la solution du litige, le juge peut en faire l'économie dans sa décision lorsque le moyen est dépourvu d'une telle incidence. Plus encore, le juge se voit parfois délié de son obligation, voire empêché de procéder au relevé d'office, ou investi d'une certaine marge strictement délimitée qui lui permet de renoncer, dans une affaire et à condition de ne pas enfreindre la règle d'ordre public en cause, au relevé d'office du moyen pris de sa violation.

CHAPITRE 2

L'ENCADREMENT DE L'OBLIGATION DE RELEVER D'OFFICE LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC

L'obligation pour le juge de l'Union européenne d'examiner et de relever d'office les moyens d'ordre public n'est pas sans limites. Nombreuses, mais disparates et peu étudiées, ces limites ont pu faire douter de l'existence même d'une telle obligation. À nos yeux, celle-ci reste entière, tout en étant encadrée et en laissant place, dans des conditions bien délimitées, à une certaine marge de liberté au profit du juge. Ces limites peuvent être regroupées en fonction de leur nature ou de leurs caractéristiques et effets. Quant à leur nature, il est des limites d'ordre strictement juridique qui s'imposent au regard des nécessités propres à la mise en œuvre et à l'articulation des différentes règles d'ordre public. D'autres limites sont de nature plus pratique et découlent de considérations de bonne administration de la justice. Sur le plan de leurs caractéristiques et effets, certaines limites sont absolues. Elles expriment une impossibilité légale pour le juge de procéder au relevé d'office et affectent son pouvoir même d'examiner d'office. D'autres limites sont plus souples et conduisent à l'admission d'une certaine marge d'appréciation au profit du juge quant à la nécessité, voire à l'opportunité, de relever d'office un moyen d'ordre public. Sans incidence sur l'existence même du pouvoir du juge, elles limitent le caractère contraignant de son exercice. Elles permettent au juge de mettre en balance les exigences de l'ordre public et les intérêts des parties au litige.

Les limites juridiques sont, en principe, absolues en ce qu'elles empêchent tout relevé d'office. En revanche, les limites pratiques sont pour l'essentiel plus souples et ne délient le juge que de son obligation de procéder au relevé d'office. Cependant, il n'y a pas de coïncidence parfaite entre ces prismes de lecture. Pour les besoins de notre analyse, il sera distingué,

BRUYLANT

schématiquement, entre un encadrement strict de cette obligation par les limites inhérentes à l'articulation entre l'ordre public de la procédure juridictionnelle et l'ordre public de fond (Section 1) et un encadrement souple par les limites inhérentes au dossier porté devant le juge (Section 2).

SECTION 1. – UN ENCADREMENT STRICT PAR LES LIMITES INHÉRENTES
À L'ARTICULATION ENTRE L'ORDRE PUBLIC DE LA PROCÉDURE
JURIDICTIONNELLE ET L'ORDRE PUBLIC DE FOND

Impératives, les règles d'ordre public encadrent l'action du juge et s'imposent à lui. Cette impérativité contraint le juge à vérifier d'office leur respect⁽¹⁾. Variée, la notion de moyen d'ordre public irrigue toutes les voies de droit et, *in fine*, toutes les étapes du contrôle juridictionnel. Les moyens d'ordre public peuvent jouer au stade de l'appréciation de la compétence du juge, de la recevabilité des demandes, ainsi que de leur bien-fondé. Or, les deux premières questions forment, par principe, un préalable nécessaire à l'appréciation du fond. De ce fait, l'articulation des règles d'ordre public de la procédure juridictionnelle et du fond influe sur les circonstances et modalités de leur examen d'office par le juge.

Des limites procèdent ainsi d'une hiérarchisation, en principe impérative mais en pratique malléable, des catégories de moyens d'ordre public. Cette hiérarchisation se reflète par un ordre préétabli de leur traitement (Sous-section 1). Des limites au relevé d'office pourraient également provenir de l'étendue de l'action portée devant le juge (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LES LIMITES LIÉES À LA HIÉRARCHISATION
DES CATÉGORIES DE MOYENS D'ORDRE PUBLIC

La compétence du juge et la recevabilité des demandes forment des questions liminaires et préalables à l'examen du fond du litige. Schématiquement, le juge ne peut apprécier la recevabilité d'une demande qu'après s'être assuré de sa propre compétence pour connaître du litige. Il ne peut aborder les mérites d'une demande sans s'être préalablement assuré tant de cette compétence que de la recevabilité de cette demande. Ni une irrecevabilité d'ordre public, dans le premier cas, ni le bien-fondé d'un moyen d'ordre public de fond, dans le second, ne devraient altérer cet ordre de traitement logique et naturel de ces questions. Le juge ne saurait, partant, les relever d'office. En principe impérative, la hiérarchisation des

1. Voy. *supra*, le Chapitre précédent.

catégories de moyens d'ordre public ainsi dessinée (§ 1) connaît, toutefois, des exceptions apparentes et limitées (§ 2).

§ 1. – Une hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public

Schématiquement, les moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne peuvent être regroupés en deux catégories, selon qu'ils ont trait à la procédure juridictionnelle ou au fond. Les moyens se rattachant à la première catégorie, reflétant des questions préliminaires, sont « prioritaires » sur les seconds (B). Au sein de la catégorie des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, les moyens tirés de l'incompétence du juge sont en outre prioritaires sur tout autre moyen d'ordre public (A).

A. Une priorité absolue des moyens d'ordre public tirés de l'incompétence du juge sur les autres moyens d'ordre public

Par principe, un juge incompetent ne peut statuer autrement qu'en déclarant son incompetence, le cas échéant d'office. Il ne saurait statuer ni sur la recevabilité de la demande dont il est saisi ni sur le bien-fondé de celle-ci sans méconnaître les limites de sa compétence. Tout moyen d'ordre public pris de l'incompétence du juge doit de ce fait être considéré comme étant nécessairement prioritaire sur tout autre moyen d'ordre public. Ainsi, un juge incompetent est empêché non seulement de relever d'office un moyen d'ordre public de fond en vertu duquel la demande dont il est saisi pourrait prospérer, mais encore de relever d'office l'irrecevabilité de cette dernière. Ces considérations constituent la simple conséquence du caractère d'attribution des compétences confiées aux juridictions.

En droit du contentieux de l'Union européenne, cet ordre de traitement est le plus souvent respecté par le juge⁽²⁾. C'est notamment ainsi que le juge relève d'office son incompetence d'ordre public sans statuer sur une irrecevabilité alléguée⁽³⁾ ou qu'il vérifie, même d'office, sa compétence avant de statuer au fond⁽⁴⁾. Néanmoins, cet ordre est à la fois obscurci et

2. Ainsi, le Tribunal de la fonction publique a estimé que « [m]ême s'il exist[ait ...] des doutes sérieux sur la recevabilité du recours, [il] ne [pouvait] examiner cette question sans avoir examiné, à titre liminaire, s'il [était] compétent » : TFP, ord., 12 novembre 2008, *Domínguez González c/ Commission*, aff. F-88/07, *RecFP*, pp. I-A-1-369 et II-A-1-2005, pt 52.

3. Voy. p. ex. : Trib. UE, 4 juin 2014, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-67/12, non publié, pts 46-49.

4. Voy. p. ex. : CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pts 19-20 et 26-27 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 50.

exceptionnellement mis à mal. D'une part, la frontière entre la détermination de la compétence du juge et l'appréciation de la recevabilité d'une demande est brouillée à cause d'un manque de définition claire et étanche de ces notions, qui sont parfois tenues pour équivalentes⁽⁵⁾. D'autre part, l'ordre de traitement esquissé, qui devrait être impératif, est parfois inversé. Exceptionnellement et de manière discutable, le juge préfère rejeter une demande comme étant irrecevable ou non fondée tout en laissant ouverte la question de sa compétence⁽⁶⁾. Ces cas restent rares et la priorité des moyens d'ordre public relatifs à la compétence du juge est en principe assurée. Elle se voit complétée d'une priorité bénéficiant à l'ensemble des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle sur ceux de fond.

B. Une priorité des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle sur les moyens d'ordre public de fond

À l'instar du respect des conditions tenant à la compétence attribuée au juge, la réunion des conditions de recevabilité, conditions d'activation ou d'exercice de cette compétence⁽⁷⁾, forme nécessairement un préalable à l'examen du bien-fondé d'une demande par le juge⁽⁸⁾. En examinant au fond une demande irrecevable, le juge dépasse les limites de son

5. Aussi peut-on trouver des arrêts et ordonnances dans lesquels le juge de l'Union rejette un recours comme irrecevable en raison de son incompétence, voy. p. ex. : TPI, ord., 8 janvier 2008, *Commission c/ Lior e.a.*, aff. jtes T-192/01 et T-245/04, non publiée, pt 140 ; Trib. UE, ord., 10 juillet 2014, *H c/ Conseil e.a.*, aff. T-271/10, non publiée, pts 58-59 ; Trib. UE, 1^{er} juillet 2014, *You-View.tv c/ OHMI*, aff. T-480/13, non publié, pt 15 ; Trib. UE, ord., 23 avril 2015, *Chatzianagnostou c/ Conseil e.a.*, aff. T-383/13, non publiée, pts 42-43.

6. Voy. p. ex. : Trib. UE, 11 juin 2014, *Syria International Islamic Bank c/ Conseil*, aff. T-293/12, non publié, pts 70 et 83 ; Trib. UE, 24 septembre 2014, *Kadhaf Al Dam c/ Conseil*, aff. T-348/13, non publié, pt 115. Voy. à cet égard *infra*, cette Sous-section, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer* (pp. 524 et s.).

7. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2. La garantie des exigences procédurales (pp. 101 et s.).

8. Voy. explicitement : concl. KOKOTT sous CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 31. De même le juge P. PESCATORE (*Vade-mecum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, 3^e éd., 1985, réimpr. Bruxelles, Bruylant, 2007, 317 p., spéc. p. 79) a conseillé de régler les questions préalables de recevabilité avant de passer au fond de l'affaire. Enfin, la prévalence de la recevabilité sur le fond ressort avec force de la jurisprudence selon laquelle les délais de recours d'ordre public ne peuvent être mis à l'écart en raison de la nature ou de la gravité du vice de fond allégué, voy. p. ex. : CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 101 ; CJUE, ord., 16 novembre 2012, *Internationale Fruchthandels Gesellschaft Weichert c/ Commission*, aff. C-73/10 P, *Rec.*, p. I-11535, pts 50-52 ; Trib. UE, ord., 1^{er} septembre 2011, *Maftah c/ Commission*, aff. T-101/09, non publiée, pt 41 ; Trib. UE, ord., 1^{er} septembre 2011, *Elosta c/ Commission*, aff. T-102/09, non publiée, pt 41 ; TFP, ord., 5 juillet 2011, *Coedo Suárez c/ Conseil*, aff. F-73/10, *Rec. num.*, pt 43.

office et contrevient aux règles d'ordre public de recevabilité⁽⁹⁾. Partant, l'irrecevabilité de la demande, devant le cas échéant être relevée d'office, empêche le juge d'accueillir au fond la demande dont il est saisi⁽¹⁰⁾. De manière analogue, elle lui interdit de relever d'office tout moyen d'ordre public de fond⁽¹¹⁾. Dans cette hypothèse, il ne saurait être reproché au juge de ne pas avoir relevé d'office un tel moyen⁽¹²⁾. Logique, cet ordre de traitement est généralement suivi par le juge de l'Union européenne, qui examine en principe, et parfois d'office, la recevabilité avant d'aborder le fond du litige⁽¹³⁾.

Par voie de conséquence, le juge saisi d'un pourvoi devrait en principe examiner d'abord sa propre compétence et la recevabilité du pourvoi, puis, le cas échéant, la compétence du juge de première instance et la recevabilité du recours de première instance avant d'aborder l'appréciation de la solution donnée par ce dernier juge au litige.

La hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public ainsi esquissée a pour effet d'empêcher le juge de procéder au relevé d'office de certains moyens d'ordre public lorsque les conditions préalables à ce relevé d'office et tenant à la compétence du juge ou à la recevabilité de la demande ne sont pas réunies. Impérative de prime abord, elle connaît toutefois des exceptions, à tout le moins apparentes. L'impossibilité de procéder audit relevé d'office prend un relief plus malléable.

9. TPI, 5 octobre 2009, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission et Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pt 207.

10. En revanche, le juge peut exceptionnellement rejeter au fond une demande potentiellement irrecevable, voy. *infra*, cette Sous-section, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer* (pp. 452 et s.).

11. Dans le même sens, K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS ont noté, dans la 2^e édition du *Procedural Law of the European Union* (2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2006, 790 p., spéc. pp. 288-289, § 7-122, note n° 424), que « the Court cannot raise a plea of its own motion if the application, in the absence of such a plea, is inadmissible », référence étant faite à l'arrêt *Commission c/ Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum* (CJCE, 13 décembre 2005, aff. C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737), par lequel la Cour de justice avait mis fin à une tendance du Tribunal de requalifier l'objet des recours en matière d'aides d'État.

12. Voy. notamment : CJCE, ord., 10 mai 2001, *FNAB e.a. c/ Conseil*, aff. C-345/00 P, *Rec.*, p. I-3811, pts 39-40 et 43 (violation des formes substantielles) ; TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris International c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 87 (violation du principe d'équilibre institutionnel).

13. Voy. pour des exemples explicites : CJCE, ord., 7 juillet 2005, *Le Pen c/ Parlement*, aff. C-208/03 P, *Rec.*, p. I-6051, pt 59 ; Trib. UE, 8 septembre 2015, *Ministry of Energy of Iran*, aff. T-564/12, *Rec. num.*, pt 20. Souvent, cet examen n'est pas dévoilé dans la décision mettant fin à l'instance, le juge procédant par prétérition (voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 1. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, pp. 494 et s.).

§ 2. – Des exceptions apparentes et limitées

En méconnaissance apparente de l'ordre de traitement des questions, fussent-elles d'ordre public, de compétence, de recevabilité et de fond, tel qu'exposé dans le paragraphe précédent, le traitement du fond du litige peut exceptionnellement précéder l'établissement de la recevabilité de la demande, voire de la compétence du juge. C'est ainsi que, sans certitude quant à la recevabilité de la demande voire à sa propre compétence, le juge peut examiner d'office des moyens d'ordre public de fond. D'une part, à titre de moyen d'ordre public, il est autorisé à constater d'office l'inexistence juridique de l'acte déferé à son contrôle. Il opère ce constat le cas échéant en méconnaissance des conditions de recevabilité, voire de la compétence juridictionnelle. D'autre part, en vertu de la jurisprudence dite *Boehringer*⁽¹⁴⁾, le juge s'estime libre, pour des raisons d'économie de procédure et de bonne administration de la justice, de rejeter une demande au fond sans en vérifier la recevabilité, voire sa propre compétence.

L'entorse causée par la théorie de l'inexistence juridique à l'ordre de traitement des questions liminaires et de fond n'est qu'apparente (A). Sous réserve d'être strictement délimitée, l'inversion des questions liminaires et de fond autorisée par la jurisprudence dite *Boehringer* ne porte qu'une atteinte limitée à cet ordre (B).

A. *La théorie de l'inexistence juridique*

La théorie de l'inexistence juridique est située à la lisière entre la recevabilité d'une demande et son bien-fondé. Elle implique une analyse de la légalité de l'acte déferé au contrôle du juge mais conduit, lorsque l'acte est entaché d'une illégalité telle qu'il ne peut avoir valablement été formé, à un constat d'irrecevabilité de la demande. Cette analyse de légalité est susceptible d'être opérée en dehors des limites procédurales de droit commun. Dans la mesure où elle conduit au constat d'irrecevabilité de la demande, elle ne rompt toutefois qu'en apparence avec la priorité de l'examen de la recevabilité (1). En l'absence de jurisprudence, elle ne forme qu'une exception incertaine à la priorité absolue de la compétence juridictionnelle (2).

14. Jurisprudence constante depuis : CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 51-52.

1) Une exception apparente à la priorité de l'examen de la recevabilité

Il est communément admis que l'inexistence juridique peut être examinée par le juge de l'Union européenne en dehors des conditions procédurales normales. Selon la doctrine, elle fait exception aux délais de recours et à l'impossibilité d'invoquer une exception d'illégalité⁽¹⁵⁾, ce que la jurisprudence tend à confirmer⁽¹⁶⁾.

En revanche, il n'est pas certain que toutes les autres conditions de recevabilité puissent également être mises à l'écart en cas d'inexistence juridique⁽¹⁷⁾. En particulier, la question reste débattue de savoir si un acte insusceptible de recours en annulation au titre de l'article 263 TFUE peut néanmoins être déclaré inexistant⁽¹⁸⁾. De même, il n'est pas, ou plus, certain que l'inexistence puisse être constatée dans toute voie de droit⁽¹⁹⁾ ou à la demande d'un requérant qui n'a pas qualité pour contester l'acte⁽²⁰⁾.

En dépit de ces tergiversations, il nous semble que la cause d'irrecevabilité affectant le cas échéant une demande ne saurait affecter le pouvoir du juge de constater l'inexistence de l'acte. Il en va en effet de la nature fonctionnelle incontestée de l'inexistence juridique⁽²¹⁾ que cette dernière doit pouvoir être constatée exceptionnellement en dehors des règles de recevabilité de droit

15. G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. p. 266. Voy. également en droit français : J.-M. AUBY, *L'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pedone, 1951, 351 p., spéc. pp. 287-289 ; J. MOREAU, « Inexistence », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2002 (actualisation 2013), § 34-36.

16. L'inexistence de l'acte directement attaqué peut être constatée en dehors des délais de recours : CJCE, 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff. 15/85, *Rec.*, p. 1005, pt 10 ; TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pt 48. Voy. à propos de l'exception d'inexistence : CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 12-13.

17. Sur l'ensemble de ces questions, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 1, B. La levée incertaine des autres conditions de recevabilité (pp. 645 et s.).

18. La Cour de justice semblait l'avoir admis dans l'affaire *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité* (CJCE, 10 décembre 1957, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 219-220). Ultérieurement, elle a néanmoins laissé la question ouverte (CJCE, 11 novembre 1981, *IBM c/ Commission*, aff. 60/81, *Rec.*, p. 2639, pt 23). Pour sa part, le Tribunal semblait répondre par la négative (TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 88), sans que la Cour de justice n'ait pris position à l'occasion du pourvoi (CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c/ Commission*, aff. C-131/03 P, *Rec.*, p. I-7795, pt 93).

19. En 2016, le Tribunal a laissé entendre qu'il ne pouvait déclarer l'inexistence dans le cadre d'un recours en indemnité : Trib. UE, 20 juillet 2016, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13, *Rec. num.* (extraits), pts 24-26.

20. TPI, ord., 25 avril 2006, *Kreuzer Medien c/ Parlement et Conseil*, aff. T-310/03, non publiée, pt 80.

21. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1. Des moyens d'ordre public dérivés de la gravité de l'illégalité : la théorie de l'inexistence (pp. 289 et s.).

commun⁽²²⁾. En ce sens, le juge saisi d'une demande irrecevable sera amené, en présence d'un acte entaché de vices de légalité particulièrement graves et évidents, à constater son inexistence plutôt qu'à rejeter la demande pour un motif d'irrecevabilité. Conceptuellement, l'inexistence devrait dès lors jouir d'un caractère prioritaire sur tout autre moyen d'ordre public de recevabilité dès lors qu'elle est le seul outil du juge pour censurer un acte entaché de vices graves et évidents intolérables pour l'ordre juridique de l'Union européenne. La question reste toutefois théorique dès lors que le juge saisi d'une demande irrecevable ne semble recourir à la théorie de l'inexistence que sur invitation par une partie et non d'office. Foncièrement exceptionnel, le concours de l'inexistence devient en toute hypothèse inutile lorsque la demande est recevable⁽²³⁾. Le juge est alors en mesure de censurer l'illégalité dans les conditions procédurales de droit commun et préférera, compte tenu de la gravité du constat d'inexistence, recourir à la simple annulation ou déclaration d'inapplicabilité ou d'invalidité de l'acte. En dépit de sa qualification d'ordre public, l'inexistence juridique constitue ainsi, du fait de son caractère fonctionnel, un instrument de souplesse entre les mains du juge. Elle lui permet de faire échec aux conditions de recevabilité de droit commun en présence de vices intolérables.

En cela, l'inexistence ne forme qu'une exception apparente à la priorité de l'examen de la recevabilité sur le fond et à l'interdiction pour le juge de relever d'office un moyen d'ordre public de fond dans le cadre d'une demande irrecevable. D'une part, bien que son constat découle d'un examen de la légalité de l'acte en cause, l'inexistence est affiliée à la recevabilité de la demande⁽²⁴⁾. Le traitement prioritaire du fond du litige est ainsi indissociablement lié à l'appréciation de la recevabilité, comme cela

22. S'agissant du recours en annulation, hormis le cas de l'inexistence, il ressort d'une jurisprudence constante que les conditions de recevabilité ne connaissent de dérogation du fait ni de la mise en cause de droits fondamentaux ni de la gravité du vice allégué : CJCE, ord., 10 mai 2001, *FNAB e.a. c/ Conseil*, aff. C-345/00 P, *Rec.*, p. I-3811, pts 39-40 et 43 ; CJCE, ord., 5 juillet 2001, *CNPA e.a. c/ Commission*, aff. C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, pt 32 ; CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 101 ; CJUE, ord., 16 novembre 2010, *Internationale Fruchthandels Gesellschaft Weichert c/ Commission*, aff. C-73/10 P, *Rec.*, p. I-11535, pt 50 ; TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris International c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 87.

23. Ainsi, le Tribunal interprète une demande tendant à la déclaration de l'inexistence d'une décision comme une demande d'annulation : Trib. UE, 22 septembre 2017, *Arrigoni c/ EUIPO*, aff. T-454/16, non publié, pt 20.

24. Un recours en annulation d'un acte inexistant est rejeté comme irrecevable (CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201), étant précisé qu'il peut être tenu compte de l'inexistence au stade de la répartition des dépens pour motifs exceptionnels (TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pt 103). Par analogie, une exception d'illégalité dirigée contre un acte inexistant devrait également être tenue pour irrecevable, bien qu'en

peut exceptionnellement être le cas⁽²⁵⁾. D'autre part, l'inexistence semble constituer, au sein des moyens d'ordre public afférents à la recevabilité des demandes, un moyen prioritaire. Cette priorité n'est toutefois impérieuse que lorsque la demande en cause est en tout état de cause irrecevable. Dans le cas inverse, lorsque la demande est recevable, le juge pourra, en effet, se contenter de faire usage des pouvoirs dont il est investi en application du droit commun. Cette spécificité somme toute limitée du moyen d'ordre public pris de l'inexistence juridique pourrait être complétée, à titre prospectif, par une spécificité réelle, s'il était admis que l'inexistence fait échec aux limites de la compétence juridictionnelle.

2) Une exception incertaine à la priorité absolue de la compétence juridictionnelle

Poussant le régime dérogatoire de l'inexistence juridique à son paroxysme, il pourrait être envisagé qu'un juge incompetent soit autorisé à constater l'inexistence d'actes échappant à sa compétence⁽²⁶⁾. Même à titre prospectif, une telle possibilité, qui n'a encore jamais été explicitement envisagée par le juge de l'Union européenne, ne trouve toutefois pas sa place dans le droit du contentieux de l'Union. Cette assertion se vérifie à trois égards, s'agissant de la définition de la compétence d'attribution de la Cour de justice l'Union européenne, de la répartition des compétences au sein de celle-ci et de la compétence du juge national à l'égard du droit européen.

En premier lieu, la question se pose de savoir si le juge de l'Union européenne est habilité à constater l'inexistence juridique d'actes non

pratique une telle qualification reste sans conséquence sur l'instance en cours dès lors que l'acte, qu'il soit déclaré inapplicable car invalide ou inexistant, sera laissé inappliqué dans le litige en cause.

25. Dans d'autres circonstances également, la recevabilité d'un recours peut exceptionnellement dépendre de l'appréciation du fond du litige. Il en va notamment ainsi lors de l'examen du caractère attaquant de l'acte attaqué, qui peut dépendre de l'examen des compétences et pouvoirs de son auteur (CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, dit « AETR », aff. 22/70, *Rec.*, p. 263, pts 2-5) ou de son contenu (CJCE, 28 novembre 1991, *Luxembourg c/ Parlement*, aff. jtes C-213/88 et C-39/89, *Rec.*, p. I-5643, pt 16). Il peut également en aller ainsi, en cas de demande d'annulation partielle, de l'examen du caractère détachable des dispositions dont l'annulation est demandée (CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, pt 29). Dans ces circonstances, l'examen du fond du litige n'est anticipé qu'aux fins d'apprécier la recevabilité. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une entorse à l'ordre de traitement habituel postulé.

26. À l'instar des dérogations aux règles de compétence juridictionnelle admises dans le contentieux français, voy. à ce titre : J.-M. AUBY, *op. cit.*, spéc. pp. 290-293 ; J. MOREAU, *op. cit.*, §§ 43 et s.

justiciables devant lui, tels des actes étatiques⁽²⁷⁾, des actes d'organismes internationaux, voire des actes non justiciables de l'Union. Une réponse négative s'impose à nos yeux. D'abord, il a déjà été jugé que le choix des conséquences⁽²⁸⁾ d'une incompatibilité d'actes nationaux avec le droit de l'Union européenne appartenait aux juridictions nationales conformément aux droits internes⁽²⁹⁾. *A fortiori*, il est très peu probable que, même si des actes nationaux étaient adoptés en méconnaissance grave et patente du droit de l'Union européenne, le juge de l'Union soit conduit à constater leur inexistence juridique.

Ensuite, s'agissant d'actes d'organismes internationaux, il n'est pas exclu que le recours douteux à la notion de *jus cogens*⁽³⁰⁾ dans les arrêts *Kadi I*⁽³¹⁾ et *Yusuf et Al Barakaat*⁽³²⁾ du Tribunal ait constitué un certain reflet de la théorie de l'inexistence appliquée aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies mises en œuvre en vertu d'une compétence liée par des actes communautaires (de l'Union européenne) directement contestés devant lui. La référence au *jus cogens* permet en effet au Tribunal de contrôler, de manière incidente, la légalité de telles résolutions, qui sont en principe soustraites à la compétence du juge de l'Union européenne, et de dépasser ainsi l'obstacle de leur non-justiciabilité⁽³³⁾. Cependant, cette

27. En dehors des hypothèses du recours en constatation de manquement et, pour un contrôle indirect, du renvoi préjudiciel en interprétation.

28. Déclaration d'inapplicabilité, nullité absolue ou relative.

29. Voy. en ce sens : CJCE, 4 avril 1968, *Lüick c/ Hauptzollamt Köln*, aff. 34/67, *Rec.*, p. 359, spéc. p. 370. Si le professeur A. BARAV (« Les effets du droit communautaire directement applicable », *CDE*, 1978, n°s 2-3, pp. 265-286, spéc. pp. 273-279 et 285-286) a proposé une lecture de l'arrêt *Simmenthal* (CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, pt 17) en termes d'inexistence, en ce sens que la Cour de justice aurait jugé que tout acte national incompatible avec les exigences du droit communautaire (de l'Union européenne) directement applicable était inexistant, il a néanmoins précisé qu'il appartenait aux juridictions nationales de « tir[er] les conséquences éventuelles de l'inexistence des dispositions nationales postérieures intervenant dans le domaine législatif communautaire ou autrement incompatibles avec le droit communautaire ».

30. Notons au passage que la doctrine a pu opérer un certain rattachement du *jus cogens* à la notion d'ordre public, sur la base d'un raisonnement par analogie : H. RUIZ FARRI, « L'ordre public en droit international », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 85-108, spéc. pp. 90-92.

31. TPI, 21 septembre 2005, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649 (ci-après « l'arrêt *Kadi I* »).

32. TPI, 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. T-306/01, *Rec.*, p. II-3533 (« ci-après l'arrêt *Yusuf et Al Barakaat* »).

33. Après avoir décliné par principe sa compétence pour examiner la légalité de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (pts 217-225 de l'arrêt *Kadi I* ; pts 268-276 de l'arrêt *Yusuf et Al Barakaat*), le Tribunal estima néanmoins et par exception pouvoir examiner leur légalité au regard « du *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'[Organisation des Nations Unies], et auquel il est impossible de déroger » (pts 226-231 de l'arrêt *Kadi I* ;

approche a été fermement condamnée sur pourvoi⁽³⁴⁾. En définitive, il n'y a point d'exception à l'incompétence du juge de l'Union pour statuer sur la légalité d'actes d'organismes internationaux.

Enfin, de nombreux actes pris par l'Union européenne dans le domaine de la PESC restent non justiciables⁽³⁵⁾, bénéficient d'une « immunité juridictionnelle »⁽³⁶⁾. Ces actes ne sont susceptibles de contrôle juridictionnel que lorsqu'ils instituent des mesures restrictives à l'égard des personnes ou lorsqu'il leur est reproché d'empiéter sur les domaines intégrés de l'Union européenne. Le juge ne s'est pas encore prononcé sur son éventuel pouvoir de constater l'inexistence juridique de tels actes lorsque les conditions de sa compétence limitée ne sont pas réunies. Peut-être pourrait-on être tenté de voir un reflet de l'inexistence juridique dans l'habilitation du juge

pts 277-282 de l'arrêt *Yusuf et Al Barakaat*). Sous couvert de ce *jus cogens*, il examina en particulier le respect des droits fondamentaux (pts 237 et s. de l'arrêt *Kadi I* ; pts 288 et s. de l'arrêt *Yusuf et Al Barakaat*). Voy. pour une critique : D. SIMON et F. MARIATTE, « Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? À propos des arrêts Yusuf, Al Barakaat International Foundation et Kadi du 21 septembre 2005 », *Europe*, 2005, n° 12, étude 12, pp. 6-12 ; J. P. JACQUÉ, « Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies “Merci Monsieur le Professeur” », *L'Europe des libertés*, 2005, n° 19 ; T. TRIDIMAS et J. GUTTIEREZ-FONS, « EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism : The Judiciary in Distress », *Fordham International Law Journal*, 2008, pp. 660-730, spéc. pp. 689-697.

34. CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pts 286-288 : seule la légalité de l'acte communautaire (de l'Union européenne), à l'exclusion de celle d'une résolution qu'il met en œuvre, est susceptible d'être contrôlée par le juge communautaire (de l'Union). En définitive, la Cour de justice a « adopté[é] une position comparable à celle de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire *Solange I*, en excluant l'immunité juridictionnelle des actes appliquant les résolutions du Conseil de sécurité : J. RIDEAU, « Réflexions sur la jurisprudence *Kadi et Yusuf/Al Barakaat*. Quand le Professeur retourne à l'école... de droit », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 489-510, spéc. p. 508. *Adde*, à propos du développement de la jurisprudence en matière de contrôle des mesures restrictives : É. DAVID, « Le contrôle judiciaire des sanctions individuelles prises par l'UE dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », in A. DE WALSCHÉ (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 441-460 ; J. RIDEAU, « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Équilibres et déséquilibres de la balance*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 87-211 ; G. VANDERSANDEN, « Le traité de Lisbonne et le contentieux de la politique étrangère et de sécurité commune », in G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL et al. (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 671-697.

35. Art. 24 TUE, sous réserve des dispositions de l'article 40 TUE et de l'article 275, al. 2, TFUE. Dans le temps, il s'agissait également du domaine de l'ancien troisième pilier. Voy. à propos de la juridictionnalisation progressive de ce dernier, les références citées *supra*, note n° 65 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle »).

36. Ces actes ont pu être considérés comme étant, pour les auteurs du traité, « assimilables à des “actes de gouvernement” » : G. VANDERSANDEN, « Le traité de Lisbonne... », *op. cit.*, spéc. p. 672.

de vérifier l'absence d'empiétement, par de tels actes, sur les compétences de l'ex-pilier communautaire⁽³⁷⁾. Cependant, cette approche, qui était d'origine prétorienne et fut ultérieurement constitutionnalisée, n'a pas été motivée par référence à la théorie de l'inexistence juridique, mais au regard de la justiciabilité de la règle de non-affectation des compétences communautaires⁽³⁸⁾.

En toute hypothèse, en dehors de ce contrôle spécifique, il est peu probable que les juridictions de l'Union européenne contrôlent, fût-ce au regard de la notion d'inexistence, des actes non justiciables relevant de la PESC en raison du caractère hautement sensible de celle-ci et de ses implications politiques. Ce constat s'impose d'autant plus que la Cour de justice interprète de manière restrictive l'incompétence du juge de l'Union européenne pour statuer sur les actes de la PESC⁽³⁹⁾ au nom du principe

37. Dégagée à propos des actes pris dans le cadre de l'ancien troisième pilier (CJCE, 12 mai 1998, *Commission c/ Conseil*, aff. C-170/96, *Rec.*, p. I-2763, pt 16 ; CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.*, p. I-7879, pt 39 ; CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C-440/05, *Rec.*, p. I-9097, pt 53), qui est aujourd'hui pleinement justiciable, cette compétence a été étendue au domaine de l'ancien deuxième pilier, relatif à la PESC (CJCE, 20 mai 2008, *Commission c/ Conseil*, aff. C-91/05, *Rec.*, p. I-3651, pt 33). Voy. à propos de cette extension du contrôle juridictionnel : E. NEFRAMI, « Le contentieux de la base juridique sous l'angle de l'article 47 du traité sur l'Union européenne », in J.-C. MASCLET *et al.* (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 891-906 ; A. DASHWOOD, « Article 47 TUE and the relationship between first and second pillar competences », in A. DASHWOOD et M. MARESCEAU (dir.), *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 70-103 ; J. HELISKOSKI, « Small arms and light weapons within the Union's pillar structure : an analysis of Article 47 of the EU Treaty », *E.L.Rev.*, 2008, n° 6, pp. 898-912.

38. Art. 47 TUE (ancien). Cette protection des compétences de l'ancien premier pilier est aujourd'hui complétée par une protection en sens inverse des compétences et procédures de la PESC (art. 40 TUE actuel).

39. Interprétation restrictive en raison de la nature dérogatoire de cette incompétence par rapport à la « règle de la compétence générale que l'article 19 TFUE confère à la Cour pour assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (CJUE, 24 juin 2014, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-658/11, *Rec. num.*, pt 70 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pt 42 ; CJUE, 19 juillet 2016, *H c/ Conseil e.a.*, aff. C-455/14 P, *Rec. num.*, pt 40). La Cour de justice semble consacrer une sorte de notion d'actes détachables du noyau dur de la PESC, consistant en son volet opérationnel ou, en d'autres termes, en « les aspects strictement militaires et de défense de cette politique » (V. MICHEL, « Du statut contentieux de la mission Eulex Kosovo », *Europe*, 2016, n° 1, comm. 27). C'est ainsi qu'elle a refusé de soustraire à la compétence du juge une décision relative à une passation de marché public ayant engendré des dépenses à la charge du budget de l'Union et relevant du règlement financier (arrêt *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, précité, pts 41-50), de même que, dans les circonstances spécifiques d'une affaire, des « actes de gestion du personnel » concernant des agents détachés par des États membres auprès d'une mission de police de l'Union européenne instituée par une décision PESC (arrêt *H c/ Conseil e.a.*, précité, pts 39-58). Selon les termes de l'avocat général WATHELET, pour relever de l'exception à la compétence du

de protection juridictionnelle effective inhérent à l'Union de droit⁽⁴⁰⁾. À l'aide d'une interprétation téléologique⁽⁴¹⁾, elle tend ainsi, parallèlement, à étendre le champ de la compétence limitée du juge en ce domaine⁽⁴²⁾. Dès lors, l'attrait théorique que la théorie de l'inexistence aurait pu avoir dans le domaine de la PESG s'estompe.

En deuxième lieu, se pose la question de savoir si, eu égard à la répartition des compétences juridictionnelles au sein de l'ordre juridictionnel de l'Union européenne, un juge incompetent pourrait néanmoins constater l'inexistence juridique d'un acte relevant de la compétence d'une autre juridiction de l'Union. En réalité, cette question est largement dépourvue

juge de l'Union européenne, « non seulement [la] base légale [de l'acte] doit se situer parmi les articles 23 TUE à 46 TUE mais sa substance doit relever de l'exercice de la PESG » (concl. sous CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, *Rec. num.*, pt 49).

40. S'agissant de la compétence préjudicielle pour statuer sur la validité de décisions prises au titre de la PESG : CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, *Rec. num.*, pts 72-76. La Cour de justice a limité sa compétence préjudicielle de manière analogue aux limites entourant la compétence du juge de l'annulation, si ce n'est qu'elle accepte de contrôler les dispositions énonçant les conditions générales en vertu desquelles *Rosneft* a été soumise aux mesures restrictives (pts 97-99, 104 et 107).

41. Il a pu être remarqué que l'interprétation téléologique et l'interprétation textuelle de la compétence limitée en matière de PESG conduisaient à des résultats divergents : P. VAN ELSUWEGE, « Upholding the rule of law in the Common Foreign and Security Policy : *H v. Council* », *CML Rev.*, 2017, pp. 841-858, spéc. p. 854.

42. Commentant l'avis 2/13 (CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rec. num.*), J. RIDEAU (« L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESG. "Les sages se rebiffent" », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 29-43, spéc. p. 30) remarqua ainsi que, en relevant qu'elle « n'[avait] pas encore eu l'opportunité de préciser la portée des limitations de sa compétence résultant, en matière de PESG, [des traités] » au point 215 dudit avis, la Cour de justice a en réalité opéré une « inversion significative [...] de la situation qui est en réalité celle de son incompetence pour la PESG dérogeant à sa compétence générale et elle-même assortie de dérogations ». À propos de l'avis 2/13, voy. *inter alia* : M. AFROUKH et L. COUTRON, « La compétence – exagérée ? – exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 45-68 ; L. CLÉMENT-WILZ, « Le renvoi préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé ? », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 69-80 ; E. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2015, n° 1, pp. 73-112 ; J. P. JACQUÉ, « Pride and/or prejudice ? : les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *CDE*, 2015, n° 1, pp. 19-45 ; H. LABAYLE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, n° 1, pp. 3-22 ; I. PERNICE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 », *CDE*, 2015, n° 1, pp. 47-72 ; F. PICOD, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *JCP G*, 2015, n° 6, pp. 230-234 ; F. PICOD et J. RIDEAU, « L'avis 2/13 : morceaux choisis », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 7-10 ; D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015, n° 2, pp. 4-9 ; D. SZYMACZAK, « L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l'art d'être contre-productif », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 11-18.

de pertinence pratique. En effet, le statut a institué des mécanismes de renvoi des recours erronément formés devant une juridiction incompétente de l'Union vers la juridiction compétente⁽⁴³⁾. Grâce à ces mécanismes de réorientation efficaces, il n'est point besoin de recourir à la théorie de l'inexistence juridique. Il en va d'autant plus ainsi que ces mécanismes sont en principe activés très tôt, par le greffe ou par le juge, à un stade où aucun juge n'a encore débuté l'étude au fond du dossier. Or, en dépit du caractère flagrant et grave du vice de légalité justifiant le constat d'inexistence, ce constat clôt un examen du fond du litige, qui est précisément évité par l'activation du mécanisme de renvoi prévu par le statut.

En troisième lieu, depuis l'arrêt *Foto-Frost* prononcé par la Cour de justice en 1987⁽⁴⁴⁾, il est constant que le juge national se voit interdire de constater l'invalidité d'un acte de l'Union européenne. En cas de doute sur la validité d'un tel acte, il doit déférer la question à la Cour de justice à titre préjudiciel. Des auteurs se sont néanmoins demandé si, en dépit de cette jurisprudence, ledit juge était habilité à constater l'inexistence juridique d'un tel acte, découlant des vices graves et évidents au regard du bloc de légalité européenne⁽⁴⁵⁾, sans procéder au renvoi préjudiciel en appréciation de validité⁽⁴⁶⁾. Fondée sur une transposition de la notion d'acte clair au

43. Art. 54 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

44. CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. I-4199, pts 15-20. Voy. à propos de cet arrêt : G. BEBR, « The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty », *CML Rev.*, 1988, pp. 667-691 ; L. GOFFIN, « De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1990, n^{os} 1-2, pp. 216-226.

45. La Cour de justice exclut, de longue date, que « le droit né du traité, issu d'une source autonome, [puisse], en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, pt 3). Le constat d'inexistence ne saurait donc être justifié au regard d'une norme issue du droit national. Dès lors, les tendances de certaines cours suprêmes nationales à affirmer une possibilité résiduelle de contrôle du droit dérivé de l'Union européenne ne devraient point être lues à travers la théorie de l'inexistence. Voy. pour un aperçu de ces jurisprudences nationales, en particulier allemande, française et italienne : J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 1464 p., spéc. pp. 1134-1151, 1256-1261 et 1312-1315.

46. Voy. les interrogations de M.-Ch. BERGERÈS, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTDE*, 1989, n^o 4, pp. 647-683, spéc. pp. 661-664. Estimant que les arguments en faveur d'une telle possibilité, tirés en substance d'une transposition de la théorie de l'acte clair au domaine de l'appréciation de validité, et les arguments en sa défaveur, tirés en substance d'un risque d'« éclatement de l'application du droit communautaire [de l'Union] », sont de force équivalente, l'auteur ne parvient toutefois à aucune conclusion définitive. Voy. contre une telle possibilité : C. ANNACKER, « Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1995, pp. 755-761, spéc. p. 760 ; L. GOFFIN, *op. cit.*, spéc. p. 225 ; D. HEIN, *Die Inzidentkontrolle sekundären Gemeinschaftsrechts durch den*

domaine de l'appréciation de validité⁽⁴⁷⁾, une telle proposition nous paraît d'emblée vouée à l'échec. En effet, dans son arrêt *Gaston Schul Douane-expéditeur* de 2005⁽⁴⁸⁾, la Cour de justice a exclu une telle transposition dans des circonstances qui auraient pourtant pu s'y prêter⁽⁴⁹⁾. Or, plus encore que l'habilitation, sollicitée dans cette affaire, du juge national pour invalider un acte ou une disposition analogue à un acte ou une disposition déjà invalidé(e), l'autorisation de ce juge de recourir à la théorie de l'inexistence pour se dispenser de l'obligation de renvoi préjudiciel comporte un sérieux risque pour l'effectivité et l'unité d'application du droit de l'Union européenne⁽⁵⁰⁾. Ce risque est aggravé en raison de la subjectivité inhérente à l'appréciation des conditions de l'inexistence.

En définitive, le recours à la théorie de l'inexistence pour des actes échappant à la compétence du juge de l'Union étant improbable, cette théorie ne fait point échec aux règles de compétence juridictionnelle de l'ordre

Europäischen Gerichtshof. Dargestellt am Beispiel der Prüfung von Richtlinien im Vertragsverletzungsverfahren, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 302 p., spéc. p. 197.

47. La notion d'acte clair est admise, en son principe mais sous conditions, par la Cour de justice dans le domaine de l'interprétation du droit de l'Union européenne, en tant qu'exception à l'obligation de renvoi préjudiciel pesant sur les juridictions nationales statuant en dernier ressort (CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit e.a.*, aff. 283/81, *Rec.*, p. 3415, pt 21), voy. parmi une doctrine abondante : G. BEBR, « The Rambling Ghost of "Cohn-Bendit" : Acte Clair and the Court of Justice », *CML Rev.*, 1983, pp. 439-472 ; A. KORNEZOV, « The new format of the *acte clair* doctrine and its consequences », *CML Rev.*, 2016, pp. 1317-1342 ; K. LENAERTS, « La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel », *CDE*, 1983, n° 4, pp. 471-500. Voy. pour une proposition de transposer la théorie de l'acte clair au domaine de l'appréciation de validité, en ce sens que le juge national, même statuant en dernière instance, serait habilité non seulement à écarter une contestation de la validité d'un acte communautaire (de l'Union européenne) qu'il estime non fondée, mais encore à « écarter l'application d'une norme communautaire qu'[il] jug[e] invalide si cette invalidité est manifeste », tout en « estim[ant] que cette prérogative doit être maniée avec une grande prudence » : J.-F. COUZINET, « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1976, n° 4, pp. 648-690, spéc. pp. 658-662.

48. CJCE, 6 décembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur*, aff. C-461/03, *Rec.*, p. I-10513, pts 16-25. La Cour de justice était invitée à se prononcer sur la question de savoir si une juridiction suprême d'un État membre pouvait déclarer invalides des dispositions d'un acte communautaire (de l'Union) analogues à celles d'un autre acte que la Cour avait précédemment invalidées.

49. Comme l'avait d'ailleurs proposé l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER (concl. sous l'arrêt *Gaston Schul Douane-expéditeur*, précité, pt 91). Voy. à cet égard la fine analyse de L. COUTRON, « L'arrêt *Schul* : une occasion manquée de revisiter la jurisprudence *Foto-Frost* ? », *RTDE*, 2007, n° 3, pp. 491-511, spéc. pp. 494-502. Tout en critiquant l'arrêt de la Cour de justice en raison de sa motivation (pp. 503-507), l'auteur convient que la solution est « acceptable quant au fond » (pp. 507-511). Voy. déjà en faveur d'une habilitation du juge national à constater l'invalidité d'un acte analogue à un acte invalidé par la Cour de justice : L. GOFFIN, *op. cit.*, spéc. pp. 224-225.

50. Voy. dans le même sens contre l'habilitation du juge national à constater l'inexistence d'un acte communautaire (de l'Union européenne) : L. GOFFIN, *op. cit.*, spéc. p. 225.

juridique de l'Union européenne. En toute hypothèse, elle ne forme qu'une exception apparente à l'ordre de traitement habituel de la recevabilité et du fond et à l'interdiction pour le juge de relever d'office un moyen d'ordre public de fond en dépit de l'irrecevabilité de la demande. Elle forme un moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle particulier au statut contentieux dérogatoire renforcé. Ledit ordre de traitement peut en revanche être inversé dans les circonstances de la jurisprudence dite *Boehringer*.

B. *La jurisprudence dite Bohringer*

Le juge de l'Union européenne peut, pour des motifs de bonne administration de la justice et d'économie de procédure, se dispenser de l'examen d'une question de recevabilité, voire de compétence, soulevée devant lui lorsque la demande est en tout état de cause non fondée⁽⁵¹⁾. De manière analogue, il est dispensé de l'examen d'office de toute fin de non-recevoir d'ordre public lorsqu'il est en mesure de rejeter la demande comme non fondée⁽⁵²⁾. Dans ces circonstances, il rejette cette dernière au fond en laissant sans réponse la question de sa recevabilité, voire celle de sa propre compétence. Sa décision comporte une réserve explicite en ce sens. Ce faisant, il inverse les questions de recevabilité, voire de compétence, et de fond et s'autorise à examiner et écarter d'office les moyens d'ordre public de fond.

51. Jurisprudence constante, appuyée sur l'arrêt *Conseil c/ Bohringer* de la Cour de justice (CJCE, 26 février 2002, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 51-52). Voy. pour des confirmations par la Cour : CJCE, 22 novembre 2007, *Cofradía de pescadores "San Pedro" de Bermeo e.a. c/ Conseil*, aff. C-6/06 P, non publié, pt 21 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Club Hotel Loutraki e.a. c/ Commission*, aff. C-131/15 P, *Rec. num.*, pts 67-68. Voy. déjà pour des exemples anciens dans le contexte de demandes indemnitaires : CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 14/60, 16/60, 17/60, 20/60, 24/60, 26/60 et 27/60 et 1/61, *Rec.*, p. 321, spéc. p. 341 ; CJCE, 18 avril 1991, *Assurances du Crédit c/ Conseil et Commission*, aff. C-63/89, *Rec.*, p. I-1799, pts 28-29. Un résultat analogue peut être atteint lorsque le juge, émettant une « hypothèse juridictionnelle » (B. BERTRAND, « La Cour de justice et l'hypothèse », *CDE*, 2013, n° 2, pp. 445-490, spéc. pp. 451-463, notion appuyée sur la distinction des méthodes juridictionnelles et jurisprudentielles opérée par le professeur Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321 p., spéc. pp. 11-12), traite au fond une demande ou un moyen, dont la recevabilité peut paraître douteuse ou est contestée, en supposant que la demande ou le moyen soit recevable. De telles hypothèses sont fréquemment employées à titre surabondant, une fois que le juge a écarté la recevabilité de la demande ou du moyen en cause et dans un objectif de conforter leur rejet par un rejet au fond, le cas échéant afin « de rassurer le requérant malheureux en lui démontrant que le rejet de son recours, motivé par des considérations procédurales [...], ne le pénalise nullement, son recours étant, de toute façon infondé » (L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, n° 4, pp. 643-675, spéc. p. 654).

52. TFP, 27 septembre 2011, *Whitehead c/ BCE*, aff. F-98/09, non publié, pt 35 ; TFP, ord., 28 février 2013, *Pepi c/ ERCEA*, aff. F-33/12, non publiée, pt 32.

Cette jurisprudence dite *Boehringer* constitue la négation même de l'impérativité des règles d'ordre public de la procédure juridictionnelle⁽⁵³⁾. En cela, elle a pu, à juste titre, être critiquée. Elle est néanmoins justifiée par des considérations pratiques également importantes qui sont à la fois très différentes de celles sous-jacentes aux règles d'ordre public et complémentaires de celles-ci (1). Il convient toutefois de délimiter strictement son champ d'application (2).

1) Une jurisprudence critiquée en théorie mais justifiée en pratique

Permettre au juge d'examiner et de rejeter⁽⁵⁴⁾ au fond un recours, un chef de conclusions ou un moyen⁽⁵⁵⁾ tout en laissant subsister des doutes quant à la recevabilité de ceux-ci heurte non seulement l'ordre logique, sinon impératif, de traitement des demandes portées devant ce juge⁽⁵⁶⁾. Cela revient encore à l'autoriser à disposer des règles d'ordre public de recevabilité et à porter ainsi atteinte à la fois à leur impérativité et à son obligation d'en assurer d'office le respect⁽⁵⁷⁾. Cet affranchissement du

53. Les développements qui suivent sont, pour l'essentiel, tirés de notre contribution « Économies de procédure et motifs surabondants », in B. BERTRAND, L. COUTRON et P. IDOUX (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 185-238.

54. En revanche, il va de soi que le juge ne saurait accueillir au fond une demande irrecevable. En ce sens, le Tribunal de la fonction publique, appréciant d'emblée le fond d'un recours, a précisé que ce n'était que si le recours était fondé qu'il lui appartiendrait d'examiner sa recevabilité au regard des motifs d'irrecevabilité soulevés par la partie défenderesse : TFP, 13 décembre 2012, *Mileva c/ Commission*, aff. T-101/11, non publié, pt 22.

55. Alors qu'il l'a explicitement développée à propos du rejet au fond d'un recours, le juge recourt parfois à cette technique lors de l'examen de moyens tardifs : CJCE, 9 octobre 1974, *Campogrande c/ Commission*, aff. jtes 112/73, 144/73 et 145/73, *Rec.*, p. 957, pts 66-74 ; CJCE, 10 juillet 1980, *Distillers c/ Commission*, aff. 30/78, *Rec.*, p. 2229, pt 29. Voy. à ce propos : D. MÖLLER, *Die Klageänderung im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, thèse, Bonn, 1976, 229 p., spéc. pp. 83-85 ; D. RITLÉNG, *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, 725 p., spéc. p. 239. D. Möller explique cette pratique par des considérations d'économie de procédure et l'analyse en termes de relevé d'office implicite de moyens ordinaires.

56. Concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 31 et 36 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 7 mars 2013, *Suisse c/ Commission*, aff. C-547/10 P, *Rec. num.*, pts 44 et 46 ; concl. BOT sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-63/12 P, *Rec. num.*, pt 313 ; sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-66/12 P, *Rec. num.*, pt 313 ; sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-196/12 P, *Rec. num.*, pt 313, et sous CJUE, 8 septembre 2015, *Philips Lighting Poland et Philips Lighting c/ Conseil*, aff. C-511/13 P, *Rec. num.*, pts 50 et 60.

57. Voy. à propos de la difficile conciliation entre la nature d'ordre public des règles de recevabilité et la jurisprudence *Boehringer* : concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 30-31 et 35-36 ; concl. BOT sous CJUE, 8 septembre 2015, *Philips Lighting Poland et Philips Lighting c/ Conseil*, aff. C-511/13 P, *Rec. num.*, pts 56-57 et 59.

respect des règles d'ordre public tend à nier les fondements mêmes de leur caractère d'ordre public, tirés de la garantie du rôle du juge et des limites inhérentes à son office, de même que de l'égalité des justiciables et de la sécurité juridique⁽⁵⁸⁾. Enfin, « recour[ir] à un subterfuge »⁽⁵⁹⁾ et se contenter d'une solution d'espèce sans trancher des questions inédites ou complexes de recevabilité au motif qu'une demande peut plus aisément être rejetée au fond est discutable en termes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice⁽⁶⁰⁾, en particulier lorsque le juge avance des motifs douteux d'économie de procédure⁽⁶¹⁾.

La jurisprudence *Boehringer* a ainsi pu être critiquée à juste titre à la fois par des avocats généraux⁽⁶²⁾ et par la doctrine⁽⁶³⁾. Exceptionnellement, le recours à cette jurisprudence a même été critiqué par la Cour de justice à l'occasion d'un pourvoi⁽⁶⁴⁾. De surcroît, cette jurisprudence est parfois mal comprise. La doctrine a pu en déduire un peu hâtivement l'admission non

58. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle (pp. 67 et s.).

59. Selon les termes de L. COUTRON (« La protection juridictionnelle de l'État adhérent », in I. BOSSE-PLATIÈRE et C. RAPOPORT [dir.], *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 141-158, spéc. p. 148) à propos de l'arrêt *Pologne c/ Conseil* (CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-273/04, *Rec.*, p. I-8925, pt 33). « La Cour [a] fait preuve [...] de mansuétude à l'égard de la Pologne » (*id.*, spéc. p. 149).

60. Ont ainsi été laissées ouvertes, à tout le moins dans un premier temps, des questions relatives au statut contentieux des États tiers (CJUE, 7 mars 2013, *Suisse c/ Commission*, aff. C-547/10 P, *Rec. num.*, pt 47 ; voy. pour une critique : V. MICHEL, « Accord CE/Suisse », *Europe*, 2010, n° 11, comm. 388 ; *id.*, « Accord CE/Suisse », *Europe*, 2013, n° 5, comm. 231), au point de départ du délai des recours en annulation formés par des États adhérents contre des actes pris entre la fin des négociations et l'entrée en vigueur du traité d'adhésion (CJCE, 23 octobre 2007, *Pologne c/ Conseil*, aff. C-273/04, *Rec.*, p. I-8925, pt 33) ou encore à l'interprétation des nouvelles dispositions de l'article 263, al. 4, TFUE (Trib. UE, 25 avril 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Commission*, aff. T-526/10, *Rec. num.*, pts 20-21 ; voy. pour une critique : A. BOUVERESSE, « Recevabilité et moyens d'annulation », *Europe*, 2013, n° 6, comm. 257).

61. Voy. à cet égard : D. SIMON, « Quelques réflexions sur l'art de rédiger les jugements... », *Europe*, 2008, n° 10, comm. 303 ; A. BOUVERESSE, « Recevabilité et moyens d'annulation », *op. cit.*

62. Voy. les conclusions citées *supra*, notes n°s 56 et 57 du présent Chapitre.

63. Voy., outre les auteurs cités *supra*, notes n°s 60 et 61 du présent Chapitre : É. MEISSE, « Conditions de recevabilité du recours en annulation », *Europe*, 2007, n° 7, comm. 174.

64. Ainsi, tout en validant la jurisprudence *Boehringer* dont le Tribunal avait fait application, la Cour de justice n'en estima pas moins qu'« il [eût] été préférable [*sic* !], en première instance, que la nature de l'acte attaqué soit examinée en premier lieu », au titre de l'appréciation de la recevabilité d'un recours en annulation formé contre une décision prétendument contenue dans une lettre relative au paiement de l'amende infligée aux requérantes par une décision d'application de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE. L'arrêt du Tribunal a été annulé pour violation, par ce dernier, de son obligation de motivation quant au rejet au fond d'un moyen relatif à la motivation de ladite lettre (CJUE, 28 janvier 2016, *Quimitécnica. com et de Mello c/ Commission*, aff. C-415/14 P, non publié, pt 48). Étrangement formulée, l'appréciation de l'opportunité de recourir à la jurisprudence *Boehringer* semble en réalité procéder de la prémisse que l'étendue de l'obligation de motivation de l'acte attaqué est dépendante de la nature de cet acte, en sorte que le Tribunal ne pouvait statuer sur le caractère suffisant de la motivation sans avoir préalablement déterminé ladite nature.

motivée de la recevabilité d'un recours, ou, à tout le moins, une sorte de présomption en faveur de celle-ci⁽⁶⁵⁾, voire mettre erronément en exergue un prétendu inconvénient tenant au fait que cette jurisprudence préjuge de l'appréciation du bien-fondé du recours⁽⁶⁶⁾.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la jurisprudence *Boehringer* est fondée sur des considérations pratiques importantes et très différentes du raisonnement sous-jacent aux règles d'ordre public. Au nom de l'économie de procédure et de la bonne administration de la justice⁽⁶⁷⁾, elle introduit, en effet, une certaine souplesse dans le traitement des affaires⁽⁶⁸⁾, adoucit la rigueur parfois excessive imposée par l'impérativité des règles d'ordre public et permet au juge de trancher des questions importantes de fond qu'il serait, autrement, empêché d'apprécier⁽⁶⁹⁾. Une économie de procédure

65. Lorsque le juge de l'Union européenne statue en application de la jurisprudence *Boehringer*, il émet explicitement une réserve quant à la recevabilité du recours, question qu'il ne tranche pas. Pour autant, des auteurs ont pu en déduire que le juge avait admis la recevabilité (voy. en ce sens : F. KAUFF-GAZIN, « Sursis à exécution en matière extracontractuelle », *Europe*, 2008, n° 3, comm. 78) ou « introduit une sorte de présomption en faveur de la recevabilité du recours, sans que les motifs par lesquels le juge est parvenu à cette conclusion soient portés à la connaissance des parties » (É. MEISSE, *op. cit.*). Voy. dans le même sens : B. GENCARELLI, « Pédagogie judiciaire et bienveillance », in L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-47, spéc. p. 40.

66. Voy. en ce sens : A. BOUVERESSE, « Médicaments », *Europe*, 2010, n° 11, comm. 365 ; É. MEISSE, *op. cit.* La doctrine semble ainsi laisser entendre que les décisions de justice sont empreintes de choix d'opportunité de nature à influencer non seulement la structure de la motivation d'une décision de rejet, mais encore le sens même du dispositif. Or, à nos yeux, c'est l'examen du bien-fondé de la demande qui conditionne la possibilité de faire application de la jurisprudence *Boehringer* et non l'inverse. Ainsi, ce n'est pas parce que le juge veut éviter de statuer sur la recevabilité d'une demande qu'il décide de la rejeter au fond mais c'est bien parce que cette dernière est en tout état de cause non fondée qu'il s'autorise à faire l'économie de l'examen de sa recevabilité.

67. Le recours à la jurisprudence *Boehringer* est, selon le cas, fondé sur des motifs d'économie de procédure (voy. p. ex. : Trib. UE, 9 décembre 2013, *Netherlands Maritime Technology Association c/ Commission*, aff. T-140/13, non publié, pt 117), des motifs combinés de bonne administration de la justice et d'économie de procédure (voy. p. ex. : Trib. UE, 11 juillet 2014, *Telefónica de España et Telefónica Móviles España c/ Commission*, aff. T-151/11, *Rec. num.*, pts 34-35), parfois complétés de motifs d'opportunité (voy. p. ex. : Trib. UE, 4 juin 2014, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-67/12, non publié, pt 51). Il y est parfois recouru sans même que soit mentionnée la bonne administration de la justice ou l'économie de procédure (voy. p. ex. : CJCE, 23 mars 2004, *France c/ Commission*, aff. C-233/02, *Rec.*, p. I-2759, pt 26 ; CJCE, 23 octobre 2007, *Pologne c/ Conseil*, aff. C-273/04, *Rec.*, p. I-8925, pt 33 ; CJUE, 7 mars 2013, *Suisse c/ Commission*, aff. C-547/10 P, *Rec. num.*, pt 47).

68. Voy. également : B. BERTRAND, « Le standard de bonne administration de la justice en droit de l'Union européenne », *RAE*, 2014, n° 1, pp. 99-118, spéc. p. 112.

69. En effet, « il est des cas où le juge statue sur un recours irrecevable pour mettre un terme à une jurisprudence floue, génératrice de contentieux [...] pour fixer ou rappeler une jurisprudence quand celle-ci est ambiguë » (B. BERTRAND, « Le standard de bonne administration de la justice... », *op. cit.*, spéc. p. 118). Voy. à titre d'illustration les questions que soulevait l'importante affaire relative à la détermination de l'institution européenne pouvant décider de la position de l'Union européenne devant un organe juridictionnel, en l'occurrence le Tribunal international du droit de la mer, constitué

avouée par le recours à la jurisprudence *Boehringer* paraît préférable à des solutions peu orthodoxes éludant sans motivation une vraie problématique de recevabilité et jetant ainsi le trouble sur la réponse à celle-ci⁽⁷⁰⁾.

En définitive, la souplesse apportée par la jurisprudence *Boehringer* peut non seulement permettre au juge de statuer plus rapidement et sur un terrain plus sûr, eu égard à la complexité des questions de recevabilité soulevées dans une affaire. Elle peut encore rassurer le justiciable en lui montrant qu'en tout état de cause, sa demande ne pouvait prospérer au fond. En particulier en matière de légalité, un jugement au fond serait par ailleurs « toujours préférable, sinon du point de vue du demandeur, du moins au regard de l'intérêt général »⁽⁷¹⁾. Une conciliation de la souplesse induite par la jurisprudence *Boehringer* avec la rigueur dérivée du caractère d'ordre public des règles régissant la procédure juridictionnelle n'est dès lors pas impossible. Elle requiert, toutefois, de reconsidérer l'emploi de cette jurisprudence en limitant substantiellement son champ d'application.

2) Une jurisprudence devant être limitée en son champ d'application

Entorse au caractère impératif des règles d'ordre public, la jurisprudence *Boehringer* doit rester cantonnée à des situations exceptionnelles. Or, à l'heure actuelle, son champ d'application paraît exagéré à au moins trois égards.

Ainsi, d'abord, au-delà de la recevabilité, c'est parfois la compétence du juge qui est laissée en suspens, motif pris de ce que la demande peut

sur la base d'un accord international auquel l'Union est partie (CJUE, 6 octobre 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-73/14, *Rec. num.*). Tandis que le recours semblait irrecevable, faute pour le Conseil d'avoir contesté, en temps utile, un acte attaquant (concl. SHARPSTON, pts 36 et 38-48), l'affaire soulevait une question d'« importance cruciale » (concl., pt 49). Dès lors, l'avocat général SHARPSTON, tout en estimant que la recevabilité « [devait] être examinée avant d'aborder l'affaire au fond » et sans proposer à la Cour de justice de suivre l'approche *Boehringer*, n'en examinait pas moins, après constat d'irrecevabilité du recours, « les questions de fond [soulevées par celui-ci] sans toutefois exposer [son] point de vue sur la question de savoir si la décision [attaquée devait] être annulée, à laquelle [...] on ne saurait répondre » en raison de l'irrecevabilité du recours (concl., pts 36-37 et 49). Au fond, elle a écarté l'ensemble des moyens soulevés par le Conseil. Pour sa part, la Cour de justice se contenta de relever, à titre de « considérations liminaires », par ailleurs discutables (concl. SHARPSTON sous CJUE, 28 juillet 2016, *Conseil c/ Commission*, aff. C-660/13, *Rec. num.*, notes n°s 15 et 18), que ce recours devait « être compris comme faisant grief à la Commission d'avoir méconnu les prérogatives du Conseil en ne soumettant pas le contenu de l'exposé écrit présenté, au nom de l'Union, dans ladite affaire à l'approbation préalable du Conseil » (pt 38 de l'arrêt), avant d'examiner le recours au fond.

70. L'on se permettra de renvoyer à la solution « pas si élégante » (T. VERELLEN, « Het procedurele aspect : een niet al te elegante omgang met de ontvankelijkheidsvereisten van artikel 263 VWEU », *SEW*, 2016, pp. 184-186) adoptée par la Cour de justice dans l'affaire de la détermination de l'institution pouvant décider de la position de l'Union européenne devant le Tribunal international du droit de la mer, mentionnée à la note précédente.

71. À propos d'une pratique analogue du juge administratif français : R. CHAPUS, « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *Études et documents du Conseil d'État*, 1977-1978, pp. 11-65, spéc. p. 61.

être rejetée comme non fondée ou irrecevable⁽⁷²⁾. Il n'est, certes, pas exclu que cette extension de la jurisprudence *Boehringer* aux questions de compétence découle en définitive d'un manque d'étanchéité des notions de compétence et de recevabilité dans la jurisprudence. Il ne saurait, toutefois, être toléré que, dans un système d'attribution des compétences, un juge incompetent empiète sur les compétences d'un autre juge ou d'une autre entité en appréciant au fond une demande au seul motif que celle-ci doit en tout état de cause être rejetée⁽⁷³⁾. De façon analogue, le recours à la jurisprudence *Boehringer* est discutable lorsqu'il amène le juge à prendre position, en dépit de l'irrecevabilité d'une demande, sur une question sur laquelle l'institution auteur de l'acte n'a pas encore statué⁽⁷⁴⁾ ou qui relève de la sphère politique échappant à tout contrôle⁽⁷⁵⁾.

72. Le Tribunal laisse parfois explicitement ouverte la question de sa compétence pour statuer sur des demandes de dommages et intérêts fondées sur l'illégalité d'une décision prise par le Conseil dans le cadre de la PESC (Trib. UE, 11 juin 2014, *Syria International Islamic Bank c/ Conseil*, aff. T-293/12, non publié, pts 70 et 83 [rejet pour irrecevabilité] ; Trib. UE, 24 septembre 2014, *Kadhaf Al Dam c/ Conseil*, aff. T-348/13, non publié, pt 115 [rejet au fond]). Il arrive toutefois que le Tribunal se contente d'écarter au fond, sans même faire allusion à la question de sa compétence, des demandes indemnitaires fondées, *inter alia*, sur une illégalité alléguée de décisions PESC (Trib. UE, 2 avril 2014, *Ben Ali c/ Conseil*, aff. T-133/12, non publié, pts 90-100), ce dont on pourrait déduire qu'il s'estime compétent pour connaître de telles demandes. Pour autant, eu égard aux dispositions combinées des articles 40 TUE et 275, al. 2, TFUE, cette dernière disposition ne prévoyant aucune compétence du juge pour connaître d'actions indemnitaires du fait d'actes de la PESC, la doctrine a pu exclure une compétence à cet égard : K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p., spéc. p. 481. Voy. pour une approche apparemment plus nuancée : M. GARBAGNATI KETVEL, « The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy », *International & Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 77-120, spéc. pp. 116-117. Plus récemment, le Tribunal a par ailleurs exclu cette compétence : Trib. UE, 28 février 2016, *Jannatian c/ Conseil*, aff. T-328/14, non publié, pts 28-31.

73. Par analogie, l'on relève que la Cour de justice a notamment censuré le Tribunal pour avoir, lors de la détermination de la nature contractuelle ou extra-contractuelle d'un recours en indemnité, examiné le contenu d'un contrat, qui ne relevait pas de sa compétence en l'absence de clause compromissaire l'habilitant à cet effet et dans la mesure où cet examen relevait non pas de la détermination de la compétence du juge mais du bien-fondé de la demande indemnitaire : CJUE, 18 avril 2013, *Commission c/ Systran et Systran Luxembourg*, aff. C-103/11 P, *Rec. num.*, pts 63-67 et 75-78. Voy. pour une analyse critique : K. VERANNEMAN, « Déterminer la compétence du juge de l'Union face à la nature non contractuelle ou contractuelle d'une action en responsabilité : la Cour de justice définit la méthode », *RAE*, 2013, n° 2, pp. 399-404.

74. Le recours à la jurisprudence *Boehringer* est discutable en présence d'un acte préparatoire ou intermédiaire. En effet, le contrôle juridictionnel d'un tel acte pourrait obliger le juge à porter une appréciation sur des questions sur lesquelles l'institution auteur de l'acte n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, entraînant ainsi une anticipation des débats au fond et une confusion des différentes phases des procédures administratives et judiciaires contraire à la répartition des compétences entre les institutions et le juge (CJCE, 11 novembre 1981, *IBM c/ Commission*, aff. 60/81, *Rec.*, p. 2639, pt 20 ; CJUE, 13 octobre 2011, *Deutsche Post et Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-463/10 P et C-475/10 P, *Rec.*, p. I-9639, pt 51 ; CJUE, ord., 14 mai 2012, *Sepracor Pharmaceuticals c/ Commission*, aff. C-477/11 P, non publiée, pt 56 ; Trib. UE, ord., 27 novembre 2013, *MAF c/ AEAPP*, aff. T-23/12, non publiée, pt 33).

75. Ainsi l'on pourrait penser que le recours à la jurisprudence *Boehringer* devrait être exclu lorsque le juge est saisi des suites à donner par le Parlement à une pétition déclarée recevable,

Ensuite, le recours à la jurisprudence *Boehringer* est, en théorie, subordonné à l'appréciation des circonstances de l'espèce au regard des exigences d'une bonne administration de la justice⁽⁷⁶⁾, dont l'économie de procédure. Or, dans la pratique, l'on constate un recours à des formules types⁽⁷⁷⁾, sans motivation circonstancielle du choix du rejet au fond sans examen de la recevabilité. Plus encore, cette jurisprudence est parfois utilisée alors même que la recevabilité ne soulève aucune question particulièrement complexe et ne rencontre aucune sérieuse objection⁽⁷⁸⁾. Dans de telles circonstances, le doute instillé à ce sujet risque de créer une confusion inutile. En outre, le juge recourt parfois à cette jurisprudence dans des cas où l'examen du fond de la demande pose des questions complexes et/ou requiert de longs développements⁽⁷⁹⁾. La prétendue économie de procédure recherchée paraît alors douteuse. Combinée à l'idée d'une bonne administration de la justice, cette observation justifierait, dès lors, de limiter le recours à la jurisprudence *Boehringer* au seul cas de demandes

lesquelles, selon la jurisprudence, ne relèvent pas du domaine de contrôle du juge de l'Union, le Parlement conservant à cet égard une entière liberté d'appréciation de nature politique (Trib. UE, 14 septembre 2011, *Tegebauer c/ Parlement*, aff. T-308/07, non publié, pt 21 ; Trib. UE, 7 mars 2013, *Schönberger c/ Parlement*, aff. T-186/11, non publié, pt 19, confirmé par CJUE, 9 décembre 2014, *Schönberger c/ Parlement*, aff. C-261/13 P, *Rec. num.*, pt 24).

76. CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pt 52.

77. Concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 7 mars 2013, *Suisse c/ Commission*, aff. C-547/10 P, *Rec. num.*, pt 53.

78. Voy. p. ex. : TPI, 8 septembre 2009, *ETF c/ Landgren*, aff. T-404/06 P, *Rec.*, p. II-2841, pt 99. Le Tribunal laisse subsister un doute quant à la recevabilité d'un moyen de pourvoi par lequel la Commission, partie intervenante, fait valoir que le Tribunal de la fonction publique aurait dû déclarer le recours irrecevable. Or, s'il est vrai que la recevabilité des moyens non invoqués par les parties principales et soulevés par une seule partie intervenante n'a toujours pas été clairement définie par la jurisprudence (voy. *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 1. Une irrecevabilité de principe des moyens d'ordre public invoqués par les intervenants, pp. 634 et s.), il n'en demeure pas moins que l'irrecevabilité du recours de première instance est d'ordre public y compris au stade du pourvoi. Voy. également : Trib. UE, 25 avril 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Commission*, aff. T-526/10, *Rec. num.*, pts 20-21. La question de la recevabilité ne faisait guère de doute : concl. KOKOTT sous CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Commission*, aff. C-398/13 P, *Rec. num.*, pt 26.

79. Voy. p. ex. : TPI, 8 juillet 2008, *Sviluppo Italia Basilicata c/ Commission*, aff. T-176/06, non publié, pts 34-103. Voy. à ce titre : D. SIMON, « Quelques réflexions sur l'art de rédiger les jugements... », *op. cit.*

manifestement non fondées⁽⁸⁰⁾, qui peuvent être rejetées au fond sans que le juge soit tenu de procéder à un examen approfondi du dossier⁽⁸¹⁾.

Restent, enfin, les hypothèses dans lesquelles le juge recourt à la jurisprudence *Boehringer* pour éviter de statuer sur des questions de recevabilité inédites, nouvelles et complexes⁽⁸²⁾. Or, l'économie de procédure le cas échéant atteinte dans les circonstances du cas d'espèce ne saurait cacher l'insatisfaction à voir des questions de principe non tranchées et repoussées à l'avenir. L'absence d'examen de la question laisse, en effet, le justiciable et le juge dans l'incertitude quant à la correcte application des règles de droit⁽⁸³⁾. Elle ne fait que « reporter le traitement de la difficulté à

80. Voy. dans le même sens : concl. Bot sous CJUE, 8 septembre 2015, *Philips Lighting Poland et Philips Lighting c/ Conseil*, aff. C-511/13 P, *Rec. num.*, pts 65 et 67. Si la jurisprudence *Boehringer* a pu être utilisée lors de rejets par voie d'ordonnance motivée de recours manifestement dépourvus de tout fondement en droit (voy. p. ex. : TPI, ord., 7 juillet 2006, *Établissements Toulorge c/ Parlement et Conseil*, aff. T-167/02, non publiée, pt 16 ; Trib. UE, ord., 18 juin 2012, *Transports Schiocchet – Excursions c/ Conseil et Commission*, aff. T-203/11, non publiée, pts 26 et 44-45), ainsi que lors de rejets de moyens ou de chefs de conclusions par voie d'arrêt (voy. p. ex. : Trib. UE, 9 septembre 2014, *Hansestadt Lübeck c/ Commission*, aff. T-461/12, *Rec. num.* [extraits], pt 74), il existe également de nombreux exemples de rejets au fond de recours qui ne sont pas manifestement non fondés (voy. p. ex. : Trib. UE, 18 octobre 2011, *Gutknecht c/ Commission*, aff. T-561/08, non publié, pts 22-23 ; Trib. UE, 26 juin 2014, *Quimitécnica.com et de Mello c/ Commission*, aff. T-564/10, non publié, pts 35-36 ; Trib. UE, 10 octobre 2014, *Marchiani c/ Parlement*, aff. T-479/13, non publié, pts 23 et 95).

81. Le Tribunal a pu tirer argument du fait que deux recours, sur lesquels il a statué le même jour, soulevaient des questions de recevabilité différentes mais des questions de fond très similaires et qu'ils étaient tous deux non fondés. Explicite dans l'un des deux arrêts (TPI, 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken c/ Commission*, aff. T-163/05, *Rec.*, p. II-387, pts 30-31), cette motivation n'est curieusement pas reproduite dans l'autre (TPI, 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken c/ Commission*, aff. T-36/06, *Rec.*, p. II-537, pts 32-33). De manière analogue, l'avocat général Bot estime que « s'il est bien une hypothèse dans laquelle les principes d'économie de procédure et de bonne administration de la justice justifient de statuer sur le bien-fondé du recours sans en examiner la recevabilité, c'est lorsque le rejet du recours s'impose, par voie de conséquence, en raison de la décision prise sur un autre recours connexe » : concl. Bot sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-63/12 P, *Rec. num.*, pt 313 ; sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-66/12 P, *Rec. num.*, pt 313, et sous CJUE, 19 novembre 2013, *Commission c/ Conseil*, aff. C-196/12 P, *Rec. num.*, pt 313.

82. Voy. notamment les exemples cités *supra*, note n° 60 du présent Chapitre. Dans le temps, l'avocat général JACOBS a semblé envisager le recours à la jurisprudence *Boehringer* pour ne pas statuer sur la recevabilité d'une exception d'illégalité, soulevée par la BCE, à l'encontre d'un règlement à caractère normatif, motif pris en substance de ce que « [l]a question [était] délicate et [qu']il exist[ait] à peu près autant d'arguments pour que contre » la recevabilité (concl. JACOBS sous CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c/ BCE*, aff. C-11/00, *Rec.*, p. I-7147, pt 190). Il a toutefois marqué une préférence pour la recevabilité de l'exception, que la Cour de justice a confirmée à son tour (pts 74-78 de l'arrêt).

83. L'économie de procédure confine ainsi à l'« économie de pédagogie » (A. BOUVERESSE, « Recevabilité et moyens d'annulation », *op. cit.*). Il ne faut pas oublier, en outre, que c'est en statuant d'office sur la recevabilité dans des arrêts de rejet, que la Cour de justice a apporté d'importantes précisions quant aux conditions de recevabilité, voy. en particulier : CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, dit « AETR », aff. 22/70, *Rec.*, p. 263.

une instance ultérieure soulevant la même difficulté »⁽⁸⁴⁾. Le recours à la jurisprudence *Boehringer* est en revanche très pertinent lorsque la question de recevabilité relève d'une jurisprudence établie et constante tout en étant d'un maniement complexe et difficile⁽⁸⁵⁾, alors que, comparativement, le rejet du recours au fond paraît plus simple⁽⁸⁶⁾.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que, compte tenu de l'admission du rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond⁽⁸⁷⁾, le recours à la jurisprudence *Boehringer* implique nécessairement le rejet par prétérition de l'ensemble des moyens d'ordre public de fond susceptibles de jouer dans l'instance en cause. L'utilisation de cette jurisprudence ne saurait, en effet, faire échec à l'obligation pour le juge d'examiner les moyens d'ordre public de fond. Partant, s'il s'avérait qu'un tel moyen même non invoqué par les parties était fondé, le recours à la jurisprudence *Boehringer* serait proscrit.

C'est dans les limites ainsi tracées que l'entorse à l'impérativité des règles d'ordre public de recevabilité et à l'obligation pour le juge d'en assurer d'office le respect, générée par la jurisprudence *Boehringer*, peut être tolérée. Conjuguées, les limites à l'obligation de relever d'office découlant de la théorie de l'inexistence et de la jurisprudence *Boehringer* paraissent, somme toute, peu contraignantes pour le juge. D'une part, elles introduisent une forme de souplesse dans l'ordre de traitement des questions liminaires, à tout le moins de recevabilité, et de fond qui empêche normalement l'examen d'office de moyens de fond. Cette souplesse reste limitée dès lors que ni ladite théorie⁽⁸⁸⁾ ni ladite jurisprudence ne permettent au juge de

84. D. RITLENG, « La motivation des arrêts de la Cour de justice et la bonne administration de la justice. Quelques réflexions sur un couple improbable », in B. BERTRAND, L. COUTRON et P. INOUX (dir.), *op. cit.*, pp. 241-264, spéc. p. 250 et note n° 560.

85. L'on songe tout particulièrement à la jurisprudence relative à la qualité pour agir des requérants non privilégiés en annulation, et notamment à l'examen de l'affectation individuelle (voy. pour un exemple de recours à la jurisprudence *Boehringer* dans ce contexte : Trib. UE, 16 septembre 2013, *Orange c/ Commission*, aff. T-258/10, non publié, pts 102-103 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Iliad e.a. c/ Commission*, aff. T-325/10, non publié, pts 108-109). Le seul reproche susceptible d'être dirigé contre une telle approche aurait trait à la compétence limitée de la Cour de justice sur pourvoi, l'appréciation de l'affectation individuelle requérant souvent un examen des faits. Néanmoins, la recevabilité du recours de première instance étant d'ordre public au stade du pourvoi, cette considération ne devrait pas s'opposer à l'utilisation de la jurisprudence *Boehringer* dans ce contexte et celle-ci ne devrait faire échec à l'examen de la recevabilité lors du pourvoi (voy. aussi : concl. KOKOTT sous 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Commission*, aff. C-398/13 P, *Rec. num.*, pts 24-25).

86. *A contrario*, la complexité des questions au fond militerait en faveur d'un examen de la recevabilité du recours lorsque celui-ci pourrait être irrecevable : TPI, ord., 10 décembre 2004, *EFfCI c/ Parlement et Conseil*, aff. T-196/03, *Rec.*, p. II-4263, pt 14.

87. Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.).

88. Rappelons à toutes fins utiles encore une fois que, en raison de la fiction de l'inexistence juridique de l'acte entaché de vices de légalité d'une particulière gravité et évidence, le recours est déclaré irrecevable.

faire droit au recours, fût-ce sur la base d'un moyen d'ordre public de fond. En d'autres termes, le juge n'est habilité qu'à examiner, et non à relever et à accueillir, les moyens d'ordre public de fond. Compte tenu de la pratique du rejet par préterition, il est même tenu de vérifier ces derniers avant de décider de recourir à la jurisprudence *Boehringer*. À l'inverse, d'autre part, l'appréciation d'office de la compétence d'ordre public du juge mise à part, la théorie de l'inexistence juridique et la jurisprudence *Boehringer* assouplissent, sous conditions, l'obligation du juge d'examiner et de relever d'office les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Le relevé d'office obligatoire rencontre d'autres limites potentielles liées à l'articulation de l'ordre public de procédure et de celui de fond, en raison de la limitation possible de l'étendue de certaines actions portées devant le juge.

SOUS-SECTION 2. – LES LIMITES LIÉES À L'ÉTENDUE DE L'ACTION

Le recours porté devant le juge de l'Union européenne active la compétence qui lui est attribuée par les règles du traité. Activée, cette compétence n'est pas pour autant illimitée. Elle peut en particulier être restreinte par une limitation de la compétence d'attribution du juge ou par l'étendue spécifique d'un recours porté devant lui, voire par la qualité ou par l'intérêt de la partie requérante. Le juge doit, certes, s'en tenir à de telles limites qui reflètent elles-mêmes des règles d'ordre public. La question se pose toutefois de savoir si ces limites peuvent affecter son habilitation et, partant, son devoir d'examiner et de relever d'office des moyens d'ordre public de fond qui dépasseraient la sphère restreinte de sa compétence ou de sa saisine. La question n'est pas tranchée de manière définitive dans la jurisprudence. Néanmoins, il est permis de penser que les limites découlant de l'incompétence de principe du juge forment un obstacle absolu et indiscutable à tout relevé d'office des moyens d'ordre public de fond (§ 1). En revanche, les limites découlant de l'étendue de la compétence « activée » du juge sont variables, en ce qu'elles ne semblent pas toujours constituer d'obstacle infranchissable au relevé d'office de tels moyens d'ordre public (§ 2).

§ 1. – Les limites absolues découlant de l'incompétence de principe du juge

Lors de l'appréciation de légalité, l'étendue de la compétence confiée au juge de l'Union européenne est variable. Cette compétence peut exceptionnellement être conditionnée par la nature des actes portés devant ce juge et des moyens couverts par sa compétence, au

point de l'empêcher de relever d'office certains moyens d'ordre public de fond (A). Ladite compétence est également fonction des normes relevant du bloc de légalité au regard desquelles le juge peut exercer son contrôle. Ni la violation de normes étrangères à ce bloc ni celle de normes inapplicables ne sauraient être sanctionnées à travers des moyens d'ordre public (B).

A. Les actes et moyens non couverts par la compétence du juge

Des actes échappant à la compétence du juge ne sauraient faire l'objet d'un contrôle au fond, fût-ce au regard des moyens d'ordre public. Un exemple isolé peut être trouvé dans la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique. Celui-ci a pu refuser d'examiner un moyen d'ordre public tiré d'une insuffisance de motivation dirigé contre les conclusions d'un contrôle médical au motif, en substance, que ces conclusions ne pouvaient être contestées devant lui⁽⁸⁹⁾.

D'autres illustrations, plus délicates, peuvent être trouvées dans le contentieux des actes de la PESC, eu égard à la justiciabilité réduite des actes pris dans le cadre de cette politique. Ces actes sont, en principe et sauf exception prévue par les traités, exclus du champ de la compétence des juridictions de l'Union européenne⁽⁹⁰⁾. Le juge ne peut connaître de leur légalité que dans deux configurations⁽⁹¹⁾.

D'une part, le traité FUE confère au juge une compétence en vue du contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité UE⁽⁹²⁾. Ce contrôle de légalité

89. Elles ne pouvaient être contestées que dans le cadre d'une procédure d'arbitrage spécialement instituée par le statut des fonctionnaires et à laquelle la requérante n'avait pas eu recours : TFP, 17 juin 2008, *De Fays c/ Commission*, aff. F-97/07, *RecFP*, pp. I-A-1-191 et II-A-1-1011, pts 51 et 55-60.

90. « [E]n l'état actuel du droit de l'Union, certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent au contrôle juridictionnel de la Cour » : CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *Rec. num.*, pt 252.

91. La Cour de justice est en outre compétente pour statuer dans le cadre de la procédure d'avis sur des projets d'accords PESC, conformément à l'article 218, al. 11, TFUE.

92. Art. 275, al. 2, TFUE. Au terme d'une interprétation discutable de cette disposition, lue en combinaison avec l'article 263, al. 4, TFUE, Ch. BEAUCILLON (*Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 712 p., spéc. pp. 461-466 et 469-470) arrive à la conclusion que la compétence ainsi conférée au juge ne recouvre que les règlements pris en vue de l'exécution d'une décision PESC et non cette décision. Cependant, cette lecture se heurte à une jurisprudence et une pratique constantes de contrôle des décisions PESC imposant des mesures restrictives. Celles-ci sont, à l'instar des règlements pris pour leur application, des actes hybrides comportant des dispositions et parties générales et des dispositions et parties

s'opère de manière classique au regard de l'ensemble des cas d'ouverture du recours en annulation et ne présente guère de particularité quant aux moyens alléguables.

D'autre part, le juge est investi d'une compétence pour assurer la garantie « des frontières juridiques entre les traités »⁽⁹³⁾, en vue du contrôle de l'absence d'empiètement sur l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union visées aux articles 3 à 6 TFUE⁽⁹⁴⁾. Cette compétence est strictement limitée. Elle concerne, d'abord, le contrôle des bases juridiques et des compétences décisionnelles et, plus précisément, l'absence d'empiètement sur les compétences extra-PESC⁽⁹⁵⁾. Ensuite, elle permet un contrôle de la procédure d'adoption de l'acte lorsque son auteur a fait application d'une procédure spécifique à la PESC alors qu'il est allégué qu'il aurait dû recourir à la procédure de droit commun⁽⁹⁶⁾. Est ainsi examinée l'absence d'empiètement sur les

individuelles (voy. en ce sens : CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pts 241-244 ; CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 56 ; concl. MENGOZZI sous CJCE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 39). Tandis que les règlements sont soumis au régime général du recours en annulation de l'article 263 TFUE, les décisions PESC ne peuvent faire l'objet de recours des personnes physiques et morales visées par les mesures qu'elles instituent qu'en leurs dispositions individuelles (arrêt *Gbagbo c/ Conseil*, précité, pt 57). Le juge est, toutefois, compétent pour connaître d'exceptions d'illégalité dirigées contre les dispositions générales des décisions PESC, voy. *supra*, note n° 68 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle ».

93. G. VANDERSANDEN, « Le traité de Lisbonne... », *op. cit.*, spéc. p. 675.

94. Art. 24, § 1, al. 2, TUE ; art. 40, al. 1, TUE ; art. 275, al. 2, TFUE. Inversement, depuis le traité de Lisbonne, le juge est également compétent pour vérifier l'absence d'empiètement du domaine intégré sur le domaine de la PESC. Cette dernière compétence serait destinée à « encadrer la jurisprudence de la Cour afin de remettre en cause ce qu'on pourrait appeler le fondement de la préférence dont bénéficiait l'ancien pilier communautaire » lors de la vérification, en application de l'ancien article 47 TUE, de l'absence d'empiètement par la PESC sur le domaine intégré et « concour[rait ...] à préserver la logique intergouvernementale de jurisprudences qui pourraient être considérées comme trop audacieuses » : J.-Ch. BARBATO, « Le maintien du caractère intergouvernemental de la politique étrangère de sécurité et de défense », in A.-S. LAMBLIN-GOURDIN et É. MONDIELLI (dir.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 385-406, spéc. pp. 394-395.

95. Voy. déjà la jurisprudence citée *supra*, note n° 37 du présent Chapitre. *Adde* : CJUE, 14 juin 2016, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-263/14, *Rec. num.*, pt 42. Du fait de son affiliation au contrôle des compétences décisionnelles, ce contrôle devrait probablement s'opérer d'office à titre de moyens d'ordre public.

96. Voy. en ce sens : CJUE, 24 juin 2014, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-658/11, *Rec. num.*, pts 46-62. Lors d'un recours en annulation d'une décision PESC du Conseil concernant la signature et la conclusion d'un accord externe, qui a été adoptée sur le fondement matériel d'une base juridique PESC (art. 37 TUE), le Parlement a critiqué le fait que le Conseil avait adopté cette décision sans l'impliquer. En substance, le Conseil s'était appuyé sur l'affiliation

procédures de droit commun. Le juge est amené à vérifier l'applicabilité de la procédure mise en œuvre par l'auteur de l'acte et à contrôler le choix de la procédure⁽⁹⁷⁾. Enfin, selon une interprétation prétorienne plus constructive, cette compétence recouvre le contrôle du respect des modalités de la procédure de droit commun lorsque celle-ci est applicable au domaine de la PESC, à défaut de procédure spéciale. En substance, cette extension de la compétence limitée découle, sans égard à l'affiliation de l'acte attaqué à la PESC, du caractère justiciable des règles procédurales de droit commun appliquées en vue de l'adoption de cet acte⁽⁹⁸⁾. Si cette interprétation était confirmée, l'incompétence du juge dans le domaine des actes non justiciables de la PESC serait réduite aux seuls moyens tirés de la violation de normes PESC non justiciables⁽⁹⁹⁾. Seraient ainsi exclus du champ de la compétence juridictionnelle limitée les seuls moyens se rapportant au respect des règles procédurales spécifiques de la PESC⁽¹⁰⁰⁾, puissent-ils même

exclusive de la décision à la PESC et n'a, dès lors, pas consulté le Parlement (art. 218, § 6, TFUE). Ce dernier alléguait en revanche que la décision ne ressortait pas exclusivement de la PESC, de sorte que le Conseil aurait dû l'associer à la procédure, conformément aux règles de la procédure de conclusion d'accords externes de droit commun. Au terme d'une interprétation étonnante, laissant la doctrine perplexe (I. BOSSE-PLATIÈRE, « Procédure de conclusion des accords internationaux dans le domaine de la PESC : quand la Cour se fait équilibriste », *RTDE*, 2014, n° 3, pp. 740-745 ; V. MICHEL, « De la signification procédurale de la PESC », *Europe*, 2014, n°s 8-9, comm. 354), la Cour de justice a considéré que la décision attaquée, adoptée sur le fondement d'une base juridique matérielle de la PESC, pouvait valablement être adoptée en application des règles procédurales propres à l'adoption d'accords externes dans le domaine de la PESC.

97. Ce contrôle n'est pas sans rappeler le contrôle du choix de la procédure applicable opéré dans l'affaire *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer* (Trib. UE, 8 juillet 2010, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pt 63, voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2, B, 2. Un moyen d'ordre public incertain devant le Tribunal, pp. 233 et s.), ce qui militerait pour son élévation au rang de moyen d'ordre public.

98. CJUE, 24 juin 2014, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-658/11, *Rec. num.*, pts 69-74. Il n'est pas exclu que cette interprétation constructive eût été influencée par le fait que la règle de procédure établie à l'article 218, § 10, TFUE, par ailleurs transgressée en l'espèce, conférerait des droits procéduraux au Parlement, tandis que le rôle attribué à celui-ci dans le domaine de la PESC est assurément limité, ce que la Cour de justice ne manqua pas de rappeler (pts 80-85). Comme cela a pu être relevé, « s'érig[eant] en tant que garant des principes démocratiques[*la Cour de justice*] vient renforcer le rôle du Parlement européen en matière d'action extérieure de l'Union » (Ch. KADDOUS, Observations sous l'arrêt *Parlement c/ Conseil*, in F. PICOD [dir.], *Jurisprudence de la CJUE 2014. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 593-606, spéc. p. 606). Voy. pour une confirmation : CJUE, 14 juin 2016, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-263/14, *Rec. num.*, pt 68.

99. Voy. pour une proposition d'extension de la compétence du juge en faveur, à tout le moins, de la garantie des règles procédurales du titre V du TUE : M. GARBAGNATI KETVEL, *op. cit.*, spéc. p. 118.

100. Car il n'y aurait, contrairement à ce que l'article 40 TUE requiert, aucun empiètement sur les compétences, procédures et attributions des domaines intégrés.

probablement être qualifiés de moyens d'ordre public⁽¹⁰¹⁾, de même que les moyens, sûrement ordinaires, se rapportant à la méconnaissance du droit matériel de la PESC⁽¹⁰²⁾.

Dans l'absolu, l'interprétation extensive de la compétence juridictionnelle en matière de PESC tend à étendre le nombre et le type de moyens alléguables devant le juge et relevant de sa compétence. Elle permettra, si elle est confirmée, d'importer progressivement un grand nombre de moyens d'ordre public de la procédure d'adoption des actes de l'Union européenne dans le contentieux de l'article 40, premier alinéa, TUE. L'impact réel de la restriction de l'obligation de relever d'office pesant sur le juge de l'Union européenne s'agissant des moyens propres à la PESC sera probablement de faible ampleur. La problématique liée au régime du relevé d'office des moyens d'ordre public dans ce contentieux spécifique de la PESC pourrait ainsi glisser vers le terrain de la définition de tels moyens. La limitation au relevé d'office obligatoire, qui est susceptible de résulter de la limitation de la compétence du juge en matière de PESC, découle ainsi non seulement de la nature de l'acte en cause mais encore du caractère non justiciable de la norme le cas échéant transgressée. En cela, elle se rapproche d'ores et déjà infiniment d'une seconde limite au relevé d'office esquissée par la jurisprudence.

B. *Les normes étrangères au bloc de légalité ou inapplicables*

La jurisprudence fournit deux illustrations d'impossibilité absolue pour le juge de procéder au relevé d'office de moyens, puissent-ils, par ailleurs, être qualifiés d'ordre public.

D'une part, en 2006, la Cour de justice a jugé qu'il ne saurait être reproché au Tribunal, saisi d'un recours en annulation d'une décision de la Commission rejetant une plainte au titre des articles 81 et 82 CE (devenus articles 101 et 102 TFUE), de ne pas avoir relevé d'office une prétendue violation de l'obligation de motivation, en ce que la Commission n'avait pas motivé le rejet d'une plainte fondée sur les articles 39 et 49 CE (devenus articles 45 et 56 TFUE), et une méconnaissance, par la Commission, de ses

101. Ainsi que cela a été établi *supra* (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Les moyens d'ordre public de fond à fonction procédurale, pp. 163 et s.), la quasi-totalité des règles formelles d'adoption des actes de l'Union européenne sont constitutives de moyens d'ordre public.

102. Dans le même sens, le professeur I. BOSSE-PLATIÈRE (« La contribution de la Cour de justice des Communautés européennes à la cohérence de l'Union européenne », *RTDE*, 2009, n° 3, pp. 573-600, spéc. p. 578) a relevé que des moyens pris d'illégalités internes devraient être déclarés irrecevables dans le contexte d'un contrôle de légalité au regard de l'article 47 TUE (ancien). Voy. sur l'apparition d'un tel droit matériel de la PESC : L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2015, 878 p., spéc. pp. 773-774.

compétences ou obligations dans l'application de ces dernières dispositions. Cette considération était motivée par la circonstance que, « lorsque la Commission adopte une décision à la suite d'une plainte, conformément au règlement n° 17⁽¹⁰³⁾, elle n'est pas tenue de motiver les raisons pour lesquelles cette décision ne vise que les aspects relatifs aux articles 81 CE et 82 CE [dès lors que] l'incompétence de la Commission pour traiter les autres aspects de la plainte résulte à suffisance des dispositions du traité et des actes communautaires »⁽¹⁰⁴⁾. Il s'ensuit que le juge de l'Union ne saurait être tenu d'examiner d'office le respect de règles, même d'ordre public, lorsqu'elles sont inapplicables aux circonstances factuelles de l'affaire⁽¹⁰⁵⁾.

D'autre part, en 2007, en réponse à un reproche pris de ce que le Tribunal aurait à tort omis de relever d'office un moyen et à une invitation adressée à la Cour de justice de procéder à ce relevé d'office, cette dernière précisa que « [le juge] n'avait [...] pas à soulever d'office une disposition qu'il n'avait pas la compétence d'appliquer »⁽¹⁰⁶⁾. Située à la lisière entre la définition des moyens d'ordre public⁽¹⁰⁷⁾ et la détermination de leur régime à travers l'obligation pour le juge de les examiner d'office, cette précision fournit au juge du pourvoi un motif imparable lui permettant de rejeter au fond des moyens de pourvoi pris d'un prétendu non-relevé d'office.

Ces limites se situent ainsi, à l'instar de celles découlant de la compétence restreinte du juge dans le domaine de la PESC, entre l'impossibilité de relever d'office certains moyens d'ordre public et la définition même de ces derniers. Infranchissables, ces limites au relevé d'office obligatoire découleraient en définitive de l'absence de moyens d'ordre public. Restent, en revanche, des limites au relevé d'office obligatoire découlant de l'étendue de la compétence « activée » du juge.

103. Règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité [CE] (*JO*, 1962, 13, p. 204).

104. CJCE, ord., 23 février 2006, *Piau c/ Commission*, aff. C-171/05 P, non publiée, pts 55-57.

105. Si un tel moyen était invoqué par une partie, il serait probablement écarté comme inopérant ou dépourvu de toute pertinence. Les considérations exposées dans l'ordonnance *Piau c/ Commission* pourraient dès lors également être comprises comme l'admission du rejet par préterition des moyens d'ordre public inopérants dans les circonstances d'une affaire.

106. CJCE, 18 octobre 2007, *Nordspedizionieri di Danielis Livio e.a. c/ Commission*, aff. C-62/05 P, *Rec.*, p. I-8647, pt 30.

107. L'arrêt *Nordspedizionieri di Danielis Livio e.a. c/ Commission* peut en effet également être lu en ce sens que ne saurait être qualifié d'ordre public un moyen pris de la transgression de normes étrangères au champ de la compétence du juge de l'Union européenne.

§ 2. – Les limites variables découlant de l'étendue de la compétence « activée » du juge

La compétence « activée » du juge est définie par les limites de l'action portée devant lui. L'étendue et l'objet de sa saisine s'imposent au juge, qui ne peut, en principe, statuer *ultra petita*. L'action portée devant lui peut également être limitée du fait de l'intérêt à agir, voire de la qualité pour agir du requérant. L'incidence d'un moyen d'ordre public sur l'interdiction de statuer *ultra petita* et sur l'intérêt ou la qualité limités pour agir d'un justiciable donne lieu à une jurisprudence peu étoffée et parfois hésitante. À nos yeux, une distinction s'impose. Il n'est pas acceptable qu'un moyen d'ordre public conduise le juge à dépasser le cadre de l'instance fixé par les conclusions des parties et à statuer ainsi *ultra petita* (A). En revanche, les limites découlant de la personne du requérant peuvent, dans certaines circonstances, être mises à l'écart au profit du relevé d'office d'un moyen d'ordre public (B).

A. Les limites découlant de l'interdiction de statuer *ultra petita*

Le principe *ne ultra petita* exprime l'interdiction pour le juge de statuer au-delà des prétentions des parties, telles que reflétées par leurs conclusions et, tout particulièrement, par la demande formée par la partie requérante⁽¹⁰⁸⁾. Commun à l'ensemble des voies de droit du contentieux de l'Union européenne, ce principe se décline en différentes acceptions selon les pouvoirs du juge. En particulier, si l'interdiction de statuer *ultra petita* s'impose avec force au juge de la légalité, elle joue, en principe, un rôle plus réduit dans le contexte de la pleine juridiction compte tenu des pouvoirs d'office renforcés du juge⁽¹⁰⁹⁾. Il convient dès lors d'examiner successivement l'incidence de ce principe sur le pouvoir de relever d'office des moyens d'ordre public de fond par le juge de la légalité (1) et par le juge de la pleine juridiction (2).

1) L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge de la légalité

L'interdiction pour le juge de la légalité de statuer *ultra petita* s'impose tant dans le contexte des manquements étatiques que dans celui du contrôle des actes de l'Union européenne. Dans le premier cas, elle est absolue et s'oppose au développement même d'une notion de moyen d'ordre public

108. Voire d'une demande reconventionnelle ou incidente formulée par la partie défenderesse.

109. À propos de ces questions, voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2. Des pouvoirs de statuer d'office au-delà des conclusions des parties (pp. 401 et s.).

de fond opérant dans le contentieux du manquement étatique (a). Dans le second cas, elle a fait l'objet de tergiversations jurisprudentielles et d'opinions doctrinales divergentes, qui n'ont été définitivement tranchées qu'en 2017. Elle s'impose désormais avec la même force et s'oppose au dépassement des conclusions, fût-ce au nom d'un moyen d'ordre public (b).

a) *L'interdiction de statuer ultra petita et le juge des manquements étatiques*

À l'occasion des recours en manquement, la Cour de justice ne procède pas au relevé d'office de moyens d'ordre public de fond. L'analyse de la notion de moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne n'a révélé qu'un seul cas, au demeurant fort singulier, de rejet d'un moyen d'incompétence étatique examiné d'office dans un recours en manquement, en raison de la connexité avec une affaire préjudicielle tranchée le même jour⁽¹¹⁰⁾. Ce constat peut d'emblée surprendre eu égard à l'affiliation du recours en manquement aux voies du contrôle de légalité⁽¹¹¹⁾ et à la relative profusion des moyens d'ordre public de légalité dans le contrôle des actes de l'Union.

Ce constat s'explique, toutefois, au regard des particularités du contentieux du manquement et de la garantie des droits de la défense de l'État membre défendeur. Le principe *ne ultra petita* s'en voit renforcé et singularisé. Dans ce contentieux, les griefs soulevés devant la Cour de justice se confondent, en effet, très largement avec les conclusions⁽¹¹²⁾. En d'autres termes, les griefs, exprimant les moyens de légalité, reflètent et se résument à la chose demandée. En relevant d'office un grief non allégué, la Cour de justice « élargir[ait] la portée des allégations de la

110. CJCE, 16 février 1978, *Commission c/ Irlande*, aff. 61/77, *Rec.*, p. 417, pts 21 et s. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, B, 1. L'incompétence d'un État membre, moyen ordinaire (pp. 172 et s.).

111. Voy. *supra*, note n° 183 de l'introduction.

112. En écartant une mise en cause de la recevabilité d'un grief prétendument nouveau au motif que « le fait que la Commission a détaillé un grief qu'elle avait déjà fait valoir de manière plus générale dans la requête n'a pas modifié l'objet du manquement allégué et n'a donc eu aucune incidence sur la portée du litige » (CJCE, 11 novembre 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-543/08, *Rec.*, p. I-11241, pt 23), la Cour de justice illustre les rapports entre les griefs et l'objet du recours en manquement. Voy. toutefois pour une ébauche de distinction entre l'objet du recours en manquement, défini à travers le comportement étatique soumis à examen, et les griefs, définis par les violations du droit de l'Union opposées à ce comportement : concl. LENZ sous CJCE, ord. prés., 4 mars 1994, *Commission c/ France*, aff. C-249/91, *Rec.*, p. I-787, pt 23.

Commission »⁽¹¹³⁾ et statuerait *ultra petita*⁽¹¹⁴⁾. Elle enfreindrait de surcroît le droit de l'État membre de se défendre à propos de ce grief d'abord au stade précontentieux⁽¹¹⁵⁾.

Le relevé d'office d'un moyen de légalité équivaldrait de ce fait au dépassement du *petitum*. En revanche, dans le contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne, les notions de moyen et de conclusion sont clairement distinguées. En relevant d'office un moyen d'ordre public, le juge ne statue pas *ultra petita*, pour autant qu'il respecte l'étendue des conclusions des parties. Serait-il de surcroît autorisé à statuer *ultra petita*, au-delà des conclusions, au nom de l'ordre public ?

b) L'interdiction de statuer ultra petita et le juge de la légalité des actes de l'Union européenne

Au stade du contrôle de légalité des actes de l'Union européenne, le principe *ne ultra petita* joue avant tout dans le recours en annulation⁽¹¹⁶⁾. Il interdit au juge de prononcer l'annulation intégrale d'un acte dont

113. Ce qu'elle n'a jamais fait : concl. SHARPSTON sous CJUE, 28 octobre 2010, *Commission c/ Malte*, aff. C-508/08, *Rec.*, p. I-10589, pt 55. *Adde*, contre tout relevé d'office de questions de fond, en raison des particularités de la procédure en manquement et du principe de l'interdiction de l'*ultra petita* : concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, *Rec.*, p. I-2291, pt 33. Voy. également, dans la doctrine : U. EVERLING, « Überlegungen zum Verfahren vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 537-550, spéc. p. 547 ; S. F. EYNARD, « L'article 169 du traité de Rome : douze ans d'application de la procédure d'infraction à l'égard des États membres de la C.E.E. », *Rivista di diritto europeo*, 1970, pp. 99-125.

114. Voy. en particulier : CJUE, 28 octobre 2010, *Commission c/ Malte*, aff. C-508/08, *Rec.*, p. I-10589, pt 19. *Adde* : CJUE, 29 avril 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-160/08, *Rec.*, p. I-3713, pt 43.

115. De la même manière, des considérations liées aux droits de la défense de l'État membre défendeur s'opposent, sous forme de fin de non-recevoir d'ordre public, à l'extension, au stade contentieux, de l'objet de la procédure en manquement par rapport à celui identifié au cours de la procédure précontentieuse. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2. Une fonction exceptionnellement prépondérante : les droits procéduraux de l'État membre défendeur en manquement (pp. 151 et s.).

116. CJCE, 14 décembre 1962, *Meroni c/ Haute Autorité*, aff. jtes 46/59 et 47/59, *Rec.*, p. 783, spéc. p. 801 ; CJCE, 28 juin 1972, *Jamet c/ Commission*, aff. 37/71, *Rec.*, p. 483, pt 12 ; CJCE, 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, aff. C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, pt 52 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Comunità montana della Valnerina c/ Commission*, aff. C-240/03 P, *Rec.*, p. I-731, pt 43 ; TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pt 187 ; Trib. UE, 25 avril 2013, *Gossio c/ Conseil*, aff. T-130/11, non publié, pt 33. Les développements qui suivent valent, probablement, tout autant pour l'exception d'illégalité, à propos de laquelle nous n'avons pas rencontré de jurisprudence particulière. Le juge de l'Union européenne se refuse, en principe, de le relever d'office, même lorsqu'elle est fondée sur un moyen d'ordre public. Il refusera donc de dépasser l'étendue d'une exception invoquée par une partie sur le fondement d'un moyen d'ordre public.

une annulation partielle lui est demandée⁽¹¹⁷⁾, tout autant que d'un acte qui n'est pas déféré à son contrôle⁽¹¹⁸⁾. Le juge est lié par la formulation précise des conclusions portées devant lui⁽¹¹⁹⁾ et la nature du recours⁽¹²⁰⁾. Reflet de l'emprise *subjective* des parties sur l'étendue de l'instance et de la compétence « activée » du juge, cette interdiction doit toutefois être conciliée avec l'impérativité *objective* de l'ordre public de fond⁽¹²¹⁾. Le juge est-il habilité, sur le fondement d'un moyen d'ordre public, à dépasser l'objet de la demande en annulant dans son intégralité un acte dont seule l'annulation partielle lui a été demandée ?

117. Appliqué aux actes renfermant des faisceaux de décisions individuelles, ce principe implique ainsi l'impossibilité pour le juge saisi par un destinataire d'un tel acte d'annuler les éléments non contestés concernant d'autres destinataires. Ces éléments n'entrent, en effet, pas dans l'objet du litige : CJCE, 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, aff. C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, pt 53.

118. Dans une affaire de mesures restrictives, le Tribunal a constaté qu'il ne lui appartenait pas de modifier d'office l'objet du recours en l'étendant à des actes maintenant les mesures prises à l'égard du requérant, en l'absence de demande en ce sens de la part de ce dernier : Trib. UE, 25 avril 2013, *Gossio c/ Conseil*, aff. T-130/11, non publié, pts 32-33.

119. Voy. explicitement : Trib. UE, 28 avril 2017, *HN c/ Commission*, aff. T-588/16, non publié, pt 62.

120. Rappelons que le juge refuse souvent de « sauver » un recours mal dirigé. Voy. *supra*, à propos des recours formés par les concurrents d'un bénéficiaire d'une aide d'État déclarée compatible avec le marché intérieur, sans ouverture de la procédure formelle d'examen ou de mesures dont la qualification d'aide a été exclue sans ouverture de celle-ci : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 2, B, 2, a. La qualité pour former un recours (pp. 142 et s.).

121. En revanche, il nous semble que le relevé d'office des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, à savoir l'incompétence du juge et l'irrecevabilité de la demande, ne pose guère de difficulté en termes d'*ultra petita*. En effet, mise à part l'hypothèse d'une ordonnance d'incompétence manifeste ou d'irrecevabilité manifeste adoptée sans signification de la requête à la partie défenderesse, le juge sera en principe saisi de conclusions tendant au rejet du recours. Que la partie défenderesse demande un rejet au fond ou pour cause d'incompétence du juge ou d'irrecevabilité de la demande importe peu, dès lors que cette question a trait non plus à l'étendue de sa demande, mais au fondement juridique de celle-ci. Autrement dit, quand bien même la partie défenderesse conclurait au rejet du recours comme étant non fondé, le juge qui le rejeterait pour cause d'irrecevabilité d'ordre public ferait droit aux conclusions de cette partie, en ce qu'elles tendent au rejet du recours. Nous sommes consciente toutefois que cette lecture, d'ailleurs reflétée dans la décision usuelle de mettre à charge de la partie requérante l'ensemble des dépens dans de telles circonstances, se heurte à la jurisprudence constante selon laquelle, lorsque la partie défenderesse conclut au rejet du recours au fond sans en contester la recevabilité, une partie intervenante à son appui ne peut avancer d'argument d'irrecevabilité dès lors qu'elle ne peut que soutenir les conclusions de la partie soutenue et ne peut présenter des conclusions qui ne vont pas dans le sens de celles soulevées par cette dernière (voy. en ce sens : CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS e.a. c/ Commission*, aff. C-313/90, *Rec.*, p. I-1125, pts 21-24, et *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 1. Une irrecevabilité de principe des moyens d'ordre public invoqués par les intervenants, pp. 634 et s.).

La réponse à cette question n'est pas aisée. Alors que la doctrine était opposée à une telle éventualité⁽¹²²⁾ et envisageait le relevé d'office de moyens dans la limite des conclusions soumises au juge⁽¹²³⁾, une interprétation *a contrario* d'une formulation quelque peu sibylline d'un arrêt *Jamet c/ Commission* de 1972 militait en faveur d'une réponse positive. La Cour de justice écarta comme irrecevable une demande d'annulation partielle d'un acte. Après avoir constaté que les éléments dont l'annulation était demandée étaient inséparables du reste de l'acte⁽¹²⁴⁾, elle nota qu'« en annulant l'acte en son entier, [elle] statuera[it] *ultra petita* alors que le moyen dirigé contre la décision attaquée ne concern[ait] pas l'ordre public »⁽¹²⁵⁾. *A contrario*, il semblait permis d'en déduire que, sur le fondement d'un moyen d'ordre public, la Cour aurait pu annuler l'acte dans son intégralité malgré la limitation de la demande à une annulation partielle⁽¹²⁶⁾.

Outre l'incertitude inhérente à toute interprétation *a contrario*, cette habilitation potentielle est toutefois restée lettre morte dans la jurisprudence ultérieure. Ainsi, cette formule issue de l'arrêt *Jamet c/ Commission* n'a été rappelée, à notre connaissance, qu'à une occasion unique par le Tribunal de la fonction publique, sans avoir donné lieu au dépassement des conclusions dans l'affaire en cause⁽¹²⁷⁾. Plus encore, il n'existe, *a fortiori*, aucun exemple

122. Voy. clairement : H. MATTHIES, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 136-140, spéc. p. 137. *Addé* : G. BEBR, « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure (Rapport général) », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *op. cit.*, pp. 77-120, spéc. p. 88.

123. Selon J. GAND (« Composition, organisation, fonctionnement et rôle de la Cour », in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH [dir.], *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 295-308, spéc. p. 302), la Cour de justice ne peut statuer « que dans la limite des conclusions des parties [...] et de leurs moyens, sous réserve de son droit de soulever d'office les moyens qu'elle estime d'ordre public ».

124. CJCE, 28 juin 1972, *Jamet c/ Commission*, aff. 37/71, *Rec.*, p. 483, pt 11.

125. *Id.*, pt 12.

126. Voy. à cet égard : concl. TESAURO sous CJCE, 15 mai 1997, *TWD c/ Commission*, aff. C-355/95 P, *Rec.*, p. I-2549, pt 23 ; U. FASSETT-ROMMÉ, *Parteiherrschaft im Verfahren vor dem EuGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 181 p., spéc. p. 76.

127. TFP, 7 mai 2008, *Lebedef c/ Commission*, aff. F-36/07, *RecFP*, pp. I-A-1-143 et II-A-1-759, pt 28. L'arrêt *Jamet c/ Commission*, précité, est généralement rappelé sans que soit mentionné le passage relatif aux moyens d'ordre public, voy. en particulier : CJCE, 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, aff. C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, pt 52 ; CJCE, 15 février 2001, *Nachi Europe*, aff. C-239/99, *Rec.*, p. I-1197, pt 24 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Comunità montana della Valnerina c/ Commission*, aff. C-240/03 P, *Rec.*, p. I-731, pt 43 ; TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pt 187.

de dépassement des conclusions sur la base d'un moyen d'ordre public de fond⁽¹²⁸⁾.

Bien au contraire, une telle éventualité a été implicitement écartée dans une série d'arrêts récents relatifs à une entente dans le marché européen du fret aérien⁽¹²⁹⁾ et explicitement exclue par la Cour de justice à l'occasion d'un pourvoi⁽¹³⁰⁾. Le Tribunal était saisi de plusieurs recours en annulation formés par des transporteurs aériens, destinataires d'une décision constatant leur participation à cette entente et leur infligeant des amendes. Dans l'ensemble de ces recours, il a accueilli un moyen d'ordre public, qui était selon le cas soulevé par les parties ou relevé d'office par lui, pris d'une violation de l'obligation de motivation en raison d'une contradiction entre les motifs de la décision et son dispositif⁽¹³¹⁾. Dans chaque arrêt, « la portée de l'annulation dépend des conclusions de la requête »⁽¹³²⁾ : elle ne dépasse pas celle demandée par la ou les requérante(s). Dans certains arrêts, le Tribunal refusa explicitement de prononcer une annulation intégrale, motif pris de ce que les requérantes n'avaient pas d'intérêt à cet égard⁽¹³³⁾. Plus encore, dans une affaire, la requérante avait demandé l'annulation partielle de la décision attaquée dans une mesure moindre que celle dans laquelle cette décision la concernait. Le Tribunal se contenta d'annuler la décision attaquée dans la mesure demandée et la laissa subsister, y compris en ce qu'elle concernait ladite requérante, dans la mesure non contestée par elle. Il refusa explicitement d'annuler l'ensemble de la partie de la décision

128. En particulier, une recherche par mots clés de l'expression « *ultra petita* » combinée avec les termes « ordre public » ou « d'office » ne fournit aucun exemple à cet égard.

129. Arrêts du Tribunal du 16 décembre 2015, *Air Canada c/ Commission*, aff. T-9/11, non publié ; *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij c/ Commission*, aff. T-28/11, non publié ; *Japan Airlines c/ Commission*, aff. T-36/11, non publié ; *Cathay Pacific Airways c/ Commission*, aff. T-38/11, non publié ; *Cargolux Airlines c/ Commission*, aff. T-39/11, non publié ; *Latam Airlines Group et Lan Cargo c/ Commission*, aff. T-40/11, non publié ; *Singapore Airlines et Singapore Airlines Cargo c/ Commission*, aff. T-43/11, non publié ; *Deutsche Lufthansa e.a. c/ Commission*, aff. T-46/11, non publié ; *British Airways c/ Commission*, aff. T-48/11, non publié ; *SAS Cargo Group e.a. c/ Commission*, aff. T-56/11, non publié ; *Air France-KLM c/ Commission*, aff. T-62/11, non publié ; *Martinair Holland c/ Commission*, aff. T-67/11, non publié.

130. CJUE, 14 novembre 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, *Rec. num.*

131. Selon le Tribunal, les motifs de cette décision tendaient en effet à démontrer l'existence d'une infraction unique et continue, à laquelle tous les transporteurs aériens auraient participé, tandis que le dispositif de ladite décision faisait état soit de plusieurs infractions indépendantes soit d'une seule infraction unique et continue dont la responsabilité ne serait imputée qu'à certains transporteurs.

132. L. Idot, « Cartels et motivation des décisions », *Europe*, 2016, n° 2, comm. 60.

133. Voy. parmi les arrêts cités *supra* (note n° 129 du présent Chapitre), les arrêts rendus dans les affaires *Japan Airlines c/ Commission* (pt 87), *Deutsche Lufthansa e.a. c/ Commission* (pt 86) et *SAS Cargo Group e.a. c/ Commission* (pt 91). En réalité, l'absence d'intérêt des parties requérantes à demander l'annulation de l'acte à l'égard de tiers reflète tout autant l'absence de pouvoir du juge d'annuler l'acte à l'égard de tiers à l'instance.

attaquée concernant cette requérante sur le fondement de l'interdiction de statuer *ultra petita*⁽¹³⁴⁾. Sans même aborder l'arrêt *Jamet c/ Commission* de 1972, il a implicitement écarté l'interprétation *a contrario* susvisée qui aurait pu lui permettre, à tout le moins dans ce dernier cas, de dépasser les conclusions de la partie requérante.

Statuant sur le pourvoi formé par British Airways contre cet arrêt du Tribunal, la Cour de justice, siégeant en grande chambre, a jugé sans ambages que « la compétence du juge de la légalité de soulever d'office un moyen d'ordre public n'implique nullement une compétence de modifier d'office les conclusions formulées par un requérant ». Elle a opéré une distinction très claire entre les moyens du recours, qui « constituent le soutien nécessaire des conclusions », et les conclusions, « lesquelles définissent les limites du litige déféré au juge »⁽¹³⁵⁾. La Cour de justice confirma ainsi, en substance, l'interprétation du principe *ne ultra petita* retenue par le Tribunal, sur la base de conclusions conformes de l'avocat général MENGOTZI. Celui-ci avait proposé à la Cour de rejeter le pourvoi sur la base d'une analyse fondée, pour l'essentiel, sur une mise en balance des exigences de la légalité, reflétée par les moyens d'ordre public devant être relevés d'office, et les impératifs de la sécurité juridique liés aux délais de recours et à la stabilité des décisions, même partiellement, non contestées⁽¹³⁶⁾.

Par ailleurs, au regard d'un arrêt *Petco Animal Supplies Stores c/ OHMI* prononcé par le Tribunal en 2015, le principe *ne ultra petita* pourrait même s'opposer à une annulation partielle sollicitée sur le fondement d'un moyen d'ordre public relevé d'office lorsque ce moyen serait de nature à entacher la légalité de l'acte attaqué dans son ensemble. La solution est toutefois loin d'être certaine. Dans ledit arrêt, le Tribunal a déclaré irrecevable, à l'appui d'une demande d'annulation partielle d'une décision d'une chambre de recours de l'OHMI, un moyen de procédure tiré de ce que cette chambre avait omis à tort de suspendre la procédure devant elle. Selon le Tribunal, ce moyen, s'il était accueilli, entacherait d'illégalité l'ensemble de ladite décision et le conduirait ainsi à statuer *ultra petita*, dès lors que la décision de ne pas suspendre était indivisible des autres motifs de la décision attaquée par laquelle ladite chambre avait statué au fond⁽¹³⁷⁾. Le traitement

134. Trib. UE, 16 décembre 2015, *British Airways c/ Commission*, aff. T-48/11, non publié, pts 87-88 et 92.

135. CJUE, 14 novembre 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, *Rec. num.*, pt 89.

136. Concl. MENGOTZI sous CJUE, 14 novembre 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, *Rec. num.*, pts 79-131.

137. Trib. UE, 21 octobre 2015, *Petco Animal Supplies Stores c/ OHMI*, aff. T-664/13, *Rec. num.*, pts 24-30. À titre surabondant, le Tribunal a toutefois écarté le moyen au fond (pts 31-36 de l'arrêt). L'affaire *Petco Animal Supplies Stores c/ OHMI* doit être distinguée

de ce moyen soulève des difficultés. Le Tribunal insiste, comme cela vient d'être dit, sur l'indétachabilité de la décision de ne pas suspendre, faisant l'objet de ce moyen, des motifs au fond de la décision attaquée, en sorte que cette dernière serait entachée d'illégalité dans son intégralité si le moyen était fondé. Or, de deux choses l'une, soit la décision est indivisible, auquel cas une demande d'annulation partielle aurait dû être rejetée comme irrecevable sans égard au moyen, ordinaire ou d'ordre public, soulevé au fond. Soit elle ne l'est pas, auquel cas il est discutable de faire dépendre la recevabilité d'un moyen de procédure du fait que, s'il était accueilli, toute la procédure serait viciée et que toute la décision devrait être annulée. En toute hypothèse, il s'agit pour l'heure d'une solution d'espèce et il n'est pas certain que le moyen en cause, soit-il affilié au respect de la procédure, doive être qualifié de moyen d'ordre public.

Dans l'absolu, il est raisonnable de conclure qu'au stade actuel de la jurisprudence, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public ne permet pas au juge de la légalité des actes de l'Union européenne de dépasser les conclusions dont il est saisi⁽¹³⁸⁾. Cette solution, qui est également celle du droit du contentieux administratif français⁽¹³⁹⁾, permet d'assurer une certaine cohérence entre les voies directes du contrôle de la légalité des actes de l'Union européenne et le recours en constatation de manquement. De surcroît, elle se justifie et s'impose au regard de la priorité de l'ordre

d'un arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil* (CJCE, 12 décembre 2006, aff. C-380/03, *Rec.*, p. I-11573, pt 125), dans lequel la Cour de justice a déclaré inopérant à l'appui d'une demande en annulation de deux dispositions d'une directive un moyen, vraisemblablement d'ordre public, tiré de la méconnaissance de la procédure de codécision prévue à l'article 251 CE (devenue procédure législative ordinaire, art. 294 TFUE) en ce que ce moyen avait trait à la procédure suivie aux fins de la modification de deux autres dispositions de cette même directive. Il serait envisageable de déduire de ce dernier arrêt qu'un moyen d'ordre public entachant une partie non visée par une demande d'annulation partielle ne saurait encourir l'annulation partielle de l'acte attaqué dans une mesure autre que celle faisant l'objet de la demande. L'interprétation serait toutefois exagérée dès lors que la Cour de justice a laissé entendre que le moyen inopérant n'était en toute hypothèse pas fondé (pt 126 de l'arrêt).

138. En revanche, il est probable que, par le truchement de la théorie de l'inexistence juridique (voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 2, A. La théorie de l'inexistence juridique, pp. 514 et s.), le juge saisi d'une demande d'annulation partielle puisse néanmoins être en mesure de constater l'inexistence de l'acte dans son intégralité, lorsqu'il est entaché d'une illégalité intolérable. Sur le fondement de l'inexistence, le juge serait toutefois conduit à rejeter le recours comme irrecevable.

139. J.-M. AUBY, « L'«*ultra petita*» dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 267-282, spéc. p. 279 ; É. AKOUN, *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Paris, Mare et Martin, 2017, 742 p., spéc. § 779. De manière analogue, une demande d'annulation partielle est irrecevable lorsque l'acte est indivisible, quel que soit le moyen, ordinaire ou d'ordre public, avancé à son appui : É. AKOUN, *op. cit.*, spéc. § 779 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 1540 p., spéc. pp. 938-939.

public procédural sur l'ordre public de fond⁽¹⁴⁰⁾. Cette approche est en revanche propre au contentieux de la légalité. Tout autre est, en effet, la situation dans le contentieux de la pleine juridiction.

2) L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge de la pleine juridiction

L'examen de la notion de moyen d'ordre public dans le contexte de la pleine juridiction⁽¹⁴¹⁾ a révélé une distinction entre la notion de moyen d'ordre public et celle de pouvoir d'office. Le juge européen de la pleine juridiction est investi de larges pouvoirs d'office qui lui permettent de dépasser les conclusions des parties. Il en va ainsi en particulier dans les contentieux des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence et de la fonction publique, ainsi que dans le contexte de la procédure de l'exécution des arrêts ayant constaté un manquement d'État. Dans ces procédures, le principe *ne ultra petita* ne joue qu'un rôle réduit. Du point de vue du juge, « [l]a possibilité pour [lui] de dépasser licitement le cadre de l'instance tracé par les parties [tient] aux pouvoirs de pleine juridiction dont il est investi »⁽¹⁴²⁾ et non à la spécificité du moyen d'ordre public.

En revanche, dans le contentieux de la propriété intellectuelle, le principe *ne ultra petita* joue un rôle analogue à celui qui lui revient dans le contentieux de la légalité. Ce constat s'impose en raison des liens très étroits que ce contentieux entretient avec le contentieux de la légalité. En particulier, le pouvoir du juge de réformer l'acte déféré à son contrôle est subordonné au constat d'une illégalité et ainsi intrinsèquement lié au pouvoir d'annulation⁽¹⁴³⁾.

En outre, en l'absence de véritable pouvoir d'office confié au juge indemnitaire de l'Union européenne en dehors du contentieux de la fonction publique, le principe *ne ultra petita* joue ici encore tout son rôle et s'oppose au dépassement des conclusions des parties, fût-ce sur la base de moyens d'ordre public. En toute hypothèse, ce contentieux ne connaît guère de moyen d'ordre public de fond, en sorte que la question est plus théorique que pratique.

140. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1. Une hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public (pp. 511 et s.).

141. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2. Les hypothétiques moyens d'ordre public de pleine juridiction tendant à la garantie du droit substantiel (pp. 335 et s.).

142. À propos du jeu de la règle *ne ultra petita* dans les voies du plein contentieux du contentieux administratif français : J.-M. AUBY, « L'*ultra petita*'..., », *op. cit.*, spéc. p. 280.

143. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, B, 1. Les prémisses de la transposition : la dualité de l'office du juge (pp. 340 et s.).

En définitive, il apparaît que, d'étendue variable, le principe *ne ultra petita* est susceptible de former une véritable limite au pouvoir du juge, à tout le moins de la légalité, de relever d'office les moyens d'ordre public. Comme l'illustrent en particulier les affaires précitées du fret aérien, le jeu combiné du moyen d'ordre public et de la règle *ne ultra petita* est parfois abordé sous l'angle de l'intérêt de la partie requérante, qui pourrait s'opposer à une annulation dépassant celle sollicitée, ou en combinaison avec celui-ci. Il apparaît ainsi que les limites au relevé d'office tirées de l'interdiction pour le juge de statuer *ultra petita* et de la personne du requérant ne sont pas tout à fait étanches.

B. Les limites découlant de la personne du requérant

En sus des limites *objectives* issues des règles de droit et examinées ci-dessus, l'étendue de la compétence du juge activée par sa saisine peut être influencée par des limites plus *subjectives* liées à la personne du requérant. D'une part, la qualité de ce dernier peut influencer sur l'étendue de son droit de contester, par la voie du recours en annulation, la légalité d'un acte et sur les moyens qu'il peut avancer. D'autre part, son intérêt peut s'opposer à l'examen de certains moyens tant dans le contentieux de la légalité que dans celui de la pleine juridiction s'agissant en particulier des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence. Se pose ainsi la question de savoir si ces limites sont opposables au juge et de nature à l'empêcher de relever d'office des moyens d'ordre public étrangers à l'objet limité de l'action formée eu égard à la qualité du requérant (1) ou des moyens contraires à l'intérêt de ce dernier (2).

1) Les limites découlant de la qualité du requérant

Dans un souci de protéger certains droits et de prévenir certaines illégalités, le traité et la jurisprudence ont, au sein du recours en annulation, dessiné une mosaïque d'actions restreintes. Celles-ci sont caractérisées, selon le cas, par la consécration limitée d'un droit de recours ou un assouplissement exceptionnel des conditions de recevabilité et par une limitation des moyens susceptibles d'être avancés par la partie requérante au regard de la finalité attribuée à l'action ainsi délimitée⁽¹⁴⁴⁾. À ce titre, l'on peut notamment citer le recours en annulation des entreprises contre des

144. D. RITLENG (*Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. pp. 297-314) distingue à cet égard les limitations découlant du traité et dépendantes du cas d'ouverture, dont notamment la limitation du recours des entreprises contre des décisions générales de la CECA, et les limitations d'origine initialement prétorienne de la « palette des moyens alléguables » et indépendantes de la notion de cas d'ouverture. Il range parmi ces dernières le statut de

décisions et recommandations générales de la CECA pour détournement de pouvoir à leur égard⁽¹⁴⁵⁾ ou la légitimation active du Parlement européen⁽¹⁴⁶⁾. À l'heure actuelle, les actions restreintes se reflètent en particulier dans le statut semi-privilegié de la Cour des comptes, de la Banque centrale européenne et du Comité des régions⁽¹⁴⁷⁾, dans les recours d'un concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État tendant à la garantie de ses droits procéduraux contre des décisions de ne pas soulever d'objections prises par la Commission au terme de la procédure préliminaire d'examen⁽¹⁴⁸⁾, voire dans les recours exceptionnellement limités à la garantie des droits procéduraux à défaut d'affectation directe des requérants par la substance de l'acte⁽¹⁴⁹⁾. Pourraient encore être cités les recours en annulation d'actes législatifs pour violation du principe de subsidiarité transmis par un État membre au nom de son parlement national ou d'une chambre de celui-ci ou formés pour le même motif par le Comité des régions⁽¹⁵⁰⁾.

requérant semi-privilegié du Parlement et de la BCE, la limitation des recours des requérants non privilégiés à la garantie des droits procéduraux et la limitation de la recevabilité des moyens pris de la violation des dispositions d'un règlement intérieur.

145. Art. 33, al. 2, CECA : Ces requérants ne pouvaient contester des décisions et recommandations générales de la CECA qu'en alléguant un détournement de pouvoir à leur égard. Alors que les pères fondateurs avaient entendu restreindre la contestation des mesures générales aux seules mesures ayant en réalité une portée individuelle, la Cour de justice a retenu une interprétation littérale extensive de cette disposition, autorisant le recours contre toute mesure générale, dès lors qu'il était fondé sur le seul détournement de pouvoir, voy. : A. DE LAUBADÈRE, « Contribution à l'étude de l'accès des personnes privées aux juridictions internationales : le recours des entreprises pour détournement de pouvoir contre les mesures générales édictées par la Haute Autorité de la C.E.C.A. », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 328-345, spéc. pp. 342-343 ; N. CATALANO, « Les voies de recours ouvertes aux personnes physiques ou morales contre les actes non réglementaires de la Commission C.E.E. », *SEW*, 1965, pp. 525-566, spéc. p. 546.

146. CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-70/88, *Rec.*, p. 2041, pt 27 : Ce n'est qu'« à condition que le recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci », que le recours en annulation du Parlement européen est ouvert dans les mêmes conditions que celles applicables aux autres institutions. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice, le Parlement est un requérant privilégié.

147. Art. 263, al. 3, TFUE : Seuls leurs recours tendant à la sauvegarde de leurs prérogatives bénéficient des mêmes conditions que celles applicables aux requérants privilégiés.

148. Voy. le rappel figurant à la note n° 188 du Chapitre précédent. À l'appui d'un tel recours, peut être invoqué tout moyen de nature à démontrer que l'appréciation des informations et des éléments dont la Commission disposait, lors de la phase préliminaire d'examen de la mesure notifiée, aurait dû susciter des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun, voy. p. ex. : Trib. UE, 28 mars 2012, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-123/09, *Rec. num.*, pt 66 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Colt Télécommunications France c/ Commission*, aff. T-79/10, non publié, pt 84.

149. Voy. dans le domaine du contrôle des concentrations : TPI, 27 avril 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources e.a. c/ Commission*, aff. T-96/92, *Rec.*, p. II-1213, pt 46 ; TPI, 27 avril 1995, *CCE de Vittel e.a. c/ Commission*, aff. T-12/93, *Rec.*, p. II-1247, pt 59.

150. Article 8 du protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Voy. à cet égard : J.-V. LOUIS, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle

Ces actions « finalisé[es] »⁽¹⁵¹⁾ aux modalités spécifiques sont caractérisées par une « réduction de l'éventail des moyens alléguables »⁽¹⁵²⁾. En substance, tout moyen ne s'inscrivant pas dans la finalité de l'action est déclaré irrecevable⁽¹⁵³⁾. Qu'en est-il, en revanche, des moyens d'ordre public qui ne s'inscriraient pas dans cette finalité ? Leur impérativité est-elle de nature à rompre le lien entre la finalité de l'action et les moyens invocables ou les limites inhérentes à l'action sont-elles, au contraire, opposables tant aux parties qu'au juge ? Cette question n'a guère ému les esprits. Elle n'a point été abordée par la jurisprudence, si ce n'est que le juge a parfois rejeté comme irrecevables des moyens par ailleurs qualifiés d'ordre public au motif qu'ils étaient étrangers à la finalité du recours. Il ne les a pas relevés d'office à ces occasions⁽¹⁵⁴⁾, ce qui laissait déjà augurer d'une impossibilité en ce sens.

du principe de subsidiarité », in A. DE WALSCHÉ (coord.), *op. cit.*, pp. 283-305, spéc. pp. 287-298. Voy. également : P.-A. FERAL, « Retour en force du principe de subsidiarité dans le traité constitutionnel : de nouvelles responsabilités pour les parlements nationaux et pour le comité des régions ? », *RMCEUE*, 2004, pp. 496-499 ; A. DOMESTICI MET, « Les Parlements nationaux et le contrôle du respect du principe de subsidiarité », *RMCEUE*, 2009, pp. 88-96 ; M.-F. LABOUZ, L. BURGORGUE-LARSEN ET T. DAUPS, « Le Comité des régions : "gardien de la subsidiarité" ? », *Europe*, 1994, n° 10, chron. 7, pp. 1-14.

151. Selon le qualificatif employé par H. GAUDIN (*Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, Bordeaux I, 1994, 565 p., spéc. p. 279) à propos du droit d'agir en annulation du Parlement européen en tant que requérant semi-privilegié.

152. Termes empruntés à D. RITLÉNG (*Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. p. 305), qui les a utilisés à propos des recours du Parlement européen et de la BCE en tant que requérants semi-privilegiés.

153. À moins que le requérant remplisse également les conditions de recevabilité de droit commun. Cependant, cette assertion ne semble pas s'appliquer aux recours des requérants semi-privilegiés, dès lors que, comme le disait jadis le professeur D. RITLÉNG (*Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. p. 307) à propos du statut de requérant semi-privilegié de la BCE, « dans la mesure où la qualité de requérant est nommément et spécialement conférée à la BCE par l'article 173, alinéa 3, [TCE], elle ne doit pouvoir se prévaloir de l'article 173, alinéa 2, qui donne qualité pour agir à l'ensemble des personnes physiques et morales ».

154. Ainsi, à titre d'illustration et sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut, tout d'abord, relever qu'un moyen pris de la violation de l'obligation de motivation était irrecevable dans le recours du Parlement européen tendant à la garantie de ses prérogatives (CJCE, 13 juillet 1995, *Parlement c/ Commission*, aff. C-156/93, *Rec.*, p. I-2019, pt 11 ; CJCE, 18 juin 1996, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-303/94, *Rec.*, p. I-2943, pt 18), ainsi que dans une action limitée en matière de contrôle des concentrations (voy. les arrêts cités à la note n° 149 ci-dessus). Ensuite, le moyen pris du défaut de motivation est également irrecevable dans un recours d'un concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État tendant à la garantie de ses droits procéduraux (TPI, 20 septembre 2007, *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie c/ Commission*, aff. T-254/05, non publié, pts 55-56 ; Trib. UE, 13 septembre 2010, *TFI c/ Commission*, aff. T-193/06, *Rec.*, p. II-4967, pts 74-75), à ceci près que, dans le cadre d'un moyen pris d'une violation des règles de procédure, une allégation tirée d'une violation de l'obligation de motivation semble recevable dans la mesure où, à défaut de motivation suffisante, l'intéressé n'est pas en mesure de connaître les justifications de la conclusion de la Commission relative à l'absence de difficultés sérieuses et le juge d'exercer son contrôle (TPI, 18 novembre 2009, *Scheucher-Fleisch e.a. c/ Commission*, aff. T-375/04, *Rec.*, p. II-4155, pts 47 et 63-64). Enfin, la Cour de justice a rejeté un recours en annulation formé par des requérants non privilégiés contre une décision générale de la CECA au motif, en substance, que ces derniers n'avaient pas allégué un

Cette question n'a été abordée par la doctrine que de manière relativement marginale⁽¹⁵⁵⁾. La réponse n'est, en effet, pas aisée.

En faveur d'une dissociation de l'irrecevabilité des moyens d'ordre public non invocables par la partie intéressée et du devoir du juge de les relever d'office, trois arguments peuvent être avancés.

D'abord, la jurisprudence permet d'ores et déjà une telle dissociation dans certaines circonstances. Ainsi, d'une part, l'interdiction pour les parties au litige de soulever des moyens nouveaux en cours d'instance ne saurait être opposée au juge. Elle n'est, en effet, opposable qu'aux parties⁽¹⁵⁶⁾. D'autre part, l'irrecevabilité d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité sollicité par une partie au principal qui aurait pu contester l'acte en cause par la voie du recours en annulation⁽¹⁵⁷⁾ est mise à l'écart lorsque la question de validité est formulée d'office par le juge national⁽¹⁵⁸⁾. Il n'est donc pas exclu par principe que le juge puisse agir d'office là où une partie serait irrecevable à se prévaloir de certains moyens.

Ensuite, dans l'arrêt *Oliveira c/ Commission* de 1991, la Cour de justice a eu recours au relevé d'office pour justifier et conforter la reconnaissance de la qualité, contestée par la Commission, pour un requérant de se prévaloir d'une violation des droits de la défense d'un État membre par

détournement de pouvoir à leur égard. Dès lors que les requérants invoquaient, en revanche, *inter alia* un grief tiré de l'incompétence de la Haute Autorité (CJCE, 8 juillet 1965, *Chambre syndicale de la sidérurgie française e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 3/64 et 4/64, *Rec.*, p. 567, spéc. p. 584), il peut être affirmé qu'un tel moyen, fût-il d'ordre public, est irrecevable à l'appui d'un tel recours.

155. S'agissant du contrôle des actes de portée générale de la CECA, D. G. VALENTINE (*The Court of Justice of the European Communities*, vol. 1, Londres – New Jersey, Stevens – Rothman, 1965, 601 p., spéc. p. 117) s'est prononcé contre une possibilité pour le juge de relever d'office des moyens que la partie requérante n'a pas qualité pour invoquer. En revanche, dans le contexte différent du contrôle du respect du principe de subsidiarité à la demande des parlements nationaux, J.-V. LOUIS (*op. cit.*, spéc. pp. 303-304) s'est prononcé en faveur d'un pouvoir du juge pour relever d'office tout moyen d'ordre public.

156. Voy. s'agissant de l'art. 48, § 2, RP/T (1991) (art. 84 RP/T [2015]) : CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pts 29-31. Voy. par analogie s'agissant de l'exigence de concordance du contentieux de la fonction publique et de l'art. 43, § 1, RP/TFP (2007) (art. 56, § 1, RP/TFP [2014]) : TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 59. À propos de l'interdiction de soulever des moyens nouveaux, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. La levée encore ambiguë de la forclusion des moyens d'ordre public (pp. 604 et s.).

157. CJCE, 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C-188/92, *Rec.*, p. I-833, pt 17. Voy. *supra*, note n° 192 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle ».

158. CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, aff. C-222/04, *Rec.*, p. I-289, pts 72-74.

la Commission⁽¹⁵⁹⁾. Un raisonnement par analogie permettrait de justifier le pouvoir du juge de relever d'office tout moyen d'ordre public dans les actions restreintes, sans égard à leur finalité et à la qualité du requérant.

Enfin, l'admission du relevé d'office des moyens d'ordre public étrangers à la finalité de l'action se justifierait au regard de la nature objective du contrôle de légalité et de la fonction de garant de la légalité incombant aux juridictions de l'Union européenne⁽¹⁶⁰⁾.

En sens inverse, toutefois, il faut noter qu'à travers la délimitation du champ de l'action, c'est la compétence que le juge est amené à exercer qui se voit limitée. Or, d'une part, autoriser le juge à relever d'office des moyens étrangers à ce champ revient à l'autoriser à statuer au-delà de la compétence activée par l'introduction du recours et au-delà du droit de recours limité de la partie requérante. Un tel dépassement est d'autant plus préjudiciable que la finalité de l'action poursuivie par le requérant définit les moyens invocables et les conditions de la recevabilité de son action. Or, elles-mêmes d'ordre public, ces règles et conditions ne sauraient être mises à l'écart au seul motif qu'un moyen de fond, fût-il d'ordre public, pourrait être fondé. En effet, ni la tâche du juge d'assurer la garantie de la légalité ni l'objectif d'une protection juridictionnelle effective⁽¹⁶¹⁾ ne sauraient suffire pour justifier la mise à l'écart des conditions de recevabilité d'ordre public et le dépassement des compétences activées du juge⁽¹⁶²⁾. D'autre part, il ressort à tout le moins implicitement de la jurisprudence que, dans le domaine de ces actions à champ limité, le juge ne saurait requalifier lui-même l'objet du recours en réinterprétant les moyens soulevés à son

159. CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pts 16-18. La Cour de justice aborde cette question de recevabilité sous l'angle de l'intérêt à invoquer le moyen en cause (pts 16-17). Cependant, l'argument de la Commission, qui faisait observer que la requérante ne saurait se prévaloir d'un droit à être consulté auquel son légitime titulaire avait renoncé (pt 15), se rattache, à nos yeux, davantage à la qualité pour invoquer ce moyen. Dans une affaire plus récente, la Cour de justice a eu recours à son pouvoir de relever d'office un moyen, pour ne pas se prononcer sur une allégation d'irrecevabilité tirée de ce que la partie requérante ne saurait se prévaloir de la violation des règles de consultation d'un comité de comitologie dès lors que ces règles ne tendraient pas à la protection des droits des opérateurs économiques : CJUE, 20 septembre 2017, *Tilly-Sabco c/ Commission*, aff. C-183/16 P, *Rec. num.*, pts 84 et 116.

160. Il leur appartient, en effet, d'« assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » : art. 19, § 1, TUE.

161. Voy. en ce sens s'agissant de certaines conditions de recevabilité du recours en annulation : CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, aff. C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, pt 44 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c/ Commission*, aff. C-131/03 P, *Rec.*, p. I-7795, pt 81.

162. Il s'agit, en réalité, d'une simple conséquence de la hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public, l'examen de ceux tirés de la compétence du juge et des règles de recevabilité précédant normalement l'examen de ceux de fond. Voy. *supra*, cette Section, Sous-section I, § 1. Une hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public (pp. 511 et s.).

appui⁽¹⁶³⁾. Or, en soulevant d'office un moyen d'ordre public étranger au champ limité de l'action, le juge ne procéderait-il pas, en définitive, à une telle requalification ?

En outre, les analogies proposées ci-dessus en faveur de l'admission du relevé d'office des moyens d'ordre public étrangers à la finalité de l'action considérée doivent en réalité être fortement nuancées. D'abord, la question du relevé d'office se pose en l'occurrence de manière sensiblement différente de celle de l'opposabilité des dispositions relatives à l'invocation tardive des moyens nouveaux au juge. En effet, le champ de l'action et, partant, l'étendue même du pouvoir de contrôle du juge sont limités. Ensuite, si la jurisprudence relative à la recevabilité d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité formulé d'office s'approche dans une certaine mesure de notre hypothèse, elle doit toutefois être lue dans le contexte procédural du renvoi préjudiciel marqué par une coopération entre juridictions. Enfin, la justification, dans l'arrêt *Oliveira c/ Commission* de 1991, de la qualité de la partie requérante pour invoquer une violation des droits de la défense d'un État membre au regard du pouvoir du juge de la relever d'office est intervenue à titre surabondant et dans le contexte d'un recours en annulation dont l'objet n'était aucunement limité du fait de la qualité du justiciable⁽¹⁶⁴⁾.

Par voie de conséquence, et bien que ces limitations du champ d'action puissent paraître critiquables⁽¹⁶⁵⁾, tout relevé d'office d'un moyen d'ordre public non invocable par la partie requérante devrait être exclu. Cette conclusion s'impose d'autant plus compte tenu de la constance et de la fermeté avec lesquelles le juge de l'Union européenne rappelle les limites de ses pouvoirs au regard des conditions de recevabilité d'ordre public. Cette conclusion expliquerait d'ailleurs *a posteriori* les irrecevabilités de moyens d'ordre public dans les actions restreintes relevées ci-dessus⁽¹⁶⁶⁾.

163. Voy., en ce sens, dans le contexte de recours en annulation formés par un concurrent du bénéficiaire de mesures étatiques à l'encontre de décisions de ne pas soulever d'objections, prises par la Commission au terme de la procédure préliminaire d'examen des aides d'État : CJCE, 13 décembre 2005, *Commission c/ Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, aff. C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, pts 44-45 ; CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pt 25.

164. De même, dans l'affaire *Tilly-Sabco c/ Commission*, citée à la note n° 159 du présent Chapitre, le recours en annulation n'était nullement limité en son objet.

165. Voy. pour une critique de la limitation initiale du droit d'action du Parlement européen, puis de la BCE : D. RITLÉNG, *Le contrôle de la légalité...*, *op. cit.*, spéc. pp. 305-307.

166. Voy. les exemples mentionnés *supra*, note n° 154 du présent Chapitre. Ainsi pourrait s'expliquer l'absence de relevé d'office d'exceptions d'illégalité, même fondées sur des moyens d'ordre public, dans le contexte du recours en manquement, compte tenu des incertitudes régissant la qualité des États membres pour exciper de l'illégalité de l'acte qu'ils ont prétendument méconnu. Voy. à propos de la recevabilité de l'exception d'illégalité soulevée

La question se pose en des termes différents lorsqu'est en cause l'intérêt de la partie requérante.

2) Les limites découlant de l'intérêt du requérant

L'opposabilité des limites de l'intérêt du requérant au pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public s'apparente de prime abord à une fausse question. C'est, en effet, par rapport à l'objet du recours, et non par rapport à un moyen, que l'intérêt à agir s'apprécie en principe. Ainsi, ni le juge ni la doctrine n'ont approfondi cette problématique. En pratique, cette dernière est néanmoins pertinente en particulier dans le contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne (a) et dans le contentieux de la pleine juridiction en matière d'amendes (b).

a) *L'intérêt du requérant dans le contentieux de la légalité*

Dans le contexte du contentieux de la légalité, c'est en particulier d'une combinaison de l'intérêt du requérant et des limites du *petitum* que semble découler une limite du pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Aussi l'avocat général TESAURO se montra-t-il réticent à annuler intégralement, au détriment de la requérante, un acte dont celle-ci n'avait demandé l'annulation que dans la mesure où il lui était défavorable. Pourtant, l'avocat général convenait de la possibilité, déduite de l'arrêt *Jamet c/ Commission*, précité⁽¹⁶⁷⁾, d'une telle annulation intégrale sur la base d'un moyen d'ordre public⁽¹⁶⁸⁾. Dans le même sens, un auteur a pu estimer que le juge ne devait pas dénaturer le litige et, en soumettant à son contrôle d'office des passages non contestés de l'acte⁽¹⁶⁹⁾, « arriver à une conclusion même défavorable aux intérêts du requérant »⁽¹⁷⁰⁾.

C'est encore cette approche qui nous semble sous-jacente au refus du Tribunal, dans certaines affaires relatives à l'entente du fret aérien, d'annuler l'acte à l'égard des tiers⁽¹⁷¹⁾. Motivé par le défaut d'intérêt du

par un requérant privilégié, tel un État membre : L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p., spéc. pp. 135-144, 148-152 et 185-210.

167. Voy. *supra*, ce §, A, 1, b. L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge de la légalité des actes de l'Union européenne (pp. 541 et s.).

168. Concl. TESAURO sous CJCE, 15 mai 1997, *TWD c/ Commission*, aff. C-355/95 P, *Rec.*, p. I-2549, pts 23-25.

169. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 1, § 2. La nature des moyens et l'étendue de la mise en cause de la légalité (pp. 569 et s.).

170. F. CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, n^{os} 3-4, pp. 395-463, spéc. p. 448.

171. Voy. *supra*, ce §, A, 1, b. L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge de la légalité des actes de l'Union européenne (pp. 541 et s.).

requérant à demander l'annulation à l'égard de ces derniers, ce refus reflète la jurisprudence selon laquelle, en substance, le principe *ne ultra petita* interdit au juge, saisi d'un recours en annulation par l'un des destinataires de la décision, de l'annuler à l'égard d'autres destinataires⁽¹⁷²⁾. Une considération analogue pourrait encore avoir motivé l'irrecevabilité opposée dans une demande d'annulation partielle, à un moyen qui, s'il était accueilli, aurait entaché d'illégalité l'ensemble de ladite décision et conduit le juge à statuer *ultra petita*. La décision en cause était en effet partiellement favorable à la requérante⁽¹⁷³⁾.

Prise à elle seule, la limite tirée de l'intérêt de la partie requérante est en revanche considérablement moins contraignante, comme en témoigne l'arrêt *SV Capital c/ Autorité bancaire européenne (ABE)* de 2015⁽¹⁷⁴⁾. L'ABE avait refusé d'ouvrir une enquête à la suite d'une plainte de la requérante. La contestation précontentieuse formée par celle-ci contre cette décision de refus devant la commission de recours des autorités européennes de surveillance⁽¹⁷⁵⁾ fut rejetée *au fond* par cette commission. La requérante saisit le Tribunal d'une demande d'annulation tant de la décision de refus de l'ABE que de la décision de rejet de la commission de recours. Le Tribunal annula la décision de cette commission sur la base d'un moyen relevé d'office et pris de l'incompétence de celle-ci pour statuer *au fond*⁽¹⁷⁶⁾. Formellement, il fit ainsi droit aux conclusions de la partie requérante qui tendaient précisément à l'annulation de cette décision. En définitive, toutefois, cette annulation ne procure aucun bénéfice substantiel à la requérante. En effet, l'annulation pour défaut de compétence conduit

172. CJCE, 14 septembre 1999, *Commission c/ AssiDomän Kraft Products e.a.*, aff. C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, pt 53.

173. Trib. UE, 21 octobre 2015, *Petco Animal Supplies Stores c/ OHMI*, aff. T-664/13, *Rec. num.*, pts 24-30. Voy. *supra*, ce §, A, 1, b. L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge de la légalité des actes de l'Union européenne (pp. 541 et s.).

174. Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pts 57-73.

175. Commission commune aux trois autorités de surveillance, à savoir l'ABE, instituée par le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission (*JO*, 2010, L 331, p. 12), l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP), instituée par le règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission (*JO*, 2010, L 331, p. 48), et l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), instituée par le règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission (*JO*, 2010, L 331, p. 84). Les trois règlements instaurent une procédure précontentieuse devant la commission de recours dont les décisions sont susceptibles de recours devant le Tribunal (art. 60-61 des trois règlements).

176. Selon le Tribunal, la décision de refus d'ouverture de l'enquête ne constituait pas un acte susceptible de recours devant la commission de recours. Celle-ci n'était, partant, pas compétente pour statuer sur le bien-fondé du recours porté devant elle (voy. pt 72 de l'arrêt).

en pratique, contrairement aux intérêts de la requérante, à « valider » le refus d'ouverture de l'enquête sollicitée par la requérante⁽¹⁷⁷⁾.

Il faut déduire d'une lecture combinée de ces arrêts que l'intérêt *subjectif* de la partie requérante ne constitue aucune limite au pouvoir et, partant, à l'obligation du juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Une telle assertion s'impose d'autant plus que, par principe, le relevé d'office d'un moyen d'ordre public, s'il est dans l'intérêt d'une partie, s'opère nécessairement au détriment de l'autre. En revanche, c'est de l'*objectivisation* de l'intérêt à agir grâce à sa combinaison avec le principe *ne ultra petita*, que découle une limite au pouvoir et, partant, à l'obligation de relever d'office qui pèse sur le juge de la légalité.

Pour leur part, le pouvoir et l'obligation pour le juge du plein contentieux de relever d'office les moyens d'ordre public ne sont nullement affectés par des considérations tirées de l'intérêt à agir. La question s'est posée, en particulier, dans le contexte du contrôle des amendes infligées pour violation du droit européen de la concurrence.

b) *L'intérêt du requérant dans le contentieux de la pleine juridiction en matière d'amendes*

À l'instar du contentieux de la légalité, le contentieux de la pleine juridiction en matière d'amendes fournit des illustrations du déplacement de l'examen de l'intérêt à agir vers une appréciation de l'intérêt à soulever certains moyens, à la marge du principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie par rapport à l'objet du recours. Sont ainsi considérés comme irrecevables faute d'intérêt de la partie requérante des moyens qui, s'ils

177. Mécontente, SV Capital a d'ailleurs contesté, au stade du pourvoi, cette annulation au motif qu'elle avait été prononcée *ultra petita*. Par son recours, elle aurait contesté « la décision de la commission de recours [seulement] en tant que cette décision concluait au rejet de son recours au fond. En revanche, elle n'aurait pas contesté cette décision en ce qui concerne la recevabilité de ce recours et les dépens » (CJUE, 14 décembre 2016, *SV Capital c/ ABE*, aff. C-577/15 P, *Rec. num.*, pt 27). Sur ce point, l'arrêt de la Cour de justice déçoit. Non seulement il ne fait nulle mention d'une quelconque appréciation de la recevabilité même des conclusions du pourvoi de SV Capital tendant à l'annulation de l'arrêt du Tribunal en ce que ce dernier a annulé la décision de la commission de recours, laquelle recevabilité pouvait prêter à discussion dès lors que, formellement, le Tribunal a ainsi fait droit aux conclusions de SV Capital qui demandait l'annulation intégrale de cette décision, de sorte que le Tribunal ne saurait se voir reprocher à nos yeux d'avoir statué *ultra petita* (en déjouant l'intérêt de la requérante, c'est en réalité un débordement *contra petita* que SV Capital pouvait lui reprocher). Mais encore la Cour de justice se contente de répondre que le moyen d'incompétence est d'ordre public, de sorte qu'il ne saurait être reproché au Tribunal d'avoir statué *ultra petita* en l'examinant d'office (pts 31-32). Confirmant implicitement le caractère strictement objectif du moyen d'ordre public et l'absence de toute incidence de l'intérêt du justiciable, la Cour de justice passe toutefois à côté de la substance de l'argumentation de SV Capital et omet de tenir compte des circonstances spécifiques de l'affaire.

étaient retenus, ne lui procureraient aucun bénéfice⁽¹⁷⁸⁾, voire conduiraient à une augmentation de sa responsabilité financière⁽¹⁷⁹⁾. C'est en particulier dans ce contexte que se pose, à titre prospectif et hypothétique, la question de savoir si l'intérêt de la partie requérante peut s'opposer au relevé d'office, par le juge dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, de certains moyens d'ordre public conduisant à une augmentation de l'amende.

De prime abord, la réponse n'est, encore une fois, pas aisée. D'une part, comme dans le contexte du contentieux de la légalité, il faut très certainement considérer que l'intérêt d'une partie ne peut, en tant que tel, faire échec au pouvoir du juge de relever d'office des moyens d'ordre public. D'autre part, toutefois, l'augmentation de l'amende en raison d'un moyen d'ordre public relevé d'office rejoint la question délicate de la *reformatio in pejus* et des limites du *petitum*. Autrement dit, le juge peut-il, sur le fondement d'un moyen d'ordre public relevé d'office, rendre une décision qui, pour la partie qui a initié la procédure, est plus défavorable que sa situation initiale ?

Nous avons déjà abordé cette question dans la première partie de cette thèse⁽¹⁸⁰⁾. En substance, nous avons alors observé que la compétence de pleine juridiction permet incontestablement au juge non seulement de supprimer ou de réduire l'amende, mais encore de l'augmenter dès lors que « la question du montant de l'amende est soumise à son appréciation »⁽¹⁸¹⁾. Il n'existe, dans ce contexte spécifique, ni de principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* de nature à restreindre l'obligation du juge de relever d'office les moyens d'ordre public, ni de principe *ne ultra petita* d'une force équivalente à celui du contrôle de légalité et qui subordonnerait la majoration

178. Voy. en particulier : Trib. UE, 17 mai 2011, *Arkema France c/ Commission*, aff. T-343/08, *Rec.*, p. II-2287, pts 39-49 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10, *Rec. num.* (extraits), pts 50-58. La frontière entre l'irrecevabilité et le caractère inopérant de cette contestation paraît particulièrement fine et peut prêter à discussion.

179. Voy. en ce sens : Trib. UE, 17 mai 2011, *Arkema France c/ Commission*, aff. T-343/08, *Rec.*, p. II-2287, pt 44 *in fine*.

180. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2. L'appréciation autonome du montant de l'amende dans le contentieux des sanctions (pp. 391 et s.), ainsi que Sous-section 2, § 1. Des pouvoirs de réformer d'office le montant de l'amende en l'absence de demande (pp. 402 et s.). Pour de plus amples références, en particulier à la doctrine et à la jurisprudence, il est renvoyé aux réflexions figurant dans la première partie dont seul un résumé est à présent repris. Renvoyons encore une fois explicitement aux excellentes synthèses opérées par B. BERTRAND (*Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p., spéc. pp. 1001-1006), ainsi que par L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE (*Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Bruxelles, Larcier, 2013, 1184 p., spéc. pp. 804-867).

181. CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 61-62.

d'office de l'amende à une demande en ce sens par la Commission. Une telle majoration d'office semble d'ailleurs pouvoir s'opérer non seulement sur la base d'un moyen d'ordre public, mais encore dans l'exercice des larges pouvoirs d'office dont le juge est investi dans ce contentieux. Cela étant, et parce qu'un tel relevé d'office est susceptible de porter substantiellement atteinte aux droits de la partie requérante, le juge doit garantir à cette dernière le respect de ses droits de la défense à travers, en particulier, l'organisation d'un débat contradictoire sur le point examiné d'office.

En définitive, les potentielles limites de l'obligation pour le juge d'examiner et de relever d'office les moyens d'ordre public tirées de la qualité et de l'intérêt du requérant sont très réduites. En substance, seules les limites *objectives* de la compétence « activée » du juge, déduites de la limitation du champ de l'action eu égard à la qualité spécifique pour agir d'un requérant ainsi que de l'étendue de la demande déferée au juge, le cas échéant examinée à la lumière de l'intérêt à agir, sont de nature à restreindre le pouvoir du juge et, par voie de conséquence, son obligation de procéder au relevé d'office. Ces limites viennent compléter celles, également objectives, issues de l'agencement des règles de l'ordre public de la procédure juridictionnelle et des règles de l'ordre public de fond.

Strictes, ces limites affectent la substance même du pouvoir du juge de procéder au relevé d'office de certains moyens d'ordre public en empêchant celui-ci d'intervenir d'office dans la solution du litige. Elles ne laissent au juge qu'une marge de manœuvre réduite. Cet encadrement juridique et strict du relevé d'office se voit complété par un encadrement plus pratique et souple de l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Il s'agit des limites puisées dans le dossier, en ce qu'il expose les éléments de fait et les argumentations en droit. Ces dernières limites ont la particularité de conférer au juge une véritable liberté, à son tour encadrée, de renoncer au relevé d'office d'un moyen d'ordre public dans les circonstances d'une espèce. Elles ne parviennent pas pour autant à remettre en cause sa nature en principe obligatoire.

SECTION 2. – UN ENCADREMENT SOUPLE PAR LES LIMITES INHÉRENTES AU DOSSIER

Sur un plan plus pragmatique et ponctuel, l'obligation du juge d'examiner et de relever d'office les moyens d'ordre public est fonction des éléments, des indices, des moyens et des arguments qui figurent dans le dossier. De manière explicite, la doctrine et la jurisprudence ont, à des degrés variables, envisagé une subordination d'une telle obligation aux éléments du dossier. Cette subordination paraît toutefois de faible envergure et ne conduit

BRUYLANT

qu'exceptionnellement à une levée de l'obligation pesant sur le juge (Sous-section 1). En revanche, le relevé d'office peut, eu égard aux arguments et moyens soulevés par les parties, s'avérer inutile dans les circonstances d'une affaire. L'inutilité du relevé d'office permet au juge d'y renoncer, à condition toutefois de ne pas enfreindre de règle d'ordre public (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LA SUBORDINATION DE L'OBLIGATION DE RELEVER D'OFFICE AUX ÉLÉMENTS DU DOSSIER

L'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public est susceptible d'être doublement encadrée par les éléments du dossier. À titre de limitation d'ordre général, cette obligation ne naîtrait qu'au regard des éléments de fait et des indices figurant dans le dossier, voire de l'évidence du vice (§ 1). De manière plus ponctuelle dans le contexte du contrôle de légalité, l'étendue de cette obligation serait limitée en raison de la nature des moyens et de l'étendue de la mise en cause de la légalité (§ 2).

§ 1. – L'évidence du vice, les éléments de fait et les indices contenus dans le dossier

Selon une tendance doctrinale, l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public est fonction, au gré des affaires, de l'évidence de l'entorse à la règle protégée. La jurisprudence tend à écarter ce critère, proposé, tenant à l'évidence du vice (A). En revanche, elle laisse entrevoir la consécration amorcée d'un critère lié aux éléments de fait et autres indices figurant au dossier (B).

A. Un critère proposé mais écarté : l'évidence du vice

Dans ses conclusions sous l'affaire *Salzgitter c/ Commission*, l'avocat général JACOBS a défini le moyen d'ordre public de fond à l'aide de trois critères cumulatifs ayant trait, respectivement, à l'objet et à l'importance fondamentale de la règle enfreinte, à l'intérêt public qu'elle vise à protéger et au caractère évident de sa violation⁽¹⁸²⁾. S'agissant de l'exigence d'évidence, tenant à ce « que l'infraction commise soit manifeste, autrement dit que tant la Cour que les tiers puissent aisément la déceler et l'identifier comme telle », l'avocat général précisa que « [c]'est lorsqu'une violation du droit communautaire [de l'Union européenne] est évidente que l'autorité de la

182. Concl. JACOBS sous CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 141-143.

règle de droit est le plus gravement menacée » et, « [d]ans le même temps, la Cour peut être plus assurée de parvenir au bon résultat »⁽¹⁸³⁾.

S'agissant des moyens d'ordre public de fond, en cause dans cette affaire, il est communément admis que cette condition d'évidence n'a point trait à leur définition, mais aux circonstances de leur relevé d'office obligatoire⁽¹⁸⁴⁾. À nos yeux, toutefois, la jurisprudence infirme l'existence d'un tel critère.

D'une part, s'agissant des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, qui ne semblent par ailleurs pas visés par les propositions doctrinales, tout recours à un quelconque critère d'évidence est exclu par la dualité des pouvoirs d'office conférés au juge. Celui-ci peut, en effet, rejeter par voie d'ordonnance motivée, le cas échéant d'office et avant signification de la requête à la partie défenderesse, un recours pour lequel il est manifestement incompétent ou qui est manifestement irrecevable⁽¹⁸⁵⁾. Il peut également, à tout moment de la procédure, examiner, le cas échéant d'office, par voie d'ordonnance motivée les fins de non-recevoir d'ordre public⁽¹⁸⁶⁾. Or, la consécration d'un critère d'évidence paraît à la fois redondante avec l'exigence d'une irrecevabilité ou incompétence manifestes habilitant le juge à statuer sans poursuivre la procédure et contradictoire avec le pouvoir et le devoir confirmés de ce dernier de relever d'office des causes d'incompétence et d'irrecevabilité d'ordre public qui ne seraient pas manifestes.

D'autre part, s'agissant des moyens d'ordre public de fond, ce n'est qu'à titre exceptionnel que le juge a fait référence à un critère d'évidence du

183. *Id.*, pt 143.

184. Voy. à cet égard : B. VESTERDORF, « Le relevé d'office par le juge communautaire », in N. COLNERIC *et al.* (dir.), *op. cit.*, pp. 551-568, spéc. pp. 560-561 ; concl. MENDOZZI sous CJCE, 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers c/ Commission*, aff. C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, note n° 54 ; sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, note n° 16, et sous CJCE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 121. Le relevé d'office serait en principe facultatif et ne deviendrait obligatoire qu'en présence d'une irrégularité manifeste (concl. POIARES MADURO sous CJCE, 14 septembre 2004, *Espagne c/ Commission*, aff. C-276/02, *Rec.*, p. I-8091, note n° 9), dès lors que « [l]e contrôle d'office auquel procède le juge de l'annulation n'a pas été institué pour remédier aux négligences des parties [mais] vise à sauvegarder l'ordre juridique, par la constatation et la condamnation des irrégularités graves et flagrantes affectant les actes adoptés par les institutions communautaires » (concl. COSMAS sous CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, note n° 71). De manière analogue, G. BEBR (« Prozeßmaximen... », *op. cit.*, spéc. p. 89) avait noté, dans la jurisprudence ancienne de la Cour de justice relative au relevé d'office (de la légalité interne) dans le cadre du recours en annulation, une exigence tenant à la gravité du vice devant porter atteinte à la « constitution » de la Communauté.

185. Art. 53, § 2, RP/C (2012) ; art. 126 RP/T (2015).

186. Art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015).

vice pour retenir un relevé d'office obligatoire⁽¹⁸⁷⁾. En outre, la consécration d'un critère tenant à l'évidence de l'irrégularité aboutirait en définitive à un certain rapprochement avec la théorie de l'inexistence⁽¹⁸⁸⁾ laquelle relève d'un régime dérogatoire qui lui est propre et justifié par la gravité des conséquences d'un constat exceptionnel d'inexistence. Or, les conditions entourant un tel constat s'imposent avec une acuité bien moindre en présence des autres moyens d'ordre public de fond. En outre, l'évidence de l'irrégularité constitue, du fait de sa relative subjectivité, un critère difficilement maniable, porteur d'incertitudes et difficilement conciliable avec l'impérativité des moyens d'ordre public. Enfin, rappelons que le juge du pourvoi contrôle le respect du relevé d'office obligatoire par le juge de première instance. Or, pour l'heure, le constat d'une erreur de droit du fait du non-relevé d'office est neutre et n'est nullement subordonné à l'évidence de l'entorse à une règle d'ordre public⁽¹⁸⁹⁾.

En revanche, l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public est parfois subordonnée aux éléments de fait et aux indices contenus dans le dossier.

B. La consécration amorcée d'un critère : les éléments de fait et indices figurant au dossier

Da mihi factum, dabo tibi ius⁽¹⁹⁰⁾. À l'image de cet ancien adage, quelque peu simplificateur voire en déclin⁽¹⁹¹⁾ et qui n'a d'ailleurs jamais été inscrit

187. Voy. en ce sens à propos du moyen d'ordre public tiré de la violation de l'obligation de motivation : TPI, 27 octobre 1994, *Mancini c/ Commission*, aff. T-508/93, *RecFP*, pp. I-A-239 et II-761, pt 36 ; TFP, 29 septembre 2011, *Kimman c/ Commission*, aff. F-74/10, non publié, pt 49. Toutefois, l'affirmation dans l'arrêt *Mancini*, selon laquelle le Tribunal vérifiait d'office l'existence d'une violation manifeste de l'obligation de motivation, est appuyée sur une référence à l'arrêt *Speybrouck c/ Parlement* (TPI, 28 janvier 1992, aff. T-45/90, *Rec.*, p. II-33, pt 89), dans lequel l'examen d'office n'était aucunement limité à une violation manifeste. Quant à l'arrêt *Kimman*, il convient de noter que, tout en affirmant que « [l]e relevé d'office ne concerne que l'absence ou l'insuffisance manifeste de motivation », le Tribunal de la fonction publique entendait, en réalité, opérer une distinction entre la violation d'une obligation générale de motivation, qui est d'ordre public, et la violation d'une obligation particulière de motivation, qui ne serait pas d'ordre public (voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 2, a. L'étendue de la qualification d'ordre public, pp. 212 et s.).

188. Le constat d'inexistence requiert la réunion de deux conditions cumulatives tenant à la gravité et à l'évidence du vice.

189. Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1. Un contrôle réel au stade du pourvoi (pp. 474 et s.).

190. Donne-moi le fait, je te donnerai le droit.

191. Dans le droit du contentieux civil français, cet adage servait en particulier de critère de délimitation des sphères respectives des parties, qui allèguent et établissent les faits, et du juge, qui applique le droit (voy. à ce propos et au sujet des évolutions de l'adage : J. DUPICHTOT, « L'adage *Da mihi factum, Dabo tibi ius* », in O. BARRET, F. COLLART DUTILLEUL et É. SAVAUX [coord.], *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*.

tel quel dans le droit du contentieux de l'Union européenne⁽¹⁹²⁾, le juge de l'Union européenne est appelé à appliquer le droit aux faits, tels qu'exposés par les parties. Sa saisine est, en principe, délimitée par le dossier porté devant lui, y compris et en particulier dans le domaine factuel. Néanmoins, le juge est également habilité à adopter, le cas échéant de sa propre initiative, les mesures d'organisation de la procédure et d'instruction nécessaires à l'appréciation du litige⁽¹⁹³⁾. Ces mesures sont destinées à mettre le litige en état d'être jugé et ont essentiellement pour objet d'établir ou de clarifier les faits⁽¹⁹⁴⁾. Elles peuvent consister en la comparution personnelle des parties, des demandes de renseignements ou de production de documents, la preuve par témoins, l'expertise, voire la descente sur les lieux.

L'adoption des mesures d'organisation de la procédure voire d'instruction relève de la discrétion du juge⁽¹⁹⁵⁾. Dans le domaine des moyens d'ordre public, leur adoption peut s'avérer utile soit pour vérifier certains faits nécessaires à l'appréciation du respect d'une règle d'ordre public, le cas échéant relevée d'office, soit pour soumettre au débat contradictoire des parties un moyen d'ordre public que le juge s'apprête à examiner d'office⁽¹⁹⁶⁾.

Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Paris, Dalloz, 2005, pp. 425-439). Cette compréhension de ladite répartition serait en déclin, selon une doctrine autorisée : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, 1770 p., spéc. pp. 387 et s. ; Th. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in O. CACHARD et X. HENRY (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Gobeaux*, Paris, Dalloz – LGDJ, 2009, pp. 319-329, spéc. pp. 320-321.

192. Traditionnellement, cet adage venait avec la maxime *Iura novit curia*. Si les parties devaient présenter au juge les éléments de fait, celui-ci procédait, de sa propre initiative et grâce à sa connaissance du droit, à leur qualification juridique, déterminait la règle de droit applicable et procédait à son application indépendamment des allégations juridiques des parties. Une telle conception des rôles respectifs du juge et des parties n'a jamais eu cours devant les juridictions de l'Union européenne. Voy. également à ce sujet : M. PREK et S. LEFÈVRE, « The EU Courts as "national" courts : National law in the EU judicial process », *CML Rev.*, 2017, pp. 369-402, spéc. pp. 389-391.

193. Art. 61-75 RP/C (2012) ; art. 88-102 RP/T (2015). Le règlement de procédure du Tribunal opère une distinction de régime entre les mesures d'organisation de la procédure et les mesures d'instruction, ces dernières étant, à la différence des premières, impératives pour les parties et leur adoption étant subordonnée à un formalisme particulier (art. 92 RP/T [2015]).

194. Ces mesures s'inscrivent ainsi dans le régime d'administration de la preuve : M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 733 p., spéc. pp. 549-558.

195. Le juge du fond est seul juge de la nécessité éventuelle de compléter les éléments d'information dont il dispose sur les affaires dont il est saisi, le caractère probant ou non des pièces de la procédure relevant de son appréciation souveraine des faits : CJCE, 10 juillet 2001, *Ismeri Europa c/ Cour des comptes*, aff. C-315/99 P, *Rec.*, p. I-5281, pt 19 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Ori Martin c/ Commission*, aff. jtes C-490/15 P et C-505/15 P, non publié, pt 108.

196. À propos des exigences du débat contradictoire lors du relevé d'office, voy. *infra*, Titre 2, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties (pp. 683 et s.).

Reste toutefois à déterminer, dans le cadre de la première hypothèse, si l'absence d'éléments de fait suffisants permettant au juge de constater la violation d'une règle d'ordre public, ou à tout le moins de s'en douter, s'oppose au relevé d'office d'une telle irrégularité. À l'inverse, l'obligation de relever d'office s'étend-elle à l'obligation pour le juge de vérifier, sans le moindre indice dans le dossier, le respect de toute règle d'ordre public le cas échéant après avoir demandé les renseignements factuels nécessaires à cet effet ?

Ces questions se posent en particulier au regard des moyens d'ordre public qui, pris du non-respect d'une règle de droit d'ordre public, impliquent des appréciations factuelles importantes. Tel est le cas, par exemple, des questions liées à la qualité pour agir en annulation des requérants non privilégiés, de l'effectivité d'une notification ayant déclenché un délai de recours ou encore de certains vices de forme entachant la légalité externe de l'acte. Elles sont, en revanche, sans incidence sur l'obligation de relever d'office des moyens d'ordre public qui, tel le moyen pris de l'incompétence de l'institution auteur de l'acte, ne requièrent guère d'appréciation factuelle et dont le bien-fondé ou le mal-fondé découlent en principe des seuls éléments figurant au dossier⁽¹⁹⁷⁾.

Ces questions mettent au prisme des exigences opposées liées à l'im-pérativité des moyens d'ordre public, militant en faveur d'une conception extensive de l'examen d'office obligatoire au-delà des éléments factuels du dossier, et des considérations, d'actualité criante, liées à la célérité de la justice, au délai de jugement et à l'efficacité de la procédure qui justifieraient, au contraire, une limitation de cette obligation aux éléments du dossier. À ce dernier titre, il convient encore d'avoir égard au caractère « complémentaire » des pouvoirs d'instruction du juge⁽¹⁹⁸⁾. En outre, au vu de l'importance, de la technicité et du caractère évolutif du contentieux,

197. Observons que le droit du contentieux de l'Union européenne ne connaît pas de distinction précise et subtile, telle que celle opérée dans le droit du contentieux civil français, entre les moyens de fait (« les faits spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou critiquer une prétention »), de droit (« le fondement juridique, la raison tirée d'une règle de droit propre à justifier la demande ou la décision, du moins selon celui qui l'expose »), mélangés de fait et de droit (un moyen qui « se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre de faits du débat qui ne sont pas des faits litigieux ») et de pur droit (le moyen « [dont l']application à l'espèce ne postule pas d'autres faits que ceux qui sont litigieux. On parle de moyen de pur droit parce que le moyen ne prend alors pour fondement aucun fait qui n'ait été déjà présenté devant les juges ou pris en considérations par eux »). Voy. à propos de ces distinctions et définitions : C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, spéc. pp. 416-417.

198. K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. p. 766. L'instruction par le juge est destinée à compléter les éléments de fait avancés par les parties.

ainsi que du nombre limité de juges⁽¹⁹⁹⁾, « il n'est sans doute pas réaliste de leur imposer la charge de “passer au peigne fin” tout le “panier” »⁽²⁰⁰⁾ factuel du litige⁽²⁰¹⁾.

À l'heure actuelle, la jurisprudence est encore peu développée sur la question des rapports entre le relevé d'office des moyens d'ordre public et l'instruction active du dossier.

D'une part, il est admis sans équivoque que le juge est habilité à adopter des mesures d'organisation de la procédure ou d'instruction en vue de l'examen, le cas échéant d'office, des moyens d'ordre public⁽²⁰²⁾. Son *pouvoir* d'examiner d'office de tels moyens n'est aucunement limité par les éléments et indices figurant dans le dossier⁽²⁰³⁾. Le juge peut compléter ces

199. La récente augmentation du nombre de juges au Tribunal pourrait ainsi conduire, à l'avenir, à un plus grand approfondissement de l'étude du dossier, impliquant un renforcement des appréciations factuelles et une recherche encore plus poussée des éléments de fait. Pourrait s'ensuivre une extension de l'obligation d'examiner d'office les moyens d'ordre public, voire une extension parallèle de la notion de moyen d'ordre public. Seule la pratique permettra toutefois de vérifier cette éventualité.

200. À propos des obligations des juridictions françaises de l'ordre judiciaire : C. BLÉRY et L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Procédures*, 2012, n° 3, dossier 4, § 9. Adde : G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G*, 28 juillet 1993, I, 3693, §§ 11-12 ; M. STORME, « Le juge et son panier », in L. CADIET *et al.* (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 473-476.

201. L'on renverra au débat sur les pouvoirs du juge judiciaire français face aux faits qui, allégués devant lui, ne sont pas spécialement invoqués par les parties lesquelles n'en tirent aucune conséquence juridique, les « faits adventices » selon la terminologie de H. MOTULSKY (« La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron. 235, n° 12, pp. 235-246, réimpr. in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 101-129) : G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 43-50.

202. Ainsi, d'une part, s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public, il ne saurait être reproché au juge de première instance d'avoir pris d'office des mesures d'organisation de la procédure en vue de se renseigner sur le respect d'une condition de recevabilité d'ordre public, ces mesures s'inscrivant dans son examen d'une fin de non-recevoir d'ordre public (CJUE, 27 octobre 2011, *Autriche c/ Scheucher-Fleisch e.a.*, aff. C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, pts 97-98). Plus généralement, il est admis que, même lorsqu'il statue sur la recevabilité d'ordre public par voie d'ordonnance motivée, le juge peut adopter de telles mesures (voy. dans le contexte des ordonnances d'irrecevabilité manifeste : CJCE, 19 janvier 2006, *AIT c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pt 30). D'autre part, s'agissant des moyens d'ordre public de fond, le Tribunal de la fonction publique a jugé que « le relevé d'office d'un moyen d'ordre public a pour objet de faire respecter une règle qui, en raison de son importance, ne saurait être soumise à la diligence des parties ou à la qualité de leurs écrits [...] et que, par suite, la circonstance [...] que la requérante n'a pas fourni un cadre factuel et juridique suffisamment précis, ne fait pas obstacle à ce qu'[il] examine d'office le moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi » (TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pt 88).

203. De manière discutable, le critère des éléments du dossier a par ailleurs servi pour permettre au juge de relever d'office des moyens non qualifiés d'ordre public : Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pt 35.

éléments à l'aide de mesures d'organisation de la procédure aux fins, le cas échéant, de relever d'office un moyen d'ordre public⁽²⁰⁴⁾.

D'autre part, le tableau est moins clair s'agissant de l'*obligation* pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Dans les affaires du polypropylène, restées isolées sur ce point, la Cour de justice a jugé qu'« une [telle] obligation [...] ne saurait éventuellement exister qu'en fonction des éléments de fait versés au dossier »⁽²⁰⁵⁾. Le Tribunal avait déjà émis une considération analogue en première instance, à propos d'un moyen pris du défaut d'authentification d'une décision de la Commission⁽²⁰⁶⁾. Cette subordination aux éléments du dossier s'expliquait, dans les circonstances de ces affaires, par le fait que les dossiers ne contenaient, initialement, aucun indice suscitant un doute quant à la régularité de l'authentification de la décision attaquée au regard des règles internes de la Commission.

Par la suite, cette subordination aux éléments du dossier n'a été réaffirmée qu'exceptionnellement. D'une part, elle l'a été dans le contexte de la théorie de l'inexistence⁽²⁰⁷⁾, au stade de laquelle ce critère, critiqué par la doctrine⁽²⁰⁸⁾, paraît en tout état de cause redondant avec les conditions mêmes de l'inexistence⁽²⁰⁹⁾. D'autre part, elle l'a été face à un reproche tiré

204. Voy., pour une illustration, les questions posées dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Hongrie c/ Commission* (Trib. UE, 13 décembre 2013, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pt 72).

205. Voy. les arrêts de la CJCE du 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 134 ; *ICI c/ Commission*, aff. C-200/92 P, *Rec.*, p. I-4399, pt 66 ; *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pt 111 ; *Shell c/ Commission*, aff. C-234/92 P, *Rec.*, p. I-4501, pt 68 ; *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539, pt 107 ; *Chemie Linz c/ Commission*, aff. C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, pt 90. Cette considération permet à la Cour de justice d'écarter, sur pourvoi, une argumentation tirée d'une erreur de droit en ce que le Tribunal avait refusé de rouvrir la procédure orale et d'ordonner des mesures d'instruction à la demande de la requérante. Était en cause un moyen relatif à la régularité de la procédure d'adoption de la décision attaquée et, plus précisément, à son authentification régulière. La Cour a fait la même observation s'agissant d'une invitation à examiner d'office l'inexistence de la décision litigieuse : CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c/ Anic Partecipazioni*, aff. C-49/92 P, *Rec.*, p. I-4125, pt 212.

206. Voy. les arrêts du TPI du 10 mars 1992, *Hüls c/ Commission*, aff. T-9/89, *Rec.*, p. II-499, pt 384 ; *Hoechst c/ Commission*, aff. T-10/89, *Rec.*, p. II-629, pt 374 ; *Shell c/ Commission*, aff. T-11/89, *Rec.*, p. II-757, pt 374 ; *ICI c/ Commission*, aff. T-13/89, *Rec.*, p. II-1021, pt 401 ; *Montedipe c/ Commission*, aff. T-14/89, *Rec.*, p. II-1155, pt 391 ; *Chemie Linz c/ Commission*, aff. T-15/89, *Rec.*, p. II-1275, pt 395.

207. TPI, 25 février 2003, *Strabag Benelux c/ Conseil*, aff. T-183/00, *Rec.*, p. II-135, pt 37.

208. Voy. en particulier : C. ANNACKER, *op. cit.*, spéc. pp. 760-761. Ajoutons également les doutes émis par M. VAN DER WOUDE (« Le Tribunal de première instance. "Les trois premières années" », *RMUE*, 1992, n° 3, pp. 113-157, spéc. pp. 149-150) à propos de l'approche du Tribunal dans les affaires *BASF e.a. c/ Commission* (TPI, 27 février 1992, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315) et qui l'ont conduit à se demander s'il est « nécessaire de se mettre à la recherche de vices qui entachent l'acte et qui sont à tel point graves et manifestes qu'ils entraînent l'inexistence ».

209. Le constat d'inexistence requiert, précisément, un vice non seulement particulièrement grave mais encore évident.

de ce que le juge de première instance avait omis d'examiner d'office un moyen tardivement soulevé à l'audience⁽²¹⁰⁾ ou qu'il aurait dû examiner d'office un moyen d'ordre public⁽²¹¹⁾.

Au regard de ces éléments et alors que la doctrine paraît favorable à une subordination du relevé d'office aux éléments du dossier ou à l'état du litige⁽²¹²⁾, il faut constater qu'une telle subordination ne ressort pas avec certitude de la jurisprudence relative aux moyens d'ordre public de fond⁽²¹³⁾. La jurisprudence est par ailleurs muette concernant les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle⁽²¹⁴⁾.

À titre prospectif, aux fins d'une clarification et d'une conciliation des exigences d'impérativité des moyens d'ordre public et de la limitation de la saisine du juge aux éléments du dossier, les rapports entre le relevé d'office obligatoire et les éléments figurant au dossier pourraient être définis comme suit.

Lorsque le dossier instille un doute, même minime, quant au respect d'une règle d'ordre public, il appartiendrait au juge, compte tenu de son obligation d'examiner d'office les moyens d'ordre public, de prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer du caractère fondé ou infondé du

210. Trib. UE, 16 janvier 2015, *Trentea c/ FRA*, aff. T-107/13 P, non publié, pts 44-46.

211. Trib. UE, 19 octobre 2017, *Possanzini c/ Frontex*, aff. T-686/16 P, non publié, pt 71.

212. Voy. en particulier : F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p., spéc. pp. 130-132 ; H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Aufbau, Zuständigkeiten, Verfahren*, 2^e éd., Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1998, 316 p., spéc. p. 125 ; K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261, spéc. pp. 245 et 248 ; B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. pp. 174-176 ; M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance », in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS *et al.* (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 605-633, spéc. p. 621. Voy. également en ce sens, s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public : J. NEUMANN, « Allgemeines und Verfahrensgrundsätze », in H.-W. RENGELING, A. MIDDEKE et M. GELLERMANN (ed.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3^e éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2014, § 5.

213. En revanche, B. SACHS (*op. cit.*, spéc. pp. 175-176) déduit des affaires citées aux notes n^{os} 205 et 207 du présent Chapitre que le relevé d'office est conditionné par la présentation, par les parties, d'éléments de fait permettant de constater le vice. Voy. également : F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 457. Ce dernier reprend en substance à son compte les considérations émises par l'avocat général COSMAS dans l'affaire *Hüls c/ Commission* (concl. sous CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 78, voy. *infra*, note n^o 216 du présent Chapitre).

214. À l'inverse, il a été jugé dans ce contexte que le juge n'était pas tenu de mettre en doute, d'office et en l'absence de contestation, des constatations matérielles effectuées par le greffe quant à l'heure de dépôt d'une requête pour juger de la tardiveté de cette dernière : Trib. UE, 19 juin 2012, *Arango Jaramillo e.a. c/ BEI*, aff. T-234/11 P, non publié, pt 53.

doute ainsi soulevé⁽²¹⁵⁾. Le juge du pourvoi devrait exercer un contrôle à cet égard et sanctionner, en cas d'incidence sur la solution du litige, l'omission du juge de première instance de prendre de telles mesures⁽²¹⁶⁾. Compte tenu des circonstances des affaires du polypropylène⁽²¹⁷⁾, ces éléments instillant un doute doivent être contenus dans le dossier de la procédure écrite ou être présentés, au plus tard, à l'audience. Présentés après la clôture de la procédure orale, ils n'imposent aucune obligation à charge du juge d'en tenir compte.

À l'inverse, il ne saurait être reproché au juge de ne pas avoir recherché d'office une éventuelle violation de règles d'ordre public lorsque le dossier ne contient aucun indice ni n'induit le moindre doute en ce sens⁽²¹⁸⁾. Il est alors délié de son obligation et investi d'une faculté d'instruire plus en avant le dossier pour vérifier le respect de règles d'ordre public même en l'absence de tout indice⁽²¹⁹⁾. Dans cette hypothèse, un moyen de pourvoi pris du non-relevé d'office par le juge de première instance devrait être

215. Une exception devrait toutefois être faite des procédures en référé en raison de l'examen *prima facie* du litige au principal, tant en ce qui concerne sa recevabilité que le fond à travers l'appréciation du *fumus boni juris* (voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, A, 2. Le relevé d'office, pp. 446 et s.). La méconnaissance éventuelle de l'ordre public par le juge des référés paraît d'ailleurs plus « supportable » et moins grave dans ces circonstances dès lors que son ordonnance sera par définition temporaire et sans préjudice de la solution apportée par le juge statuant au fond.

216. Voy. *contra* : concl. COSMAS sous CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 78. Selon l'avocat général, « [d]ès lors que [le] moyen [d'ordre public] porte sur la partie en fait de l'affaire, l'examen d'office du juge se limite en principe aux éléments du dossier qui ont été soumis à son appréciation. [...] Bien entendu, le juge a toujours la faculté de ne pas s'en tenir uniquement aux indications données par le dossier et d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires, mais il s'agit là d'une possibilité, non d'une obligation. Le seul fait que, en se fondant sur certaines indications fournies par les éléments de preuve existants relatifs à des questions examinées d'office, le juge puisse faire un pas supplémentaire et le cas échéant constater que l'acte attaqué est illégal, ne suffit pas à rendre l'arrêt [de première instance dans lequel le Tribunal avait refusé de rouvrir la procédure orale et d'adopter des mesures d'organisation de la procédure à la suite d'éléments fournis par la requérante aux fins d'examiner un moyen d'ordre public] annulable au motif qu'il aurait été rendu en violation des règles relatives au pouvoir de contrôle d'office des juges. »

217. Voy. *supra*, note n° 205 du présent Chapitre.

218. C'est en ce sens que des auteurs semblent lire le rejet, par le Tribunal de la fonction publique, d'un moyen – selon eux d'ordre public – pris de l'incompétence des fonctionnaires auteurs des actes attaqués, faute de délégation, au motif – selon ce tribunal – que les « requérants se bornent à invoquer un défaut de précision sur la réalité de la délégation de signature, sans apporter aucun élément de preuve, ni même un indice, de nature à faire supposer que les fonctionnaires n'auraient pas eu la compétence nécessaire pour adopter les décisions attaquées » (TFP, ord., 18 juin 2013, *Jargeac et a. c/ Commission*, aff. F-98/11, non publiée, pt 41), voy. : A. MASSON, V. CADOR et D. PETRLIK (dir.), « Application du droit de l'Union européenne par le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (juillet 2012-juillet 2013) », *Europe*, 2014, n° 1, chron. 1, § 33.

219. Voy. également en ce sens : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 174-176.

écarté comme non fondé⁽²²⁰⁾. À titre d'illustration, l'on peut mentionner une ordonnance récente de la Cour de justice statuant sur pourvoi contre une ordonnance d'irrecevabilité manifeste pour cause de tardiveté du Tribunal⁽²²¹⁾. La Cour écarta, notamment, un argument pris en substance de ce que ce dernier aurait manqué à son obligation de contrôler d'office le respect du délai de recours en ce qu'il aurait omis de vérifier l'exactitude de la date de réception, par la requérante, des actes litigieux. C'est à compter de cette date que le délai de recours avait été computed. Or, il apparaissait, en l'absence de toute contestation de l'exactitude de ladite date devant le Tribunal, que les indices du dossier du Tribunal convergeaient pour fonder le constat de tardiveté du recours⁽²²²⁾.

L'adoption d'une telle approche aurait par ailleurs le mérite de rapprocher le régime des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne de celui esquissé par la Cour de justice sur le terrain voisin du relevé d'office par les juridictions nationales en matière de droit européen de la consommation. La naissance de l'obligation du juge national d'examiner d'office le caractère éventuellement abusif d'une clause contractuelle entrant dans le champ de la directive 93/13/CEE⁽²²³⁾ est en effet subordonnée à l'existence, à la disposition de ce juge, « des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet »⁽²²⁴⁾.

En définitive, les éléments du dossier ne peuvent mettre en échec l'obligation pour le juge de procéder au relevé d'office que dans des circonstances limitées. De manière plus ponctuelle encore, l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public peut être mise à mal du fait de la nature des moyens et de l'étendue de la mise en cause de la légalité.

220. Il n'est pas exclu toutefois qu'en dépit de sa compétence en principe limitée, le juge du pourvoi procède pour sa part à l'examen d'office du moyen d'ordre public en cause si le dossier porté devant lui s'avérerait plus complet.

221. Trib. UE, ord., 20 janvier 2015, *NICO c/ Conseil*, aff. T-6/13, non publiée.

222. CJUE, ord., 12 décembre 2015, *NICO c/ Conseil*, aff. C-153/15 P, non publiée, pts 31-34. Il est toutefois à noter que la Cour de justice a écarté cet argument comme irrecevable car présenté pour la première fois lors du pourvoi.

223. Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JO*, 1993, L 95, p. 29).

224. CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08, *Rec.*, p. I-4713, pts 32 et 35. Voy. également, à propos d'une telle obligation pesant sur le juge saisi d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale : CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec.*, p. I-9579, pt 53 ; CJUE, ord., 16 novembre 2010, *Pohotovost'*, aff. C-76/10, *Rec.*, p. I-11557, pts 51 et 53-54 ; CJUE, 27 février 2014, *Pohotovost'*, aff. C-470/12, *Rec. num.*, pt 42 ; CJUE, 28 juillet 2016, *Tomášová*, aff. C-168/15, *Rec. num.*, pt 32.

§ 2. – La nature des moyens et l'étendue de la mise en cause de la légalité

L'obligation de relever d'office des moyens d'ordre public de légalité fait l'objet de limitations découlant du croisement de la nature des moyens d'ordre public et de l'objet des débats portés devant le juge. En d'autres termes, le relevé d'office doit avoir un lien avec le litige. Cette assertion se vérifie à au moins deux égards dans une jurisprudence encore peu développée.

D'une part, il a pu être observé par un auteur que « le juge ne devrait pas pouvoir dénaturer les termes du litige qui lui est présenté et introduire dans le débat des éléments qui lui sont tout à fait étrangers »⁽²²⁵⁾. Comme pressenti par cet auteur⁽²²⁶⁾, il ressort de la jurisprudence que l'obligation d'examiner d'office la motivation de l'acte litigieux est fonction de l'étendue de la contestation de cet acte. Ainsi, à défaut de toute contestation de certaines considérations ou de certains passages dudit acte, le juge n'est pas tenu de contrôler d'office le respect de l'obligation de motivation au regard de ces considérations ou passages⁽²²⁷⁾. Il ne semble pas pour autant en être empêché⁽²²⁸⁾. Partant, en cohérence avec la fonction du moyen d'ordre public pris de la violation de l'obligation de motivation, le juge « a le devoir de [...] relever d'office [un tel moyen] uniquement lorsqu'il

225. F. CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.*, spéc. p. 448.

226. *Ibid.* : « [I]l serait peu concevable que le devoir d'examiner la motivation de l'acte attaqué, même d'office, aboutisse à ce qu'il examine d'office la motivation des parties de l'acte attaqué qui n'ont rien à voir avec le litige dont il est saisi ».

227. Voy. en ce sens : CJUE, 22 mai 2014, *ASPLA c/ Commission*, aff. C-35/12 P, *Rec. num.*, pts 37-38 ; concl. WAHL du 26 mars 2015 sous CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 124 et 128 ; concl. SZPUNAR sous CJUE, 11 mai 2017, *Yoshida Metal Industry c/ EUIPO*, aff. C-421/15 P, *Rec. num.*, pt 35.

228. Voy. en ce sens : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 28-29 et 34-37. En réponse à un reproche tiré de ce que le Tribunal a statué *ultra petita* et méconnu le cadre du litige tel que défini par les parties ainsi que le principe dispositif en ce qu'il a relevé d'office une violation de l'obligation de motivation étrangère aux moyens soulevés en première instance et aux faits résultant des dossiers, la Cour de justice se contente de rappeler que le moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation constitue un moyen d'ordre public et que, « [e]n relevant d'office un tel moyen, qui, par principe, n'a pas été invoqué par les parties, le juge [de l'Union] ne sort pas du cadre du litige dont il est saisi et ne viole en aucune manière les règles de procédure relatives à la présentation de l'objet du litige et des moyens dans la requête ». Dès lors, « en l'espèce, le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs en relevant d'office un moyen pris d'un défaut de motivation de la décision litigieuse ». Lu ensemble avec l'arrêt *ASPLA c/ Commission* (CJUE, 22 mai 2014, aff. C-35/12 P, *Rec. num.*, voy. *supra*, note précédente), cet arrêt semble indiquer que, lorsqu'il s'agit de considérations non contestées, le juge a une faculté, non une obligation, de relever d'office ce moyen d'ordre public. En revanche, dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.*, précité, l'avocat général Bot semble s'être prononcé en faveur d'une obligation (concl., pt 66).

est empêché d'exercer son contrôle juridictionnel »⁽²²⁹⁾. Cette limite à l'obligation de relever d'office la violation de l'obligation de motivation n'est pas sans rappeler les limites tirées du principe *ne ultra petita*. Elle s'en distingue toutefois en ce qu'elle vise des hypothèses dans lesquelles, alors qu'est demandée l'annulation non pas partielle mais intégrale de l'acte, seuls certains motifs font l'objet des moyens de légalité avancés.

D'autre part, le juge de l'Union européenne est délié de son obligation d'examiner d'office un moyen d'ordre public, même fondé, lorsque ce moyen devrait, en tout état de cause, être rejeté comme étant inopérant⁽²³⁰⁾. Il en va ainsi en particulier des moyens d'ordre public de légalité externe en présence d'une compétence liée de l'auteur de l'acte attaqué, en raison de laquelle ce dernier ne pourrait, une fois le vice rectifié, qu'adopter un acte matériellement identique. Rien n'empêche, toutefois, le juge de procéder, y compris dans une telle constellation, au constat, le cas échéant d'office, de l'illégalité avant d'écarter ce moyen d'ordre public comme étant inopérant⁽²³¹⁾. Cette dernière considération peut être illustrée par un arrêt récent fort original, voire discutable, du Tribunal, à l'occasion d'un recours en annulation d'une décision par laquelle l'Agence exécutive « Éducation, audiovisuel et culture » (EACEA) avait maintenu un refus de subvention préalablement décidé par la Commission, tout en modifiant la motivation de ce refus. Le Tribunal releva d'office l'incompétence de l'EACEA, en ce qu'elle avait modifié une décision qu'elle n'avait pas compétence pour adopter. Compte tenu de la réglementation applicable, ladite agence pouvait uniquement expliciter la décision de la Commission, ou bien saisir celle-ci afin qu'elle la modifie. Le Tribunal estima toutefois que la Commission, qui aurait été compétente, se fût trouvée en compétence liée et en déduisit que « le vice d'incompétence ne saurait emporter l'annulation de la décision attaquée dès lors que ladite annulation effectuée en raison de l'incompétence de l'auteur de la décision attaquée ne pourrait donner lieu, une fois ce vice rectifié à la date de laquelle il est survenu, qu'à l'adoption d'une décision identique quant au fond ». Ce relevé d'office prioritaire de l'incompétence de l'EACEA et le constat d'une compétence liée de l'institution dont les compétences avaient été enfreintes

229. B. VESTERDORF, *op. cit.*, spéc. p. 563.

230. Cette limite se rapproche ainsi du rejet par préterition des moyens d'ordre public.

231. Voy. en ce sens : TFP, 17 juin 2008, *De Fays c/ Commission*, aff. F-97/07, *RecFP*, pp. I-A-1-191 et II-A-1-1011, pts 50 et 68-71. Le Tribunal de la fonction publique examine un moyen d'ordre public tardivement soulevé et pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué. Ayant constaté l'incompétence, il observe toutefois que, du fait de la compétence liée de l'autorité en cause, « l'annulation [pour vice d'incompétence] ne pourrait donner lieu, une fois ce vice rectifié à la date à laquelle il est survenu, qu'à l'adoption d'une décision identique quant au fond », de sorte que ce moyen a été déclaré inopérant.

(sic !) permirent *in fine* au Tribunal d'écarter comme inopérants l'ensemble des moyens soulevés par la partie requérante⁽²³²⁾.

Eu égard aux éléments du dossier, il apparaît que l'obligation pour le juge de l'Union européenne de relever d'office les moyens d'ordre public est le plus souvent entière. Ce juge ne devrait qu'exceptionnellement en être délié. Dans d'autres circonstances, l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public est d'un maniement sensiblement plus souple, le relevé d'office pouvant s'avérer inutile dans les circonstances d'une affaire au regard des arguments soulevés par les parties. Relatives, ces limites découlant de l'inutilité du relevé d'office reflètent en définitive des considérations de bonne administration de la justice et d'économie de procédure.

SOUS-SECTION 2. – L'INUTILITÉ DU RELEVÉ D'OFFICE AU REGARD DES ARGUMENTS SOULEVÉS DANS LE DOSSIER

Le juge de l'Union européenne n'est pas tenu de relever d'office et de faire état dans la décision mettant fin à l'instance d'un moyen d'ordre public, même fondé, lorsque ce moyen est dépourvu d'incidence sur la solution du litige. Des considérations pratiques peuvent l'amener à appuyer sa décision sur un moyen « déterminant »⁽²³³⁾, même ordinaire, qui a été avancé par une partie plutôt que sur un moyen d'ordre public relevé d'office. Une telle renonciation au relevé d'office pourtant obligatoire s'inscrit dans une idée de bonne administration de la justice, véritable « [é]lément de régulation et de souplesse du contentieux, [qui] donne en toutes circonstances au juge un large pouvoir d'appréciation pour faire ce que commande le bon sens et l'intérêt général »⁽²³⁴⁾ et dont on a pu relever les mérites, la force dérogatoire mais aussi les ambiguïtés⁽²³⁵⁾. Elle s'opère au nom, souvent implicite, d'une

232. Trib. UE, 4 février 2016, *Italian International Film c/ EACEA*, aff. T-676/13, *Rec. num.*, pts 40, 49, 51, 53-55 et 64-65. L'arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi.

233. Le caractère déterminant d'un moyen permet au juge de faire l'économie de l'examen des autres moyens soulevés. Voy. à ce propos en droit du contentieux administratif français : V. HAÏM, « Jugement », *Rep. Dalloz Contentieux administratif*, 2015 (actualisation 2016), § 370.

234. B. BERTRAND, « Le standard de bonne administration de la justice... », *op. cit.*, spéc. p. 118.

235. Voy. outre l'étude de B. BERTRAND citée à la note précédente : H. APCHAIN, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, pp. 587-590 ; R. CHAPUS, « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, n° 1, pp. 3-17 ; J.-M. FAVRET, « La "bonne administration de la justice" administrative », *RFDA*, 2004, n° 5, pp. 943-952 ; O. GABARDA, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2006, n° 1, pp. 153-184 ; A. MEYNAUD, « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA*, 2013, n° 5, pp. 1029-1040 ; J. ROBERT, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, pp. 117-132 ; Ph. YOLKA, « La bonne administration

bonne justice, voire de l'équité du procès et d'une prise en compte des intérêts des parties au litige. Elle est le résultat, parfois, des difficultés rencontrées lors du délibéré. Elle est rendue possible grâce à l'absence de toute hiérarchisation systématique des différents moyens, d'ordre public et ordinaires⁽²³⁶⁾.

Contrariant l'impérativité des moyens d'ordre public, cette souplesse introduit une forme de disposition limitée, par le juge, des règles d'ordre public. Elle ne heurte ladite impérativité qu'à la marge, toutefois. Le juge ne saurait en effet renoncer au relevé d'office qu'à la condition de ne pas enfreindre à son tour l'ordre public. En d'autres termes, il doit s'assurer de constater l'irrégularité d'une situation qui est par ailleurs contraire à l'ordre public. Sa liberté ne tient qu'au choix du motif, ordinaire ou d'ordre public. Concrètement, cette souplesse se matérialise dans l'inutilité de relever d'office un moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle (§ 1) ou de fond (§ 2).

§ 1. – L'inutilité de relever d'office un moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle

Tandis que l'incompétence d'ordre public du juge constitue un moyen d'ordre public prioritaire à l'irrecevabilité d'ordre public de la demande dont il est saisi⁽²³⁷⁾, le droit du contentieux de l'Union européenne ne connaît aucune hiérarchisation stricte et systématique des moyens d'ordre public tirés des règles de recevabilité. Aussi, lorsque plusieurs motifs justifieraient le rejet pour irrecevabilité d'une demande, le juge peut choisir le motif sur lequel il entend fonder sa décision. Le relevé d'office d'une irrecevabilité d'ordre public peut dès lors être inutile lorsque l'irrecevabilité découle d'un motif soulevé par la partie défenderesse (A). L'inutilité du relevé d'office d'une telle fin de non-recevoir peut également découler d'un rejet du recours comme étant non fondé (B).

de la justice : une notion fonctionnelle ? », *AJDA*, 2005, p. 233. Voy. également les actes du colloque organisé sous la direction de B. BERTRAND, L. COUTRON et P. IDOUX : *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, *op. cit.*

236. Mise à part la hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public, déjà examinée. L'examen de la compétence du juge précède en principe celui des autres moyens d'ordre public et l'examen des moyens d'ordre public de la procédure précède en tout état de cause l'appréciation des moyens d'ordre public de fond, voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1. Une hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public (pp. 511 et s.).

237. Voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, A. Une priorité absolue des moyens d'ordre public tirés de l'incompétence du juge sur les autres moyens d'ordre public (pp. 511 et s.).

A. L'inutilité due au rejet du recours pour irrecevabilité sur la base d'un motif soulevé par la partie défenderesse

Les conditions de recevabilité des recours portés devant les juridictions de l'Union européenne paraissent largement interchangeables. Si certains arrêts semblent contenir une esquisse de hiérarchisation de ces conditions⁽²³⁸⁾, il n'existe pas pour autant de hiérarchie stricte ni systématique⁽²³⁹⁾. Le juge choisit le plus souvent librement et le cas échéant d'office le motif de rejet pour irrecevabilité d'un recours, lorsque plusieurs motifs sont envisageables⁽²⁴⁰⁾. Dès lors, saisi d'une fin de non-recevoir fondée, le juge ne sera aucunement obligé de relever d'office d'éventuelles autres fins de non-recevoir d'ordre public qui justifieraient de rejeter la demande comme irrecevable⁽²⁴¹⁾. Rien ne l'empêche, pour autant, d'examiner, le cas échéant après avoir rejeté le recours comme irrecevable, une fin de non-recevoir d'ordre public à titre surabondant et hypothétique⁽²⁴²⁾. Il n'est,

238. Ainsi, dans le cadre d'un recours en annulation, l'existence d'un acte attaquant serait une question préalable à celle du respect du délai de recours : CJUE, ord., 15 février 2012, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-208/11 P, non publiée, pts 33-36. Dans le contexte du recours en annulation des requérants non privilégiés contre des actes réglementaires, la condition tenant à l'affectation directe serait préalable à celle de l'absence de mesures d'exécution : CJUE, 28 avril 2015, *T & L Sugars et Sidul Açúcares c/ Commission*, aff. C-456/13 P, *Rec. num.*, pt 38.

239. À l'ordonnance *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, citée à la note précédente, doit être opposée l'ordonnance *von Storch e.a. c/ BCE* (CJUE, ord., 29 avril 2015, aff. C-64/14 P, non publiée, pt 27), dans laquelle est écarté comme manifestement non fondé un moyen de pourvoi tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal ne s'est pas exprimé sur les effets juridiques des décisions attaquées. Le Tribunal s'est contenté de constater l'absence d'affectation directe des requérants et a explicitement réservé la question du caractère attaquant de l'acte. Celui-ci ne constitue donc pas nécessairement une question devant être tranchée avant l'examen d'autres conditions de recevabilité.

240. À titre d'illustration, sans même apprécier la question de savoir si l'acte dont l'annulation était demandée constituait un acte attaquant, le Tribunal rejette une demande d'annulation comme étant irrecevable motif pris de ce qu'aucun moyen d'annulation n'est soulevé à son appui : Trib. UE, ord., 9 janvier 2015, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. T-482/12, non publiée, pts 36 et 40-43. Dans une autre affaire, il rejette le recours comme irrecevable au motif, relevé d'office, que l'acte attaqué avait un fondement contractuel et indissociable du cadre contractuel, sans examiner si l'acte était susceptible de faire grief : Trib. UE, ord., 6 janvier 2015, *St'art e.a. c/ Commission*, aff. T-36/14, non publiée, pts 31-35. Voy. pour un autre exemple : TPI, 8 mars 2005, *D c/ BEI*, aff. T-275/02, *RecFP*, pp. I-A-51 et II-211, pt 41.

241. Lorsque le juge de première instance a rejeté le recours comme irrecevable au motif que la requérante n'avait pas qualité pour agir, une demande de substitution des motifs par laquelle l'institution défenderesse fait valoir que le Tribunal a, d'une part, commis une erreur de droit dans son appréciation relative à la qualité pour agir de la requérante et, d'autre part, omis d'effectuer un examen d'office de l'intérêt à agir de celle-ci, est rejetée comme irrecevable : CJUE, 21 décembre 2011, *Iride c/ Commission*, aff. C-329/09 P, *Rec.*, p. I-212, pts 47-51.

242. Voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 30 juin 2011, *Tecnoproces c/ Commission et Délégation de l'Union au Maroc*, aff. T-264/09, non publiée, pts 91-94 ; TFP, ord., 20 mai 2009, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-73/08, *RecFP*, pp. I-A-1-145 et II-A-1-819, pt 61 ; TFP, ord., 25 novembre 2009, *Marcuccio c/ Commission*, aff. F-11/09, *RecFP*, pp. I-A-1-459 et II-A-1-2475, pt 68.

en tout état de cause, pas lié par les fins de non-recevoir avancées par les parties et peut d'office en examiner une autre⁽²⁴³⁾.

Le libre choix des motifs d'irrecevabilité comporte toutefois deux nuances. Une première nuance tient au fait que cette liberté ne saurait affranchir le juge de son obligation de rejeter explicitement toutes conditions alternatives de recevabilité le cas échéant applicables, y compris d'office au titre d'une fin de non-recevoir d'ordre public. L'exemple type est fourni par l'appréciation de la qualité d'un requérant non privilégié pour agir en annulation d'un acte dont il n'est pas le destinataire. Cette qualité peut être admise dans deux hypothèses alternatives, à savoir soit en cas d'affectation à la fois individuelle et directe du requérant soit en présence d'un acte réglementaire concernant directement le requérant et ne comportant pas de mesures d'exécution⁽²⁴⁴⁾. Un recours formé par un tel requérant ne peut être rejeté comme étant irrecevable que si les conditions d'ordre public d'aucune de ces deux hypothèses ne sont réunies. Il s'ensuit que le simple constat du défaut d'affectation individuelle, condition d'ordre public, ne saurait délier le juge de son obligation de vérifier encore, le cas échéant d'office, si la recevabilité du recours pourrait être admise au titre de l'autre hypothèse susvisée⁽²⁴⁵⁾.

Ce n'est, en effet, qu'en présence de conditions cumulatives de recevabilité que le juge peut choisir librement la fin de non-recevoir d'ordre public, invoquée ou soulevée d'office, sur laquelle il entend fonder sa décision sans être tenu de compléter la motivation de sa décision par l'autre condition. Ainsi, dans le prolongement de l'exemple précédent, l'hypothèse de l'affectation individuelle et directe renferme deux conditions cumulatives tenant, l'une, à l'affectation individuelle et, l'autre, à l'affectation directe⁽²⁴⁶⁾, qui sont toutes deux d'ordre public. Il suffit dès lors que l'une d'elles fasse défaut pour que le recours doive être rejeté comme irrecevable, sans que le juge soit tenu d'examiner, même d'office, l'autre condition. L'examen de l'autre devient, en effet, superflu⁽²⁴⁷⁾.

243. Voy. pour une illustration récente : Trib. UE, ord., 29 mai 2017, *Le Pen c/ Parlement*, aff. T-863/16, non publiée, pt 25 et la jurisprudence citée.

244. Art. 263, al. 4, TFUE.

245. Voy. en ce sens : CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonpunt e.a. c/ Commission*, aff. C-132/12 P, *Rec. num.*, pts 45-48 ; CJUE, 27 février 2014, *Stichting Woonline e.a. c/ Commission*, aff. C-133/12 P, *Rec. num.*, pts 32-35.

246. CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. C-583/11 P, *Rec. num.*, pt 76.

247. Voy. en ce sens : CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c/ Commission*, aff. 25/62, *Rec.*, p. 199, spéc. p. 223. La doctrine a pu noter que, « [s]elon la règle dégagée dans l'arrêt *Plaumann*, la Cour examine généralement d'abord si le texte attaqué concerne individuellement le requérant », bien qu'« [i]l arrive cependant parfois qu'elle recherche d'abord si le requérant est concerné directement en suivant l'ordre établi par le traité » (J. RIDEAU, « Recours en annulation.

À titre de seconde nuance, il faut relever que la liberté de choix du juge rencontre parfois des limites « surprises » lorsque le juge du pourvoi découvre ou esquisse spontanément une hiérarchie entre deux fins de non-recevoir d'ordre public et reproche au premier juge d'avoir erronément rejeté par prétérition la fin de non-recevoir d'ordre public prioritaire. Lorsqu'il s'avère que les différents motifs envisageables étaient effectivement fondés et justifiaient le rejet de la demande comme irrecevable, une telle découverte s'apparente en substance à une substitution des motifs opérée par le juge du pourvoi⁽²⁴⁸⁾.

Cette liberté déduite de l'inutilité pour le juge de relever d'office une fin de non-recevoir d'ordre public, même fondée, lorsque l'irrecevabilité peut être motivée sur la base d'arguments soulevés par les parties ne heurte en principe nullement l'ordre public⁽²⁴⁹⁾. En effet, il est constant que la quasi-totalité des conditions de recevabilité sont d'ordre public, en sorte que le choix du juge se limite dans la plupart des hypothèses au choix d'une cause d'irrecevabilité d'ordre public sur une autre. Cette liberté est complétée par une possibilité pour le juge de rejeter au fond une demande sans préalablement examiner sa recevabilité.

B. *L'inutilité due au rejet du recours comme étant non fondé*

En tant que reflet de la jurisprudence dite *Boehringer*⁽²⁵⁰⁾, le juge de l'Union européenne est délié de son obligation de relever d'office une fin de non-recevoir d'ordre public lorsqu'il est, en tout état de cause, en mesure de rejeter le recours comme étant non fondé. Néanmoins, comme nous l'avons déjà exposé, le jeu de cette liberté devrait être cantonné aux seuls moyens d'ordre public relatifs à la recevabilité en cas de recours manifestement non

Conditions de recevabilité », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 330, 2015, § 90). En définitive, il ne semble pas y avoir de hiérarchie ni d'ordre strict entre les deux conditions : D. WAELBROECK et M. WAELBROECK, « Article 173 », in J.-V. LOUIS *et al.*, *Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, Commentaire J. Mégret, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, pp. 97-170, spéc. p. 125.

248. Voy. p. ex. : CJUE, ord., 15 février 2012, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-208/11 P, non publiée, pts 33-36.

249. Le choix d'un motif d'irrecevabilité allégué au lieu d'un motif relevé d'office est d'autant plus justifié en termes d'économie de procédure que les parties auront en principe eu l'occasion de débattre du premier, tandis que le juge devrait encore soumettre à leur débat le second. S'agissant des exigences du principe du contradictoire en cas de relevé d'office, voy. *infra*, cette Partie, Titre 2, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties (pp. 683 et s.).

250. CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pt 50.

fondé, tant en ce qui concerne les moyens soulevés par la partie requérante qu'au regard de tout moyen d'ordre public de fond⁽²⁵¹⁾.

La jurisprudence *Boehringer* illustre ainsi les seules circonstances dans lesquelles le juge peut omettre de relever d'office un moyen d'ordre public afférant à la recevabilité de la demande, alors même que ce moyen, sans affecter le sens du dispositif (rejet du recours), modifierait le fondement juridique du rejet (pour irrecevabilité ou au fond). Cette hypothèse particulière mise à part, ce n'est qu'en l'absence de toute incidence du moyen d'ordre public sur le dispositif que le juge est dispensé de son obligation de relever d'office les moyens d'ordre public. Il en va de même des moyens d'ordre public de fond.

§ 2. – L'inutilité de relever d'office un moyen d'ordre public de fond

De manière analogue au choix ouvert en présence de plusieurs causes d'irrecevabilité fondées, le juge de l'Union européenne est délié de son obligation d'examiner et de relever d'office des moyens d'ordre public de fond lorsqu'un ou plusieurs des moyens soulevés par la partie requérante justifie(nt) qu'il soit fait droit à ses conclusions. La situation se présente de manière quelque peu différente selon que le juge procède à une appréciation de légalité (A) ou exerce ses pouvoirs de pleine juridiction (B).

A. L'inutilité de relever d'office un moyen d'ordre public de légalité

À défaut de hiérarchie stricte et systématique entre les moyens, ordinaires ou d'ordre public, relevant des légalités externe et interne, le juge peut annuler l'acte contesté sur la base d'un moyen, même ordinaire, allégué par une partie, sans examiner les autres moyens ordinaires ou d'ordre public, invoqués⁽²⁵²⁾ et/ou susceptibles d'être relevés d'office⁽²⁵³⁾. Pour des raisons d'économie de motifs et de procédure, le juge est ainsi soulagé de son

251. Voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer* (pp. 524 et s.).

252. « L'examen du moyen tiré de la violation des droits de la défense ayant déjà conduit le Tribunal à annuler [la] décision [attaquée], ce dernier n'était pas tenu d'examiner les autres moyens invoqués » : CJUE, ord., 3 octobre 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. C-617/11 P, non publiée, pt 23. Voy. pour une illustration du non-examen d'un moyen d'ordre public : TFP, 15 décembre 2010, *Almeida Campos e.a. c/ Conseil*, aff. F-14/09, non publié, pts 22-23 et 40.

253. En ce sens, statuant après annulation d'un premier arrêt (TPI, 14 décembre 2000, *UFEX e.a. c/ Commission*, aff. T-613/97, *Rec.*, p. II-4055) et renvoi par la Cour de justice (CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost e.a. c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, p. I-6993), le Tribunal a relevé que « ni le Tribunal ni la Cour n'étaient tenus de soulever le défaut de motivation [...], eu égard à l'annulation par le Tribunal, en première instance, de la

obligation d'apprécier les autres moyens soulevés et d'examiner d'office les moyens d'ordre public⁽²⁵⁴⁾. Il n'est pas pour autant empêché d'apprécier, même d'office et à titre surabondant, un moyen d'ordre public confortant le cas échéant l'annulation de l'acte attaqué⁽²⁵⁵⁾. Il ne reste soumis à son obligation que lorsque le moyen accueilli ne permettait qu'une annulation partielle, tandis qu'un moyen d'ordre public justifierait une annulation totale demandée par le requérant⁽²⁵⁶⁾.

L'obligation pour le juge d'examiner d'office les moyens d'ordre public de légalité est ainsi d'un maniement souple. Le champ du relevé d'office obligatoire est en définitive limité à l'hypothèse dans laquelle aucun moyen soulevé par la partie intéressée ne conduit à l'annulation de l'acte dans l'étendue demandée, tandis qu'un moyen d'ordre public la justifierait.

Des considérations pratiques et juridiques militent cependant en faveur d'une extension du champ de cette obligation s'agissant, à tout le moins, des problèmes liés à la compétence de l'auteur d'un acte déferé au contrôle du juge et à la motivation de cet acte⁽²⁵⁷⁾.

En premier lieu, le juge de l'Union européenne ne devrait pas procéder à l'examen de la légalité procédurale et substantielle d'un acte adopté par une

décision attaquée uniquement pour erreur de droit [...] et la limitation du contrôle de la Cour à la légalité de l'appréciation que le Tribunal a effectuée à l'appui de cette conclusion » : TPI, 7 juin 2006, *Ufex e.a. c/ Commission*, aff. T-613/97, *Rec.*, p. II-1531, pt 73.

254. De manière analogue, il arrive que le juge de l'Union européenne se contente de relever d'office un moyen d'ordre public sans examiner les moyens soulevés à l'appui de la requête. Voy. parmi de nombreux exemples : CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 49-60 ; CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pts 27-37 ; CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pts 79-92 et 98-100 ; TPI, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier c/ Commission*, aff. T-147/00, *Rec.*, p. II-85, pts 45-46 et 66 ; TPI, 22 septembre 2005, *Suproco c/ Commission*, aff. T-101/03, *Rec.*, p. II-3839, pts 19 et 49 ; TFP, 21 février 2008, *Putterlie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pts 50-52.

255. Voy. p. ex. : TFP, 18 septembre 2007, *Botos c/ Commission*, aff. F-10/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1345, pts 78-81.

256. En ce sens, le Tribunal de la fonction publique, après avoir accueilli un moyen soulevé par le requérant, conduisant à l'annulation au fond de la décision attaquée, estime qu'il n'y a plus besoin de statuer sur le moyen tiré de l'insuffisance de motivation, tardivement soulevé, dès lors qu'« accueillir un tel moyen [...] ne conduirait pas à une annulation plus étendue » : TFP, 23 octobre 2013, *D'Agostino c/ Commission*, aff. F-93/12, non publié, pt 73.

257. Plus largement, en vue de la réédition éventuelle de l'acte annulé, il peut paraître souhaitable que le juge examine, le cas échéant à titre surabondant, l'ensemble des moyens de légalité avancés ou susceptibles d'être relevés d'office, dès lors qu'ils sont bien fondés et susceptibles d'encourir l'annulation de l'acte attaqué. Voy. s'agissant du juge administratif français : R. CHAPUS, « De l'office du juge... », *op. cit.*, spéc. pp. 62-64. Voy. à propos de l'exécution d'arrêts d'annulation par les institutions communautaires (de l'Union européenne) : F. SCHOCKWEILER, « L'exécution des arrêts de la Cour », in F. CAPOTORTI *et al.* (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 613-635, spéc. pp. 616-622.

autorité incompétente⁽²⁵⁸⁾. D'une part, en procédant à un tel examen, il serait amené à statuer lui-même en méconnaissance des règles de répartition des compétences décisionnelles⁽²⁵⁹⁾. D'autre part, après annulation ou invalidation d'un acte pour vice affectant la procédure ou le fond et sans constat d'incompétence, son auteur, pourtant incompétent, peut adopter un nouvel acte purgé des vices⁽²⁶⁰⁾ qui risque de revenir de nouveau devant le juge. Le relevé d'office de l'incompétence de l'auteur de l'acte devrait, dès lors, être prioritaire sur l'examen de tout autre moyen de légalité. Un tel relevé d'office prioritaire permettrait d'éviter la naissance d'un nouveau litige du fait de l'adoption d'un nouvel acte par le même auteur incompétent.

Pour ces mêmes raisons, un examen d'office prioritaire des règles de compétence semble encore s'imposer lorsque le recours est voué à l'échec en raison du fait que l'auteur de l'acte a agi en vertu d'une compétence liée⁽²⁶¹⁾ ou qu'il était en toute hypothèse incompétent pour faire droit à la demande dont il était saisi et qu'il a rejetée par l'acte attaqué. L'affaire *Salzgitter c/ Commission* en fournit une illustration éloquente. Au stade du pourvoi, la Cour de justice releva d'office l'incompétence *ratione temporis* de la Commission pour autoriser l'aide d'État en cause, que cette institution avait déclarée incompatible avec le marché commun par la décision attaquée. La Cour en déduisit que le Tribunal avait commis une erreur de droit en omettant de relever cette incompétence d'office, ce qui lui eût permis de rejeter le recours sans même statuer sur les moyens invoqués par Salzgitter. Cet examen d'office prioritaire permet par ailleurs à la Cour de rejeter le pourvoi sans examiner les moyens avancés par cette dernière⁽²⁶²⁾.

258. « [L]e vice d'incompétence [...] affecte le fondement même et, partant, la justification de l'existence de l'acte attaqué. Ainsi, dans la mesure où un acte adopté par un auteur incompétent n'a pas lieu de figurer dans l'ordre juridique de l'Union, son contenu revêt en principe peu d'importance » : Trib. UE, 8 octobre 2014, *Bermejo Garde c/ CESE*, aff. T-529/12 P, non publié, pt 55.

259. Voy. p. ex. : TPI, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier c/ Commission* aff. T-147/00, *Rec.*, p. II-85, pts 45-46 et 66 ; TFP, 19 juillet 2016, *Opreana c/ Commission*, aff. F-67/15, non publié, pts 36 et s.

260. C'est ainsi que pourrait s'expliquer l'annulation d'une décision de rejet de la commission de recours des autorités européennes de surveillance pour incompétence relevée d'office sans examen des moyens d'annulation soulevés par la partie requérante : Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pts 59 et 73. Voy. à propos de cet arrêt discutable *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 2, a. L'intérêt du requérant dans le contentieux de la légalité (pp. 554 et s.).

261. Nous nous permettrons de renvoyer à cet égard à l'affaire *Italian International Film c/ EACEA* (Trib. UE, 4 février 2016, aff. T-676/13, *Rec. num.*), examinée *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 2. La nature des moyens et l'étendue de la mise en cause de la légalité (pp. 569 et s.).

262. CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 55-60.

Devraient encore profiter de cette priorité, pour des raisons analogues, certains moyens d'ordre public relatifs à l'exercice des compétences confiées aux institutions et rattachés à la violation des formes substantielles. En particulier, il devrait en aller ainsi du moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance du délai légal dans lequel une institution doit adopter un acte⁽²⁶³⁾. Dans cette hypothèse, en effet, l'institution ne peut exercer sa compétence dans un cas spécifique que dans une fenêtre de temps limitée. Le relevé d'office prioritaire permet, dans un tel cas de figure, d'épuiser efficacement le litige opposant les parties.

En second lieu, dès lors que l'obligation de motivation est destinée à permettre à l'intéressé de comprendre les motifs de l'acte et de préparer sa défense mais encore au juge de contrôler la légalité au fond de l'acte, le relevé d'office du moyen d'ordre public pris de la violation de cette obligation s'impose nécessairement et par priorité à tout examen du fond de l'acte. Cet examen est, en effet, rendu impossible si l'acte est effectivement entaché d'une violation de l'obligation de motivation⁽²⁶⁴⁾. Une telle priorité se justifie encore au regard de l'interdiction pour le juge de se substituer à l'administration⁽²⁶⁵⁾. En effet, en procédant à l'examen au fond d'une

263. Voy. à propos de ce moyen d'ordre public : CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.*, pt 103 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-197/13 P, *Rec. num.*, pt 103 ; CJUE, 22 octobre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-429/13 P, *Rec. num.*, pt 34 ; CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pt 92.

264. C'est ainsi que, n'étant pas en mesure d'aborder le fond, le juge de l'Union européenne examine parfois directement d'office la motivation de l'acte sans statuer sur les moyens soulevés par la partie requérante (voy. p. ex. : TPI, 22 juin 2005, *CIS c/ Commission*, aff. T-102/03, *Rec.*, p. II-2357, pts 46, 48 et 59-60 ; TPI, 22 septembre 2005, *Suproco c/ Commission*, aff. T-101/03, *Rec.*, p. II-3839, pts 19, 42-43 et 48-49 ; TPI, 10 septembre 2008, *Evropaïki Dynamiki c/ Cour de justice*, aff. T-272/06, non publié, pts 27-29 et 44-45). Il estime qu'« il [lui] incombe [...] de vérifier le caractère suffisant de la motivation d'un acte avant d'aborder les moyens avancés par les parties aux fins d'en contester le bien-fondé » (TPI, 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-265/04, T-292/04 et T-504/04, non publié, pt 99 ; voy. également : Trib. UE, 16 juin 2015, *Polytetra c/ OHMI*, aff. T-660/11, *Rec. num.*, pt 17). Cette priorité est parfois étendue à l'examen de la régularité procédurale à titre de violation des formes substantielles (TPI, 13 décembre 2007, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-113/05, *RecFP*, pp. I-A-20237 et II-A-2-1555, pts 62-63). C'est encore ainsi que pourraient s'expliquer des arrêts dans lesquels le juge examine et écarte un moyen pris de la violation de l'obligation de motivation avant d'accueillir un moyen afférent au bien-fondé de l'acte attaqué (voy. p. ex. : Trib. UE, 4 juin 2014, *Sedghi et Azizi c/ Conseil*, aff. T-66/12, non publié, pts 58 et 84-85 ; Trib. UE, 3 juillet 2014, *National Iranian Tanker Company c/ Conseil*, aff. T-565/12, *Rec. num.*, pts 47 et 65-67 ; Trib. UE, 3 juillet 2014, *Sharif University of Technology c/ Conseil*, aff. T-181/13, non publié, pts 37, 51 et 73-75 ; Trib. UE, 14 juillet 2016, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-143/12, *Rec. num.*, pts 56, 66 et 154-156).

265. Dans le cadre du contrôle de légalité visé à l'article 263 TFUE, le juge ne saurait substituer sa propre motivation à celle de l'auteur de l'acte attaqué. Néanmoins, il « peut être amené à interpréter la motivation de l'acte attaqué d'une manière différente de son auteur, voire même, dans certaines circonstances, à rejeter la motivation formelle retenue par celui-ci,

question au regard de laquelle l'acte attaqué ne contient aucune motivation, le juge se substitue à l'auteur de l'acte⁽²⁶⁶⁾. Les limites du contrôle du juge appellent dès lors un renforcement de son obligation de relever d'office et par priorité toute violation de l'obligation de motivation. Il n'empêche, toutefois, que cet ordre n'est pas systématiquement suivi⁽²⁶⁷⁾ et que l'examen de la motivation intervient parfois à titre surabondant après annulation au fond⁽²⁶⁸⁾.

Corrélativement, un tel relevé d'office prioritaire d'une violation de l'obligation de motivation sur une annulation au fond de l'acte attaqué est, sur le plan pratique, source d'insatisfaction car elle risque de prolonger le litige opposant les parties⁽²⁶⁹⁾. À la suite d'une annulation pour une telle violation, l'institution défenderesse pourra adopter un acte substantiellement identique à l'acte annulé, complété d'une motivation plus étoffée. Ce nouvel acte risque d'être de nouveau porté devant le juge⁽²⁷⁰⁾. Toutefois, compte

[à moins qu']aucun élément matériel ne le justifie » : CJCE, 27 janvier 2000, *DIR International Film e.a. c/ Commission*, aff. C-164/98 P, *Rec.*, p. I-447, pts 38 et 42 ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates c/ Commission*, aff. C-487/06 P, *Rec.*, p. I-10515, pts 141-142. Voy. également : CJUE, 28 février 2013, *Portugal c/ Commission*, aff. C-246/11 P, non publié, pt 85.

266. Voy. p. ex. : CJUE, 24 janvier 2013, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. C-73/11 P, *Rec. num.*, pts 87-90.

267. Voy. *supra*, note n° 253 du présent Chapitre.

268. Trib. UE, 17 mai 2011, *Buczek Automotive c/ Commission*, aff. T-1/08, *Rec.*, p. II-2107, pts 98-107. En l'occurrence, l'annulation au fond est dérivée d'une insuffisance de preuve (pt 96).

269. Lorsque la décision entachée d'un vice de motivation est « parfaitement justifiée au fond, de sorte qu'après annulation pour vice de motivation, rien n'empêchera l'Administration de reprendre la même décision [...] le bon sens répugne à une annulation formelle qui, en fin de compte, n'apportera pas au requérant le résultat qu'il recherche. L'annulation ne constituera alors qu'une sanction d'ordre pour un comportement blâmable de l'Administration. » : F. SCHOCKWEILER, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *CDE*, 1989, n°s 1-2, pp. 3-40, spéc. p. 39. De telles considérations sont parfois prises en compte par le juge : TPI, 3 décembre 2003, *Audi c/ OHMI*, aff. T-16/02, *Rec.*, p. II-5167, pts 95-97.

270. L'on se permettra de renvoyer aux suites de l'arrêt *Frucona Košice c/ Commission* (cité *supra*, note n° 266 du présent Chapitre), à propos d'une décision adoptée par la Commission en 2007 relative à une aide d'État octroyée par la République slovaque à la requérante. Cette décision était fondée sur deux raisonnements alternatifs. En première instance, le Tribunal avait rejeté le recours après avoir validé une des deux branches du raisonnement (Trib. UE, 7 décembre 2010, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-11/07, *Rec.*, p. II-5453). La Cour de justice estima toutefois que cette branche était entachée soit d'une insuffisance de motivation soit d'une erreur d'appréciation, annula l'arrêt de rejet du Tribunal qui avait substitué ses motifs à ceux de la Commission et renvoya l'affaire devant celui-ci. La Commission décida de retirer sa décision (avec pour conséquence un non-lieu dans l'affaire de renvoi : Trib. UE, ord., 21 mars 2014, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-11/07 RENV, non publiée) et de la remplacer par une nouvelle décision identique au fond avec une motivation plus étoffée. Saisi d'un recours contre cette nouvelle décision, le Tribunal l'annula (Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*). Le pourvoi formé contre ce dernier arrêt fut rejeté par la Cour de justice (CJUE, 20 septembre 2017, *Commission c/ Frucona Košice*, aff. C-300/16 P, *Rec. num.*).

tenu des considérations juridiques susvisées, ces difficultés pratiques ne devraient entrer en ligne de compte en présence d'une « vraie » violation de l'obligation de motivation empêchant le juge d'exercer son contrôle. Elles devraient, en revanche, être prises en compte lorsque, défectueuse et lacunaire, la motivation n'est pas pour autant totalement défailante et peut être comprise.

Dans la limite de ces deux priorités de relevé d'office et sous réserve de l'hypothèse où aucun moyen avancé par la partie intéressée ne justifie l'annulation de l'acte entrepris, la question du relevé d'office d'un moyen d'ordre public de légalité fondé reste en définitive une décision souveraine du juge. Celui-ci appuiera sa décision sur des considérations d'économie de motifs et de procédure, y compris en vue de la reprise d'un nouvel acte par son auteur, voire sur des raisons d'opportunité. Il en va différemment, en revanche, lorsque le juge est amené à exercer ses pouvoirs de pleine juridiction.

B. L'inutilité de relever d'office un moyen d'ordre public dans l'exercice des pouvoirs de pleine juridiction

L'exercice par le juge de ses pouvoirs de pleine juridiction est marqué par une plus importante liberté à l'égard des parties au litige. Les moyens d'ordre public et d'importants pouvoirs d'office lui permettent le cas échéant d'accorder, selon le cas, une réduction plus ou moins importante du montant de l'amende que la réduction éventuellement octroyée sur la base des moyens avancés par la partie intéressée, une indemnisation plus importante que celle demandée par un fonctionnaire ou un agent de l'Union européenne, ou encore de substituer ses motifs à ceux d'une décision d'une chambre de recours dans le contentieux de la propriété intellectuelle. De ce fait, l'obligation du juge d'examiner et de relever d'office les moyens d'ordre public ne peut s'épuiser avec l'accueil d'un ou de plusieurs moyens soulevés par la partie demanderesse. Encore doit-il vérifier qu'aucun moyen d'ordre public ne lui impose d'accorder une réduction d'amende plus ou moins conséquente ou d'augmenter l'indemnisation le cas échéant octroyée. Dans le contentieux de la propriété intellectuelle, la priorité de l'examen du respect de l'obligation de motivation paraît par ailleurs réduite dès lors que le juge recourt plus aisément, mais aussi souvent tacitement, à la substitution des motifs⁽²⁷¹⁾. Ainsi, avec l'extension des pouvoirs du juge, l'obligation de vérifier d'office les moyens d'ordre public est renforcée et la marge d'appréciation souveraine du juge quant à la nécessité ou à

271. Voy. toutefois pour un examen prioritaire de la motivation dans ce contentieux : Trib. UE, 30 juin 2010, *Matratzen Concord c/ OHMI*, aff. T-351/08, non publié, pts 12, 17 et 28.

l'opportunité de relever d'office un moyen d'ordre public corrélativement réduite. Ce renforcement de l'obligation est toutefois plus théorique que réel, compte tenu de la quasi-inexistence des moyens d'ordre public propres à la pleine juridiction.

Les cas d'inutilité de relever d'office des moyens d'ordre public reflètent un détachement du juge de son obligation d'examiner d'office de tels moyens. D'étendue variable selon la catégorie des moyens d'ordre public, le contentieux et l'issue de l'appréciation des moyens soulevés, ces hypothèses induisent une marge de souplesse dans le traitement des moyens d'ordre public. Le champ de l'obligation pour le juge de les examiner, voire relever d'office s'en trouve réduit. L'obligation, dont d'aucuns ont pu douter, subsiste toutefois en son principe.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public par le juge de l'Union européenne est encadré et assoupli. Il est doublement limité.

En premier lieu, le juge est parfois *empêché de procéder au relevé d'office* de certains moyens d'ordre public en raison, en substance, des règles procédurales régissant et délimitant son office et de l'étendue de sa compétence, telle que déterminée par les traités constitutifs et activée dans une affaire par les parties. Les circonstances d'un tel empêchement sont strictement délimitées et requièrent la réunion de conditions objectives. C'est ainsi qu'un juge incompetent, qui ne saurait ni rejeter la demande comme irrecevable ni l'aborder au fond, se voit empêché de procéder à l'analyse des moyens d'ordre public afférents à ladite recevabilité ou au fond. De manière analogue, saisi d'une demande irrecevable, le juge compétent ne saurait relever et accueillir un moyen d'ordre public de fond. Tout au plus dispose-t-il d'une certaine liberté pour se délier de son obligation de statuer d'office sur la recevabilité de la demande, lorsque celle-ci est en toute hypothèse manifestement vouée à l'échec sur le fond.

Au-delà de l'articulation des ordres publics procédural et substantiel, les limites entourant la compétence conférée au juge et activée par sa saisine sont plus disparates et assez peu contraignantes. Le pouvoir même de relever d'office les moyens d'ordre public semble exclu, d'une part, lorsque le moyen en cause ne relève pas du champ de la compétence du juge. L'exemple majeur est constitué par le contentieux de la PESC, étant précisé toutefois que l'interprétation constructive de la Cour de justice conduit à une extension considérable de l'éventail des moyens alléguables. D'autre part, le juge de l'annulation est empêché de relever d'office un moyen d'ordre public lorsque celui-ci le conduirait à statuer *ultra petita* ou

à méconnaître la finalité spécifique et le champ réduit de l'action eu égard à la qualité en vertu de laquelle le requérant non privilégié agit.

En revanche, des considérations purement subjectives tenant à l'intérêt du requérant semblent dépourvues d'incidence sur le pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public. La nature objective des moyens d'ordre public, relevée dans la première partie de la présente thèse, s'en voit confirmée et prolongée au stade de leur régime contentieux.

En second lieu, sans préjudice de son pouvoir de procéder à l'examen et au relevé d'office d'un moyen d'ordre public, le juge est parfois *délié de son obligation d'agir d'office*. En dépit de l'impérativité et de l'indisponibilité des moyens d'ordre public, le juge s'accorde ainsi une certaine marge de souplesse ou de flexibilité, en particulier au nom de considérations de bonne administration de la justice et d'économie de procédure. Lorsque les moyens d'ordre public impliquent une appréciation factuelle, la naissance de l'obligation pour le juge de procéder à leurs examen et relevé d'office dans un litige donné est fonction des éléments et indices factuels que ce dossier contient. Ce n'est que si ces éléments et indices instillent un doute quant au respect de l'ordre public que le juge devra s'activer d'office. Plus encore, en substance, lorsqu'un moyen d'ordre public, fût-il fondé, conduirait à un résultat identique à celui obtenu lors de l'examen des moyens et arguments avancés par les parties, le juge peut se contenter de statuer sur ces derniers, laissant par là sans réponse ledit moyen d'ordre public. Un tel choix peut s'avérer opportun, judicieux et justifié lorsqu'il permet au juge de statuer plus rapidement et plus efficacement, lorsque le raisonnement fondé sur un moyen dans les débats est plus évident, simple ou convaincant que ne le serait le raisonnement fondé sur un moyen d'ordre public, voire lorsqu'il est dans l'intérêt des parties de voir tranchée une question sur laquelle elles s'opposent de longue date. Cette souplesse, toutefois, ne peut déployer ses effets qu'à la condition de ne pas conduire le juge à enfreindre à son tour l'ordre public. C'est dans cette optique que, jonglant avec l'impérativité des moyens d'ordre public et autorisant une certaine disposition de ceux-ci par le juge, cette souplesse n'est de nature à mettre en échec ni le caractère impératif et indisponible des règles en cause ni le principe d'un relevé d'office obligatoire.

CONCLUSION DU TITRE 1

L'examen du relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne a révélé des tensions, divergences et discordances jurisprudentielles. Le régime de ces moyens et, plus spécifiquement, leur relevé d'office font l'objet de distinctions subtiles. Celles-ci dérivent, selon le cas, de la nature du moyen en cause, de la procédure dans laquelle il est introduit et des pouvoirs dont le juge y est investi, de la matière dans laquelle s'inscrit le litige, voire de la qualité du requérant. Néanmoins, ce régime est unifiable dans ses grandes lignes. L'apparence d'un régime complexe, subtile et variable cède ainsi la place à la construction progressive d'une unité procédurale, parfois encore contrariée, des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne à travers leur relevé d'office obligatoire.

En effet, en dépit d'indications jurisprudentielles variables voire contradictoires, il est constant que les moyens d'ordre public s'imposent au juge de l'Union européenne. Celui-ci ne peut en disposer et est tenu de les examiner, voire de les relever d'office malgré la passivité à laquelle il est en principe tenu. En attestent en particulier l'admission du rejet par prétérition et le contrôle du relevé d'office par le premier juge au stade du pourvoi, voire – dans le passé – du réexamen. Bien que la jurisprudence laisse parfois apparaître des nuances potentielles quant au relevé d'office obligatoire ou facultatif des différents moyens d'ordre public, leur traitement unifié s'impose en vue de leur unité procédurale. L'obligation de les relever d'office découle du caractère impératif et fondamental des règles dont ils assurent la garantie ainsi que des exigences d'égalité des justiciables devant le juge.

Impérative, cette obligation n'est pas pour autant absolue. Elle est sujette à des limites et à un maniement casuistique. Son champ est réduit. Tenu d'examiner d'office les moyens d'ordre public, le juge n'est obligé de procéder au relevé d'office d'un tel moyen (pour l'accueillir) et d'en faire une mention explicite dans sa décision que lorsque ce moyen relève du

champ de l'action, ressort à tout le moins approximativement des éléments du dossier considéré et influe sur la solution du litige. Ce relevé d'office doit s'effectuer dans le respect de l'ordre de traitement impératif et naturel des questions, successives, de la compétence du juge, de la recevabilité du recours et du bien-fondé de celui-ci. En dehors de cette hypothèse, l'obligation pour le juge de relever d'office des moyens d'ordre public cède la place à une grande liberté pour ledit juge. Cette marge d'appréciation découle de considérations pratiques de bonne administration de la justice et d'économie de procédure. Elle est à son tour strictement délimitée et ne peut en aucune hypothèse conduire le juge à statuer en méconnaissance des règles d'ordre public. De ce fait, cette relative souplesse n'est guère de nature à renverser le constat d'un relevé d'office par principe obligatoire. Elle peut toutefois expliquer que tant la doctrine que la jurisprudence envisagent parfois le relevé d'office en termes de simple faculté ou de pouvoir discrétionnaire.

C'est au regard de cette même souplesse qu'apparaissent, en dépit de l'existence d'un relevé d'office obligatoire, l'importance et l'intérêt pratiques des règles régissant la place des parties face aux moyens d'ordre public. L'analyse de ces règles permettra de confirmer l'unité, encore contrariée, du régime des moyens d'ordre public. À l'instar de leur effet sur le rôle du juge, il apparaît en effet que ces moyens, soustraits à la disposition des parties mais soumis à leur discussion, sont à la fois libérateurs de certaines contraintes procédurales pesant sur les parties et générateurs de nouvelles contraintes du même ordre. Aussi, ils produisent des effets procéduraux ambivalents sur les parties au litige.

TITRE 2

LES EFFETS PROCÉDURAUX AMBIVALENTS DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC SUR LES PARTIES

Les parties ne peuvent, pas plus que le juge, disposer de l'ordre public. L'impérativité de ce dernier est révélée avec force par le caractère obligatoire pour le juge de la vérification d'office de son respect par les parties. Conforme à l'ordre public, la solution découlant d'un éventuel relevé d'office s'impose à ces dernières et prévaut sur leurs intérêts. De ce fait, il peut sembler inutile d'examiner plus en détail les rapports que les parties au litige entretiennent avec l'ordre public. En particulier, l'invocation des moyens d'ordre public par elles paraît dépourvue d'incidence pratique dès lors qu'est admise l'obligation pour le juge de les examiner d'office⁽¹⁾. La nécessité de les entendre sur les moyens relevés d'office a en outre pu être questionnée.

Le régime des moyens d'ordre public est toutefois plus complexe et le devoir du juge d'examiner ces moyens d'office « n'en épuise pas tous les aspects »⁽²⁾. Ainsi, le litige étant, avant tout, la chose des parties, il est légitime et nécessaire de permettre à celles-ci de se prévaloir de tout moyen, y compris d'ordre public, utile à leurs yeux, de les entendre pleinement et de leur donner l'occasion de s'exprimer sur tout moyen avancé par

1. Voy. en ce sens : B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. pp. 22-24 ; concl. ALBER sous CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pt 48.

2. Selon les termes empruntés à A. HEURTE à propos des moyens d'ordre public du droit du contentieux administratif français : « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RDP*, 1953, pp. 615-648, spéc. p. 617.

l'autre partie ou introduit d'office dans le litige par le juge. L'invocation et la discussion contradictoire des moyens d'ordre public, comme de tout autre moyen, constituent, en effet, un droit pour elles. Sur un terrain plus pratique, l'obligation pour le juge de vérifier d'office le respect des règles d'ordre public n'est pas absolue⁽³⁾, de sorte que la détermination des règles régissant leur invocation par les parties reste pertinente⁽⁴⁾. Enfin, le juge peut changer d'avis quant à l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public au regard des arguments de fait et de droit présentés par les parties⁽⁵⁾. En d'autres termes, la soumission du moyen d'ordre public soulevé d'office au débat contradictoire relève non seulement des exigences du procès équitable et des droits de la défense, mais présente une véritable valeur ajoutée de nature à faciliter l'exercice de sa mission par le juge dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Ces considérations sont prises en compte par le juge de l'Union européenne dans une jurisprudence riche mais relativement désordonnée. Encore une fois, l'unité profonde du régime des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union est cachée derrière des solutions variables, disparates et parfois contradictoires. Le juge tire des conséquences ambivalentes de l'indisponibilité de l'ordre public à l'égard des parties. Tout en s'imposant à celles-ci, l'ordre public lève certains obstacles procéduraux pesant sur elles (Chapitre 1). Soustraits à la disposition des parties, les moyens d'ordre public sont en revanche soumis au débat contradictoire entre elles (Chapitre 2).

3. Voy. cette Partie, Titre 1 et, en particulier, son Chapitre 2. L'encadrement de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 509 et s.).

4. Les rapports entre le relevé d'office par le juge et l'invocation par les parties peuvent s'analyser en termes d'équilibre ou de compensation, l'allègement des devoirs du premier pouvant appeler une extension du droit d'invocation des dernières. Voy. s'agissant des pouvoirs du juge civil français : C. BLÉRY, « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », in L. CADIET *et al.* (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 111-124, spéc. p. 117.

5. P. GRZYBEK (*Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 225 p., spéc. p. 158) a ainsi émis des doutes quant au fait que l'examen d'office puisse constituer un substitut équivalent à l'invocation des moyens d'ordre public par les parties et relevé que l'appréciation d'un moyen par le juge et par les parties peut diverger.

CHAPITRE 1

LES AMBIVALENCES

DE L'INDISPONIBILITÉ DES MOYENS

D'ORDRE PUBLIC POUR LES PARTIES

Le moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne est celui qui assure le respect des règles essentielles et fondamentales de l'ordre juridique de l'Union. Indisponibles et impératives, ces règles sont soustraites à la disposition des parties autant qu'à celle du juge, tout en s'imposant aux premières comme au second. Le moyen tiré de leur méconnaissance est soumis à un régime dérogatoire qui se manifeste non seulement dans les pouvoirs d'office octroyés au juge, mais aussi dans les règles dérogatoires, relativement désordonnées, régissant son invocation et son utilisation par les parties au litige. À l'égard de celles-ci, l'effet des moyens d'ordre public est double et ambivalent.

Ainsi, ces moyens échappent pour l'essentiel aux règles régissant la présentation et l'invocation des moyens par les parties. Cet effet libérateur ou positif se manifeste par une levée partielle des irrecevabilités procédurales (Section 1). Corrélativement, la liberté des parties de délimiter soigneusement les points litigieux et de choisir de ne pas porter certaines questions devant le juge trouve une limite dans les moyens d'ordre public. Cet effet contraignant ou négatif de ces moyens s'exprime par l'impossibilité pour les parties de se soustraire aux règles d'ordre public (Section 2).

SECTION 1. – L'EFFET LIBÉRATEUR DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC :

LA LEVÉE PARTIELLE DES IRRECEVABILITÉS

Devant le juge, les parties sont libres d'avancer tous moyens à l'appui de leurs prétentions respectives. Elles sont soumises au respect des règles de compétence du juge et de recevabilité des recours, conclusions et moyens.

BRUYLANT

Ces règles délimitent d'abord l'étendue, puis l'activation de la compétence du juge. Elles tendent à assurer un accès égal et non discriminatoire à la justice, dans le respect des compétences d'attribution du juge. D'autres règles guident, ensuite, le déroulement de l'instance. L'importance primordiale du respect de l'ensemble de ces règles est reflétée dans leur élévation au rang de règles d'ordre public⁽¹⁾.

Tandis que les limites de la compétence attribuée au juge de l'Union européenne sont absolues et ne sauraient être altérées par l'invocation de moyens d'ordre public, les conditions de recevabilité sont assouplies, voire écartées au profit de ces derniers. À cet égard, la conciliation entre l'ordre public régissant la procédure et l'ordre public invoqué par les parties est opérée selon deux approches conceptuelles différentes. Selon une première approche, le moyen d'ordre public est soumis aux règles de recevabilité de droit commun régissant l'invocation des moyens par les parties. L'irrecevabilité en découlant le cas échéant est, toutefois, compensée par l'examen d'office par le juge. La spécificité du moyen d'ordre public par rapport au moyen ordinaire est réduite et limitée à la sphère du juge. Selon une seconde approche, le moyen d'ordre public est, en raison de sa nature même, soustrait au champ desdites règles⁽²⁾. Sa spécificité s'en voit renforcée.

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, ces deux approches coexistent et imprègnent le régime des moyens d'ordre public d'une regrettable ambiguïté. Une clarification s'impose. Celle-ci devrait conduire, à nos yeux, à la soustraction univoque de ces moyens aux règles de droit commun relatives à l'introduction des moyens dans les débats. Une telle levée des irrecevabilités est fréquemment, mais non sans quelque ambivalence, rappelée par le juge (Sous-section 1). En revanche, la simple invocation d'un moyen d'ordre public ne saurait, en principe, « sauver » un recours ou un acte de procédure irrecevables. L'irrecevabilité de ces derniers est ainsi maintenue (Sous-section 2).

1. Voy. à cet égard *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle (pp. 67 et s.).

2. Les moyens d'ordre public peuvent alors être invoqués par une partie « sans qu'on puisse lui opposer une fin de non-recevoir tirée de l'application des règles de procédure ». Comme l'ont relevé d'éminents auteurs, c'est « peut-être [là que réside leur] principal intérêt » : J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 p., spéc. p. 337.

SOUS-SECTION 1. – LA LEVÉE AMBIVALENTE DE L'IRRECEVABILITÉ
DES MOYENS

Les parties au litige ont à leur disposition une vaste palette de moyens ordinaires et d'ordre public dont elles peuvent se prévaloir à l'appui de leurs prétentions. La partie requérante pourra faire valoir des moyens d'ordre public de fond, tandis que la partie défenderesse soulèvera plutôt des moyens d'ordre public de défense tenant à la compétence du juge ou à la recevabilité du recours. D'éventuelles parties intervenantes seront tentées d'avancer des moyens d'ordre public venant à l'appui de la demande de la partie principale soutenue. Les moyens d'ordre public seront, dans la plupart des cas, invoqués dans les conditions de recevabilité de droit commun⁽³⁾. Leur invocation ne présente alors aucune spécificité⁽⁴⁾.

Mais, à la différence des moyens ordinaires, les moyens d'ordre public peuvent également être avancés en méconnaissance des conditions de droit commun. Cette levée des irrecevabilités au profit des moyens d'ordre public est souvent conçue comme le corollaire de l'octroi au juge du pouvoir de les examiner d'office. En réalité, elle découle directement de la nature d'ordre public des moyens en cause. D'étendue variable, cette levée porte clairement sur les irrecevabilités liées au principe d'immutabilité du litige (§ 1). En revanche, elle n'affecte les irrecevabilités liées à la qualité du justiciable que de manière exceptionnelle (§ 2).

§ 1. – La levée de principe des irrecevabilités liées
à l'immutabilité du litige

Devant le juge de l'Union européenne, le litige est, dans une large mesure, la chose des parties. Ce sont elles qui, par la présentation de leurs prétentions respectives et l'exposé de leurs moyens et des éléments de

3. Ils seront invoqués, exposés et étayés, par la partie requérante, dans la requête (le cas échéant après avoir été avancés à l'occasion d'une procédure précontentieuse), par la partie défenderesse soit dans une exception d'irrecevabilité déposée in *limine litis* par acte séparé (en première instance) soit dans le mémoire en défense, et par les parties intervenantes dans le mémoire en intervention. La présentation de moyens autonomes par les parties intervenantes soulève des questions de recevabilité particulières, voy. *infra*, cette Sous-section, § 2, B. La levée partielle amorcée des irrecevabilités liées à la qualité des parties intervenantes (pp. 634 et s.).

4. Les règles générales régissant l'invocation des moyens par les parties ne seront donc exposées que dans la mesure nécessaire à l'appréhension des dérogations instituées au profit des moyens d'ordre public. Spécifiques à ces derniers, ce sont ces dérogations que le présent chapitre exposera plus en détail.

fait qu'elles estiment pertinents, en délimitent l'étendue⁽⁵⁾. Ce cadre du litige s'impose au juge, qui doit l'épuiser sans le dépasser. C'est le principe dispositif, qui a pour exception le relevé d'office des moyens d'ordre public⁽⁶⁾. Mais ce cadre du litige s'impose également aux parties elles-mêmes⁽⁷⁾. C'est le principe de cristallisation, de concentration ou d'immuabilité du litige, en vertu duquel l'étendue de celui-ci est fixée en début de la procédure, selon le cas contentieuse, voire précontentieuse.

L'immuabilité « trouve son fondement dans le souci de ne pas [...] permettre [aux parties] de compliquer sans fin le litige, et de ménager à l'adversaire, et au juge, quelque effet de surprise »⁽⁸⁾. Elle « permet de déjouer le calcul d'une partie qui, en soumettant au juge de nouvelles prétentions, tenterait de compliquer la marche du procès, de retarder sa solution, de surprendre l'adversaire et de l'empêcher de préparer utilement sa défense »⁽⁹⁾. Expression d'une forme de loyauté procédurale⁽¹⁰⁾, elle est justifiée au nom des droits de la défense et par les exigences d'une bonne administration de la justice⁽¹¹⁾, dont l'efficacité de la procédure. Tel un entonnoir, le litige cristallisé en ses débuts doit se rétrécir en cours d'instance afin de conduire au jugement. L'entonnoir ne saurait, en revanche, être renversé : le litige ne peut, en principe, s'étendre en cours d'instance. Ainsi, et sauf exception, les parties ne sauraient ni formuler des conclusions nouvelles⁽¹²⁾ ni avancer des moyens et preuves nouveaux en cours d'instance.

5. Voy. en ce sens : CJUE, 10 décembre 2013, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-272/12 P, *Rec. num.*, pt 27 ; CJUE, ord., 7 septembre 2016, *Lotte c/ Nestlé Unternehmungen Deutschland*, aff. C-586/15 P, non publiée, pt 29.

6. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1. Le relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public, dérogation à la passivité du juge (pp. 431 et s.).

7. F. PICOD, « Recevabilité », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 886-895, spéc. p. 893. Ce cadre s'impose par ailleurs aux parties intervenantes (*id.*, spéc. p. 892).

8. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, 526 p., spéc. p. 102.

9. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, éd. Bière, 1956, 667 p., spéc. p. 214.

10. S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017, 1515 p., spéc. pp. 1305 et s. *Adde* : J. VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in J.-M. COULON (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 413-424.

11. H. VIZIOZ, *op. cit.*, spéc. p. 214.

12. La problématique des conclusions nouvelles, distincte de l'hypothèse de l'invocation de moyens d'ordre public nouveaux, sera écartée de la suite des développements. Voy. à ce propos : H. EXPERT et C. POULLET, « La production de moyens nouveaux et l'adaptation des conclusions et des moyens devant le juge de l'Union », in S. MAHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 89-129 ; D. MÖLLER, *Die Klageänderung im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, thèse, Bonn, 1976, 229 p., spéc. pp. 91-207.

Le moyen d'ordre public bouleverse ce schéma classique. L'oubli, délibéré ou par erreur, d'un moyen d'ordre public peut être « réparé » par une partie à la marge des exigences de cristallisation ou d'immutabilité de droit commun. La levée de la cristallisation du contentieux au regard d'une procédure précontentieuse est variable (A), celle de la forclusion des moyens d'ordre public encore ambiguë (B).

A. La levée variable de la cristallisation du contentieux au regard d'une procédure précontentieuse

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, certains recours doivent être précédés d'une procédure précontentieuse. Celle-ci permet de définir et de cristalliser le litige entre les parties. Elle « lie » le contentieux. Ainsi, devant le juge de la fonction publique européenne, des moyens qui n'auraient pas été présentés au stade précontentieux sont irrecevables. Seuls les moyens d'ordre public échappent avec certitude à cette irrecevabilité postulée (1). Au-delà du contentieux de la fonction publique, le risque de conflit entre la liaison des phases précontentieuse et contentieuse du litige et l'invocation des moyens d'ordre public est quasi inexistant. La question de sa levée n'est dès lors pas pertinente (2).

1) Une levée certaine dans le contentieux de la fonction publique

Le recours contentieux des fonctionnaires et agents de l'Union européenne, formé conformément aux articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires⁽¹³⁾, doit être précédé, sauf hypothèses exceptionnelles, d'une procédure précontentieuse⁽¹⁴⁾. Selon le cas, celle-ci est constituée d'une ou de deux étapes, à savoir une réclamation précontentieuse⁽¹⁵⁾, le cas échéant précédée, en l'absence d'acte faisant grief au fonctionnaire, d'une demande⁽¹⁶⁾. La procédure précontentieuse a pour objet de faciliter un règlement amiable entre les parties et d'éviter la saisine juge⁽¹⁷⁾. Corrélativement, elle « formalis[e] un différend »⁽¹⁸⁾, cristallise le litige et le délimite.

13. Pour ne pas alourdir la lecture et par simplicité de langage, il ne sera fait mention que des recours des fonctionnaires européens dans les développements qui suivent.

14. Art. 91, § 2, du statut des fonctionnaires.

15. Art. 90, § 2, du statut des fonctionnaires.

16. Art. 25 et art. 90, § 1, du statut des fonctionnaires.

17. À propos de cette fonction et de sa critique, voy. les références figurant *supra*, note n° 277 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle ».

18. S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contentieux de la fonction publique européenne », *CDE*, 1992, n°s 5-6, pp. 565-602, spéc. p. 591.

C'est là que réside l'objet de la règle de concordance. Schématiquement, cette règle emporte interdiction pour le requérant de présenter au juge des conclusions et moyens nouveaux. Les moyens d'ordre public font exception à cette règle (a). Pour sa part, l'employeur, partie défenderesse, n'est aucunement empêché de mettre en cause, au stade contentieux, la recevabilité d'ordre public du recours en raison de l'irrecevabilité de la demande ou de la réclamation, alors même qu'il y aurait répondu au fond lors de la procédure précontentieuse (b).

a) Les moyens d'ordre public de fond invoqués par le requérant

La règle de concordance a fait l'objet de réflexions et d'évolutions dans la jurisprudence récente (i). Celles-ci ont affecté le fondement, mais non le principe de sa levée au profit des moyens d'ordre public invoqués par le fonctionnaire (ii).

i. La règle de concordance à la lumière de la jurisprudence récente

La règle de concordance impose une correspondance entre l'objet et la cause de la requête et ceux de la réclamation⁽¹⁹⁾, voire de la demande formée au stade précontentieux. Aux fins de cette règle, « la notion d'objet du litige [...] correspond aux prétentions de l'intéressé », tandis que « celle de cause du litige [...] correspond au fondement, juridique et factuel, de ces prétentions »⁽²⁰⁾. En cela, la cause renvoie aux moyens. Compte tenu de la finalité attribuée à la procédure précontentieuse, à savoir le règlement amiable, et eu égard au fait que le fonctionnaire peut, au stade précontentieux, agir sans être représenté par un avocat, la règle de concordance ne s'entend pas à une stricte identité entre l'objet et la cause. Elle fait l'objet d'une interprétation relativement souple. Ainsi, seuls sont irrecevables au stade contentieux les moyens dépourvus de tout lien avec ceux avancés au stade précontentieux et dont la partie défenderesse, même en examinant les réclamations dans un esprit d'ouverture, ne pouvait avoir connaissance⁽²¹⁾.

Au cours des dernières années, la règle de concordance a fait l'objet d'évolutions jurisprudentielles à l'initiative du Tribunal de la fonction

19. CJCE, 1^{er} juillet 1976, *Sergy c/ Commission*, aff. 58/75, *Rec.*, p. 1139, pt 33 ; CJCE, 20 mars 1984, *Razzouk et Beydoun c/ Commission*, aff. jtes 75/82 et 117/82, *Rec.*, p. 1509, pt 9.

20. Trib. UE, 25 octobre 2013, *Commission c/ Moschonaki*, aff. T-476/11 P, non publié, pt 84 ; Trib. UE, 4 juillet 2014, *Kimman c/ Commission*, aff. T-644/11 P, non publié, pt 59.

21. Voy. à ce propos : CJCE, 1^{er} juillet 1976, *Sergy c/ Commission*, aff. 58/75, *Rec.*, p. 1139, pts 32-33 ; CJCE, 7 mai 1986, *Rihoux e.a. c/ Commission*, aff. 52/85, *Rec.*, p. 1555, pts 12-13 ; CJCE, 23 avril 2002, *Campogrande c/ Commission*, aff. C-62/01 P, *Rec.*, p. I-3793, pts 33-34 ; Trib. UE, 25 octobre 2013, *Commission c/ Moschonaki*, aff. T-476/11 P, non publié, pts 76-78 ; Trib. UE, 4 juillet 2014, *Kimman c/ Commission*, aff. T-644/11 P, non publié, pts 51-53.

publique dans l'arrêt *Mandt c/ Parlement* de 2010⁽²²⁾. D'abord et avant tout, ces évolutions ont porté sur la notion de « cause », que ledit tribunal a réinterprétée dans un sens plus large et, partant, favorable au fonctionnaire. Dans le contentieux de la légalité, il a distingué deux causes, à savoir la légalité interne et la légalité externe. Le fonctionnaire qui avait soulevé dans sa réclamation un moyen se rapportant à l'une ou l'autre de ces causes était en droit d'invoquer, dans sa requête, tout autre moyen se rapportant à la même cause⁽²³⁾. Cette réinterprétation a toutefois été invalidée par le Tribunal⁽²⁴⁾.

Ensuite, le Tribunal de la fonction publique a soustrait l'exception d'illégalité au champ de la règle de concordance, en prenant l'initiative d'un revirement d'une jurisprudence constante. Cette solution novatrice, également opérée dans l'arrêt *Mandt c/ Parlement*⁽²⁵⁾ et réitérée de manière très solennelle dans deux arrêts de 2014⁽²⁶⁾, procédait de considérations juridiques et pratiques ayant trait « à la finalité de la procédure précontentieuse, à la nature de l'exception d'illégalité et au principe de la protection juridictionnelle effective »⁽²⁷⁾. En particulier, le Tribunal de la

22. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *RecFP num.* L'arrêt n'a pas fait l'objet de pourvoi. Plusieurs de ses avancées ont toutefois été censurées par le Tribunal à l'occasion de pourvois dirigés contre des arrêts appliquant les principes issus de cet arrêt (voy. *infra*, note n° 24 du présent Chapitre). Voy. pour une analyse de cette jurisprudence : M. F. ORZAN, « La phase précontentieuse dans le domaine de la fonction publique européenne, à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal de l'Union européenne », *RAE*, 2014, n° 3, pp. 581-589.

23. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *RecFP num.*, pt 113. Le Tribunal de la fonction publique a ultérieurement défini la notion de cause juridique du contentieux indemnitaire comme correspondant au « chef de préjudice » (TFP, 12 mai 2011, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. F-50/09, *Rec. num.*, pt 84).

24. Voy. s'agissant du contentieux de l'annulation : Trib. UE, 25 octobre 2013, *Commission c/ Moschonaki*, aff. T-476/11 P, non publié, pts 75-80. Voy. s'agissant du contentieux indemnitaire : Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pt 90.

25. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *RecFP num.*, pt 121. Voy. pour des illustrations : TFP, 1^{er} juillet 2010, *Füller-Tomlinson c/ Parlement*, aff. F-97/08, non publié, pt 57 ; TFP, 30 septembre 2010, *van Heuckelom c/ Europol*, aff. F-43/09, non publié, pt 44 ; TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, non publié, pt 22 ; TFP, 13 septembre 2011, *Behnke c/ Commission*, aff. F-68/10, non publié, pt 18.

26. Dans les affaires *Commission c/ Moschonaki* et *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, précitées (note n° 24), le Tribunal ne s'est pas prononcé sur l'applicabilité de la règle de concordance à une exception d'illégalité. À la suite de ces arrêts, toutefois, et peut-être dans un souci de prudence, le Tribunal de la fonction publique a de nouveau extrait l'exception d'illégalité du champ de la règle de concordance en opérant, encore une fois, un revirement par rapport à sa propre jurisprudence pré-*Mandt* (TFP, 11 décembre 2008, *Realì c/ Commission*, aff. F-136/06, non publié, pts 44-51), qui avait à l'époque été confirmée par le Tribunal (Trib. UE, 27 octobre 2010, *Realì c/ Commission*, aff. T-65/09 P, non publié, pts 46-49) : TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pts 28-45 ; TFP, 18 décembre 2014, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-26/12, non publié, pts 35-53.

27. TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pt 32.

fonction publique entendait tenir compte de la nature strictement juridique de l'exception d'illégalité et de l'absence de concours obligatoire d'un avocat au cours de la procédure précontentieuse. Le Tribunal a entériné ce revirement⁽²⁸⁾.

Enfin, la réinterprétation de la règle de concordance a conduit le Tribunal de la fonction publique à en exempter de manière explicite et catégorique les moyens d'ordre public. Ce faisant, il a en réalité clarifié et unifié une jurisprudence antérieure relativement stable mais entachée de quelques discordances. La jurisprudence la plus récente du Tribunal sème toutefois le doute sur l'avenir de cette solution.

ii. *La levée de la règle de concordance face aux moyens d'ordre public*

Selon toute vraisemblance et malgré quelques aléas jurisprudentiels, les moyens d'ordre public échappent à la règle de concordance applicable aux recours des fonctionnaires européens. L'articulation de cette règle et des moyens d'ordre public de fond a toutefois fait l'objet d'une jurisprudence évolutive. Le fondement de la levée de la concordance n'est pas constant. Trois tendances principales peuvent être distinguées.

Selon une première tendance, aux expressions protéiformes, la possibilité d'invoquer au stade contentieux un moyen d'ordre public non avancé au stade précontentieux est en substance conçue comme le simple corollaire explicite ou implicite de l'habilitation du juge de le relever d'office. D'une part, c'est ainsi que, face à la contestation de la recevabilité d'un moyen d'incompétence au regard de la règle de concordance, le juge, sans en examiner la recevabilité, rappela qu'il lui appartenait en tout état de cause d'examiner ce moyen d'office⁽²⁹⁾. L'approche n'est pas sans équivoque. Ou bien le juge a voulu implicitement tenir le moyen d'ordre public pour recevable, ce qui serait cohérent avec d'autres affaires dans lesquelles il admit

28. La solution est fondée, en particulier, sur l'économie de l'exception d'illégalité et sur la compétence exclusive du juge pour constater l'inapplicabilité au litige d'un acte de portée générale entaché d'illégalité (Trib. UE, 27 octobre 2016, *BCE c/ Cerafogli*, aff. T-787/14 P, *Rec. num.*, pts 47, 49 et 61). Préalablement à cet arrêt, le Tribunal s'était déjà implicitement – ou par inadvertance – prononcé en ce sens. En effet, le pourvoi formé contre l'arrêt *CR c/ Parlement* (TFP, 12 mars 2014, aff. F-128/12, *RecFP num.*) a été rejeté par voie d'ordonnance motivée (Trib. UE, ord., 12 décembre 2014, *CR c/ Parlement*, aff. T-342/14 P, non publiée, pts 33-36). Le Tribunal a validé l'appréciation au fond de l'exception d'illégalité opérée par le Tribunal de la fonction publique, sans statuer sur sa recevabilité (laquelle ne semblait pas faire l'objet de contestation). Incidemment, il paraît ainsi avoir validé l'approche du Tribunal de la fonction publique.

29. Voy. en particulier : TPI, 13 juillet 2006, *Vounakis c/ Commission*, aff. T-165/04, *RecFP*, pp. I-A-2-155 et II-A-2-735, pt 30 ; TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pt 51 ; TFP, 18 mai 2009, *Meister c/ OHMI*, aff. jtes F-138/06 et F-37/08, *RecFP*, pp. I-A-1-131 et II-A-1-727, pts 145-147 ; TFP, 8 octobre 2015, *FT c/ AEMF*, aff. F-39/14, non publié, pt 38.

explicitement la recevabilité d'un tel moyen en raison de son pouvoir de l'examiner d'office⁽³⁰⁾. Ou bien il a perçu l'invocation du moyen d'ordre public comme une simple invitation à le relever d'office, ce qui serait cohérent avec des affaires dans lesquelles il fit application de la règle de concordance à un moyen d'ordre public⁽³¹⁾.

D'autre part, le juge consacra une véritable levée de la règle de concordance au profit du moyen d'ordre public tiré de la violation de l'obligation de motivation. Cette levée est déduite du devoir du juge de relever le moyen d'office. Réaffirmée à maintes reprises⁽³²⁾, elle est souvent fondée sur l'un des rares arrêts de principe de la Cour de justice en la matière, l'arrêt *Daffix c/ Commission* de 1997⁽³³⁾. Cette première tendance en ses deux volets est antérieure à l'arrêt *Mandt c/ Parlement* de 2010⁽³⁴⁾. Elle retrouve une nouvelle jeunesse depuis l'abandon des principales innovations de cet arrêt.

30. Voy. p. ex. : TFP, 9 juillet 2008, *Kuchta c/ BCE*, aff. F-89/07, *RecFP*, pp. I-A-1-243 et II-A-1-1287, pt 51 ; TFP, 2 avril 2009, *Yannoussis c/ Commission*, aff. F-143/07, *RecFP*, pp. I-A-1-79 et II-A-1-445, pts 57-58.

31. Voy. en particulier, s'agissant d'une incompétence : TPI, 14 mai 1998, *Goycoolea c/ Commission*, aff. T-21/97, *RecFP*, pp. I-A-215 et II-679, pts 80 et 84. Par ailleurs, dans l'arrêt *Vounakis c/ Commission* (TPI, 13 juillet 2006, aff. T-165/04, *RecFP*, pp. I-A-2-155 et II-A-2-735), le Tribunal s'appuya, *inter alia*, sur l'arrêt *Marx Esser et Del Amo Martinez c/ Parlement* (TPI, 24 septembre 1996, aff. T-182/94, *RecFP*, pp. I-A-411 et II-1197, pt 44), dans lequel il avait rejeté comme irrecevable pour cause de tardiveté un moyen d'incompétence avancé pour la première fois au stade de l'audience (pt 43), avant néanmoins de procéder à son examen d'office (pt 44).

32. Voy. avec des formulations variables : TPI, 14 juillet 1994, *Grynberg et Hall c/ Commission*, aff. T-534/93, *RecFP*, pp. I-A-183 et II-595, pt 59 ; TPI, 19 septembre 1996, *Allo c/ Commission*, aff. T-386/94, *RecFP*, pp. I-A-393 et II-1161, pt 53 ; TPI, 9 juillet 1997, *S c/ Cour de justice*, aff. T-4/96, *Rec.*, p. II-1125, pts 52-53 ; TPI, 23 novembre 1999, *Sabbioni c/ Commission*, aff. T-129/98, *RecFP*, pp. I-A-223 et II-1139, pts 25-26 ; TPI, 21 septembre 2004, *Soubies c/ Commission*, aff. T-325/02, *RecFP*, pp. I-A-241 et II-1067, pt 30 ; TPI, 29 septembre 2005, *Napoli Buzzanca c/ Commission*, aff. T-218/02, *RecFP*, pp. I-A-267 et II-1221, pt 55 ; TPI, 18 octobre 2005, *Leite Mateus c/ Commission*, aff. T-51/04, non publié, pt 69 ; TFP, 6 mars 2008, *Skareby c/ Commission*, aff. F-46/06, *RecFP*, pp. I-A-1-69 et II-A-1-337, pt 96. Cette levée de l'irrecevabilité est parfois directement fondée sur le caractère d'ordre public du moyen en cause : TPI, 21 septembre 1999, *Trigari-Venturin c/ CdT*, aff. T-98/98, *RecFP*, pp. I-A-159 et II-821, pt 82 ; TPI, 29 mars 2007, *Verheyden c/ Commission*, aff. T-368/04, *RecFP*, pp. I-A-2-93 et II-A-2-665, pt 95.

33. CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 23-25. Le moyen pris de la violation de l'obligation de motivation était soulevé pour la première fois au stade de la réplique devant le Tribunal. Il ne figurait ni dans la réclamation précontentieuse ni dans la requête. La Cour de justice leva l'irrecevabilité en affirmant que « le requérant ne saurait être forcé à s'en prévaloir au seul motif qu'il ne [l']a pas [soulevé] dans sa réclamation » (pt 25). Ce faisant, elle a clairement soustrait ce moyen à l'exigence de concordance. Dans la mesure où le moyen était, de surcroît, avancé pour la première fois au stade de la réplique, cet arrêt sert également d'arrêt de principe pour la levée de la forclusion en cas d'invocation tardive, en cours d'instance, d'un tel moyen (voy. à cet égard *infra*, ce §, B, 1. La levée de la forclusion en cours d'instance, pp. 605 et s.).

34. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *RecFP num.*

L'arrêt *Mandt c/ Parlement* reflétait, en effet, l'essor d'une deuxième tendance, qui conduisit le Tribunal de la fonction publique à affirmer sans ambages et de manière générique que, « bien entendu », les moyens d'ordre public étaient soustraits au champ d'application de la règle de concordance⁽³⁵⁾. Il n'avança aucune motivation autre que l'évidence reflétée par la locution « bien entendu », ce qui est d'autant plus remarquable par contraste avec le soin pris pour expliquer les raisons pour lesquelles l'exception d'illégalité échappait également à ladite règle⁽³⁶⁾. Cette deuxième tendance n'était pas exclusive de la première⁽³⁷⁾. Depuis l'infléchissement de la réinterprétation de la notion de « cause » opérée dans cette jurisprudence du Tribunal de la fonction publique, toutefois, cette tendance a été abandonnée.

Enfin, un arrêt prononcé par le Tribunal en 2014 révèle l'ébauche d'une troisième tendance, contraire aux précédentes tendances et encore marginale. Elle pourrait sonner le glas de la levée de la règle de concordance au profit des moyens d'ordre public. Le Tribunal était saisi d'un pourvoi contre l'arrêt *Kimman c/ Commission* de 2011, l'une des premières « expérimentations » des principes issus de l'arrêt *Mandt c/ Parlement*. Face à une contestation de la recevabilité d'un moyen pris d'une violation de l'obligation de motivation au regard de la règle de concordance et en réponse à un argument de la Commission contre son éventuel relevé d'office, le Tribunal de la fonction publique avait, d'emblée, rappelé son devoir d'examiner un tel moyen d'office⁽³⁸⁾. Il avait ensuite ajouté, en quelque sorte à titre surabondant, que, « [d]e surcroît », ce moyen était recevable au regard de la règle de concordance. En effet, le requérant

35. *Id.*, pt 120 ; TFP, 1^{er} juillet 2010, *Časta c/ Commission*, aff. F-40/09, non publié, pt 84 ; TFP, 13 janvier 2011, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. F-77/09, non publié, pt 129 ; TFP, 13 septembre 2011, *Behnke c/ Commission*, aff. F-68/10, non publié, pt 32 ; TFP, ord., 28 septembre 2011, *Prieto c/ Parlement*, aff. F-42/07, non publiée, pt 94 ; TFP, 8 mars 2012, *Kerstens c/ Commission*, aff. F-12/10, non publié, pt 83.

36. TFP, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c/ Parlement*, aff. F-45/07, *RecFP num.*, pt 121. Voy. également la motivation beaucoup plus étoffée figurant dans les arrêts *CR c/ Parlement* (TFP, 12 mars 2014, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pts 28-45) et *Cerafogli c/ BCE* (TFP, 18 décembre 2014, aff. F-26/12, non publié, pts 35-53). Voy. *supra*, note n° 26 du présent Chapitre.

37. Ainsi, tout en recourant à la notion de cause issue de l'arrêt *Mandt c/ Parlement* (TFP, 1^{er} juillet 2010, aff. F-45/07, *RecFP num.*) pour examiner la recevabilité au regard de la règle de concordance d'un vice de légalité interne, le Tribunal de la fonction publique a pu se servir de la jurisprudence selon laquelle un moyen pris d'une violation de l'obligation de motivation ne pouvait être déclaré irrecevable du seul fait qu'il n'avait pas été avancé au stade précontentieux, dès lors que le juge peut en tout état de cause l'examiner d'office (TFP, 10 novembre 2011, *Juvyns c/ Conseil*, aff. F-20/09, non publié, pts 41 et 65). Dans une autre affaire, il se référa à la seule jurisprudence antérieure (première tendance) pour justifier de la recevabilité d'un moyen d'ordre public malgré l'absence de concordance (TFP, 10 novembre 2011, *Merhzaoui c/ Conseil*, aff. F-18/09, non publié, pt 47).

38. TFP, 29 septembre 2011, *Kimman c/ Commission*, aff. F-74/10, non publié, pts 44-45.

avait soulevé un moyen de légalité externe au stade précontentieux et était donc, compte tenu de l'arrêt *Mandt c/ Parlement*, recevable à invoquer un autre moyen relevant de cette même cause⁽³⁹⁾. Au fond, le Tribunal de la fonction publique avait rejeté ce moyen⁽⁴⁰⁾, comme d'ailleurs le recours. La Commission contesta cette approche à l'occasion d'un pourvoi incident. Le Tribunal, « sans qu'il [fût] nécessaire de s'interroger sur la légalité du relevé d'office du moyen tiré de l'obligation de motivation »⁽⁴¹⁾, condamna l'admission de sa recevabilité en application de la notion de « cause », telle que réinterprétée dans l'arrêt *Mandt c/ Parlement*. Il conclut que le Tribunal de la fonction publique aurait dû rejeter ledit moyen comme irrecevable au regard de la règle de concordance⁽⁴²⁾.

Sauf à disqualifier le moyen en cause en moyen ordinaire ou à revenir sur la jurisprudence constante exposée sous l'égide de la première tendance ci-dessus, cette solution surprend⁽⁴³⁾. L'on serait tenté de n'y voir, au lieu d'une troisième tendance qui reviendrait sur les deux premières, qu'une solution d'espèce. Celle-ci se voulait sans doute exemplaire dans un contexte où le Tribunal entendait fermement condamner la redéfinition de la notion de « cause », laquelle, inaugurée dès 2010 dans l'arrêt *Mandt c/ Parlement*, a pu se développer paisiblement dans la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique, en l'absence de pourvois formés contre les premiers cas d'application. Cependant, un arrêt de février 2017 tend à confirmer l'irrecevabilité des moyens d'ordre public en application de la règle de concordance, sans toutefois que cette irrecevabilité fasse échec à l'obligation pour le juge de relever d'office un tel moyen lorsqu'il est fondé⁽⁴⁴⁾.

Au regard de la diversité d'approches, il reste à voir comment les moyens d'ordre public soulevés par le fonctionnaire pour la première fois au stade contentieux seront traités à l'avenir. Leur caractère d'ordre public milite assurément en faveur d'une solution qui, à l'image des

39. *Id.*, pt 46. L'on peut, par ailleurs, s'étonner du fait que le Tribunal de la fonction publique n'ait pas eu recours à l'exception consacrée au profit des moyens d'ordre public.

40. *Id.*, pt 52.

41. Trib. UE, 4 juillet 2014, *Kimman c/ Commission*, aff. T-644/11 P, non publié, pt 49.

42. *Id.*, pts 50-55 et 67.

43. Elle surprend d'autant plus que, sans statuer sur l'examen d'office du moyen par le Tribunal de la fonction publique, le Tribunal fut conduit à annuler l'arrêt attaqué en ce qu'*inter alia*, il n'avait pas déclaré l'irrecevabilité du moyen pris de la violation de l'obligation de motivation, plutôt que de se contenter de substituer les motifs à cet égard. Ledit moyen avait, en effet, été écarté au fond.

44. Trib. UE, 14 février 2017, *Kerstens c/ Commission*, aff. T-270/16 P, non publié, pts 66-70. En l'occurrence, le Tribunal de la fonction publique avait rejeté un moyen, que le Tribunal a qualifié d'ordre public, comme irrecevable au regard de la règle de concordance. Le Tribunal a constaté une erreur de droit en ce que le Tribunal de la fonction publique avait omis de relever ce moyen d'office.

deux premières tendances identifiées ci-dessus, les exempte du champ de la règle de concordance. Le fondement d'une telle approche doit résider, à nos yeux, non pas dans le pouvoir du juge de procéder à leur examen d'office, mais dans le caractère d'ordre public de ces moyens, leur impérativité et leur indisponibilité. Une telle exception générale à la règle de la concordance s'impose d'autant plus pour des raisons de cohérence et d'égalité des armes des parties. En termes de cohérence, elle s'impose dès lors que les moyens d'ordre public sont soustraits aux règles de forclusion des moyens nouveaux en cours d'instance⁽⁴⁵⁾. Or, une distinction en raison du moment de la cristallisation du litige est peu opportune et trop sévère. En termes d'égalité des armes des parties aux litiges de fonction publique, une exception générale à la règle de concordance est d'autant plus indispensable que la partie défenderesse jouit d'ores et déjà de la plus grande liberté pour invoquer des moyens d'ordre public relatifs à la compétence du juge et à la recevabilité du recours, sans être limitée par l'approche qu'elle a adoptée à ce titre au stade précontentieux.

b) Les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle avancés par la partie défenderesse

Dans le contentieux de la fonction publique de l'Union européenne, la défense est beaucoup plus libre que ne l'est la présentation des allégations du requérant. En témoigne le simple fait que la partie défenderesse peut laisser s'écouler les délais de réponse aux demandes et réclamations précontentieuses et répondre par voie de décisions implicites de rejet. Elle précisera sa position en cours d'instance contentieuse. Plus encore, cette partie n'est aucunement liée par la position qu'elle a adoptée au sujet de la recevabilité d'une demande ou réclamation précontentieuses. Ainsi, ce n'est pas parce qu'elle répond à une demande ou à une réclamation irrecevables ou qu'elle confirme au fonctionnaire la recevabilité de sa démarche qu'elle est empêchée de la

45. Voy. *infra*, ce §, B, 1. La levée de la forclusion en cours d'instance (pp. 605 et s.).

mettre en doute devant le juge⁽⁴⁶⁾, pas plus que ce dernier n'est dispensé de son devoir de la vérifier d'office⁽⁴⁷⁾.

Cette solution est fondée sur le caractère d'ordre public des règles en cause, dont l'appréciation ne peut dépendre du comportement d'une partie au cours de la procédure précontentieuse⁽⁴⁸⁾. Elle contraste avec les hésitations quant à la recevabilité des moyens d'ordre public que le fonctionnaire avancerait pour la première fois au stade contentieux et avec la réticence du juge à affirmer clairement et définitivement une levée de la concordance. Le déséquilibre entre les parties au litige de fonction publique qui s'en dégage au profit de l'employeur vient renforcer et prolonger la position avantageuse qui est la sienne lors de la procédure précontentieuse. Ce déséquilibre serait accru si la récente tendance du Tribunal à constater l'irrecevabilité d'un moyen d'ordre public avancé par le fonctionnaire en méconnaissance de la concordance était confirmée à l'avenir. Une telle dualité d'approches est discutable dans une optique d'égalité de traitement des parties au litige face à l'ordre public. Elle l'est d'autant plus que l'employeur dispose, dans son organisation, d'un service juridique à même de traiter les procédures précontentieuses et contentieuses, tandis que le fonctionnaire, autorisé à ne pas être représenté par un avocat au stade précontentieux, peut légitimement préférer assurer lui-même sa défense à ce stade, pour de simples raisons financières. Le rétablissement d'un

46. Voy. parmi de nombreux exemples : CJCE, 12 juillet 1984, *Moussis c/ Commission*, aff. 227/83, *Rec.*, p. 3133, pts 10 et 13 ; TPI, 6 décembre 1990, *Petrilli c/ Commission*, aff. T-6/90, non publié, pt 26 ; TPI, 25 septembre 1991, *Lacroix / Commission*, aff. T-54/90, *Rec.*, p. II-749, pt 25 ; TPI, 29 janvier 1997, *Adriaenssens e.a. c/ Commission*, aff. T-7/94, *RecFP*, pp. I-A-1 et II-1, pt 33 ; TPI, 17 décembre 1997, *Dricot e.a. c/ Commission*, aff. T-159/95, *RecFP*, pp. I-A-385 et II-1035, pt 29 ; TPI, 17 janvier 2001, *Kraus c/ Commission*, aff. T-14/99, *RecFP*, pp. I-A-7 et II-39, pt 20 ; TPI, ord., 7 septembre 2005, *Krahl c/ Commission*, aff. T-358/03, *RecFP*, pp. I-A-215 et II-993, pt 36 ; TPI, 17 mai 2006, *Lavagnoli c/ Commission*, aff. T-95/04, *RecFP*, pp. I-A-2-121 et II-A-2-569, pt 41 ; TPI, 9 janvier 2007, *Van Nuyghem c/ Comité des régions*, aff. T-288/04, *RecFP*, pp. I-A-2-1 et II-A-2-3, pt 51 ; TPI, ord., 15 janvier 2009, *Braun-Neumann c/ Parlement*, aff. T-306/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-1 et II-B-1-1, pt 37 ; TFP, 1^{er} février 2007, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. F-42/05, *RecFP*, pp. I-A-1-39 et II-A-1-211, pt 62 ; TFP, ord., 25 avril 2007, *Kerstens c/ Commission*, aff. F-59/06, *RecFP*, pp. I-A-1-111 et II-A-1-615, pt 31 ; TFP, ord., 20 mars 2014, *Michel c/ Commission*, aff. F-44/13, non publiée, pt 68. Cela étant, lors de la répartition des dépens, le juge tient parfois compte de l'attitude de l'employeur au stade précontentieux qui a pu induire le fonctionnaire en erreur et l'exposer à des procédures et à des frais inutiles. Voy. *infra*, ce Chapitre, Section 2, Sous-section 2, § 2, B. La prise en compte de l'attitude et du comportement des parties au stade de la décision sur les dépens (pp. 675 et s.).

47. Voy. p. ex. : TPI, 11 juillet 1991, *Von Hoessle c/ Cour des comptes*, aff. T-19/90, *Rec.*, p. II-615, pts 23-24 ; TPI, 25 septembre 1991, *Lacroix c/ Commission*, aff. T-54/90, *Rec.*, p. II-749, pt 25.

48. Voy. en ce sens : Trib. UE, 13 octobre 2015, *Commission c/ Verile et Gjergji*, aff. T-104/14 P, *Rec. num.*, pt 101 ; Trib. UE, 13 octobre 2015, *Teughels c/ Commission*, aff. T-131/14 P, non publié, pt 89.

certain équilibre requiert à tout le moins de consacrer sans équivoque et par principe une levée de la forclusion au profit du fonctionnaire qui souhaiterait avancer un moyen d'ordre public nouveau au stade contentieux.

Ces réflexions sont, pour l'essentiel, propres au contentieux de la fonction publique européenne. Si d'autres procédures du droit du contentieux de l'Union européenne sont précédées de phases précontentieuses, celles-ci n'induisent point de véritable limite au droit des parties d'invoquer des moyens d'ordre public.

2) Une question non pertinente au-delà du contentieux de la fonction publique

Des procédures précontentieuses sont organisées dans les procédures de manquement étatique, dans les recours en carence et dans le contentieux des organes et organismes de l'Union européenne, dont, en particulier, celui de la propriété intellectuelle. Aucune de ces procédures précontentieuses ne semble toutefois emporter de véritable questionnement quant au droit des parties d'invoquer les moyens d'ordre public.

Ainsi, tout d'abord, la procédure précontentieuse du recours en manquement a pour objet de définir le manquement reproché par la Commission à un État membre. Les griefs susceptibles d'être avancés par elle se confondent largement avec ses conclusions, de sorte que cette procédure ne laisse nulle place à l'apparition même de moyens d'ordre public de fond⁽⁴⁹⁾. Quant à la défense de l'État membre, elle est entièrement libre. L'État ne peut se voir opposer une quelconque exigence de concordance⁽⁵⁰⁾. Partant, l'invocation des fins de non-recevoir d'ordre public que

49. La Cour n'a jamais relevé d'office de moyen de fond dans un recours en manquement (concl. SHARPSTON sous CJUE, 28 octobre 2010, *Commission c/ Malte*, aff. C-508/08, *Rec.*, p. I-10589, pt 55) et considère, par ailleurs, qu'elle statuerait *ultra petita* si elle devait examiner un grief non soulevé par la Commission (CJUE, 28 octobre 2010, *Commission c/ Malte*, aff. C-508/08, *Rec.*, p. I-10589, pt 19 ; concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, *Rec.*, p. I-2291, pt 33). Des griefs nouveaux de cette dernière sont systématiquement rejetés comme irrecevables. Voy. aussi *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A, 1, a. L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge des manquements étatiques (pp. 540 et s.).

50. La défense de l'État membre au stade contentieux est libre, « l'État membre a[yant] le droit d'invoquer tous les moyens à sa disposition pour assurer sa défense », sans être tenu « de présenter, au cours de la phase précontentieuse, tous les arguments de sa défense » (CJCE, 16 septembre 1999, *Commission c/ Espagne*, aff. C-414/97, *Rec.*, p. I-5585, pt 19). En d'autres termes, il n'est soumis à aucune exigence de concordance entre les phases précontentieuse et contentieuse de la procédure.

celui-ci pourrait opposer à la Commission au stade contentieux n'est aucunement limitée⁽⁵¹⁾.

Ensuite, de manière analogue, aucun moyen d'ordre public de fond n'a pu être décelé à l'occasion du recours en carence. Quant aux moyens d'ordre public de recevabilité, leur invocation par la partie défenderesse ne semble aucunement liée à la position affichée par cette dernière au stade précontentieux.

Enfin, s'agissant des recours formés contre les organes et organismes de l'Union européenne, l'article 263, cinquième alinéa, TFUE prévoit que les actes qui les créent peuvent prévoir des conditions de recevabilité spécifiques. Fréquemment, des procédures de conciliation ou de recours précontentieux sont ainsi instituées. L'exemple type est fourni par le contentieux de la propriété intellectuelle. Les décisions prises par les divisions de l'EUIPO doivent faire l'objet d'un recours devant les chambres de recours de celui-ci dont les décisions peuvent ensuite être entreprises devant le Tribunal. Devant ce dernier, l'objet du litige, tel qu'il avait été porté devant une chambre de recours, ne peut être modifié⁽⁵²⁾. Rien n'empêche, toutefois, les parties d'avancer des moyens d'ordre public entachant d'illégalité la décision adoptée par ladite chambre ou mettant en doute les conditions de la saisine du juge, ces moyens ne pouvant, en effet, être avancés qu'au stade contentieux. La liaison de l'objet du litige n'emportera dès lors aucune forclusion des moyens d'ordre public, mais une limitation de la matière litigieuse au regard des éléments de fait et des preuves recevables⁽⁵³⁾ ainsi que des questions de droit examinées⁽⁵⁴⁾. Tandis que des moyens affectant la légalité de la décision portée devant la chambre de recours semblent irrecevables devant le Tribunal⁽⁵⁵⁾, des moyens d'ordre

51. Souvent, d'ailleurs, les irrecevabilités d'ordre public n'auraient pu être avancées à un stade précontentieux, dès lors qu'elles ont pour objet la nouveauté d'un grief présenté par la Commission pour la première fois au stade contentieux.

52. Art. 188 RP/T (2015).

53. Voy. notamment : CJCE, 18 juillet 2006, *Rossi c/ OHMI*, aff. C-214/05 P, *Rec.*, p. I-7057, pts 50-52 ; CJCE, 13 mars 2007, *OHMI c/ Kaul*, aff. C-29/05 P, *Rec.*, p. I-2213, pt 54 ; TPI, 12 décembre 2002, *eCopy c/ OHMI*, aff. T-247/01, *Rec.*, p. II-5301, pts 46 et 49 ; TPI, 13 juillet 2004, *Samar c/ OHMI*, aff. T-115/03, *Rec.*, p. II-2939, pts 13-14 ; TPI, 1^{er} mars 2005, *Sergio Rossi c/ OHMI*, aff. T-169/03, *Rec.*, p. II-685, pts 24-25.

54. Voy. également à ce propos : B. SACHS, *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p., spéc. pp. 66-67.

55. Sont irrecevables au stade contentieux, à défaut d'avoir été avancés devant la chambre de recours, des moyens – vraisemblablement ordinaires – dirigés contre la décision qui avait fait l'objet du recours devant ladite chambre (voy. en ce sens : TPI, 10 décembre 2008, *Dada c/ OHMI*, aff. T-101/07, *Rec.*, p. II-313, pts 15-18), ainsi que, par ailleurs, des moyens tendant à établir la recevabilité du recours administratif que cette chambre a tenu pour irrecevable (voy. en ce sens : TPI, 31 mai 2005, *Solo Italia c/ OHMI*, aff. T-373/03, *Rec.*, p. II-1881, pts 22-27 et 37-41).

public entachant ladite décision, telle son inexistence juridique, devraient être tenus pour recevables⁽⁵⁶⁾.

La concordance joue ainsi un rôle réduit dans ces recours. Elle n'empêche guère les parties de faire valoir des moyens d'ordre public qu'elles n'auraient pas avancés au stade précontentieux. En revanche, ces recours sont soumis à un principe d'interdiction des moyens nouveaux avancés en cours d'instance contentieuse au-delà du premier tour de mémoires⁽⁵⁷⁾. Ce principe, qui joue dans l'ensemble des recours directs du droit du contentieux de l'Union européenne, connaît une exception, encore ambiguë, au profit des moyens d'ordre public.

B. La levée encore ambiguë de la forclusion des moyens d'ordre public

Les procédures contentieuses européennes sont fondées sur une stricte immutabilité du litige, tel que forgé, par les prétentions et moyens des parties, au plus tard en début de la première instance. Le litige ne saurait en principe être étendu en cours de route ou à l'occasion d'un pourvoi éventuel. Sous peine d'irrecevabilité d'ordre public, la présentation de conclusions nouvelles et la production de moyens nouveaux en cours d'instance sont interdites sous réserve d'exceptions casuistiques.

Justifiée par des considérations tirées de la sécurité juridique, de l'égalité des justiciables, de leurs droits de la défense⁽⁵⁸⁾, du « déroulement régulier » de la procédure⁽⁵⁹⁾, ainsi que de l'efficacité tant du procès que du travail du juge, cette immutabilité doit cependant céder face à l'invocation même tardive des moyens d'ordre public. Il s'agit là d'un corollaire de l'obligation faite au juge de les examiner d'office, à tout moment, et d'une conséquence logique de leur caractère impératif.

56. À tout le moins le juge s'estime tenu de les examiner d'office : Trib. UE, 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt c/ OHMI*, aff. T-36/09, *Rec.*, p. II-6079, pts 82-88 (à propos d'une version modifiée de la décision portée devant la chambre de recours) ; Trib. UE, 22 novembre 2011, *mPAY24 c/ OHMI*, aff. T-275/10, non publié, pts 20-32 (à propos d'un corrigendum de la décision attaquée, dont la légalité a été critiquée par la requérante devant le Tribunal).

57. Il convient de préciser que, dans les litiges en matière de propriété intellectuelle, seul un tour de mémoires est prévu (art. 181 et 186 RP/T [2015]), mais la tenue d'une audience de plaidoiries peut être demandée (art. 106 et 191 RP/T [2015]).

58. « *The prohibition on lodging new pleas in law is enforced strictly in order to ensure the equality of litigants in respect of time-limits and to safeguard the parties' rights to be heard* » : R. PLENDER, « Procedure in the European Courts : Comparison and Proposals », *RCADI*, 1997, t. 267, pp. 9-343, spéc. p. 130.

59. Concl. MAYRAS sous CJCE, 30 mai 1973, *Meganck c/ Commission*, aff. 36/72, *Rec.*, p. 527, spéc. p. 539.

La jurisprudence européenne manque encore de constance et de rigueur à cet égard. Entachée d'incertitudes regrettables, elle contient en ses germes un principe de levée de la forclusion des moyens d'ordre public, avancés à un stade tardif en cours d'instance (1) ou pour la première à l'occasion d'un pourvoi (2).

1) La levée de la forclusion en cours d'instance

La levée de la forclusion des moyens d'ordre public tardivement avancés en cours d'instance n'est pas encore définitivement tranchée. Les règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne interdisent, en principe, la production de moyens nouveaux en cours d'instance (a). Encore hésitant, le juge tend toutefois à lever cette forclusion lorsque le moyen nouveau est d'ordre public (b).

a) *La forclusion des moyens nouveaux en cours d'instance*

Tant en première instance qu'au stade du pourvoi⁽⁶⁰⁾, le litige se cristallise à l'occasion, au plus tard, du premier tour de mémoires. Pour être recevable, un moyen doit, en principe, être produit, par la partie requérante, dans la requête et, par la défenderesse, dans la défense ou la réponse⁽⁶¹⁾. Néanmoins, lorsqu'elle souhaite contester la compétence du juge ou la recevabilité du recours, la partie défenderesse dispose, en réponse à la requête de première instance, d'un choix procédural⁽⁶²⁾ et stratégique⁽⁶³⁾. Elle peut créer un incident de procédure en déposant, par acte séparé,

60. Art. 127 et 190 RP/C (2012) ; art. 84 et 213, § 1, RP/T (2015). Lors du pourvoi, l'interdiction des moyens nouveaux non avancés dans le premier échange de mémoires au stade du pourvoi est complétée d'une liaison du litige à celui défini en première instance. Cette seconde liaison du litige sera abordée *infra*, avec la question de savoir si des moyens d'ordre public qui auraient pu être avancés en première instance peuvent encore l'être à l'occasion d'un pourvoi (voy. *infra*, ce B, 2. La levée de la forclusion d'un moyen d'ordre public invoqué pour la première fois au stade du pourvoi, pp. 621 et s.).

61. D'éventuels intervenants doivent avancer leurs moyens dans le mémoire en intervention. Leur qualité même pour invoquer des moyens autonomes, fussent-ils d'ordre public, fait l'objet de débats. Voy. *infra*, cette Sous-section, § 2, B. La levée partielle amorcée des irrecevabilités liées à la qualité des parties intervenantes (pp. 634 et s.).

62. Ce choix est clairement admis par la jurisprudence : TPI, ord., 10 juillet 2002, *Comitato organizzatore del convegno internazionale c/ Commission*, aff. T-387/00, *Rec.*, p. II-3031, pt 35 ; TPI, 14 avril 2005, *Sniace c/ Commission*, aff. T-141/03, *Rec.*, p. II-1197, pts 20-21.

63. Ce choix stratégique est propre à la première instance. Au stade du pourvoi, la possibilité de déposer une exception d'irrecevabilité par acte séparé n'est pas prévue, la disposition relative aux exceptions ne figurant pas parmi celles applicables au pourvoi (voy. art. 190, § 1, RP/C [2012] ; art. 213, § 1, RP/T [2015]). Voy. déjà dans le même sens : H. CHAVRIER, « Soulever une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, vol. II, Maastricht, IEAP, 1995, pp. 1-15, spéc. p. 4 ; F. HUBEAU, « Changements des règles de procédure devant les juridictions communautaires de Luxembourg. Commentaire du règlement de procédure

une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité sans engager le débat au fond⁽⁶⁴⁾. Alternativement, elle peut directement déposer un mémoire en défense⁽⁶⁵⁾, dans lequel elle peut à la fois contester la compétence du juge ou la recevabilité du recours et se défendre au fond.

Ces différents documents doivent, notamment, comporter un exposé clair et compréhensible de tous les moyens dont la partie concernée entend se prévaloir⁽⁶⁶⁾, sous peine d'irrecevabilité, d'une part, de tout moyen qui ne serait pas étayé ou qui serait imprécis, lacunaire ou incompréhensible⁽⁶⁷⁾ et, d'autre part, de tout moyen nouveau ultérieurement invoqué qui ne figurerait pas dans la requête ou la défense/réponse. En d'autres termes,

du Tribunal de première instance des Communautés européennes et des modifications du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1991, n^{os} 5-6, pp. 499-530, spéc. p. 514.

64. Art. 151, § 1, RP/C (2012) ; art. 130, § 1, RP/T (2015) ; art. 83, § 1, RP/TFP (2014). Voy. à ce propos : D. LOUTERMAN et M. FEBVRE, « Les incidents de procédure au sens de l'article 91 du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *GP*, 1989, 1, doct. 276. Une « exception d'irrecevabilité [...] permet, pour des raisons d'économie de procédure, de restreindre, dans une première phase, le débat et l'examen [aux questions de compétence et/ou de recevabilité] » (CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 48). Devant le Tribunal, l'exception doit désormais être déposée, sous peine d'irrecevabilité, dans le délai pour le dépôt du mémoire en défense. Le règlement de procédure de la Cour de justice et, dans le passé, celui du Tribunal de la fonction publique ne contiennent pas de telle condition de recevabilité. Le dépôt d'une exception ne fait de sens, toutefois, que tant que le débat au fond n'a pas été engagé, autrement dit tant que le mémoire en défense n'a pas été déposé. La partie défenderesse a, en effet, tout loisir de contester la recevabilité dans ce mémoire. Avant la réforme de 2015, il arrivait toutefois au Tribunal que des parties défenderesses déposent des exceptions d'irrecevabilité après même le second échange des mémoires et avant l'audience (voy. p. ex. : Trib. UE, 4 juin 2014, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-67/12, non publié, pt 24). Après avoir entendu l'autre partie, le juge statue en principe par voie d'ordonnance motivée sur l'exception. Selon le cas, il l'accueille et rejette le recours pour cause d'incompétence ou d'irrecevabilité, rejette l'exception ou la joint au fond. Dans ces deux dernières hypothèses, la procédure reprend son cours normal et la partie défenderesse dépose un mémoire en défense.

65. Art. 124 RP/C (2012) ; art. 81 RP/T (2015) ; art. 53 RP/TFP (2014).

66. Voy. à propos de la requête (première instance ou pourvoi) : art. 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; art. 120, sous c), et art. 168, § 1, sous d), RP/C (2012) ; art. 76, sous d), art. 177, § 1, sous d), et art. 194, § 1, sous e), RP/T (2015) ; art. 50, § 1, sous e), RP/TFP (2014). Voy. s'agissant du mémoire en défense ou en réponse : art. 124, § 1, sous b), et art. 173, § 1, sous c), RP/C (2012) ; art. 81, § 1, sous d), art. 181, § 1, sous c), et art. 199, § 1, sous d), RP/T (2015) ; art. 53, § 1, sous d), RP/TFP (2014). Des exigences analogues valent pour les exceptions et incidents de procédure (art. 151, § 2, RP/C [2012] ; art. 130, § 3, RP/T [2015] ; art. 83, § 1, al. 2, RP/TFP [2014]), pour les pourvois incidents (art. 177, § 1, sous c), RP/C [2012] ; art. 203, sous d), RP/T [2015]) et les recours incidents devant le Tribunal en matière de propriété intellectuelle (art. 183, sous c), RP/T [2015]), ainsi que pour les mémoires en intervention (art. 132, § 2, sous b), RP/C [2012] ; art. 145, § 2, sous b), RP/T [2015] ; art. 88, § 3, sous b), RP/TFP [2014]) et, devant le Tribunal, pour le mémoire en adaptation des conclusions (art. 86, § 3, sous b), RP/T [2015]).

67. Cette irrecevabilité ne peut être réparée au cours de la procédure. Ainsi, la Cour de justice a notamment jugé que « l'absence [des] éléments [essentiels de fait et de droit sur lesquels un recours est fondé] dans la requête ne peut être palliée par leur présentation » à un

la production de moyens nouveaux à un stade ultérieur est, en principe, interdite⁽⁶⁸⁾.

Font exception à cette forclusion les moyens qui se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés en cours de procédure⁽⁶⁹⁾. Il s'agit, en substance, d'éléments qui n'étaient pas et ne pouvaient pas être connus de la partie concernée en début d'instance, de sorte que le moyen ne pouvait être soulevé plus tôt⁽⁷⁰⁾. Les parties peuvent également amplifier leurs moyens invoqués en début du litige⁽⁷¹⁾ et avancer des arguments nouveaux à leur appui⁽⁷²⁾. La distinction entre les moyens et les arguments n'est toutefois pas toujours aisée⁽⁷³⁾. Elle est rendue plus complexe du fait de l'extension de l'interdiction des moyens nouveaux aux griefs nouveaux⁽⁷⁴⁾. L'examen de ces exceptions par le juge implique nécessairement une appréciation casuistique des circonstances de l'invocation tardive. Il vérifie ainsi la nouveauté des éléments de droit ou de fait avancés ou bien le rattachement de l'argumentation nouvelle aux moyens invoqués au stade initial du procès.

stade ultérieur, lors de la réplique, voire de l'audience : CJUE, 18 juillet 2006, *Rossi c/ OHMI*, aff. C-214/05 P, *Rec.*, p. I-7057, pt 37 ; CJUE, ord., 7 novembre 2013, *Arbos c/ Commission*, aff. C-615/12 P, non publiée, pt 34.

68. Art. 127, § 1, RP/C (2012) ; art. 84, § 2, RP/T (2015) ; art. 43, § 1, RP/TFP (2014).

69. Art. 127, § 1, RP/C (2012) ; art. 84, § 2, RP/T (2015) ; art. 43, § 1, RP/TFP (2014). Initialement limitée à des moyens nouveaux fondés sur « des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure écrite », cette exception au principe d'interdiction des moyens nouveaux a été étendue, lors de la réforme du règlement de procédure de la Cour de justice de 1991, aux moyens fondés sur de tels éléments révélés « pendant la procédure », autrement dit même après la clôture de la procédure écrite. Voy. à ce propos : V. CHRISTIANOS et F. PICOD, « Les modifications récentes du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *D.*, 1991, chron., pp. 273-282, spéc. p. 274 ; F. HUBEAU, *op. cit.*, spéc. p. 520 ; F. POILVACHE, « Le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes après les modifications du 15 mai 1991 », *JTDE*, 1992, pp. 337-340, spéc. p. 339.

70. Voy. en ce sens : CJCE, 9 décembre 1999, *CPL Imperial 2 et Unifrigio c/ Commission*, aff. C-299/98 P, *Rec.*, p. I-8683, pt 54 ; TPI, 27 février 1997, *FFSA e.a. c/ Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pt 59 ; TPI, 28 septembre 1999, *Yasse c/ BEI*, aff. T-141/97, *RecFP*, pp. I-A-177 et II-929, pts 126-128 ; TPI, 6 juillet 2000, *AICS c/ Parlement*, aff. T-139/99, *Rec.*, p. II-2849, pts 59 et 62 ; TPI, 8 mars 2007, *France Télécom c/ Commission*, aff. T-340/04, *Rec.*, p. II-573, pt 164.

71. CJCE, 15 décembre 1961, *Fives Lille Cail e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Rec.*, p. 559, spéc. p. 589 ; CJCE, 30 septembre 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, pt 25 ; TPI, 20 septembre 1990, *Hanning c/ Parlement*, aff. T-37/89, *Rec.*, p. II-463, pt 38.

72. CJCE, 12 juin 1958, *Compagnie des hauts fourneaux de Chasse c/ Haute Autorité*, aff. 2/57, *Rec.*, p. 131, spéc. p. 146.

73. Voy. *supra*, les explications figurant sur la notion de « moyen » dans l'introduction.

74. TPI, 14 mai 1998, *Mo Och Domsjö c/ Commission*, aff. T-352/94, *Rec.*, p. II-1989, pt 333 ; TPI, 14 décembre 2005, *Honeywell c/ Commission*, aff. T-209/01, *Rec.*, p. II-5527, pts 54-55 ; TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, *Rec. num.*, pt 48.

Or, il est permis de penser que, à la différence du moyen ordinaire, le moyen d'ordre public tardif doit, en raison de sa nature même, échapper à toute forclusion et à ces appréciations casuistiques. Une telle distinction est parfois esquissée dans la jurisprudence, sans toutefois n'avoir été définitivement consacrée.

b) La levée de la forclusion au profit des moyens d'ordre public nouveaux

Le juge de l'Union européenne n'a pas clairement défini le régime de l'invocation tardive des moyens d'ordre public. Ses décisions oscillent entre l'admission sans ambages de la recevabilité de tels moyens en raison de leur nature même et l'exclusion tout aussi catégorique de ladite recevabilité en application des règles de droit commun. La jurisprudence contient toutefois, en ses germes, le principe d'une levée de la forclusion (i). Sa consécration, amorcée, requiert de définir ensuite les modalités pratiques d'une invocation tardive des moyens d'ordre public (ii).

i. Le principe amorcé d'une levée de la forclusion des moyens d'ordre public

En dépit des divergences jurisprudentielles quant à la recevabilité des moyens d'ordre public avancés tardivement en cours d'instance, la jurisprudence encore fluctuante (α) peut être rationalisée autour de l'admission amorcée d'une véritable levée de la forclusion. La nature d'ordre public de ces moyens plaide en toute hypothèse en sa faveur (β).

α . Une jurisprudence encore fluctuante

En l'état actuel de la jurisprudence, l'examen de la recevabilité des moyens d'ordre public tardivement invoqués, c'est-à-dire à un stade ultérieur à la requête et à la défense, fait l'objet d'approches divergentes. La seule constance tient à ce que, compte tenu du choix procédural ouvert à la partie défenderesse⁽⁷⁵⁾, celle-ci ne saurait être forclosée à se prévaloir des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle dans le mémoire en défense dans l'hypothèse où elle n'aurait pas déposé au préalable d'exception par acte séparé⁽⁷⁶⁾.

75. Voy. *supra*, ce 1, a. La forclusion des moyens nouveaux en cours d'instance (pp. 605 et s.).

76. Voy. en ce sens : TPI, 7 juillet 2004, *Lormines c/ Commission*, aff. jtes T-107/01 et T-175/07, *Rec.*, p. II-2125, pts 51-52. Il arrive fréquemment que, sans formellement soulever une exception d'irrecevabilité par acte séparé, la partie défenderesse conteste la recevabilité du recours dans ses écritures principales et notamment dans le mémoire en défense, voy. p. ex. : TPI, 27 avril 1995, *AAC e.a. c/ Commission*, aff. T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, pt 32 ; Trib. UE, ord.,

Au-delà de cette situation spécifique, confronté à un moyen d'ordre public tardivement soulevé, le juge recourt à quatre réactions « standardisées ». Celles-ci sont communes à *tous* les moyens d'ordre public tardifs. Leur variété pourrait être le fruit d'approches divergentes relatives au régime des moyens d'ordre public qui coexistent au sein des juridictions de l'Union européenne, d'une hésitation profonde du juge quant à ce régime ou bien, plus prosaïquement, d'un manque de constance dans l'utilisation des précédents et d'un manque de cohérence de la jurisprudence.

En l'absence de contestation de la recevabilité du moyen d'ordre public produit tardivement, le juge passe, bien que rarement, directement à l'appréciation du bien-fondé du moyen en cause⁽⁷⁷⁾. Dès lors que la forclusion des moyens nouveaux relève elle-même de l'ordre public, le silence du juge à l'égard de la recevabilité du moyen tardif doit être compris soit comme une admission implicite de sa recevabilité soit comme un examen d'office implicite d'un moyen qui serait irrecevable en raison de sa tardiveté. Le relevé d'office étant en général explicite, la première lecture de ces affaires est plus convaincante. La seconde a toutefois été privilégiée par le Tribunal dans un arrêt de 2009⁽⁷⁸⁾.

Plus fréquemment et souvent en cas de contestation, le juge aborde la recevabilité du moyen nouveau de manière plus ou moins directe, choisissant dans la palette des trois options restantes. Ainsi, une deuxième réaction, relativement marginale, consiste à examiner la recevabilité du moyen d'ordre public nouveau en application des règles de droit commun. Le juge déclare recevable un moyen d'ordre public en tant qu'ampliation

21 janvier 2011, *Vtesse Networks c/ Commission*, aff. T-54/07, non publiée, pt 49 ; Trib. UE, ord., 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV c/ Commission*, aff. T-58/10, non publiée, pt 19 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Hamr – Sport c/ Commission*, aff. T-693/14, non publié, pt 36.

77. Voy. à propos de moyens d'ordre public de fond : CJCE, 5 avril 1979, *Kobor c/ Commission*, aff. 112/78, *Rec.*, p. I-1573, spéc. p. 1576 et pts 8 et 16 (motivation) ; TFP, 17 juin 2008, *De Fays c/ Commission*, aff. F-97/07, *RecFP*, pp. I-A-1-191 et II-A-1-1011, pts 50 et 52 (incompétence) ; TFP, 4 juin 2009, *Plasa c/ Commission*, aff. F-52/08, *RecFP*, pp. I-A-1-163 et II-A-1-923, pt 38 (incompétence). Voy. à propos de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle : CJCE, 19 novembre 1998, *Portugal c/ Commission*, aff. C-159/96, *Rec.*, p. I-7379, pts 22-24, et concl. SAGGIO, pt 34 (acte attaquant) ; CJCE, 8 juillet 1999, *Commission c/ Anic Partecipazioni*, aff. C-49/92 P, *Rec.*, p. I-4125, pts 168 et 171-173 (recevabilité d'un pourvoi) ; TPI, 14 février 2008, *Provincia di Imperia c/ Commission*, aff. T-351/05, *Rec.*, p. II-241, pts 31-34 (intérêt à agir) ; Trib. UE, 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. T-336/07, *Rec. num.*, pts 57 et s. (clarté des écritures de la requérante).

78. TPI, 8 juin 2009, *Krcova c/ Cour de justice*, aff. T-498/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-35 et II-B-1-197, pt 51, à propos des pts 21-24 de l'arrêt attaqué (TFP, 18 octobre 2007, *Krcova c/ Cour de justice*, aff. F-112/06, *RecFP*, pp. I-A-1-305 et II-A-1-1723).

d'un moyen soulevé dans la requête ou d'arguments venant à son appui⁽⁷⁹⁾ ou en ce qu'il repose sur des éléments de droit ou de fait nouveaux⁽⁸⁰⁾. Il entend souvent conforter cette conclusion par un rappel de son pouvoir de procéder, en tout état de cause, à l'examen d'office du moyen considéré⁽⁸¹⁾. À l'inverse, c'est également en application des règles de droit commun que le juge écarte comme irrecevable un moyen d'ordre public tardif. Le cas échéant, il procède ensuite à son examen d'office⁽⁸²⁾, sans doute dans une optique de limiter les risques en cas de pourvoi. Il ne le fait pas pour autant systématiquement⁽⁸³⁾. Le refus de procéder au relevé d'office s'apparente

79. Voy. en ce sens : TPI, 20 septembre 1990, *Hanning c/ Parlement*, aff. T-37/89, *Rec.*, p. II-463, pt 38 (motivation) ; TFP, 2 avril 2009, *Menidiatis c/ Commission*, aff. F-128/07, *RecFP*, pp. I-A-1-71 et II-A-1-383, pts 60-62 (incompétence et champ d'application de la loi) ; TFP, 2 avril 2009, *Kremlis c/ Commission*, aff. F-129/07, *RecFP*, pp. I-A-1-75 et II-A-1-413, pts 64-66 (incompétence et champ d'application de la loi).

80. Voy. en ce sens : CJCE, 13 juillet 2000, *Parlement c/ Richard*, aff. C-174/99 P, *Rec.*, p. I-6189, pts 30-32 (intérêt au pourvoi) ; TPI, 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c/ Conseil*, aff. T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, pt 25 (irrégularité du processus de vote au sein du Conseil) ; Trib. UE, 24 mai 2016, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. jtes T-423/13 et T-64/14, *Rec. num.*, pts 73-75 (autorité positive de la chose jugée).

81. Voy. à cet égard : TPI, 20 septembre 1990, *Hanning c/ Parlement*, aff. T-37/89, *Rec.*, p. II-463, pt 38 ; TPI, 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c/ Conseil*, aff. T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, pt 25 ; Trib. UE, 24 mai 2016, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. jtes T-423/13 et T-64/14, *Rec. num.*, pt 76 ; TFP, 31 janvier 2008, *Valero Jordana c/ Commission*, aff. F-104/05, *RecFP*, pp. I-A-1-27 et II-A-1-127, pts 53-55 ; TFP, 2 avril 2009, *Menidiatis c/ Commission*, aff. F-128/07, *RecFP*, pp. I-A-1-71 et II-A-1-383, pt 63.

82. Le juge examine et rejette d'office le moyen d'ordre public : CJCE, 30 septembre 1982, *Amylum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, pts 26 et 28 (incompétence) ; CJCE, 30 septembre 1982, *Roquette Frères c/ Conseil*, aff. 110/81, *Rec.*, p. 3159, pts 32 et 34 (incompétence) ; TPI, 28 janvier 1992, *Speybrouck c/ Parlement*, aff. T-45/90, *Rec.*, p. II-33, pts 88-89 (défaut de motivation). Le juge examine et accueille d'office le moyen d'ordre public : TPI, 24 septembre 1996, *Marx Esser et Del Amo Martinez c/ Parlement*, aff. T-182/94, *RecFP*, pp. I-A-411 et II-1197, pts 43-44 et 49 (incompétence).

83. Voy. pour des exemples de rejet pour tardiveté combiné à un refus explicite de procéder à l'examen d'office dans les circonstances de l'espèce : CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 100 (motivation) ; TPI, 27 février 1997, *FFSA e.a. c/ Commission*, aff. T-106/95, *Rec.*, p. II-229, pts 61-62 (motivation). *Adde*, pour des rejets comme irrecevables de moyens d'ordre public tardifs sans réflexion explicite sur leur éventuel relevé d'office : CJCE, 31 mars 1977, *Compagnie industrielle du comté de Loheac c/ Conseil et Commission*, aff. jtes 54/76 et 60/76, *Rec.*, p. 645, pts 2-4 (contestation non motivée de la recevabilité de la requête) ; CJCE, 15 décembre 1994, *Bayer c/ Commission*, aff. C-195/91 P, *Rec.*, p. I-5619, pts 12 et 14-15 (authentification d'une décision de la Commission) ; CJCE, 11 novembre 2004, *Ramondín e.a. c/ Commission*, aff. C-186/02 P, *Rec.*, p. I-10653, pt 50 (motivation par le juge de première instance) ; CJCE, 26 mars 2009, *Sunplus Technology c/ OHMI*, aff. C-21/08 P, non publié, pt 33 (motivation par le juge de première instance). Il est à noter, toutefois, que les arrêts *Ramondín* et *Sunplus Technology* sont intervenus avant la consécration définitive du moyen pris de la violation de l'obligation de motivation par le juge de première instance comme moyen d'ordre public (CJUE, 11 avril 2013, *Mindo c/ Commission*, aff. C-652/11 P, *Rec. num.*, pts 29-30).

alors selon toute vraisemblance à un rejet par prétérition du moyen d'ordre public en cause ou illustre un cas d'inutilité d'un relevé d'office⁽⁸⁴⁾.

Selon une troisième réaction, le juge se borne à rappeler son habilitation à examiner d'office le moyen d'ordre public en cause en réponse à une contestation de sa recevabilité au regard de la forclusion des moyens nouveaux. Il ne fournit ni examen casuistique de la recevabilité du moyen, ni conclusion à cet égard. Des exemples foisonnent à propos de moyens d'ordre public tant de fond⁽⁸⁵⁾ que de la procédure juridictionnelle⁽⁸⁶⁾. Ces

84. À propos du rejet par prétérition et du relevé d'office inutile, voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.), ainsi que Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2. L'inutilité du relevé d'office au regard des arguments soulevés dans le dossier (pp. 571 et s.). Voy. à titre d'illustration : CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73. La Cour de justice ayant accueilli le recours formé par l'Italie, son refus d'examiner d'office la violation tardivement alléguée de l'obligation de motivation pourrait s'interpréter non seulement comme un rejet par prétérition (l'avocat général ayant écarté l'allégation au fond : concl. LAGRANGE, p. 118), mais encore comme l'illustration d'un cas d'inutilité de procéder au relevé d'office.

85. Voy. pour des exemples de rejet du moyen examiné d'office : CJCE, 3 juillet 2003, *Belgique c/ Commission*, aff. C-457/00, *Rec.*, p. I-6931, pts 102-105 (motivation) ; TPI, 13 décembre 1990, *González Holguera c/ Parlement*, aff. T-115/89, *Rec.*, p. II-831 (extraits), pts 37 et 45 (motivation) ; TPI, 25 février 1992, *Schloh c/ Conseil*, aff. T-11/91, *Rec.*, p. II-203, pts 83 et 86 (motivation) ; TPI, 13 décembre 1999, *Européenne automobile c/ Commission*, aff. jtes T-9/96 et T-211/96, *Rec.*, p. II-3639, pts 31-32 (motivation) ; Trib. UE, 15 septembre 2016, *La Ferla c/ Commission et ECHA*, aff. T-392/13, *Rec. num.*, pt 65 (motivation) ; Trib. UE, 20 juillet 2017, *Badica et Kardiam c/ Conseil*, aff. T-619/15, *Rec. num.*, pts 42-48 (motivation) ; TFP, 15 juin 2010, *Lebedef-Caponi c/ Commission*, aff. F-45/09, non publié, pts 38 et 40 (incompétence). Voy. pour un exemple d'accueil du moyen relevé d'office : TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 31 et 42 (incompétence). Dans un arrêt ancien, la Cour de justice, constatant qu'un moyen d'incompétence n'avait été formellement soulevé ni dans la requête ni dans la réplique, a pu estimer qu'« il conv[enai]t de l'examiner » : CJCE, 10 mai 1960, *Allemagne c/ Haute Autorité*, aff. 19/58, *Rec.*, p. 469, spéc. p. 488. Étonnamment, le juge rappelle parfois son pouvoir d'examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public, tel qu'il ressort de son règlement de procédure, en réponse à une contestation de la recevabilité d'un moyen d'ordre public de fond tardivement avancé : Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 37.

86. Voy. en ce sens : CJCE, 19 octobre 1995, *Rendo e.a. c/ Commission*, aff. C-19/93 P, *Rec.*, p. I-3319, pts 12-13 (intérêt à agir) ; CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Estonie*, aff. C-39/10, *Rec. num.*, pts 23 et 25 (clarté de la requête) ; TPI, 12 juin 1997, *Carbajo Ferrero c/ Parlement*, aff. T-237/95, *RecFP*, pp. I-A-141 et II-429, pt 25 (incompétence du juge pour prononcer des injonctions) ; TPI, 14 novembre 2002, *Rica Foods et Free Trade Foods c/ Commission*, aff. T-332/00, *Rec.*, p. II-4755, pts 40-41 (qualité pour agir) ; TPI, 31 mai 2005, *Solo Italia c/ OHMI*, aff. T-373/03, *Rec.*, p. II-1881, pt 28 (concordance dans le contentieux de la propriété intellectuelle) ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-194/10, non publié, pts 16-17 (acte attaquant) ; Trib. UE, 18 février 2016, *Jannatian c/ Conseil*, aff. T-328/14, non publié, pts 27-29 (incompétence du Tribunal). *Adde*, pour un rappel du pouvoir de relever d'office les fins non-recevoir d'ordre public avant l'exposé de l'argumentation présentée dans la duplique : Trib. UE, ord., 16 décembre 2011, *Stichting Woonlinie e.a. c/ Commission*, aff. T-202/10, non publiée, pts 20 et 22 ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Hongrie c/ Commission*,

décisions laissent le lecteur dans l'obscurité quant au point de savoir si le juge a ou non entendu trancher la question de la recevabilité du moyen d'ordre public tardif. Des indices peuvent parfois militer dans un sens plutôt que dans un autre, parce que le juge déduit la recevabilité du moyen de sa seule habilitation à le relever d'office⁽⁸⁷⁾ ou bien par chevauchement avec la deuxième réaction exposée ci-dessus. Ainsi, il paraît indiqué de penser que, lorsque l'examen d'office d'un moyen est précédé d'un rappel de l'interdiction des moyens nouveaux⁽⁸⁸⁾, le juge l'a tenu pour irrecevable. À l'inverse, lorsqu'il prend soin, même sans rappeler ladite interdiction, de relever au passage qu'un moyen a été « complété [lors de la procédure orale], à la suite des plaidoiries de la [partie défenderesse] et des pièces versées par elle, [...] par un autre moyen, déjà esquissé à l'écrit par certaines requérantes, tiré de l'incompétence », avant de procéder à son examen d'office, il tient le moyen pour recevable eu égard aux règles de droit commun. Le rappel de son pouvoir d'office ne vient alors que conforter cette solution⁽⁸⁹⁾. Parfois, en revanche, le juge laisse explicitement ouverte la question de la recevabilité du moyen invoqué tardivement⁽⁹⁰⁾.

Enfin, en guise de quatrième réaction, le juge affirme une véritable levée de la forclusion au profit des moyens d'ordre public. Sans entrer dans l'examen casuistique de la recevabilité du moyen nouveau, il déduit

aff. T-196/10, non publié, pts 16-17. Le juge ne se prononce pas sur la recevabilité du moyen tardif, alors même que les arguments d'une partie l'invitent à trancher cette question : TPI, 18 septembre 1997, *Mutual Aid Administration Services c/ Commission*, aff. jtes T-121/96 et T-151/96, *Rec.*, p. II-1355, pts 34-35 et 38-39.

87. Voy. la quatrième réaction examinée ci-dessous.

88. Voy. parmi les arrêts cités à la note n° 85 du présent Chapitre : TPI, 13 décembre 1990, *González Holguera c/ Parlement*, aff. T-115/89, *Rec.*, p. II-831 (extraits), pt 37 ; TPI, 25 février 1992, *Schloh c/ Conseil*, aff. T-11/91, *Rec.*, p. II-203, pt 83.

89. TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 30-31 (incompétence). *Adde* : TPI, 12 février 2008, *BUPA e.a. c/ Commission*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, pt 69 (défaut de qualité pour agir). Après rappel du pouvoir de relever d'office une fin de non-recevoir d'ordre public, le Tribunal ajouta que l'invocation tardive dans la duplique était justifiée par l'apparition d'un élément de fait nouveau. L'application des règles de droit commun n'est qu'insinuée.

90. Selon le cas, il rejette au fond un moyen d'ordre public tardif dont la recevabilité est contestée, sans statuer sur sa recevabilité et tout en rappelant « au demeurant » son habilitation à l'examiner d'office (voy. à propos d'une violation de l'obligation de motivation, « écarté[e] comme manquant en fait » : Trib. UE, 15 septembre 2016, *AEDEC c/ Commission*, aff. T-91/15, non publié, pt 37), ou bien il l'examine d'office, sans statuer sur sa recevabilité. Voy. à propos de l'inexistence juridique alléguée notamment à l'audience : TPI, 25 février 2003, *Strabag Benelux c/ Conseil*, aff. T-183/00, *Rec.*, p. II-135, pts 37-38. Voy. pour des illustrations à propos de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle : TPI, 28 février 1996, *Dimitriadis c/ Cour des comptes*, aff. T-294/94, *RecFP*, pp. I-A-51 et II-151, pt 67 ; TPI, 19 juin 1997, *Forcat Icardo c/ Commission*, aff. T-73/96, *RecFP*, pp. I-A-159 et II-485, pt 19 ; Trib. UE, 13 mai 2015, *Group Nivelles c/ OHMI*, aff. T-15/13, *Rec. num.*, pt 26.

sa recevabilité du caractère d'ordre public du moyen et/ou de sa propre habilitation à l'examiner d'office. Il va jusqu'à affirmer qu'aucun requérant ne saurait être forcé à invoquer un tel moyen au seul motif qu'il ne l'avait pas avancé dans la requête⁽⁹¹⁾, qu'un tel moyen peut être invoqué à tout stade de la procédure⁽⁹²⁾ et qu'il ne saurait être rejeté comme tardif⁽⁹³⁾. Cette réaction est fréquente lorsque le moyen tardif est pris de la violation de l'obligation de motivation. Une extension à tout moyen d'ordre public est toutefois envisageable du fait de la généralité des termes choisis⁽⁹⁴⁾. Une extension ponctuelle à certains autres moyens d'ordre public a déjà été opérée⁽⁹⁵⁾. Participent de cette même tendance des affirmations plus

91. Voy. parmi de nombreuses illustrations à propos de la violation de l'obligation de motivation : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 24-25 ; TPI, 21 mai 1996, *Kaps c/ Cour de justice*, aff. T-153/95, *RecFP*, pp. I-A-233 et II-663, pt 75 ; TPI, ord., 25 juillet 2000, *RJB Mining c/ Commission*, aff. T-110/98, *Rec.*, p. II-2971, pt 46 ; TPI, 3 octobre 2006, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-171/05, *RecFP*, pp. I-A-2-195 et II-A-2-999, pts 31-32 ; Trib. UE, 16 novembre 2011, *Groupe Gascogne c/ Commission*, aff. T-72/06, non publié, pt 31 ; Trib. UE, 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung c/ Commission*, aff. T-79/06, non publié, pt 96. Voy. pour une illustration relative à un moyen d'incompétence : TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pt 71.

92. Voy. s'agissant de la violation de l'obligation de motivation : TPI, 5 avril 2001, *Wirtschaftsvereinigung Stahl e.a. c/ Commission*, aff. T-16/98, *Rec.*, p. II-1217, pt 50 ; TPI, 13 décembre 2001, *Krupp Thyssen Stainless et Acciai speciali Terni c/ Commission*, aff. jtes T-45/98 et T-47/98, *Rec.*, p. II-3757, pt 125 ; TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pt 210 ; TPI, 8 décembre 2005, *Reynolds c/ Parlement*, aff. T-237/00, *RecFP*, pp. I-A-385 et II-1731, pt 120 ; Trib. UE, 12 octobre 2011, *Agroexpansión c/ Commission*, aff. T-38/05, *Rec.*, p. II-7005, pt 182 ; Trib. UE, 12 octobre 2011, *Alliance One International c/ Commission*, T-41/05, *Rec.*, p. II-7101, pt 170 ; Trib. UE, 14 avril 2015, *Ayadi c/ Commission*, aff. T-527/09 RENV, non publié, pt 44 ; Trib. UE, 17 décembre 2015, *Espagne e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-515/13 et T-719/13, *Rec. num.*, pt 183 ; TFP, 23 octobre 2013, *D'Agostino c/ Commission*, aff. F-93/12, non publié, pt 72. Voy. à propos d'autres moyens d'ordre public : Trib. UE, 18 octobre 2016, *Crown Equipment (Suzhou) et Crown Gabelstapler c/ Conseil*, aff. T-351/13, non publié, pt 20 (fin de non-recevoir d'ordre public) ; TFP, 31 janvier 2008, *Valero Jordana c/ Commission*, aff. F-104/05, *RecFP*, pp. I-A-1-27 et II-A-1-127, pts 53-54 (champ d'application de la loi).

93. Voy. en ce sens : Trib. UE, 6 juillet 2011, *I-content c/ OHMI*, aff. T-258/09, *Rec.*, p. II-3797, pts 46-47 (motivation) ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *J c/ Parlement*, aff. T-160/10, non publié, pts 16-18 (motivation) ; Trib. UE, 6 février 2014, *CEEES et Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio c/ Commission*, aff. T-342/11, *Rec. num.*, pt 100 (motivation) ; TFP, 12 décembre 2012, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-43/10, *Rec. num.*, pt 212 (impartialité).

94. En particulier, la Cour de justice a affirmé qu'« un défaut ou une insuffisance de motivation [...] constituent des *moyens d'ordre public* qui peuvent, et même doivent, être soulevés d'office par le juge communautaire [de l'Union européenne] » et que « [l']examen de tels *moyens* pouvant donc avoir lieu à tout stade de la procédure, le requérant ne saurait être forcé à s'en prévaloir au seul motif qu'il ne les a pas soulevés dans sa réclamation [ou requête] » : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 24-25 (nous soulignons).

95. Voy. p. ex. : TPI, 31 mai 2005, *Dionysopoulou c/ Conseil*, aff. T-284/02, *RecFP*, pp. I-A-131 et II-597, pt 61 (concordance en matière de fonction publique) ; TFP, 5 novembre 2008, *Avanzata e.a. c/ Commission*, aff. F-48/06, *RecFP*, pp. I-A-1-359 et II-A-1-1963, pt 38 *in fine* (délai de réclamation) ; concl. WATHELET sous CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica*

concises par lesquelles le juge écarte comme tardif un moyen ou un grief au motif qu'il n'est pas d'ordre public⁽⁹⁶⁾, laissant ainsi entendre, *a contrario*, qu'un moyen d'ordre public eût été recevable en dépit de sa tardiveté. C'est au profit de cette dernière tendance que la jurisprudence devrait, à nos yeux, être systématisée.

β. Plaidoyer pour une levée totale de la forclusion des moyens d'ordre public

Le tableau jurisprudentiel dressé ci-dessus illustre à la fois un manque de constance et de cohérence dans le traitement, par le juge, des moyens d'ordre public tardivement invoqués et l'esquisse d'une unité du traitement des moyens d'ordre public. Le juge choisit entre les quatre réponses à leur invocation sans opérer de distinction selon la nature du moyen d'ordre public en cause. Des références croisées aux précédents relatifs au traitement de moyens d'ordre public de fond tardifs à l'appui de l'appréciation de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle tardifs, et *vice-versa*, renforcent le sentiment d'une unité profonde, mais cachée, du régime des moyens d'ordre public.

Une telle unité s'impose d'autant plus qu'en substance et malgré leurs différences, ces approches ont en commun une référence au pouvoir du juge de relever d'office les moyens d'ordre public. Celui-ci sert, selon le cas, à justifier la recevabilité du moyen ou à pallier son irrecevabilité. Dans cette dernière hypothèse, la fréquence de l'examen d'office explicite de moyens préalablement tenus pour irrecevables en application des règles de recevabilité, y compris pour les rejeter⁽⁹⁷⁾, laisse entrevoir un véritable droit des parties d'obtenir un examen de tout moyen d'ordre public invoqué par elles, fût-ce tardivement. En dépit des tergiversations, une levée de la forclusion des moyens d'ordre public, souvent préconisée ou simplement

de España c/ Commission, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 26 (clarté des écritures). La levée de la forclusion des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle est parfois appuyée, par analogie, sur des précédents relatifs aux moyens d'ordre public de fond, voy. p. ex. : TPI, 1^{er} décembre 2004, *Kronofrance c/ Commission*, aff. T-27/02, *Rec.*, p. II-4177, pt 30.

96. Voy. pour des illustrations variées : TPI, 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke c/ Commission*, aff. T-44/00, *Rec.*, p. II-2223, pt 192 ; Trib. UE, 26 octobre 2010, *CNOP et CCG c/ Commission*, aff. T-23/09, *Rec.*, p. II-5291, pt 45 ; TFP, 14 septembre 2010, *Rossi Ferreras c/ Commission*, aff. F-85/09, non publié, pt 65 ; TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, *Rec. num.*, pt 51 ; TFP, 18 juin 2015, *EG c/ Parlement*, aff. F-79/14, non publié, pt 67.

97. Alors que le juge pourrait se contenter de statuer par prétérition, voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.).

affirmée par la doctrine⁽⁹⁸⁾ et par les avocats généraux⁽⁹⁹⁾ et parfois, un peu hâtivement, considérée comme « [allant] de soi »⁽¹⁰⁰⁾, est envisageable. Elle s'appuie sur la généralité des formules employées dans le cadre de la quatrième réaction identifiée ci-dessus. Elle est, par ailleurs, cohérente avec le régime du relevé d'office que la Cour de justice impose au juge national en matière de droit de la consommation⁽¹⁰¹⁾.

Le fondement d'une telle levée généralisée de la forclusion ne réside pas, à nos yeux, dans l'habilitation du juge à relever le moyen d'office. Il doit, en revanche, être recherché dans l'impérativité des règles d'ordre public. Invocabilité tardive et relevé d'office sont, en effet, les deux faces

98. Voy. *inter alia* : F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p., spéc. p. 66 ; V. CHRISTIANOS et F. PICOD, *op. cit.*, spéc. p. 274 ; F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p., spéc. p. 130 ; G. FRIDEN, « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 231-238, spéc. p. 236 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2012, 768 p., spéc. p. 520 ; M. LAGRANGE, « Les actions en justice dans le régime des Communautés européennes », *SEW*, 1962, pp. 81-107, spéc. p. 87 ; K. LENAERTS, « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in G. VANDERSANDEN et A. DE WALSCHÉ (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261, spéc. p. 246 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p., spéc. p. 821 ; J.-V. LOUIS et al., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, 666 p., spéc. pp. 427-428 ; D. MÖLLER, *op. cit.*, spéc. pp. 67 et 69 ; F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2016, § 67 ; D. RITLÉNG, « Moyens de recours », in A. BARAV et Ch. PHILIP (dir.), *op. cit.*, pp. 700-720, spéc. p. 701 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p., spéc. p. 45 ; B. WÄGENBAUR, *Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, Munich – Oxford – Baden-Baden, Beck – Hart – Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, 921 p., spéc. pp. 384 et 626.

99. Voy. en particulier : concl. LAGRANGE sous CJCE, 21 décembre 1954, *Italie c/ Haute Autorité*, aff. 2/54, *Rec.*, p. 73, spéc. p. 116 ; concl. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gaspari*, aff. C-316/97 P, *Rec.*, p. I-5797, pts 13 et 27 ; concl. MADURO sous CJCE, 14 septembre 2004, *Espagne c/ Commission*, aff. C-276/02, *Rec.*, p. I-8091, pt 10 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. jtes C-106/09 P et C-107/09 P, *Rec.*, p. I-11113, pt 36 ; concl. MENGGOZZI sous CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 60.

100. É. VON BARDELEBEN, F. DONNAT et D. SIRITZKY, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La Documentation française, 2012, 325 p., spéc. p. 116.

101. Aucune forclusion ne saurait être opposée au consommateur, sous réserve d'un cas de passivité totale de celui-ci, voy. à ce propos notre étude : « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national », *ADUE*, 2012, pp. 215-242, spéc. pp. 235-239. En revanche, en dehors du domaine très spécifique du droit de la consommation, la violation du droit de l'Union européenne est soumise aux règles de forclusion des moyens issues du droit national, sous réserve du respect des principes d'effectivité et d'équivalence (CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, *Rec. num.*, pt 27). En particulier, le principe d'effectivité est respecté dès lors que le justiciable a eu une véritable possibilité de se prévaloir du droit de l'Union (CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, *Rec.*, p. I-4233, pt 41).

des effets de cette impérativité, la première étant le corollaire du second, non sa conséquence⁽¹⁰²⁾. Une lecture qui ferait de la levée de la forclusion une conséquence du pouvoir du juge d'examiner d'office les moyens d'ordre public reviendrait à imposer aux parties les limites entourant le relevé d'office obligatoire de ces moyens. Or, les limites inhérentes à l'office du juge ne devraient pas venir restreindre le droit des parties de se prévaloir des moyens d'ordre public. En effet, la jurisprudence tend précisément à distinguer l'invocation des moyens par les parties et leur relevé d'office par le juge⁽¹⁰³⁾.

C'est, partant, en raison de sa nature même que le moyen d'ordre public doit échapper à la forclusion des moyens nouveaux en cours d'instance. Le conflit entre deux règles d'ordre public, l'une tenant à la recevabilité des moyens nouveaux et l'autre à la règle tardivement invoquée, devrait être résolu au profit de cette dernière⁽¹⁰⁴⁾. Par suite, la question, non tranchée, de la recevabilité d'un moyen d'ordre public insuffisamment étayé dans le premier acte de procédure déposé par une partie au regard des règles formelles⁽¹⁰⁵⁾ est, pour l'essentiel, dépourvue de pertinence pratique. Une partie pourra en effet toujours « se rattraper » en soulevant et en étayant

102. En ce sens, certains auteurs attribuent deux conséquences à la qualification d'ordre public d'un moyen, à savoir la possibilité pour les parties de s'en prévaloir à tout moment de la procédure et l'habilitation du juge à l'examiner d'office même en l'absence d'invocation, voy. p. ex. : F. BERROD, *op. cit.*, spéc. p. 66 ; J.-V. LOUIS *et al.*, *op. cit.*, spéc. pp. 427-428.

103. La Cour de justice a jugé que les parties ne sauraient déduire de l'habilitation du juge à statuer d'office sur les fins de non-recevoir d'ordre public un droit d'invoquer tardivement les moyens d'ordre public en méconnaissance de l'interdiction des moyens nouveaux (CJCE, 30 septembre 1982, *Amyltum c/ Conseil*, aff. 108/81, *Rec.*, p. 3107, pt 27 ; CJCE, 30 septembre 1982, *Roquette Frères c/ Conseil*, aff. 110/81, *Rec.*, p. 3159, pt 33). En outre, elle a distingué les règles régissant la recevabilité des moyens invoqués par les parties au regard de la forclusion et l'habilitation du juge de procéder à l'examen d'office (CJCE, 19 novembre 1998, *Parlement c/ Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, aff. C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, pt 30).

104. Lorsque la règle d'ordre public tardivement invoquée est une règle de fond, c'est cette dernière qui prévaut sur la règle d'ordre public de recevabilité (voy. pour un constat analogue : J. P. JACQUÉ, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 229-246, spéc. p. 244). Il s'agit d'une entorse à l'ordre de traitement des moyens d'ordre public de procédure et de fond. L'entorse est limitée, dès lors que seule la règle de recevabilité d'un moyen, non celle de recevabilité du recours, pourrait ainsi céder.

105. Le moyen d'ordre public est parfois explicitement soustrait aux exigences de présentation des écritures (TFP, 10 novembre 2011, *Merhzaoui c/ Conseil*, aff. F-18/09, non publié, pt 47 ; TFP, 19 juillet 2016, *HG c/ Commission*, aff. F-149/15, non publié, pt 93). Dans d'autres cas, il y est clairement soumis (TPI, 25 février 1997, *Kernkraftwerke Lippe-Ems c/ Commission*, aff. jtes T-149/94 et T-181/94, *Rec.*, p. II-161, pts 42-43 ; TFP, 13 septembre 2011, *Behnke c/ Commission*, aff. F-68/10, non publié, pt 99 ; TFP, 8 mars 2012, *Kerstens c/ Commission*, aff. F-12/10, non publié, pt 115). Enfin, il arrive que le juge esquive la question en écartant le moyen, dont il note au passage le caractère d'ordre public, comme non fondé sans qu'il soit besoin de se prononcer sur sa recevabilité au regard de l'exigence de clarté (Trib. UE, 14 juin 2017, *LG Electronics c/ EUIPO*, aff. T-659/16, non publié, pt 42).

le moyen d'ordre public à un stade ultérieur de la procédure⁽¹⁰⁶⁾. Ce ne serait que si elle omettait de préciser le moyen d'ordre public en cours de la procédure qu'une invocation creuse et non étayée devrait conduire le juge à rejeter comme irrecevable ce moyen, qui n'a de moyen que l'intitulé et non la substance faute d'exposé suffisant⁽¹⁰⁷⁾. Le juge pourra alors suppléer aux insuffisances des écritures en le relevant au besoin d'office⁽¹⁰⁸⁾ et devra, en toute hypothèse, le faire lorsque ce moyen a une incidence sur la solution du litige⁽¹⁰⁹⁾.

Une telle levée de principe de la forclusion des moyens d'ordre public nouveaux ne devrait toutefois pas être sans limites. Celles-ci peuvent découler des modalités pratiques de l'invocation tardive.

ii. *Les modalités pratiques de l'invocation tardive des moyens d'ordre public*

Une fois admise la levée de la forclusion au profit des moyens d'ordre public, il convient de déterminer ses modalités pratiques. À cet égard, le juge énonce peu de principes, si ce n'est que l'invocation de tels moyens serait possible à tout moment de la procédure et sans égard au comportement antérieur de la partie concernée⁽¹¹⁰⁾. La pratique du contentieux européen fournit quelques indications, en particulier quant aux pièces dans lesquelles

106. Voy. en ce sens : Trib. UE, 16 octobre 2014, *Alcoa Trasformazioni c/ Commission*, aff. T-177/10, *Rec. num.*, pt 43.

107. Voy. en ce sens : TPI, 18 novembre 1992, *Rendo e.a. c/ Commission*, aff. T-16/91, *Rec.*, p. I-2417, pt 130 (arrêt annulé, sans remise en cause des considérations figurant au point 130) ; TFP, 13 septembre 2011, *Behnke c/ Commission*, aff. F-68/10, non publié, pt 99. Une solution différente pourrait, le cas échéant, s'appliquer pour des recours formés, en matière de fonction publique, en méconnaissance de la règle de concordance. Ainsi, dans un recours dans lequel tous les moyens allégués étaient irrecevables au regard de la règle de concordance, le Tribunal de la fonction publique précisa que « les moyens soulevés dans la requête ne sont pas des moyens d'ordre public [qu'il] devrait soulever d'office » (TFP, ord., 30 juin 2015, *Centurione c/ Commission*, aff. F-43/15, non publiée, pts 10, 13-14, 22 et 25). Il pourrait s'ensuivre que l'allégation d'un moyen d'ordre public aurait pu « sauver » la recevabilité du recours en ce qu'il portait sur un tel moyen.

108. Voy. en ce sens : TPI, 18 septembre 1995, *Tiercé Ladbroke c/ Commission*, aff. T-471/93, *Rec.*, p. II-2537, pt 28 ; TPI, 13 décembre 1999, *Européenne automobile c/ Commission*, aff. jtes T-9/96 et T-211/96, *Rec.*, p. II-3639, pt 31 ; TPI, ord. prés., 18 juin 2008, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. T-475/07 R, non publiée, pt 30 ; TFP, 13 décembre 2007, *Diomedee Basili c/ Commission*, aff. F-108/06, *RecFP*, pp. I-A-1-447 et II-A-1-2515, pts 52-55 ; TFP, 7 juillet 2009, *Bernard c/ Europol*, aff. jtes F-99/07 et F-45/08, *RecFP*, pp. I-A-1-233 et II-A-1-1267, pts 77-78 ; TFP, 29 juin 2010, *Hanschmann c/ Europol*, aff. F-27/09, non publié, pts 52-53.

109. Dans la mesure où le juge doit entendre les parties sur les moyens d'ordre public relevés d'office (voy. *infra*, ce Titre, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties, pp. 683 et s.), la partie concernée aura tout loisir de compléter son allégation tardivement. Du fait de la levée de la forclusion ici préconisée, les arguments venant compléter l'exposé initialement insuffisant seraient recevables.

110. CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 23-25.

ces moyens peuvent être produits. Pour l'essentiel, cette pratique est marquée d'une grande souplesse et d'un formalisme réduit.

D'une part, sont admis des moyens d'ordre public invoqués au cours des étapes régulières de la procédure tant écrite qu'orale. Il en va ainsi des moyens avancés pour la première fois à l'occasion du second échange des mémoires, à savoir dans la réplique⁽¹¹¹⁾ et dans la duplique⁽¹¹²⁾. De même, sont recevables des moyens d'ordre public avancés pour la première fois *inter alia* dans les observations sur un mémoire en intervention⁽¹¹³⁾, en réponse à une mesure d'organisation de la procédure⁽¹¹⁴⁾, dans les observations sur un incident de procédure⁽¹¹⁵⁾, ainsi que lors de l'audience⁽¹¹⁶⁾. En cas d'invocation à l'audience, le moyen nouveau est généralement mentionné sur le

111. Voy. parmi de nombreux exemples : CJCE, 20 février 1997, *Commission c/ Daffix*, aff. C-166/95 P, *Rec.*, p. I-983, pts 24-25 ; TPI, 17 février 2000, *Stork Amsterdam c/ Commission*, aff. T-241/97, *Rec.*, p. II-309, pts 74-75 ; TPI, 8 octobre 2008, *Carbone-Lorraine c/ Commission*, aff. T-73/04, *Rec.*, p. II-2661, pt 127 ; Trib. UE, 12 octobre 2011, *Agroexpansión c/ Commission*, aff. T-38/05, *Rec.*, p. II-7005, pt 182 ; TFP, 12 décembre 2012, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-43/10, *Rec. num.*, pt 212. Adde : concl. MADURO sous CJCE, 14 septembre 2004, *Espagne c/ Commission*, aff. C-276/02, *Rec.*, p. I-8091, pt 10 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. jtes C-106/09 P et C-107/09 P, *Rec.*, p. I-11113, pt 36.

112. Voy. p. ex. : concl. WATHELET sous CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12 P, *Rec. num.*, pt 26 ; Trib. UE, 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. T-336/07, *Rec. num.*, pts 57 et s ; Trib. UE, 22 juin 2016, *Whirlpool Europe c/ Commission*, aff. T-118/13, *Rec. num.*, pts 28 et 36-37.

113. Voy. en ce sens : Trib. UE, 22 juin 2016, *Whirlpool Europe c/ Commission*, aff. T-118/13, *Rec. num.*, pts 29 et 38. Le Tribunal admet que des éléments tendant, selon une partie, à établir la recevabilité peuvent être avancés pour la première fois dans des observations sur un mémoire en intervention.

114. Voy. p. ex. : TPI, ord., 25 juillet 2000, *RJB Mining c/ Commission*, aff. T-110/98, *Rec.*, p. II-2971, pt 46 ; Trib. UE, 16 décembre 2015, *Japan Airlines c/ Commission*, aff. T-36/11, non publié, pts 16 et 24 ; Trib. UE, 24 mai 2016, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. jtes T-423/13 et T-64/14, *Rec. num.*, pts 73-76 ; Trib. UE, 15 septembre 2016, *La Ferla c/ Commission et ECHA*, aff. T-392/13, *Rec. num.*, pts 64-65. Dans une affaire dans laquelle la partie défenderesse n'a pas déposé de mémoire en défense dans le délai requis sans toutefois que la partie requérante n'ait demandé au Tribunal de la fonction publique de statuer par défaut et de lui adjuger ses conclusions, ce tribunal a tenu compte – en se prévalant de ses pouvoirs d'office – d'une contestation de la recevabilité par l'institution défenderesse exposée dans une réponse à une mesure d'organisation de la procédure : TFP, ord., 15 juin 2016, *Riemer-Sullivan c/ Commission*, aff. F-55/12, non publiée, pt 12 et 15-16.

115. Voy. s'agissant d'une contestation de la compétence du Tribunal dans les observations sur une demande de non-lieu à statuer partiel formulée par le requérant : Trib. UE, 18 février 2016, *Jannatian c/ Conseil*, aff. T-328/14, non publié, pts 27-29.

116. Voy. p. ex. : TPI, 1^{er} décembre 2004, *Kronofrance c/ Commission*, aff. T-27/02, *Rec.*, p. II-4177, pts 29-30 ; TPI, 31 mai 2005, *Dionyssopoulou c/ Conseil*, aff. T-284/02, *RecFP*, pp. I-A-131 et II-597, pt 61 ; Trib. UE, 12 octobre 2011, *Alliance One International c/ Commission*, T-41/05, *Rec.*, p. II-7101, pt 170 ; Trib. UE, 16 janvier 2014, *BP Products North America c/ Conseil*, aff. T-385/11, *Rec. num.*, pt 164 ; Trib. UE, 18 octobre 2016, *Crown Equipment (Suzhou) et Crown Gabelstapler c/ Conseil*, aff. T-351/13, non publié, pt 20 ; TFP, 7 juin 2011, *Mantzouratos c/ Parlement*, aff. F-64/10, *Rec. num.*, pt 37.

procès-verbal⁽¹¹⁷⁾. Est également recevable un moyen d'ordre public invoqué dans les observations écrites sur la suite de la procédure après annulation de l'arrêt sur pourvoi et renvoi de l'affaire en première instance⁽¹¹⁸⁾.

D'autre part, peuvent également être recevables des moyens d'ordre public soulevés pour la première fois en dehors de ces étapes régulières, dans des documents non prévus par les règlements de procédure, tels que des lettres envoyées au greffe contenant des observations sur le rapport d'audience⁽¹¹⁹⁾ ou ayant pour objet l'invocation d'un moyen nouveau⁽¹²⁰⁾, un mémoire déposé spontanément avant l'audience⁽¹²¹⁾ ou des demandes de mesures d'organisation de la procédure⁽¹²²⁾. La recevabilité et la prise en compte de tels moyens d'ordre public illustrent leur force dérogatoire. Elles ne sont pas pour autant systématiques⁽¹²³⁾ et laissent place à une certaine marge discrétionnaire du juge⁽¹²⁴⁾. Le droit d'invocation tardive de ces moyens doit, en effet, se concilier avec une certaine diligence procédurale de la partie concernée, de même qu'avec les besoins de l'économie procédurale.

117. Voy. p. ex. : Trib. UE, 18 septembre 2014, *Central Bank of Iran c/ Conseil*, aff. T-262/12, non publié, pt 28.

118. Trib. UE, 14 avril 2015, *Ayadi c/ Commission*, aff. T-527/09 RENV, non publié, pt 44. L'interdiction des moyens nouveaux et les exceptions à ce principe sont applicables, *mutatis mutandis*, à la procédure de renvoi après annulation sur pourvoi : CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEU e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pt 71 ; Trib. UE, 14 septembre 2011, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-236/02, *Rec. num.*, pt 88.

119. Voy. p. ex. : TFP, 17 juin 2008, *De Fays c/ Commission*, aff. F-97/07, *RecFP*, pp. I-A-1-191 et II-A-1-1011, pt 50.

120. Voy. en ce sens : TFP, 19 juillet 2016, *HG c/ Commission*, aff. F-149/15, non publié, pts 40 et 93. Il est à noter, toutefois, que le moyen en cause, formellement présenté comme étant tiré d'une violation de l'obligation de motivation, avait en réalité trait à la légalité au fond de la décision attaquée, de sorte qu'il n'était pas d'ordre public (pt 95).

121. Voy. p. ex. : TPI, 3 octobre 2006, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-171/05, *RecFP*, pp. I-A-2-195 et II-A-2-999, pts 18 et 31-32.

122. Voy. p. ex. : TFP, 23 octobre 2013, *D'Agostino c/ Commission*, aff. F-93/12, non publié, pts 72-73.

123. Voy. p. ex. : Trib. UE, 13 mai 2015, *Group Nivelles c/ OHMI*, aff. T-15/13, *Rec. num.*, pt 26. Le Tribunal envisage, sans toutefois statuer définitivement sur la question, l'irrecevabilité d'une fin de non-recevoir soulevée par l'OHMI dans ses observations sur une demande de l'intervenante visant le retrait du dossier d'un mémoire.

124. Rappelons à cet égard les affaires dans lesquelles la Cour de justice écarta, sur pourvoi, une argumentation tirée d'une erreur de droit en ce que le Tribunal avait refusé de rouvrir la procédure orale et d'ordonner des mesures d'instruction à la demande de la requérante pour examiner un moyen d'ordre public pris de l'authentification irrégulière de la décision attaquée. Voy. les arrêts de la Cour du 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 134 ; *ICI c/ Commission*, aff. C-200/92 P, *Rec.*, p. I-4399, pt 66 ; *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pt 111 ; *Shell c/ Commission*, aff. C-234/92 P, *Rec.*, p. I-4501, pt 68 ; *Montecatini c/ Commission*, aff. C-235/92 P, *Rec.*, p. I-4539, pt 107 ; *Chemie Linz c/ Commission*, aff. C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, pt 90. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, B. La consécration amorcée d'un critère : les éléments de fait et indices figurant au dossier (pp. 561 et s.).

Ainsi, à tout le moins devant le Tribunal, des actes et pièces non prévus par le règlement de procédure ne sont, en principe, pas versés au dossier de l'affaire par le greffe. Celui-ci n'en saisit le juge qu'en cas de doute⁽¹²⁵⁾. La décision de verser un tel document au dossier de l'affaire⁽¹²⁶⁾, et, partant, la prise en compte du moyen d'ordre public tardivement invoqué dans ce document relèvent ainsi de la discrétion du juge. Le moment de production du document contenant un tel moyen influence sans doute la décision du juge. Avec l'avancement de la procédure et en particulier la mise en délibéré de l'affaire, se réduisent en pratique les chances que le juge accepte le document non prévu et, partant, le moyen qu'il contient. L'éventuel refus de verser des documents au dossier n'étant généralement pas mentionné dans la décision mettant fin à l'instance⁽¹²⁷⁾, il est cependant impossible de mesurer l'impact pratique réel des moyens d'ordre public produits dans de tels actes.

Cette discrétion et un éventuel refus de verser un document comportant un moyen d'ordre public au dossier ne heurtent ni le caractère impératif de l'ordre public ni les droits de la défense de la partie en cause. La conciliation passe nécessairement par le devoir du juge de procéder à l'examen, voire au relevé d'office des moyens d'ordre public⁽¹²⁸⁾. Ainsi, d'une part, même

125. Selon le cas, il s'agit du juge rapporteur lorsqu'il est juge unique, du président de la formation de jugement lorsque l'affaire a été attribuée à une chambre ou du président du Tribunal : § 86 des Dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal (*JO*, 2015, L 152, p. 1), telles que modifiées le 13 juillet 2016 (*JO*, 2016, L 217, p. 78). Les documents relatifs à l'exécution des règlements de procédure de la Cour de justice et, dans le temps, du Tribunal de la fonction publique ne contiennent pas de précision analogue.

126. Le cas échéant sans préjudice de la décision à intervenir sur la recevabilité du document. Voy. pour des exemples hors champ des moyens d'ordre public : TPI, 7 février 2007, *Gordon c/ Commission*, aff. T-175/04, *RecFP*, pp. I-A-2-47 et II-A-2-343, pt 16 (mémoire contenant une demande de rouvrir la procédure écrite ou d'accepter de nouvelles preuves) ; TPI, 7 mars 2007, *Sequeira Wandschneider c/ Commission*, aff. T-110/04, *RecFP*, pp. I-A-2-73 et II-A-2-533, pt 20 (document produit après ouverture de la procédure orale) ; TPI, 19 novembre 2008, *Schröder c/ OCVV*, aff. T-187/06, *Rec.*, p. II-3151, pt 44 (document déposé avant l'audience) ; Trib. UE, 15 septembre 2011, *CEVA c/ Commission*, aff. T-285/09, non publié, pt 26 (document produit à l'audience) ; Trib. UE, 11 juin 2014, *Syria International Islamic Bank c/ Conseil*, aff. T-293/12, non publié, pt 22 (document produit à l'audience) ; Trib. UE, 12 mai 2015, *Dalli c/ Commission*, aff. T-562/12, *Rec. num.*, pt 42 (document produit à l'audience) ; TFP, 18 mars 2015, *Rajala c/ OHMI*, aff. F-24/14, non publié, pt 19 (documents transmis avant l'audience). Voy. également pour des demandes additionnelles ou complémentaires, dont la recevabilité est réservée dans un premier temps : CJCE, 30 mai 1984, *Eximo c/ Commission*, aff. 62/83, *Rec.*, p. I-2295, spéc. p. 2299 ; Trib. UE, 23 octobre 2015, *Oil Turbo Compressor c/ Conseil*, aff. T-552/13, *Rec. num.*, pt 22.

127. Voy. toutefois pour une mention explicite de la décision de ne pas verser au dossier de l'affaire des observations d'une partie principale sur le procès-verbal de l'audience : Trib. UE, 12 mai 2015, *Dalli c/ Commission*, aff. T-562/12, *Rec. num.*, pt 43.

128. En témoignent par ailleurs des affaires dans lesquelles le juge envisage l'irrecevabilité d'un moyen d'ordre public produit en dehors des étapes régulières de la procédure avant de l'examiner d'office. Ainsi, dans l'affaire *Group Nivelles c/ OHMI* (Trib. UE, 13 mai 2015, aff.

en refusant de verser le document au dossier, le juge n'est aucunement empêché de vérifier, en quelque sorte sur invitation par la partie concernée et en toute hypothèse de sa propre initiative, le bien-fondé du moyen d'ordre public avancé par la partie concernée. Il pourra soit confirmer son intention de le rejeter par prétérition⁽¹²⁹⁾ soit procéder à son relevé d'office après avoir entendu les parties⁽¹³⁰⁾. Combiné à une absence de relevé d'office, un tel refus implique que le moyen en cause n'était pas de nature à affecter la solution du litige. D'autre part, les droits de la défense sont assurés par la possibilité pour la partie concernée de se prévaloir, au stade du pourvoi, du moyen d'ordre public et de l'omission du juge de première instance de le soulever d'office. Non sans quelques réticences, le juge du pourvoi autorise en effet les parties à invoquer des moyens d'ordre public nouveaux pour la première fois devant lui.

2) La levée de la forclusion d'un moyen d'ordre public invoqué pour la première fois au stade du pourvoi

La compétence du juge du pourvoi est limitée à l'appréciation de la solution légale donnée au litige par les premiers juges. Les parties ne sauraient saisir ce juge d'un litige plus étendu, en ajoutant des conclusions nouvelles ou des moyens nouveaux. Seuls les moyens de droit qui mettent en cause l'appréciation, par le juge de première instance, du recours et des moyens portés devant celui-ci, en ce compris les moyens nés de l'arrêt (ou de l'ordonnance) attaqué ou dont l'existence est révélée par la lecture de celui-ci (ou de celle-ci) sont recevables⁽¹³¹⁾. En revanche, sont irrecevables

T-15/13, *Rec. num.*, pt 26), le Tribunal envisagea de rejeter comme irrecevable une fin de non-recevoir soulevée par l'OHMI dans ses observations sur une demande de l'intervenante visant le retrait du dossier d'un mémoire, tout en observant que, en cas d'irrecevabilité de ladite fin de non-recevoir, « il y aurait lieu de l'examiner, dès lors qu'il s'agi[ssai]t d'une question susceptible, le cas échéant, d'être examinée d'office par le Tribunal ».

129. Une telle confirmation ne sera point visible dans la décision mettant fin à l'instance.

130. Voy. à propos des exigences du contradictoire, *infra*, ce Titre, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties, pp. 683 et s.

131. CJCE, 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c/ Commission*, aff. C-176/06 P, non publié, pt 17 ; CJUE, ord., 22 juin 2011, *Griús Abril Asistencia c/ Commission*, aff. C-521/10 P, non publiée, pt 25 ; CJUE, 10 avril 2014, *Commission c/ Siemens Österreich e.a. et Siemens Transmission & Distribution e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-231/11 P à C-233/11 P, *Rec. num.*, pt 102 ; CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pt 48 ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.*, pt 49 ; CJUE, 16 juin 2016, *Evonik Degussa et AlzChem c/ Commission*, aff. C-155/14 P, *Rec. num.*, pt 55 ; Trib. UE, 9 septembre 2010, *Andreasen c/ Commission*, aff. T-17/08 P, *Rec. num.*, pt 96. Voy. déjà en ce sens : CJCE, 2 octobre 2001, *BEI c/ Hautem*, aff. C-449/99 P, *Rec.*, p. I-6733, pts 87-89 ; CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 33.

les moyens nouveaux qui auraient pu être soulevés en première instance⁽¹³²⁾, dont en particulier ceux tirés de l'illégalité de l'acte litigieux⁽¹³³⁾. Cette irrecevabilité devrait être levée au profit des moyens d'ordre public nouveaux en raison de leur nature spécifique. À cet égard, la jurisprudence ambivalente (a) appelle une clarification (b).

a) Une jurisprudence ambivalente

Le juge du pourvoi hésite à consacrer une levée de la forclusion au profit des moyens d'ordre public non invoqués en première instance et avancés pour la toute première fois devant lui. Sa réaction varie au gré de la manière dont le justiciable présente le moyen d'ordre public nouveau. Une distinction, faisant écho à certaines voix de la doctrine allemande⁽¹³⁴⁾, mais exagérément formaliste⁽¹³⁵⁾, se dessine ainsi selon que ce moyen est invoqué *indirectement*, à travers un moyen né de l'arrêt et tiré d'un non-relevé d'office injustifié par le juge de première instance, ou *directement*, sous une forme qui aurait pu être présentée devant ce dernier. Tandis que la première contestation est sans ambages tenue pour recevable (i), la seconde fait l'objet d'une jurisprudence plus mitigée (ii).

i. L'invocation d'un moyen tiré du non-relevé d'office erroné d'un moyen d'ordre public

Le juge du pourvoi est appelé à apprécier « la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges ou que [ceux-ci]

132. Cette irrecevabilité est fondée sur l'interdiction des conclusions nouvelles et de la modification de l'objet du litige de première instance, telle qu'elle figurait à l'article 113, § 1, et à l'article 116, § 1, RP/C (1991) et figure actuellement aux articles 170 et 174 RP/C (2012) (CJCE, 19 juin 1992, *V. c/ Parlement*, aff. C-18/91, *Rec.*, p. I-3997, pt 21 ; CJCE, ord., 10 décembre 2003, *Joynson c/ Commission*, aff. C-204/02 P, *Rec.*, p. I-14763, pt 35), sur l'interdiction des moyens nouveaux devant le juge de première instance, telle qu'elle figurait à l'article 48, § 2, RP/T (1991), devenu article 84, § 1, RP/T (2015) (CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c/ Brazzelli Lualdi e.a.*, aff. C-136/92 P, *Rec.*, p. I-1981, pt 59), ou encore sur l'interdiction des moyens nouveaux devant la Cour visée à l'article 42, § 2, RP/C (1991), devenu article 127, § 1, RP/C (2012), également applicable à l'instance du pourvoi (CJCE, 27 juin 2002, *Simon c/ Commission*, aff. C-274/00 P, *Rec.*, p. I-5999, pts 38-39 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Freistaat Sachsen e.a. c/ Commission*, aff. C-57/00 P, *Rec.*, p. I-9975, pt 93).

133. Voy. en ce sens : CJCE, ord., 10 décembre 2003, *Joynson c/ Commission*, aff. C-204/02 P, *Rec.*, p. I-14763, pt 35 ; CJCE, 1^{er} février 2007, *Sison c/ Conseil*, aff. C-266/05 P, *Rec.*, p. I-1233, pts 93-95.

134. C. BÖLHOFF, *Das Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Verfahren, Prüfungsumfang und Kontrollrichte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 259 p., spéc. pp. 113-114 ; O. LANGNER, *Der Europäische Gerichtshof als Rechtsmittelgericht. Der Prüfungsumfang im europäischen Rechtsmittelverfahren*, Francfort (Main), Peter Lang, 2003, 255 p., spéc. pp. 67-70. Adde : B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 73-75.

135. Voy. déjà *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1. Le contrôle de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public (pp. 475 et s.).

aurai[en]t été tenu[s] de soulever d'office »⁽¹³⁶⁾. Il peut notamment vérifier le respect, par le juge de première instance, de son obligation d'examiner d'office les moyens d'ordre public. Le requérant au pourvoi peut ainsi avancer, en tant que moyens nés de l'arrêt, des moyens mettant en cause l'exercice des pouvoirs d'office par le juge de première instance, tel qu'un défaut, par ce juge, de relever d'office un moyen d'ordre public⁽¹³⁷⁾ de la procédure juridictionnelle⁽¹³⁸⁾ ou de fond⁽¹³⁹⁾. Leur recevabilité au stade du pourvoi n'a guère posé de difficulté en pratique⁽¹⁴⁰⁾. Dans une affaire, la Cour de justice a explicitement relevé que, même dans une hypothèse où la partie concernée n'aurait pas régulièrement saisi le Tribunal d'un moyen pris de la violation de l'obligation de motivation, cette partie pouvait invoquer

136. CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 122. À notre connaissance, la Cour de justice n'a jamais reproduit textuellement cette affirmation selon laquelle le contrôle opéré sur pourvoi inclut les moyens que le juge de première instance aurait pu et dû relever d'office.

137. Voy. également en ce sens : C. NAÔMÉ, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 264 p., spéc. pp. 127-128. À l'inverse, sont également recevables des moyens de pourvoi pris du relevé d'office erroné d'un moyen ordinaire de fond (CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 30 et 38-40 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Commission c/ Putterie-De-Beukelaer*, aff. T-160/08 P, *Rec.*, p. II-3751, pts 31 et 60-67) ou de la procédure juridictionnelle (CJCE, ord. prés., 24 mars 2009, *Cheminova e.a. c/ Commission*, aff. C-60/08 P[R], non publiée, pt 31 ; CJUE, ord. prés., 15 décembre 2009, *Dow AgroSciences e.a. c/ Commission*, aff. C-391/08 P[R], non publiée, pt 39 ; TPI, ord., 16 mars 2009, *R c/ Commission*, aff. T-156/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-11 et II-B-1-51, pts 22 et 27-32 ; TPI, 8 juin 2009, *Krcova c/ Cour de justice*, aff. T-498/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-35 et II-B-1-197, pts 48 et 50-58 ; Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 149-151).

138. Voy. en particulier : CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pts 28, 32 et 34-40 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-318/09 P, non publié, pts 63 et 68-71 ; CJUE, 21 décembre 2011, *ACEA c/ Commission*, aff. C-319/09 P, non publié, pts 62 et 67-70 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-320/09 P, non publié, pts 63 et 68-71 ; Trib. UE, ord., 23 mars 2010, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-16/09 P, non publiée, pts 55 et 58-66 ; Trib. UE, ord., 15 septembre 2010, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-157/09 P, non publiée, pts 64 et 67-73.

139. Voy. en particulier : CJCE, ord., 23 février 2006, *Piau c/ Commission*, aff. C-171/05 P, non publiée, pts 42 et 57 ; CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pts 23-24 et 28-35 ; CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pts 53 et 56-61 ; CJUE, 22 mai 2014, *ASPLA c/ Commission*, aff. C-35/12 P, *Rec. num.*, pts 27 et 37-38 ; CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 34 et 44-50.

140. Voy. toutefois : CJUE, ord., 12 décembre 2015, *NICO c/ Conseil*, aff. C-153/15 P, non publiée, pts 31-34. La Cour de justice écarte comme *irrecevable* une argumentation, présentée pour la première fois lors du pourvoi et tirée de ce que le Tribunal aurait omis de contrôler d'office le respect du délai de recours en ne vérifiant pas si les actes litigieux avaient été communiqués à la partie requérante. Il eût sûrement été plus judicieux de rejeter cette argumentation comme étant non fondée au regard des limites de l'obligation pour le juge de procéder à des contrôles d'office en l'absence de tout indice factuel instillant un doute quant au respect des règles d'ordre public (voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 1, B. La consécration amorcée d'un critère : les éléments de fait et indices figurant au dossier, pp. 561 et s.).

un moyen de pourvoi pris, en substance, de l'omission par le Tribunal d'examiner d'office ladite motivation. Ce moyen de pourvoi constitue, en effet, un moyen né de l'arrêt⁽¹⁴¹⁾.

Or, un moyen de pourvoi pris de la méconnaissance par le juge de première instance de son obligation de relever d'office un moyen d'ordre public ne peut prospérer que pour autant que le moyen d'ordre public en cause soit lui-même fondé. L'appréciation du bien-fondé d'un tel moyen de pourvoi conduit ainsi le juge du pourvoi à vérifier le bien-fondé du moyen d'ordre public en cause et son incidence éventuelle sur la solution du litige dont avait à connaître le premier juge⁽¹⁴²⁾. En témoigne très clairement l'ordonnance *Deutsche Bahn c/ OHMI* de 2011. Au stade du pourvoi, Deutsche Bahn faisait notamment valoir que la décision litigieuse était entachée d'un défaut de motivation, que le Tribunal aurait dû examiner d'office. Tout en rappelant que ce moyen devait être examiné d'office par le juge, la Cour de justice examina la motivation de cette décision. Estimant cette motivation suffisante, elle conclut que « c'[était] donc à bon droit que le Tribunal n'a[vait] pas soulevé d'office le moyen tiré d'un défaut de motivation de la décision litigieuse »⁽¹⁴³⁾.

En d'autres termes, l'examen du moyen d'ordre public qui aurait pu être invoqué devant le juge de première instance peut avoir lieu, pour la première fois, au stade du pourvoi, dans l'optique de vérifier si ledit juge a eu raison de ne pas le relever d'office. Par l'entremise de la contestation du non-relevé d'office, le moyen d'ordre public entre ainsi dans l'objet du pourvoi et dans la compétence limitée du juge du pourvoi. Or, ce constat est remis en cause par la tendance de ce juge à déclarer irrecevable un moyen d'ordre public nouveau *directement* invoqué devant lui.

ii. *L'invocation d'un moyen d'ordre public nouveau*

L'examen du bien-fondé de tout moyen d'ordre public peut avoir lieu pour la première fois au stade du pourvoi, soit à l'occasion d'un relevé d'office par le juge du pourvoi⁽¹⁴⁴⁾, soit à l'occasion de son invocation

141. CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 47-48.

142. Voy. à cet égard : concl. ALBER sous CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pts 47 et 49. Examinant un moyen pris de ce que le Tribunal aurait omis à tort de relever d'office l'irrecevabilité du recours de première instance pour défaut de qualité pour agir, l'avocat général estime qu'il convient d'examiner la recevabilité dudit recours afin de vérifier si le Tribunal a eu raison de le tenir pour recevable.

143. CJUE, ord., 7 décembre 2011, *Deutsche Bahn c/ OHMI*, aff. C-45/11 P, non publiée, pts 53 et 56-61. Voy. déjà : CJCE, ord., 9 décembre 2008, *Enercon c/ OHMI*, aff. C-20/08 P, non publiée, pts 23-24 et 28-35.

144. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 2. Le relevé d'office au-delà d'une instance (pp. 451 et s.).

indirecte à travers la mise en cause d'un manquement du premier juge à son devoir de l'examiner d'office. Tandis que la levée de la forclusion qui pèse sur le moyen d'ordre public directement invoqué en tant que moyen nouveau au stade du pourvoi constituerait le prolongement logique de ces considérations, le juge se montre hésitant à la consacrer. Des indices clairs en faveur d'une telle levée coexistent avec des prises de position claires en sens inverse.

La jurisprudence esquisse d'ores et déjà un régime dérogatoire au profit des moyens d'ordre public soulevés pour la première fois devant le juge du pourvoi. L'esquisse se dessine sous une forme principalement négative. C'est ainsi que le juge observe qu'« il relève de l'évidence que, *hormis l'hypothèse où un tel moyen relèverait de l'ordre public* », un moyen nouveau soulevé pour la première fois au stade du pourvoi est irrecevable⁽¹⁴⁵⁾. Dans le même sens, la Cour de justice a relevé que le rejet comme irrecevable d'un moyen produit pour la première fois au stade du pourvoi est un indice de son caractère ordinaire⁽¹⁴⁶⁾. Il nous semble permis de procéder à une lecture *a contrario* de ces affirmations en ce sens qu'un moyen d'ordre public présenté pour la première fois devant le juge du pourvoi serait recevable. L'esquisse est exceptionnellement confortée par l'affirmation positive selon laquelle ce juge procède à l'examen de « la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges ou que [ceux-ci] aurai[en]t été tenu[s] de soulever d'office »⁽¹⁴⁷⁾.

D'autres arrêts jettent, en revanche, le trouble sur l'admission du moyen d'ordre public nouveau directement invoqué au stade du pourvoi. Ainsi, il arrive que la Cour de justice écarte au fond un tel moyen, « [s]ans qu'il soit besoin d'examiner [s]a recevabilité », lorsqu'elle a été contestée par l'autre partie⁽¹⁴⁸⁾. Nombreux sont, en outre, les cas dans lesquels le juge du

145. CJUE, ord., 11 février 2015, *Iliad e.a. c/ Commission*, aff. C-624/13 P, non publiée, pt 77 (nous soulignons). Dans d'autres circonstances, le juge remarque qu'un moyen produit pour la première fois au stade du pourvoi est tardif et, en toute hypothèse, dépourvu de caractère d'ordre public : CJUE, ord., 13 février 2008, *Indorata-Serviços e Gestão c/ OHMI*, aff. C-212/07 P, non publiée, pt 51 ; CJUE, 25 février 2010, *Lancôme c/ OHMI*, aff. C-408/08 P, *Rec.*, p. I-1347, pts 52-53 ; CJUE, ord., 24 mars 2011, *Muñoz Arraiza c/ OHMI*, aff. C-388/10 P, non publiée, pt 68 ; CJUE, ord., 29 novembre 2011, *Tresplain Investments c/ OHMI*, aff. C-76/11 P, non publiée, pt 53 ; CJUE, 18 octobre 2012, *Neuman et Galdeano del Sel c/ Buena Grup*, aff. jtes C-101/11 P et C-102/11 P, *Rec. num.*, pt 71 ; CJUE, ord., 3 juin 2015, *The Sunrider Corporation c/ OHMI*, aff. C-142/14 P, non publiée, pt 77.

146. Voy. en ce sens : CJUE, ord., 2 février 2012, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-404/11 P, non publiée, pt 33 ; CJUE, ord., 7 février 2012, *Total et Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-421/11 P, non publiée, pt 35.

147. CJUE, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c/ Conseil*, aff. C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, pt 122. Voy. *supra*, note n° 136 du présent Chapitre.

148. CJCE, 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer c/ Commission*, aff. C-534/07 P, *Rec.*, p. I-7415, pts 25 et 34. L'avocat général MENGOLZI a suggéré de tenir le moyen pour

pourvoi écarte comme irrecevables car tardifs des moyens d'ordre public soulevés pour la première fois devant lui. Nulle mention n'est faite de leur caractère d'ordre public et aucune réflexion n'est engagée sur leur éventuel examen d'office. Sans prétendre à l'exhaustivité⁽¹⁴⁹⁾, l'on peut ainsi noter des constats d'irrecevabilité de moyens pris de la violation de l'obligation de motivation⁽¹⁵⁰⁾ ; de moyens se rattachant à l'incompétence de l'auteur de l'acte litigieux⁽¹⁵¹⁾ ; de moyens ou d'argumentations relevant de l'examen de la compétence du juge⁽¹⁵²⁾ ; et, enfin, de griefs relatifs à l'appréciation de la recevabilité du recours de première instance⁽¹⁵³⁾.

recevable ou, à tout le moins, de l'interpréter comme tendant à reprocher au Tribunal d'avoir omis de relever d'office un prétendu défaut de motivation (concl., pts 32-37).

149. La recherche est rendue difficile du fait que les moyens rejetés comme irrecevables, car nouveaux, ne sont généralement pas qualifiés de moyens ordinaires ou d'ordre public. Seule une analyse attentive des cas d'irrecevabilité des moyens et une confrontation de ceux-ci aux moyens d'ordre public tels que définis dans la première partie de la présente étude permettent de déterminer le sort réservé aux moyens d'ordre public nouveaux. Or, les arrêts et ordonnances comportent souvent très peu d'éléments quant à la substance des moyens tardivement invoqués.

150. Voy. p. ex. : CJCE, 5 juin 2003, *O'Hannrachain c/ Parlement*, aff. C-121/01 P, *Rec.*, p. I-5539, pt 39 ; CJUE, 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland c/ Commission*, aff. C-40/12 P, *Rec. num.*, pts 46-55 et 61-64 ; CJUE, 30 avril 2014, *FLSmidth c/ Commission*, aff. C-238/12 P, *Rec. num.*, pts 39-43 ; CJUE, ord., 4 septembre 2014, *Ghezzi Giovanni & C. c/ Commission*, aff. C-145/13 P, non publiée, pt 30 ; CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 18-24.

151. Voy. p. ex. : CJCE, 10 avril 2003, *Hendrickx c/ Cedefop*, aff. C-217/01 P, *Rec.*, p. I-3701, pts 33 et 37-38, et concl. TIZZANO, pt 38 ; CJCE, ord., 11 février 2004, *Latino c/ Commission*, aff. C-180/03 P, *Rec.*, p. I-1587, pts 33-34 et 41-44 (moyen pris de l'incompétence d'une commission médicale intervenue en cours de la procédure d'adoption de l'acte litigieux et de la partialité de certains de ses membres) ; CJUE, ord., 10 avril 2014, *Franz Wilhelm Langguth Erben c/ OHMI*, aff. C-412/13 P, non publiée, pts 30 et 41-42 (moyen relatif à la compétence de contrôle de l'OHMI). Dans l'affaire *Hendrickx*, le moyen était tiré de l'incompétence du directeur du Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (Cedefop) pour adopter une décision, qui est intervenue en cours d'instance devant le Tribunal et par laquelle le requérant a obtenu le paiement de l'indemnité qui faisait l'objet du litige. Cette décision, dont le requérant demandait également l'annulation, a conduit le Tribunal à constater un non-lieu. Le pourvoi était dirigé contre l'ordonnance de non-lieu et c'est dans ce contexte que le requérant a excipé de l'illégalité de ladite décision en raison de l'incompétence de son auteur.

152. Voy. p. ex. : CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistia e.a. c/ Conseil*, aff. C-354/04 P, *Rec.*, p. I-1579, pts 28-32 ; CJCE, 27 février 2007, *Segi e.a. c/ Conseil*, aff. C-355/04 P, *Rec.*, p. I-1657, pts 28-32. La Cour de justice a rejeté comme irrecevable, car nouveau, un « moyen » tiré d'un « principe d'interprétation générale de « compétence élargie » de la Cour », en vertu duquel celle-ci « aurait déjà admis sa compétence au-delà des termes du traité ». Ce moyen était dirigé contre la conclusion du Tribunal selon laquelle celui-ci était incompétent pour connaître de recours en réparation de préjudices prétendument subis du fait d'actes relevant de la PESC et portant inscription des requérants sur les listes des personnes et entités faisant l'objet de mesures restrictives en raison de la lutte contre le terrorisme. L'avocat général MENGOTZI avait, plus judicieusement, estimé qu'il s'agissait d'une simple argumentation venant à l'appui d'un moyen relatif à la compétence du juge, qui était d'ailleurs d'ordre public.

153. Voy. p. ex. : CJCE, ord., 28 juin 2001, *Eridania e.a. c/ Conseil*, aff. C-352/99 P, *Rec.*, p. I-5037, pts 51-55. Le Tribunal avait rejeté un recours en annulation d'un règlement pour défaut d'affectation individuelle des requérantes. La Cour de justice a écarté comme

Ces divergences et ambivalences sont regrettables et militent en faveur d'une unification du traitement contentieux du moyen d'ordre public nouveau avancé au stade du pourvoi.

b) *Une clarification nécessaire*

Le tableau de la jurisprudence relative à l'invocation des moyens d'ordre public nouveaux au stade du pourvoi a révélé des incertitudes, divergences et ambivalences de deux ordres.

D'une part, la question de la recevabilité d'un moyen d'ordre public non soulevé en première instance et *directement* invoqué au stade du pourvoi n'a pas été définitivement tranchée. Le moyen est tantôt déclaré recevable, car d'ordre public, tantôt déclaré irrecevable, car nouveau, à l'instar d'un moyen ordinaire. Il ne peut, certes, être exclu que les cas d'irrecevabilité doivent être analysés comme des refus corrélatifs et implicites de procéder au relevé d'office. Si tel était le cas, le refus mériterait toutefois d'être exprimé explicitement. À défaut, les divergences apparentes sont préjudiciables à la sécurité juridique.

D'autre part, le juge opère en substance une distinction entre l'invocation *directe* du moyen d'ordre public au stade du pourvoi et son invocation *indirecte* à travers le reproche du non-relevé d'office. Le justiciable a plus de chances de voir le moyen d'ordre public examiné pour la première fois au stade du pourvoi lorsqu'il le présente en sa forme indirecte. Cette distinction est parfaitement illustrée par la comparaison du traitement réservé, par une même formation de jugement de la Cour de justice, dans deux arrêts rendus sur pourvoi en l'espace de moins de deux mois, à propos de la même entente constatée par décision de la Commission, à un moyen d'ordre public pris de la violation de l'obligation de motivation par cette dernière. Dans l'une de ces deux affaires, la requérante reprochait au Tribunal de ne pas avoir soulevé d'office une telle violation. La Cour de justice a relevé que si une telle violation n'avait pas été régulièrement alléguée en première instance, ce moyen était recevable « en ce qu'il vis[ait], en substance, l'omission par

irrecevable, car nouvelle, une argumentation tendant à établir une telle affectation. Or, cette argumentation se rattache à l'examen d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Le rejet comme irrecevable implique soit qu'une telle argumentation, même relevant de l'ordre public, ne peut être avancée pour la première fois au stade du pourvoi (ce qui paraît sévère dès lors que les parties sont en principe recevables à développer, par de nouveaux arguments, des moyens avancés en première instance afin de démontrer que le Tribunal a commis des erreurs lors de leur appréciation : CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pts 65-67), soit que la fin de non-recevoir d'ordre public tirée de la qualité pour agir en annulation est purement « négative », en ce sens que seuls les éléments tendant à l'écartier, à l'exception de ceux tendant à l'établir, relèveraient de la qualification d'ordre public (voy. déjà *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 2, B, 2. La qualité, pp. 142 et s.).

le Tribunal de soulever d'office un grief relatif à la motivation insuffisante de la décision litigieuse [et] trouv[ait ainsi] son origine dans l'arrêt attaqué lui-même ». Elle l'examina et l'écarta au fond, dès lors que la motivation de la décision litigieuse était suffisante⁽¹⁵⁴⁾. Dans l'autre affaire, la requérante « reproch[ait] au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en n'ayant pas analysé le moyen tiré d'une motivation insuffisante de la décision litigieuse » qu'elle aurait soulevé dans ses écritures devant lui. La Cour s'est contentée de répondre que ce moyen n'avait pas été régulièrement invoqué devant le Tribunal et que cette argumentation revenait donc à la saisir d'un moyen nouveau. Elle le déclara irrecevable⁽¹⁵⁵⁾.

Plus que de l'invocation du moyen, il s'agit parfois de sa *réception* ou de sa *compréhension* par la formation de jugement. Ainsi, dans son arrêt *Total c/ Commission* de 2015, la Cour de justice a déclaré irrecevable, car nouveau, un moyen pris de la violation de l'obligation de motivation, présenté dans son arrêt comme ayant été directement invoqué pour la première fois au stade du pourvoi⁽¹⁵⁶⁾, tandis que l'avocat général observait que « [l]a requérante a[vait] souligné que les reproches qu'elle formul[ait avaient] trait à "une absence totale de motivation" de la décision litigieuse, que le Tribunal aurait dû relever d'office »⁽¹⁵⁷⁾.

Une telle distinction selon la forme directe ou indirecte d'invocation ou de compréhension du moyen est peu opportune. Dans les deux cas, le juge du pourvoi est en effet conduit à examiner un moyen d'ordre public qui n'a pas été soulevé, discuté et explicitement examiné devant le juge de première instance. L'approche consistant à rejeter comme irrecevable le moyen directement invoqué paraît dans ces conditions trop formaliste, « excessivement rigide »⁽¹⁵⁸⁾ et peu compatible avec son caractère d'ordre public. Une évolution de la jurisprudence dans le sens de l'admission claire de l'invocation directe d'un moyen d'ordre public nouveau au stade du pourvoi, qui a été préconisée tant par la doctrine⁽¹⁵⁹⁾ que par des avocats

154. CJUE, 19 juin 2014, *FLS Plast c/ Commission*, aff. C-243/12 P, *Rec. num.*, pts 34 et 44-53.

155. CJUE, 30 avril 2014, *FLSmidth c/ Commission*, aff. C-238/12 P, *Rec. num.*, pts 39-43.

156. CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 18-24.

157. Concl. WAHL sous CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pt 120.

158. Concl. MENGOZZI sous CJCE, 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer c/ Commission*, aff. C-534/07 P, *Rec.*, p. I-7415, pt 35.

159. La doctrine se prononce en faveur de la recevabilité des moyens d'ordre public qui seraient invoqués pour la première fois au stade du pourvoi : F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 72 ; G. FRIDEN, *op. cit.*, spéc. p. 236 ; A. GEPPERT, « Rechtsmittel, Rechtsbehelfe und Überprüfungsverfahren », in H.-W. RENGELING, A. MIDDEKE et M. GELLERMANN (ed.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3^e éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2014, § 24 ; K. LENAERTS, « De quelques principes généraux... », *op. cit.*, spéc. p. 246 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. p. 649 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 74-75 ; B. WÄGENBAUR « Die Prüfungskompetenz des EuGH

généraux⁽¹⁶⁰⁾, est souhaitable. Elle contribuerait à la cohérence et à l'unité du régime du moyen d'ordre public, qui est dérogatoire aux règles de recevabilité et de procédure applicables en première instance et au stade du pourvoi.

Cette levée de la forclusion au profit de l'invocation tant directe qu'indirecte du moyen d'ordre public ne devrait rencontrer de limite que dans l'hypothèse où l'invocation du moyen d'ordre public en cause reviendrait à étendre l'objet même de la saisine du juge. Tel pourrait, en particulier, être le cas lorsque, pour la première fois devant le juge du pourvoi, le requérant avance un moyen pris de l'insuffisance de la motivation de l'acte attaqué entachant des appréciations qui n'ont nullement été contestées au fond⁽¹⁶¹⁾ ou bien lorsque l'invocation dudit moyen s'accompagne d'une extension des conclusions⁽¹⁶²⁾.

En définitive, l'invocation des moyens d'ordre public par les parties au litige doit bénéficier d'un régime dérogatoire fondé sur une levée des irrecevabilités liées à l'immutabilité du litige. Ce régime dérogatoire ressort d'ores et déjà de nombreuses décisions relatives à leur invocation en méconnaissance des règles de concordance, de forclusion et de liaison des contentieux. Il est toutefois contredit dans des décisions contraires

im Rechtsmittelverfahren », *EuZW*, 1995, n° 7, pp. 199-203, spéc. p. 202 ; M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance », in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS *et al.* (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 605-633, spéc. p. 621. En revanche, d'autres auteurs semblent davantage envisager une possibilité pour la partie qui n'aurait pas contesté la recevabilité en première instance d'inviter le juge du pourvoi à l'examiner d'office : C. NAÔMÉ, *op. cit.*, spéc. p. 163.

160. Voy. notamment : concl. DARMON sous CJCE, 10 mars 1989, *Del Plato c/ Commission*, aff. 126/87, *Rec.*, p. 643, pt 10 ; concl. COSMAS sous CJCE, 8 juillet 1999, *Hüls c/ Commission*, aff. C-199/92 P, *Rec.*, p. I-4287, pt 63 ; concl. ALBER sous CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, pt 48 ; concl. MENGGOZZI sous CJCE, 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer c/ Commission*, aff. C-534/07 P, *Rec.*, p. I-7415, pt 35 ; concl. MENGGOZZI sous CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott*, aff. C-290/07 P, *Rec.*, p. I-7763, pt 33 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 22 septembre 2011, *Belgique c/ Deutsche Post et DHL International*, aff. C-148/09 P, *Rec.*, p. I-8573, pt 26 ; concl. SZPUNAR sous CJUE, 13 novembre 2014, *Nencini c/ Parlement*, aff. C-447/13 P, *Rec. num.*, pt 106.

161. Voy. en ce sens : CJUE, 22 mai 2014, *ASPLA c/ Commission*, aff. C-35/12 P, *Rec. num.*, pts 37-38 ; concl. WAHL sous CJUE, 17 septembre 2015, *Total c/ Commission*, aff. C-597/13 P, *Rec. num.*, pts 124 et 128 ; concl. SZPUNAR sous CJUE, 11 mai 2017, *Yoshida Metal Industry c/ EUIPO*, aff. C-421/15 P, *Rec. num.*, pt 35. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, § 2. La nature des moyens et l'étendue de la mise en cause de la légalité (pp. 569 et s.).

162. Voy. à ce propos : Trib. UE, 16 décembre 2015, *British Airways c/ Commission*, aff. T-48/11, non publié, pts 87-88 et 92, validé sur pourvoi (CJUE, 14 novembre 2017, *British Airways c/ Commission*, aff. C-122/16 P, *Rec. num.*). Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, A, 1, b. L'interdiction de statuer *ultra petita* et le juge de la légalité des actes de l'Union européenne (pp. 541 et s.).

soumettant ces moyens au régime de droit commun. Ces divergences et discordances sont discutables en termes de sécurité juridique, de cohérence jurisprudentielle et d'égalité des justiciables devant le juge et face à l'ordre public. Elles sont de nature à contrarier l'unité procédurale des moyens d'ordre public et appellent une clarification en faveur d'une affirmation claire du caractère dérogoire de leur régime.

La jurisprudence est également disparate à propos de la conciliation entre les moyens d'ordre public et les irrecevabilités de moyens liées à la qualité du justiciable. Une lecture d'ensemble permet toutefois d'affirmer que ces dernières sont, à la différence des irrecevabilités liées à l'immutabilité du litige, pour l'essentiel maintenues face aux moyens d'ordre public.

§ 2. – La levée exceptionnelle des irrecevabilités liées à la qualité du justiciable

Les rapports entre les règles d'ordre public relatives à la qualité du justiciable pour invoquer certains moyens et les règles d'ordre public dont la méconnaissance est alléguée par le justiciable sont définis au profit des premières. À la différence des irrecevabilités liées à l'immutabilité du litige, celles liées à la qualité du justiciable ne cèdent qu'exceptionnellement face à l'invocation de moyens d'ordre public. Les irrecevabilités de moyens liées à la qualité des parties principales sont en principe maintenues (A). De manière encore incertaine, une levée partielle des irrecevabilités liées à la qualité de partie intervenante est amorcée (B).

A. *Le maintien de principe des irrecevabilités liées à la qualité des parties principales*

Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, chaque partie est, en principe, libre d'avancer à l'appui de ses prétentions tout moyen qu'elle estime utile. Toutefois, dans au moins deux hypothèses, la qualité du justiciable, en particulier du requérant, peut exercer une influence sur l'éventail et la nature des moyens alléguables. Une partie peut ainsi se voir opposer l'irrecevabilité de son moyen en raison d'un défaut de qualité pour l'invoquer.

En premier lieu, la qualité en laquelle le justiciable agit peut influencer l'étendue de son droit de saisir le juge, la compétence activée de celui-ci et, par voie de conséquence, les moyens susceptibles d'être invoqués devant

lui. Il en va ainsi des actions « finalisé[es] »⁽¹⁶³⁾, déjà mentionnées⁽¹⁶⁴⁾, qui sont caractérisées par un assouplissement des conditions de recevabilité tenant à la qualité pour agir au profit de certains justiciables et une réduction corrélative des moyens de fond qu'ils peuvent avancer. L'exemple type dans la pratique contemporaine du contentieux est constitué par le recours d'un concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État, déclarée compatible avec le marché intérieur au terme de la phase préliminaire de l'examen et sans ouverture d'une procédure formelle, tendant à la garantie des droits procéduraux du premier. À l'appui de son recours, le concurrent peut, formellement, soulever tous moyens, à condition, toutefois, qu'ils tendent à la sauvegarde de ses droits procéduraux. Leur recevabilité s'apprécie à l'aune de la finalité de son action. Tout moyen étranger à cette finalité sera déclaré irrecevable, fût-il d'ordre public. Cette solution, issue d'une jurisprudence encore peu développée⁽¹⁶⁵⁾, s'impose à nos yeux pour des raisons de cohérence avec l'activation limitée de la compétence du juge et l'impossibilité qui s'ensuit pour lui de relever d'office des moyens d'ordre public étrangers au champ limité de l'action⁽¹⁶⁶⁾. Permettre au requérant d'invoquer un moyen d'ordre public étranger à ce champ reviendrait, en effet, à transformer l'objet de son recours en méconnaissance des conditions de recevabilité de celui-ci⁽¹⁶⁷⁾, lesquelles sont elles-mêmes d'ordre public⁽¹⁶⁸⁾. D'apparence subjective, l'irrecevabilité liée à la qualité du justiciable découle donc des limites objectives inhérentes à la compétence du juge et à la recevabilité de l'action.

En second lieu, il est parfois interdit au justiciable de se prévaloir de la violation des droits subjectifs conférés à autrui, tels qu'en particulier les droits de la défense applicables dans une procédure administrative⁽¹⁶⁹⁾. Le jeu de l'ordre public est à cet égard incertain. L'incertitude provient

163. Selon le qualificatif employé par H. GAUDIN (*Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, Bordeaux I, 1994, 565 p., spéc. p. 279) à propos du droit d'agir en annulation du Parlement européen en tant que requérant semi-privilegié.

164. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1. Les limites découlant de la qualité du requérant (pp. 548 et s.).

165. Voy. les exemples cités *supra*, note n° 154 du Chapitre précédent.

166. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1. Les limites découlant de la qualité du requérant (pp. 548 et s.).

167. L'irrecevabilité du moyen d'ordre public liée à la qualité du justiciable se confond dans cette hypothèse largement avec l'irrecevabilité du recours, au-delà de sa finalité tendant à la garantie des droits procéduraux. Or, l'irrecevabilité d'ordre public d'un recours ne saurait en toute hypothèse être réparée par l'invocation d'un moyen d'ordre public. Voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 2. Le maintien de principe de l'irrecevabilité face à l'invocation d'un moyen d'ordre public (pp. 648 et s.).

168. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2. La garantie des exigences procédurales (pp. 101 et s.).

169. Voy. déjà *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1. Les limites découlant de la qualité du requérant (pp. 548 et s.).

toutefois moins du régime des moyens d'ordre public que d'un manque de clarté et de constance dans la qualification d'ordre public de la violation des droits de la défense.

D'un côté, dans l'arrêt *Oliveira c/ Commission* de 1991, la Cour de justice a eu recours à son pouvoir d'examiner d'office un moyen pris d'une violation des droits de la défense d'un État membre dans une procédure mettant en cause les intérêts financiers de celui-ci. Le rappel de ce pouvoir a permis de justifier et de conforter la reconnaissance de la qualité, contestée par la Commission, pour un requérant ordinaire de se prévaloir d'un tel moyen à l'appui de sa demande d'annulation d'une décision portant réduction d'un concours financier⁽¹⁷⁰⁾. Ce raisonnement fut exceptionnellement transposé par le Tribunal dans le domaine des aides d'État⁽¹⁷¹⁾. De manière similaire, celui-ci a, plus récemment, qualifié d'ordre public une méconnaissance des « facultés procédurales » que certaines organisations syndicales ou professionnelles tiraient d'un accord-cadre. Il a autorisé la partie requérante à se prévaloir de leur méconnaissance à l'égard d'autres organisations⁽¹⁷²⁾. Il est permis de déduire de ces affaires qu'un moyen d'ordre public qui entre dans le champ de la compétence activée du juge doit pouvoir être invoqué par toute partie, sans que sa qualité ne puisse s'y opposer.

De l'autre côté, toutefois, l'irrecevabilité est fréquemment constatée lorsqu'un justiciable non privilégié se prévaut, en particulier dans le contentieux des aides d'État, d'une violation des droits de la défense de l'État membre concerné au cours de la procédure administrative ayant conduit à l'adoption de l'acte attaqué⁽¹⁷³⁾. Deux lectures sont possibles. Selon une première lecture, l'on peut en déduire que la qualité d'un requérant peut s'opposer à l'invocation par celui-ci de certains moyens d'ordre public. La jurisprudence du Tribunal serait alors en contradiction avec celle de la Cour de justice, telle qu'issue de l'arrêt *Oliveira c/ Commission*, précité. Selon une seconde lecture, l'on pourrait en revanche considérer que, dans

170. CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pts 16-18.

171. TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, pts 140-143. L'arrêt se heurte toutefois à des arrêts contraires cités *infra* à la note n° 173 du présent Chapitre.

172. Trib. UE, 15 septembre 2016, *TAO-AFI et SFIE-PE c/ Parlement et Conseil*, aff. T-456/14, *Rec. num.*, pts 151-152. L'accord-cadre en cause a été conclu par le Parlement et la Commission avec plusieurs organisations syndicales ou professionnelles, afin de garantir l'exercice des droits à l'information et à la consultation de ces dernières, consacrés par les articles 27 et 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 154 TFUE.

173. Voy. p. ex. : TPI, 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava c/ Commission*, aff. jtes T-30/01 à T-32/01, T-86/02 à T-88/02, *Rec.*, p. II-2919, pt 238 ; Trib. UE, 1^{er} juillet 2010, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni c/ Commission*, aff. T-62/08, *Rec.*, p. II-3229, pt 186 ; Trib. UE, 16 mars 2016, *Frucona Košice c/ Commission*, aff. T-103/14, *Rec. num.*, pt 81.

le contentieux des aides d'État, le moyen pris de la violation des droits de la défense de l'État concerné n'est en définitive pas d'ordre public.

Cette dernière lecture nous paraît préférable pour des raisons tenant à la cohérence du régime des moyens d'ordre public⁽¹⁷⁴⁾. L'hypothèse des actions à champ restreint mise à part, le litige renferme, en effet, les moyens avancés par les parties et les moyens d'ordre public susceptibles d'être soulevés d'office par le juge. Ceux-ci relèvent, à l'état latent, de la compétence activée du juge. Or, pourquoi empêcher le justiciable d'invoquer un moyen qui, en toute hypothèse, peut être introduit dans les débats par le juge ? La qualité du justiciable ne devrait, dès lors, pas s'opposer à l'invocation d'un moyen d'ordre public entrant dans le champ de l'action.

Au-delà de ces rares illustrations, la jurisprudence est très peu développée quant à l'incidence de la qualité du justiciable sur son droit de se prévaloir des moyens d'ordre public. Ce constat s'explique par le droit pour toute partie d'invoquer tout moyen qu'elle estime utile à l'appui de ses demandes, sous réserve des restrictions dans des actions à champ réduit. Dès lors que la qualité du justiciable exerce ainsi une influence très limitée sur la recevabilité des moyens allégués, le risque de contradiction avec l'ordre public est également faible. À l'inverse, ce risque est renforcé s'agissant de l'invocation de moyens autonomes par les parties intervenantes. L'approche du juge est, à cet égard, d'autant plus hésitante que la qualité de ces parties pour avancer des moyens autonomes est très limitée.

B. La levée partielle amorcée des irrecevabilités liées à la qualité des parties intervenantes

Prévue dans le statut de la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁷⁵⁾, l'intervention consiste, pour un tiers, à participer à une instance en cours⁽¹⁷⁶⁾. Tout en cherchant à sauvegarder ses propres intérêts, l'intervenant doit accepter l'étendue et les limites du litige, telles qu'elles ont été définies par les parties principales, requérante et défenderesse. Il ne jouit pas des mêmes droits procéduraux que ces dernières⁽¹⁷⁷⁾. Selon une jurisprudence relativement constante, mais discutable, sa qualité pour soulever des moyens

174. À défaut de cohérence de la notion de moyen d'ordre public.

175. Art. 40 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

176. « L'intervention est une demande incidente qui vise à introduire un tiers dans une instance en cours » (G. VANDERSANDEN, « Le recours en intervention devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1969, n° 1, pp. 1-27, spéc. p. 1). Elle forme une « voie singulière d'accès au juge » (F. PICOD, « L'intervention devant les juridictions communautaires », in E. DECAUX et Ch. PETITI [dir.], *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2009, pp. 75-96, spéc. p. 77).

177. Art. 129 RP/C (2012) ; art. 142 RP/T (2015).

autonomes, fussent-ils d'ordre public, est limitée (1). Seul l'intervenant dans les litiges de propriété intellectuelle se voit reconnaître une position procédurale analogue à celle des parties principales et, partant, un droit d'avancer tous moyens, y compris d'ordre public, qu'il juge utiles (2).

1) Une irrecevabilité de principe des moyens d'ordre public invoqués par les intervenants

Devant les juridictions de l'Union européenne, une demande en intervention ne peut avoir d'autre objet que le soutien des conclusions d'une partie principale. L'intervenant, qu'il soit ordinaire ou privilégié⁽¹⁷⁸⁾, ne peut produire des conclusions autonomes. Il peut certes exposer, dans son mémoire en intervention, ses moyens et arguments. Il doit néanmoins accepter le litige dans l'état dans lequel celui-ci se trouve lors de son intervention⁽¹⁷⁹⁾. Au regard de ces règles, la question de savoir si l'intervenant peut invoquer des moyens autonomes et différents de ceux avancés par la partie principale soutenue a fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante⁽¹⁸⁰⁾. Empreinte d'une grande casuistique, celle-ci oscille entre une approche extrêmement restrictive qui interdit l'invocation de moyens nouveaux par un intervenant⁽¹⁸¹⁾, l'admission d'une véritable liberté de choix des moyens à

178. Une distinction est opérée entre les intervenants privilégiés, à savoir les institutions de l'Union européenne et les États membres, qui peuvent intervenir de droit sans devoir justifier d'un intérêt à la solution du litige, et les autres intervenants qui, ordinaires, doivent établir leur intérêt à la solution du litige afin d'être admis à intervenir et ne peuvent intervenir dans les litiges opposant un État membre à une institution, deux États membres ou deux institutions. Les intervenants privilégiés peuvent par ailleurs se pourvoir contre des décisions rendues en première instance même à l'occasion de litiges auxquels ils ne sont pas intervenus (sauf en matière de fonction publique). Voy. à ce propos les illustrations et les observations formulées par G. MUGUET-POULLENNEC et D. DOMENICUCCI, « L'intervention devant le Tribunal après l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure : entre droit d'ingérence et urgence judiciaire », *RLC*, 2015, n° 45, pp. 61-71, spéc. pp. 60-64.

179. Voy. à cet égard : Art. 40, al. 4, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; art. 129 et art. 132, § 2, RP/C (2012) ; art. 142 et art. 145, § 2, RP/T (2015) ; art. 88, §§ 1, 3 et 4, RP/TFP (2014).

180. Voy. à propos de cette question, dans la doctrine : O. DE SCHUTTER, « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 85-104, spéc. p. 103 ; H.-O. NISSEN, *Die Intervention Dritter im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Instituten der Drittbeteiligung vor deutschen und französischen Zivil- und Verwaltungsgerichten*, Berlin, Duncker & Humblet, 2001, 284 p., spéc. pp. 223-239 ; T. MATERNE, « La procédure en intervention devant la Cour de justice de l'Union européenne », *CDE*, 2013, n° 1, pp. 77-131, spéc. pp. 121-125 ; G. VANDERSANDEN, « Le recours en intervention... », *op. cit.*, spéc. pp. 19-21.

181. Le rejet d'un moyen n'est parfois assorti d'aucune motivation substantielle, laissant ainsi entendre que l'intervenant ne peut avancer de moyen autonome : TPI, 25 juin 1998, *British Airways e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-371/94 et T-394/94, *Rec.*, p. II-2405, pt 75 ; TPI, 28 février 2002, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, aff. T-395/94, *Rec.*, p. II-875, pt 382.

son profit⁽¹⁸²⁾ et une approche intermédiaire, qui nous paraît préférable⁽¹⁸³⁾. Selon cette dernière approche, l'intervenant peut faire état d'arguments, voire de moyens autonomes, « pour autant que ceux-ci viennent au soutien des conclusions d'une des parties principales et ne soient pas d'une nature totalement étrangère aux considérations qui fondent le litige tel qu'il a été constitué entre la partie requérante et la partie défenderesse, ce qui aboutirait à en altérer l'objet »⁽¹⁸⁴⁾. En d'autres termes, le juge est conduit à vérifier, au cas par cas, si le moyen ou l'argument autonome de l'intervenant s'inscrit dans l'objet du litige ou doit être considéré comme étant « totalement étranger » à celui-ci⁽¹⁸⁵⁾. Dans ce dernier cas, il le déclare irrecevable pour défaut de qualité de l'intervenant à le soulever.

En apparence, les moyens d'ordre public n'échappent pas à cet examen casuistique⁽¹⁸⁶⁾. Tout au plus, le juge s'accorde parfois le pouvoir de rejeter le moyen avancé par l'intervenant au fond sans statuer sur sa recevabilité⁽¹⁸⁷⁾. L'apparence ne peut toutefois cacher le sentiment que les intervenants jouissent, en pratique, d'un véritable droit autonome d'invoquer de tels moyens. En effet, leur irrecevabilité est comblée par un recours accru et quasi systématique aux pouvoirs d'office du juge.

182. Voy. en particulier : TPI, 25 mars 1999, *Forges de Clabecq SA c/ Commission*, aff. T-37/97, *Rec.*, p. II-859, pt 92 ; TPI, 10 mai 2001, *Kaufring e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-186/97, T-187/97, T-190/97 à T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97 à T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 et T-147/99, *Rec.*, p. II-1337, pt 136.

183. Voy. également en faveur d'une telle approche : T. MATERNE, *op. cit.*, spéc. pp. 124-125 ; G. VANDERSANDEN, « Le recours en intervention... », *op. cit.*, spéc. p. 21.

184. TPI, 15 juin 2005, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. T-171/02, *Rec.*, p. II-2123, pts 151-152. Voy. déjà : CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, aff. 30/59, *Rec.*, p. 3, spéc. p. 37 ; CJCE, 17 mars 1993, *Commission c/ Conseil*, aff. C-155/91, *Rec.*, p. I-939, pts 23-24 ; CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-150/94, *Rec.*, p. I-7235, pt 36 ; CJCE, 8 juillet 1999, *ICI c/ Commission*, aff. C-200/92 P, *Rec.*, p. I-4399, pt 31 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Hoechst c/ Commission*, aff. C-227/92 P, *Rec.*, p. I-4443, pt 33 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Chemie Linz c/ Commission*, aff. C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, pt 32.

185. Voy. en ce sens : TPI, 15 juin 2005, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. T-171/02, *Rec.*, p. II-2123, pt 153 ; Trib. UE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission*, aff. T-587/08, *Rec. num.*, pts 538 et 719.

186. Jadis, l'avocat général LAGRANGE, tout en limitant le droit des intervenants à la présentation d'arguments, non de moyens, nouveaux, suggéra pourtant à la Cour de justice d'accorder une place spéciale aux moyens d'ordre public : concl. sous CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, aff. 30/59, *Rec.*, p. 3, spéc. p. 66.

187. Voy. en ce sens : CJCE, 24 janvier 2002, *France c/ Commission*, aff. C-118/99, *Rec.*, p. I-747, pts 64-65 ; TPI, 15 juin 2005, *Regione autonoma della Sardegna c/ Commission*, aff. T-171/05, *Rec.*, p. II-2123, pt 155. Le juge recourt ainsi à la jurisprudence dite *Boehringer* (CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 51-52 ; voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer*, pp. 524 et s.).

En témoigne en particulier la jurisprudence relative à la qualité des intervenants pour invoquer une fin de non-recevoir d'ordre public autonome. Depuis le début des années 1990, une telle qualité leur est par principe déniée⁽¹⁸⁸⁾. Initialement, cette jurisprudence s'est développée dans des circonstances dans lesquelles la partie principale non seulement n'avait pas contesté la recevabilité du recours, mais avait également elle-même explicitement écarté la fin de non-recevoir alléguée par la partie intervenante⁽¹⁸⁹⁾. L'irrecevabilité alléguée par l'intervenant venait alors contredire les conclusions de la partie soutenue.

Ultérieurement, cette jurisprudence fut toutefois étendue. Elle le fut d'abord dans des affaires dans lesquelles une partie intervenante mettait en cause la recevabilité du recours tandis que la partie principale concluait à son rejet au fond et non à son irrecevabilité⁽¹⁹⁰⁾, a renoncé en cours d'instance à contester la recevabilité du recours⁽¹⁹¹⁾, l'a mise en doute

188. Antérieurement, la Cour de justice a laissé ouverte cette question en procédant à l'examen d'office de l'irrecevabilité alléguée : CJCE, 23 avril 1956, *Groupement des industries sidérurgiques Luxembourgeoises c/ Haute Autorité*, aff. jtes 7/54 et 9/54, *Rec.*, p. 53, spéc. pp. 86-87 ; CJCE, 11 juillet 1990, *Neotype Techmasexport c/ Commission et Conseil*, aff. jtes C-305/86 et C-160/87, *Rec.*, p. I-2945, pt 18. Dans une affaire, la Cour de justice a même observé que la recevabilité du recours n'avait été contestée ni par la partie défenderesse ni par la partie intervenante à son soutien, ce qui pouvait laisser présumer que cette dernière était habilitée à contester la recevabilité du recours même en l'absence de contestation par la première : CJCE, 12 juillet 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken c/ Haute Autorité*, aff. 14/61, *Rec.*, p. 485, spéc. p. 513.

189. CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS e.a. c/ Commission*, aff. C-313/90, *Rec.*, p. I-1125, pts 19-23 ; CJCE, 15 juin 1993, *Matra c/ Commission*, aff. C-225/91, *Rec.*, p. I-3203, pts 10-13, et concl. VAN GERVEN, pt 6 ; CJCE, 30 janvier 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-107/99, *Rec.*, p. I-1091, pts 26-30. Dans le même ordre d'idées se situe l'irrecevabilité d'une contestation, par la partie intervenante à l'appui des conclusions de l'État membre défendeur, de la compétence de la Cour de justice pour connaître d'un recours en constatation de manquement dans une affaire dans laquelle ledit État reconnaissait le manquement : CJCE, 19 mars 2002, *Commission c/ Irlande*, aff. C-13/00, *Rec.*, p. I-2943, pts 3-6.

190. Voy. p. ex. : CJCE, 8 novembre 2007, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-141/05, *Rec.*, p. I-9485, pts 26 et 28-29 ; CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 67-68 ; TPI, 22 octobre 1996, *Skibsværftsforeningen e.a. c/ Commission*, aff. T-266/94, *Rec.*, p. II-1399, pts 38-40 ; TPI, 12 décembre 1996, *Leclerc c/ Commission*, aff. T-19/92, *Rec.*, p. II-1851, pts 50-51 ; TPI, 24 octobre 1997, *EISA c/ Commission*, aff. T-239/94, *Rec.*, p. II-1839, pts 24-26 ; TPI, 25 janvier 2005, *Piau c/ Commission*, aff. T-193/02, *Rec.*, p. II-209, pts 35-37 ; TPI, 12 juillet 2006, *Ayadi c/ Conseil*, aff. T-253/02, *Rec.*, p. II-2139, pts 64-68 ; Trib. UE, 17 février 2011, *UEFA c/ Commission*, aff. T-55/08, *Rec.*, p. II-271, pt 28 ; Trib. UE, 17 février 2011, *FIFA c/ Commission*, aff. T-68/08, *Rec.*, p. II-349, pt 31 ; Trib. UE, 5 septembre 2014, *Éditions Odile Jacob c/ Commission*, aff. T-471/11, *Rec. num.*, pts 36-38 ; Trib. UE, 9 juin 2016, *Magic Mountain Kletterhallen e.a. c/ Commission*, aff. T-162/13, non publié, pts 37-38. Voy. également, pour un cas dans lequel la partie défenderesse concluait à l'irrecevabilité partielle du recours tandis que l'intervenant estimait que le recours était irrecevable dans son intégralité : Trib. UE, 28 mars 2012, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-123/09, *Rec. num.*, pts 54-56.

191. Voy. p. ex. : TPI, 15 septembre 1998, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-140/95, *Rec.*, p. II-3327, pts 21-23 ; Trib. UE, 17 février 2011, *FIFA c/ Commission*, aff. T-385/07, *Rec.*, p. II-205, pt 35.

tardivement⁽¹⁹²⁾ ou s'en est remise à la sagesse du juge⁽¹⁹³⁾. Sans contredire frontalement la position de la partie soutenue, l'intervenant prit, dans ces affaires, l'initiative d'une contestation de la recevabilité. Selon une approche quelque peu formaliste, l'on peut soutenir que l'allégation d'irrecevabilité de l'intervenant ne vient alors pas au soutien des conclusions de la partie soutenue tendant au rejet au fond et en modifie, sinon le sens, du moins le fondement juridique⁽¹⁹⁴⁾.

Enfin, cette jurisprudence fut appliquée dans des circonstances dans lesquelles la partie principale concluait au rejet du recours pour une cause d'irrecevabilité différente de la fin de non-recevoir alléguée par l'intervenante⁽¹⁹⁵⁾. Cette dernière interprétation, qui se heurte à une position ancienne de la Cour de justice⁽¹⁹⁶⁾, est excessivement restrictive, dès lors que l'argumentation relative à la recevabilité vient clairement au soutien des conclusions en irrecevabilité de la partie défenderesse.

Cette critique est, en pratique, contrebalancée par le fait que, dans la quasi-totalité des affaires susvisées, le juge prit la contestation par l'intervenant comme une invitation à examiner d'office la recevabilité du recours⁽¹⁹⁷⁾. Il répondit à cette invitation même lorsque la fin de

192. Voy. p. ex. : TPI, 14 avril 2005, *Sniace c/ Commission*, aff. T-88/01, *Rec.*, p. II-1165, pts 49-53. Au stade de la duplique, la Commission invita le Tribunal à examiner d'office la recevabilité du recours (pt 37), déjà mise en cause par les intervenants.

193. Voy. p. ex. : TPI, 12 juillet 2001, *UK Coal c/ Commission*, aff. jtes T-12/99 et T-63/99, *Rec.*, p. II-2153, pt 51.

194. Voy. concl. MISCHO sous CJCE, 30 janvier 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-107/99, *Rec.*, p. I-1091, pts 35-37.

195. Voy. p. ex. : Trib. UE, 12 mai 2016, *Hamr - Sport c/ Commission*, aff. T-693/14, non publié, pts 47-48 ; Trib. UE, 9 juin 2016, *Growth Energy et Renewable Fuels Association c/ Conseil*, aff. T-276/13, *Rec. num.*, pt 157 ; Trib. UE, 9 juin 2016, *Marquis Energy c/ Conseil*, aff. T-277/13, non publié, pt 114. Voy. déjà pour une mise en cause de la compétence du Tribunal par l'intervenant, tandis que la partie défenderesse contestait la recevabilité du recours : TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 76-80.

196. Rappelons que, dans l'affaire *S.N.U.P.A.T. c/ Haute Autorité*, la Cour de justice admit explicitement le droit des parties intervenantes de soulever des causes d'irrecevabilité non avancées par la partie défenderesse qui concluait au rejet du recours comme irrecevable, au motif que lesdites causes « tend[ai]ent au rejet des conclusions de la partie requérante » : CJCE, 22 mars 1961, aff. jtes 42/59 et 49/59, *Rec.*, p. 101, spéc. p. 145.

197. La doctrine a ainsi relevé que le juge procède en général à l'examen d'office de la fin de non-recevoir d'ordre public avancée par une partie intervenante : F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. pp. 115-116 ; K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *op. cit.*, spéc. p. 825, note n° 205 ; H.-O. NISSEN, *op. cit.*, spéc. pp. 227-230 ; G. MUGUET-POULLENNEC et D. DOMENICUCCI, *op. cit.*, spéc. p. 66 ; F. PICOD, « Cour de justice (Procédure) », *op. cit.*, § 134 ; B. SACHS, *op. cit.*, spéc. pp. 31-32. Les cas de non-examen d'office sont rares. Voy. toutefois : TPI, 27 novembre 1997, *Kaysersberg c/ Commission*, aff. T-290/94, *Rec.*, p. II-2137, pts 69-71 ; TPI, 21 janvier 1999, *Riviera Auto Service c/ Commission*, aff. jtes T-185/96, T-189/96 et T-190/96, *Rec.*, p. II-93, pts 25-26. Par ailleurs, le juge refuse de procéder à l'examen d'office au motif que la fin de non-recevoir n'est pas d'ordre public : CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEEX*

non-recevoir en cause était non fondée⁽¹⁹⁸⁾. Le défaut de qualité est donc un trompe-l'œil⁽¹⁹⁹⁾. En témoigne également l'examen, exceptionnel, d'une fin de non-recevoir soulevée par les seuls intervenants sans même que le juge s'interroge sur leur qualité pour l'invoquer⁽²⁰⁰⁾. En témoigne encore l'affirmation, appuyée sur un arrêt qui a rappelé l'absence de qualité d'un intervenant pour soulever une fin de non-recevoir autonome, selon laquelle « l'article 40, quatrième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, qui précise que les conclusions de la requête en intervention ne peuvent avoir d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties, ne peut faire obstacle à l'examen d'une [...] fin de non-recevoir [d'ordre public] par le Tribunal »⁽²⁰¹⁾.

La jurisprudence, moins fournie et moins ordonnée, relative à la recevabilité des moyens d'ordre public de fond produits par les intervenants dresse un tableau similaire. Le juge procède en général à l'examen d'office d'un tel moyen, le cas échéant⁽²⁰²⁾ après avoir relevé que l'intervenant n'a pas qualité pour s'en prévaloir en raison des règles de recevabilité de

e.a., aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 67-69 ; TPI, 24 octobre 1997, *British Steel c/ Commission*, aff. T-243/94, *Rec.*, p. II-1887, pts 24-26 et 28 ; concl. JÄÄSKINEN sous CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Estonie*, aff. C-39/10, *Rec. num.*, pts 48-50.

198. Voy. parmi de nombreux exemples : CJCE, 30 janvier 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-107/99, *Rec.*, p. I-1091, pts 29-31 ; TPI, 12 décembre 1996, *Leclerc c/ Commission*, aff. T-19/92, *Rec.*, p. II-1851, pts 50-51 et 65 ; TPI, 12 décembre 1996, *Leclerc c/ Commission*, aff. T-88/92, *Rec.*, p. II-1961, pts 41-42 et 56 ; TPI, 11 septembre 1998, *BP Chemicals c/ Commission*, aff. T-11/95, *Rec.*, p. II-3235, pts 84-93 ; TPI, 15 septembre 1998, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-140/95, *Rec.*, p. II-3327, pts 21-23 et 29 ; TPI, 25 janvier 2005, *Piau c/ Commission*, aff. T-193/02, *Rec.*, p. II-209, pts 35-38.

199. Comme l'a souligné la doctrine, la défaut de qualité n'a guère de portée pratique : F. DONNAT, *op. cit.*, spéc. p. 115.

200. Voy. p. ex. : TPI, 5 novembre 1997, *Ducros c/ Commission*, aff. T-149/95, *Rec.*, p. II-2031, pt 30.

201. Trib. UE, 18 octobre 2016, *Crown Equipment (Suzhou) et Crown Gabelstapler c/ Conseil*, aff. T-351/13, non publié, pt 19. À l'appui de cette affirmation, le Tribunal cite « en ce sens » l'arrêt *Éditions Odile Jacob c/ Commission* (Trib. UE, 5 septembre 2014, aff. T-471/11, *Rec. num.*, pts 37-38), dans lequel il avait dénié aux intervenantes la qualité pour soulever une fin de non-recevoir autonome avant de l'apprécier d'office en tant que fin de non-recevoir d'ordre public.

202. Il arrive que le juge ne s'interroge aucunement sur la qualité des intervenants à invoquer un moyen d'ordre public non avancé par la partie soutenue et se contente de rappeler son pouvoir de procéder à l'examen d'office dudit moyen : Trib. UE, 26 octobre 2011, *Dufour c/ BCE*, aff. T-436/09, *Rec.*, p. II-7727, pt 42.

droit commun⁽²⁰³⁾ ou en réservant sa décision sur cette recevabilité⁽²⁰⁴⁾. Le moyen est examiné d'office dans la décision mettant fin à l'instance même lorsqu'il s'avère, le cas échéant au terme de longs développements, non fondé⁽²⁰⁵⁾. Exceptionnellement, le juge va jusqu'à accorder un véritable droit à l'intervenant de se prévaloir d'un moyen d'ordre public non avancé par la partie soutenue, au motif qu'il s'agit précisément d'un moyen d'ordre public⁽²⁰⁶⁾.

Ce pouvoir d'initiative ou d'invitation à l'examen d'office se prolonge à l'occasion d'un éventuel pourvoi formé par un intervenant en première instance. Non sans ambiguïté, la Cour de justice estima ainsi que rien ne « s'oppos[ait] » à l'examen d'un moyen d'ordre public de fond invoqué à l'occasion du pourvoi formé par les intervenants en première instance⁽²⁰⁷⁾. De façon moins tranchée, le Tribunal laissa sans réponse la question de savoir si une intervenante pouvait contester à l'occasion d'un pourvoi le non-relevé d'office par le juge de première instance d'une irrecevabilité d'ordre public, qui n'était pas alléguée par la partie principale⁽²⁰⁸⁾.

La soumission formelle des moyens d'ordre public autonomes des intervenants aux règles de droit commun peut surprendre. Certes, un intervenant doit accepter le litige tel que délimité par les parties principales. Cependant, ce litige recouvre non seulement les moyens explicitement allégués par ces dernières, mais encore tous les moyens d'ordre public

203. Voy. p. ex. : concl. ØE du 7 septembre 2017 dans l'affaire C-687/15, *Commission c/ Conseil*, pts 30-32 ; TPI, 2 octobre 2009, *Chypre c/ Commission*, aff. jtes T-300/05 et T-316/05, non publié, pts 203-206. La soumission des moyens d'ordre public des intervenants aux règles de recevabilité de droit commun est encore attestée par des affaires dans lesquelles de tels moyens ou des arguments soulevés à leur appui sont déclarés recevables en application de ces règles, sans que le juge ne tienne compte de leur caractère d'ordre public, voy. p. ex. : CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-150/94, *Rec.*, p. I-7235, pt 36 ; TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen c/ Commission*, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Rec.*, p. II-435, pts 143-147.

204. Voy. à ce titre : TPI, 20 novembre 2008, *Italie c/ Commission*, aff. T-185/05, *Rec.*, p. II-3207, pt 123 ; Trib. UE, 14 janvier 2016, *Doux c/ Commission*, aff. T-434/13, non publié, pts 77-81.

205. Voy. p. ex. : TPI, 2 octobre 2009, *Chypre c/ Commission*, aff. jtes T-300/05 et T-316/05, non publié, pts 203-206 et 225 ; Trib. UE, 26 octobre 2011, *Dufour c/ BCE*, aff. T-436/09, *Rec.*, p. II-7727, pts 42 et 53 ; Trib. UE, 14 janvier 2016, *Doux c/ Commission*, aff. T-434/13, non publié, pts 81, 132 et 150.

206. Voy. en particulier : TPI, 20 septembre 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, *Rec.*, p. II-6255, pt 131.

207. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 48-50.

208. TPI, 8 septembre 2009, *ETF c/ Landgren*, aff. T-404/06 P, *Rec.*, p. II-2841, pts 98-102. Le Tribunal préféra écarter la contestation, soulevée au stade du pourvoi par la Commission, au fond en recourant à la jurisprudence dite *Boehringer* (CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 51-52 ; voy. *supra*, cette Partie, Titre I, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, B. La jurisprudence dite *Boehringer*, pp. 524 et s.).

éventuels. En attestent le pouvoir du juge de les introduire d'office dans les débats⁽²⁰⁹⁾ et la possibilité pour les parties principales de s'en prévaloir à tout moment. En invoquant un tel moyen, un intervenant ne modifierait guère les termes du litige, quand bien même la partie principale soutenue aurait omis d'avancer ou décidé de ne pas invoquer ledit moyen. C'est peut-être pour cette raison que l'irrecevabilité du moyen d'ordre public est comblée par son examen d'office récurrent par le juge. L'impossibilité d'invoquer un moyen d'ordre public se transforme ainsi en invitation quasi impérative pour le juge d'examiner le moyen d'office. Il semblerait toutefois plus cohérent de renverser l'irrecevabilité au profit d'un droit propre des parties intervenantes d'avancer tout moyen d'ordre public. Tel est d'ores et déjà le cas, pour des raisons différentes, de l'intervenant investi de droits spécifiques dans le contentieux de la propriété intellectuelle.

2) Une recevabilité propre au contentieux de la propriété intellectuelle

Le contentieux de la propriété intellectuelle devant le Tribunal est un contentieux particulier. Outre par l'attribution d'un pouvoir de réformation au juge⁽²¹⁰⁾, ce contentieux de légalité des décisions prises par les chambres de recours de l'EUIPO est caractérisé, dans les procédures *inter partes*, par l'existence d'un litige privé lié à l'opposition à l'enregistrement d'une marque, à la nullité ou à la déchéance alléguées d'une marque enregistrée. Formé contre une telle décision, le recours en annulation oppose certes formellement la partie requérante, qui était l'une des deux parties privées à la procédure devant l'EUIPO, à ce dernier. Il n'en a pas moins, toutefois, pour objet de régler le litige sous-jacent entre deux parties privées⁽²¹¹⁾. L'autre partie à la procédure devant l'EUIPO jouit dès lors d'un « statut *sui generis* [d'intervenant] qui [l']apparente à une partie principale sans pour en autant en avoir la qualité »⁽²¹²⁾. Elle est investie de « droits étendus qui [l']assimilent à [une véritable partie défenderesse] »⁽²¹³⁾.

209. « En relevant d'office un [...] moyen [d'ordre public], le juge [de l'Union européenne] ne sort pas du cadre du litige dont il est saisi » : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 35.

210. Art. 72, §§ 2 et 3, du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2017, L 154, p. 1). Antérieurement, art. 65, §§ 2 et 3, du règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2009, L 78, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (*JO*, 2015, L 341, p. 21).

211. Voy. en ce sens, à propos d'une procédure d'opposition : CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pt 27.

212. P. MENGOZZI, « Le contrôle des décisions de l'OHMI par le Tribunal de première instance et la Cour de justice dans le contentieux relatif aux droits de la propriété industrielle », *RDUE*, 2002, n° 2, pp. 315-333, spéc. p. 319.

213. CJCE, 12 octobre 2004, *Vedial c/ OHMI*, aff. C-106/03 P, *Rec.*, p. I-9573, pt 32.

À la différence de l'intervenant dans toute autre procédure contentieuse devant les juridictions de l'Union européenne, l'autre partie à la procédure devant l'EUIPO peut, en effet, participer à la procédure devant le Tribunal en tant qu'intervenante par le simple dépôt d'une réponse à la requête dans les délais et formes prescrits⁽²¹⁴⁾. Cet intervenant bénéficie des mêmes droits procéduraux que les parties principales et est habilité à présenter ses propres conclusions et des moyens autonomes⁽²¹⁵⁾. Il peut invoquer tout moyen ordinaire ou d'ordre public à sa disposition⁽²¹⁶⁾. C'est ainsi en raison de son statut contentieux particulier, justifié au regard des exigences d'une bonne administration de la justice⁽²¹⁷⁾, que cet intervenant est habilité à avancer des moyens d'ordre public non invoqués par les parties principales, et non en raison du caractère d'ordre public de ces derniers. Soumis aux mêmes règles de forclusion que lesdites parties, il peut se prévaloir des moyens d'ordre public à tout stade de la procédure.

En somme, il apparaît que l'examen de la recevabilité des moyens d'ordre public dessine un régime contentieux qui est, par essence et pour l'essentiel, dérogatoire et relativement cohérent. Le caractère d'ordre public attaché à un moyen étend les possibilités pour les parties de s'en prévaloir. Tantôt, il se traduit par une forme d'invitation adressée au juge. Celui-ci recourt à ses pouvoirs d'office sur invitation d'une partie et au profit d'un moyen d'ordre public invoqué par elle en méconnaissance des règles de recevabilité. Tantôt, le juge met ces règles à l'écart en raison du caractère d'ordre public du moyen. Cette dernière approche paraît préférable et devrait être généralisée. Ainsi, il convient d'exempter définitivement les moyens d'ordre public des règles régissant l'immutabilité du litige, telles que la concordance entre une procédure précontentieuse et la procédure contentieuse, la forclusion des moyens nouveaux en cours d'instance ou la liaison du pourvoi à l'égard de la première instance. En revanche, la qualification d'ordre public d'un moyen ne doit pas systématiquement faire échec aux conditions de recevabilité des moyens tenant à la qualité des parties. D'une part, l'on peut tenir pour établi que, lorsque la qualité du requérant limite le titre de compétence activée du juge, comme c'est le cas dans les actions à champ réduit, elle conduit à l'irrecevabilité de tout moyen d'ordre

214. Art. 173, § 1, RP/T (2015).

215. Art. 173, § 3, RP/T (2015).

216. Voy. pour un exemple récent d'examen d'une fin de non-recevoir d'ordre public autonome, et d'ailleurs non étayée, d'un intervenant : Trib. UE, 28 avril 2016, *Fon Wireless c/ EUIPO*, aff. T-777/14, non publié, pts 16-17.

217. Voy. en ce sens : B. MONGIN, « L'intervention des tiers dans des litiges pendants devant la Cour de justice des Communautés européennes (La jurisprudence récente) », in V. CHRISTIANOS (dir.), *op. cit.*, pp. 17-31, spéc. p. 29.

public étranger à ce champ. D'autre part, en revanche, lorsque ladite compétence n'est pas limitée du fait de la qualité du requérant, le moyen d'ordre public ne devrait pouvoir être déclaré irrecevable en raison de considérations liées à la qualité de celui qui s'en prévaut. Ce constat vaut sans doute pour les moyens invoqués par les parties principales. Il devrait être étendu, à titre prospectif, à ceux avancés par une partie intervenante.

L'extension de la recevabilité présuppose, toutefois, que le recours porté devant le juge compétent et l'acte de procédure déposé en cours d'instance soient eux-mêmes recevables. Le régime de faveur des moyens d'ordre public trouve ainsi une limite dans le caractère absolu des conditions de recevabilité des recours et actes de procédure.

SOUS-SECTION 2. – LE MAINTIEN DE L'IRRECEVABILITÉ DES RECOURS ET ACTES DE PROCÉDURE

La compétence du juge de l'Union européenne n'est activée que par l'introduction d'un recours régulier, dans le respect des conditions de recevabilité d'ordre public. De manière analogue, le juge ne peut tenir compte d'un acte de procédure que s'il a été régulièrement produit. Une saisine irrégulière du juge conduira au rejet du recours ou de l'acte pour cause d'irrecevabilité sans que celle-ci ne puisse être réparée ou contournée par l'invocation d'un moyen d'ordre public de fond (§ 2). Seuls les moyens tirés de l'inexistence juridique d'un acte matériellement existant de l'Union européenne échappent à ce constat. La levée de l'irrecevabilité qui en résulte est toutefois partielle et apparente (§ 1).

§ 1. – La levée apparente de l'irrecevabilité face à un acte juridiquement inexistant

L'inexistence juridique est une fiction. Elle décrit la situation d'un acte qui, matériellement existant, est entaché de vices d'une gravité et d'une évidence telles qu'il est réputé n'avoir jamais été légalement formé. Le constat d'inexistence est exceptionnel. Il ne devrait pas pouvoir être opéré par un juge incompétent pour connaître de l'acte en cause⁽²¹⁸⁾, mais semble pouvoir l'être en dehors des conditions de recevabilité de droit commun. Cette levée de l'irrecevabilité n'est toutefois qu'apparente dès lors que le constat d'inexistence, qui découle d'un examen de la légalité de l'acte,

218. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, A, 2. Une exception incertaine à la priorité absolue de la compétence juridictionnelle (pp. 517 et s.).

est en lui-même une cause d'irrecevabilité de la demande⁽²¹⁹⁾. Elle est de surcroît partielle. Si l'inexistence peut être constatée hors délai (A), il n'est pas certain qu'elle puisse l'être en méconnaissance des autres conditions de recevabilité (B).

A. *La levée certaine de la forclusion*

Dès 1987, la Cour de justice estima que, « [q]ualifier un acte d'inexistant permet de constater, en dehors des délais de recours, que cet acte n'a produit aucun effet juridique ». C'est au regard de cet effet procédural dérogatoire et « pour des raisons de sécurité juridique manifestes, [que] cette qualification doit [...] être réservée [...] aux actes affectés de vices particulièrement graves et évidents »⁽²²⁰⁾. L'inexistence peut être constatée par voie d'action, même formée hors délai⁽²²¹⁾, ou d'exception, soulevée à l'encontre d'un acte devenu définitif à l'égard de la partie intéressée en raison de l'écoulement des délais de recours en annulation⁽²²²⁾. La jurisprudence est constante à cet égard, bien que certaines ordonnances du Tribunal⁽²²³⁾ et de la Cour⁽²²⁴⁾ aient pu semer le doute. La levée de la forclusion est également admise par la doctrine⁽²²⁵⁾.

219. CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201 ; TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 96 et 100.

220. CJCE, 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, aff. 15/85, *Rec.*, p. 1005, pt 10 ; TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 96 et 100 ; TFP, 13 décembre 2006, *de Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pt 48.

221. Voy. la jurisprudence citée à la note précédente.

222. CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.*, p. 523, pts 12-13.

223. Ainsi, le Tribunal a écarté des allégations tirées de l'inexistence de l'acte litigieux tardivement contesté au motif, en substance, que le traité n'établissait aucune distinction selon la gravité du vice. Le cas échéant, il a pris soin de préciser, à titre surabondant, que l'acte en cause ne pouvait être tenu pour inexistant (TPI, ord., 8 mars 2006, *Lantzonì c/ Cour de justice*, aff. T-289/04, *RecFP*, pp. I-A-2-39 et II-A-2-171, pts 41 et 45-46 ; TPI, ord., 25 octobre 2007, *Estaser El Mareny c/ Commission*, aff. T-274/06, non publiée, pts 40-41), sans toutefois le faire de manière systématique (TPI, ord., 28 mars 2001, *Reyna González del Valle c/ Commission*, aff. T-130/00, non publiée, pts 39-41).

224. CJCE, ord., 6 décembre 2001, *Reyna González del Valle c/ Commission*, aff. C-219/01 P, non publiée, pts 10-11. La Cour de justice écarte « la distinction que le requérant cherche à établir entre “vices de nullité absolue” et “vices de simple annulabilité” [au motif qu'elle] n'est pas reconnue et ne serait pas conciliable avec les principes régissant les voies de recours instituées par le statut ».

225. Comme l'a relevé Ph. CAHIER (« Les articles 169 et 171 du Traité instituant la Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *CDE*, 1974, n^{os} 1-2, pp. 3-38, spéc. p. 23), « c'est parce que l'acte incriminé est censé n'avoir jamais existé que l'on pourrait invoquer à tout moment son illégalité ». *Adde* :

Sur ce fondement, le juge tardivement saisi peut, en pratique, procéder hors délai à un véritable contrôle de la légalité de l'acte, comme en témoigne l'affaire de *Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*⁽²²⁶⁾. Le requérant avait notamment demandé au Tribunal de la fonction publique d'annuler ou de déclarer juridiquement inexistante une décision par laquelle il avait été placé en congé de maladie d'office. Sa demande d'annulation fut rejetée pour cause de tardiveté⁽²²⁷⁾. En revanche, relevant qu'« [u]ne demande de déclaration d'inexistence est recevable hors délai », ledit tribunal examina les moyens de légalité dirigés contre cette décision, constata l'incompétence de son auteur et l'insuffisance de sa motivation et vérifia si ces illégalités « présent[ai]ent un caractère d'évidence et de gravité justifiant qu'elle soit déclarée inexistante ». Il conclut que tel n'était pas le cas et rejeta, par voie de conséquence, la demande de déclaration d'inexistence⁽²²⁸⁾. Le requérant forma un pourvoi et critiqua en particulier le refus d'annuler ou de déclarer juridiquement inexistante la décision litigieuse⁽²²⁹⁾. Le Tribunal écarta ce reproche, sans remettre en cause ni les considérations relatives à la possible déclaration d'inexistence hors délai ni l'approche consistant à examiner l'ensemble des moyens de légalité avant d'apprécier la gravité et l'évidence des vices constatés⁽²³⁰⁾.

L'affaire illustre par excellence les tenants et aboutissants de la théorie de l'inexistence. D'un côté, elle confirme la levée de la forclusion pour le contrôle et le constat d'une inexistence juridique. De l'autre côté, elle met en exergue les limites et le caractère exceptionnel de cette théorie qui ne peut jouer qu'en cas d'illégalités intolérables. Si le justiciable peut obtenir un contrôle hors délai, il en sortira d'autant plus insatisfait lorsque ce contrôle laisse apparaître l'illégalité de l'acte qui, faute d'être suffisamment grave et évidente, ne peut plus être sanctionnée. Il est cependant rare que,

C. ANNACKER, « Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1995, pp. 755-761, spéc. p. 759 ; G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *op. cit.*, spéc. p. 266 ; M. VAN EMPEL, « L'acte public inexistant et le droit communautaire », *CDE*, 1971, n° 3, pp. 251-283, spéc. p. 255. Voy. également en droit français : J.-M. AUBY, *L'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pedone, 1951, 351 p., spéc. pp. 287-289 ; J. MOREAU, « Inexistence », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2002 (actualisation 2013), §§ 34-36.

226. TFP, 13 décembre 2006, de *Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577. L'arrêt a été partiellement annulé (TPI, 5 octobre 2009, de *Brito Sequeira Carvalho c/ Commission* et *Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551), pour des considérations étrangères à l'appréciation de l'inexistence alléguée.

227. TFP, 13 décembre 2006, de *Brito Sequeira Carvalho c/ Commission*, aff. F-17/05, *RecFP*, pp. I-A-1-149 et II-A-1-577, pts 46-47.

228. *Id.*, pts 48-49, 57, 75 et 106-112.

229. TPI, 5 octobre 2009, de *Brito Sequeira Carvalho c/ Commission* et *Commission c/ de Brito Sequeira Carvalho*, aff. jtes T-40/07 P et T-62/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-89 et II-B-1-551, pts 140-141.

230. *Id.*, pts 149-158.

saisi hors délai d'une demande de déclaration d'inexistence juridique, le juge opère un contrôle aussi poussé et explicite que le fit le Tribunal de la fonction publique dans cette affaire. Plus fréquemment, le rejet d'une telle demande s'opère en effet au terme d'une motivation très succincte, voire par simple affirmation⁽²³¹⁾.

Au-delà de la mise à l'écart certaine, quoique d'une utilité pratique réduite, des règles de forclusion, l'effet de la théorie de l'inexistence juridique sur les autres conditions de recevabilité des recours reste incertain dans la jurisprudence.

B. La levée incertaine des autres conditions de recevabilité

La levée certaine de la forclusion contraste avec l'incertitude entourant la levée des autres conditions de recevabilité du fait de l'inexistence juridique de l'acte litigieux. La question reste débattue en particulier pour les conditions du recours en annulation de l'article 263 TFUE tenant au caractère attaquant de l'acte et à la qualité pour agir des requérants non privilégiés, ainsi que pour les voies de droit dans lesquelles peut être constatée l'inexistence juridique.

S'agissant, tout d'abord, de l'acte attaquant, la Cour de justice s'estimait habilitée, dans les années 1950, à examiner un acte vraisemblablement inattaquant à l'aune de la théorie de l'inexistence et à constater son inexistence juridique⁽²³²⁾. La jurisprudence ultérieure introduisit toutefois le doute. Dans l'arrêt *IBM c/ Commission* de 1981, la Cour laissa ouverte la question de savoir si un acte préparatoire insusceptible de recours pouvait faire l'objet d'un contrôle quant à son existence juridique⁽²³³⁾. Elle généra ainsi une incertitude regrettable que le Tribunal poursuivit. Fort

231. Voy. p. ex. : Trib. UE, 22 mars 2011, *Lettonie c/ Commission*, aff. T-369/07, *Rec.*, p. II-1039, pt 61. *Adde*, s'agissant d'exceptions d'inexistence : CJCE, 30 juin 1986, *Commission c/ Grèce*, aff. 226/87, *Rec.*, p. 3611, pt 16 ; CJCE, 27 octobre 1992, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-74/91, *Rec.*, p. I-5437, pt 11 ; CJCE, 27 juin 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-404/97, *Rec.*, p. I-4897, pt 37 ; CJCE, 22 mars 2001, *Commission c/ France*, aff. C-261/99, *Rec.*, p. I-2537, pt 21 ; CJCE, 26 juin 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-404/00, *Rec.*, p. I-6695, pt 43 ; CJCE, 1^{er} juin 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-207/05, non publié, pt 43 ; CJCE, 20 septembre 2007, *Commission c/ Espagne*, aff. C-177/06, *Rec.*, p. I-7689, pt 33 ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-39/06, non publié, pt 22 ; CJCE, 29 juillet 2010, *Commission c/ Autriche*, aff. C-189/09, non publié, pt 17.

232. CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 219-220. Voy. à propos du caractère inattaquant de l'acte en cause : A. BONAERT *et al.*, *Fragen der Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl im Lichte der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaften*, Francfort sur le Main, Vittorio Klostermann, 1961, 136 p., spéc. pp. 46-47.

233. CJCE, 11 novembre 1981, *IBM c/ Commission*, aff. 60/81, *Rec.*, p. 2639, pt 23.

de la jurisprudence, rendue hors contexte de la théorie de l'inexistence, selon laquelle la recevabilité d'un recours ne peut dépendre de la gravité de l'illégalité⁽²³⁴⁾, celui-ci refusa en effet de connaître au fond des allégations liées à l'inexistence juridique d'actes inattaquables⁽²³⁵⁾. Or, cette jurisprudence relative à l'incidence de la gravité du vice doit être distinguée de la théorie de l'inexistence laquelle requiert, outre la gravité, l'évidence du vice.

Ensuite, dans une ordonnance d'irrecevabilité de 2006, le Tribunal fit naître l'ambiguïté à propos de l'incidence d'une inexistence alléguée sur la qualité défailante d'un requérant ordinaire pour agir en annulation. Il y releva que « la requérante ne [pouvait] pas fonder sa qualité pour agir sur un éventuel vice de forme concernant la légalité [d'une] directive, qu'elle [était] empêchée de faire valoir précisément en raison des conditions [régissant ladite qualité] »⁽²³⁶⁾. Or, la requérante ne se prévalait pas d'une simple illégalité pour vice de forme de la directive, mais faisait allusion à la théorie de l'inexistence juridique pour justifier de la recevabilité de sa demande⁽²³⁷⁾. Il n'est donc pas certain qu'un requérant ordinaire puisse valablement alléguer l'inexistence juridique d'un acte qu'il n'aurait pas qualité pour contester par la voie régulière du recours en annulation, comme cela a pu être suggéré dans la doctrine⁽²³⁸⁾.

S'agissant, enfin, des voies de droit dans le cadre desquelles l'inexistence juridique peut être constatée, l'incertitude s'accroît en raison d'un récent arrêt du Tribunal. Saisi d'un recours en responsabilité extra-contractuelle, celui-ci jugea irrecevable une demande tendant à la déclaration de l'inexistence de mesures prises par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), au motif fort discutable que cette demande « dépass[ait] le simple constat d'une illégalité que le Tribunal pourrait être amené à opérer dans le cadre d'un recours en indemnité »⁽²³⁹⁾. Or, pas plus que dans le cadre d'un recours en indemnité, le juge n'est investi par le traité du pouvoir de

234. CJCE, ord., 10 mai 2001, *FNAB e.a. c/ Conseil*, aff. C-345/00 P, *Rec.*, p. I-3811, pts 39-42. Voy. *infra*, cette Sous-section, § 2, A. L'irrecevabilité du recours (pp. 648 et s.).

235. TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 88. Sur pourvoi, la Cour de justice a encore laissé la question ouverte (CJCE, 12 septembre 2006, *Reynolds Tobacco e.a. c/ Commission*, aff. C-131/03 P, *Rec.*, p. I-7795, pt 93).

236. TPI, ord., 25 avril 2006, *Kreuzer Medien c/ Parlement et Conseil*, aff. T-310/03, non publiée, pt 80.

237. *Id.*, pt 69.

238. Voy. à cet égard : M.-Ch. BERGERÈS, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTDE*, 1989, n° 4, pp. 647-683, spéc. pp. 666-667. C. ANNACKER (*op. cit.*, spéc. p. 759) envisage par ailleurs que toute partie pourrait mettre en cause l'existence juridique d'un acte sans devoir démontrer d'intérêt à invoquer l'inexistence.

239. Trib. UE, 20 juillet 2016, *Oikonomopoulos c/ Commission*, aff. T-483/13, *Rec. num.* (extraits), pts 24-26.

constater, à l'occasion d'un recours en annulation, l'inexistence juridique de l'acte.

Ces tergiversations et la distinction entre les délais de recours, qui sont mis à l'écart en cas d'inexistence, et les autres conditions de recevabilité, qui sont maintenues même en cas d'inexistence, sont problématiques. Elles heurtent la nature fonctionnelle incontestée de l'inexistence juridique⁽²⁴⁰⁾, dont le propre est de permettre au juge de sanctionner, en dehors des conditions de droit commun, des illégalités intolérables⁽²⁴¹⁾. Une distinction selon la cause d'irrecevabilité est ainsi peu opportune et peu judicieuse. Il n'est pas exclu que les arrêts et ordonnances susvisés doivent, en définitive, être compris comme le simple reflet de l'absence de vices graves et évidents, ce qui permettrait de conférer à la jurisprudence une certaine cohérence. Quoi qu'il en soit, la théorie de l'inexistence ne lève qu'en apparence l'irrecevabilité d'un recours ou d'une demande incidente. Le constat d'inexistence entraîne en effet en lui-même inévitablement l'irrecevabilité du recours faute d'acte attaquant. En dépit de son régime particulier, l'inexistence juridique ne forme qu'une entorse limitée au maintien de principe de l'irrecevabilité des recours déposés en méconnaissance des règles de recevabilité, quand bien même la partie intéressée se serait prévalu d'un moyen d'ordre public.

§ 2. – Le maintien de principe de l'irrecevabilité face à l'invocation d'un moyen d'ordre public

L'invocation d'un moyen d'ordre public de fond ne peut « sauver » la recevabilité d'une demande irrecevable. Un tel moyen ne peut être invoqué qu'à l'appui d'une demande elle-même recevable, en ce qu'elle a été formée dans le respect des règles d'ordre public qui en régissent la présentation et la recevabilité. Ce principe s'impose pour les moyens d'ordre public de fond invoqués par la partie requérante à l'appui d'un recours irrecevable. Il vaut *mutatis mutandis* pour les moyens d'ordre public de procédure ou de fond susceptibles d'être invoqués en cours d'instance, dans les différents actes procéduraux. Ainsi, tant l'irrecevabilité du recours (A) que celle d'un acte de procédure ou d'une demande incidente (B) sont maintenues en dépit de l'invocation d'un moyen d'ordre public.

240. Voy. déjà *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 2, A, 1. Une exception apparente à la priorité de l'examen de la recevabilité (pp. 515 et s.).

241. Le recours à cette théorie devient en revanche inutile lorsque le juge est saisi d'un recours recevable, dès lors qu'il peut sanctionner l'illégalité de l'acte dans l'exercice de ses pouvoirs de droit commun.

A. *L'irrecevabilité du recours*

Les règles d'ordre public régissant l'introduction du recours ne sauraient céder face à l'invocation d'un moyen d'ordre public de fond. Conditions d'activation de la compétence du juge saisi, elles ne peuvent être mises à l'écart pour permettre à ce dernier de sanctionner une illégalité, cette dernière fût-elle d'ordre public. Dès lors, pas plus que le juge saisi d'un recours irrecevable ne peut relever et accueillir d'office un moyen d'ordre public de fond⁽²⁴²⁾, un requérant ne saurait contourner l'irrecevabilité de son recours par l'invocation de moyens d'ordre public de fond. Son droit d'invoquer ces derniers est subordonné à la recevabilité de sa demande.

Ainsi, il ressort d'une jurisprudence constante qu'un requérant ne saurait justifier la recevabilité d'un recours tardif, dirigé contre un acte inattaquable ou formé en méconnaissance des règles régissant la qualité pour agir, au motif que l'acte litigieux est entaché d'un vice d'ordre public⁽²⁴³⁾ ou d'un vice grave, telle une violation grave ou importante des droits fondamentaux⁽²⁴⁴⁾. Un tel raisonnement reviendrait en effet à déduire la recevabilité du recours de l'illégalité éventuelle de l'acte⁽²⁴⁵⁾ et aboutirait ainsi à une inversion des appréciations du fond et de la recevabilité, défiant leur ordre logique et impératif. L'impossible invocation d'un moyen d'ordre public de fond dans

242. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. Une priorité des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle sur les moyens d'ordre public de fond (pp. 512 et s.).

243. Telle l'incompétence, la violation du principe des compétences d'attribution, de l'équilibre institutionnel, d'une forme substantielle ou de la coopération loyale : CJCE, ord., 10 mai 2001, *FNAB e.a. c/ Conseil*, aff. C-345/00 P, *Rec.*, p. I-3811, pts 41 et 43 (qualité pour agir) ; TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris International c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 87 (acte attaquant). *Adde* : TPI, ord., 25 avril 2006, *Kreuzer Medien c/ Parlement et Conseil*, aff. T-310/03, non publiée, pt 80 (qualité pour agir) ; Trib. UE, ord., 27 octobre 2015, *Belgique c/ Commission*, aff. T-721/14, *Rec. num.*, pts 50-52 (acte attaquant).

244. Voy. à cet égard : CJCE, ord., 5 juillet 2001, *CNPA e.a. c/ Commission*, aff. C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, pt 32 (qualité pour agir) ; CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 101 (forclusion) ; CJUE, ord., 16 novembre 2010, *Internationale Fruchthandels Gesellschaft Weichert c/ Commission*, aff. C-73/10 P, *Rec.*, p. I-11535, pt 50 (forclusion) ; TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris International c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 87 (acte attaquant) ; Trib. UE, ord., 27 octobre 2015, *Belgique c/ Commission*, aff. T-721/14, *Rec. num.*, pt 51 (acte attaquant) ; Trib. UE, ord., 15 septembre 2016, *Bagni Delfino di Paperini Stefano & C. c/ Commission*, aff. T-667/15, *Rec. num.*, pt 17 (acte attaquant).

245. TPI, 15 janvier 2003, *Philip Morris e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.*, p. II-1, pt 87.

un recours irrecevable n'est que la conséquence de la priorité de l'ordre public de la procédure juridictionnelle sur celui du fond⁽²⁴⁶⁾.

Cette priorité devrait également s'imposer au profit des règles relatives à la présentation formelle des requêtes. Sous peine d'irrecevabilité, un recours doit énoncer de manière claire et intelligible les conclusions et les moyens de la partie requérante⁽²⁴⁷⁾. Faute pour celle-ci d'invoquer de moyen intelligible à l'appui de son recours, celui-ci sera déclaré irrecevable. La simple allusion faite par elle à un moyen d'ordre public non étayé ne doit pas faire échec au constat d'irrecevabilité du recours⁽²⁴⁸⁾. Une telle solution, justifiée par analogie avec les conditions du relevé d'office⁽²⁴⁹⁾, s'impose d'autant plus que le contentieux de l'Union européenne est innervé par le principe selon lequel l'initiative et la définition du litige appartiennent aux parties. Or, déclarer recevable une requête pour la seule raison qu'elle fait allusion à un moyen d'ordre public de fond, sans même exposer les motifs qui sous-tendent cette allusion, serait contraire à ce principe et à la responsabilité première de la partie requérante de délimiter sa demande et ses moyens.

En somme, l'invocation d'un moyen d'ordre public ne saurait sauver de l'irrecevabilité un recours mal présenté. Un constat analogue s'impose quant aux moyens d'ordre public le cas échéant invoqués dans des actes procéduraux irréguliers ou à l'appui de certaines demandes incidentes. Les conséquences en sont toutefois souvent moins graves pour la partie concernée.

246. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. Une priorité des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle sur les moyens d'ordre public de fond (pp. 512 et s.).

247. Art. 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; art. 120 et 168 RP/C (2012) ; art. 76 et 194 RP/T (2016).

248. En présence d'une requête déposée en méconnaissance des règles formelles de clarté et de précision des écritures, le juge se contente de la rejeter comme irrecevable sans examiner les moyens d'ordre public qui auraient pu entacher la légalité de l'acte contesté (Trib. UE, ord., 6 mai 2010, *Kerelov c/ Commission*, aff. T-100/08 P, *Rec. num.*, pt 14). L'on aurait, à l'inverse, pu envisager un traitement différencié d'un tel recours, en tenant pour irrecevables les moyens ordinaires non étayés mais pour recevables les moyens d'ordre public auxquels il est le cas échéant fait allusion.

249. Le relevé d'office est, en effet, subordonné à la recevabilité de la demande (voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. Une priorité des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle sur les moyens d'ordre public de fond, pp. 512 et s.). Bien que discutable, l'analogie paraît permise dès lors qu'à l'heure actuelle le juge tend à tenir un moyen d'ordre public non étayé pour irrecevable, tout en l'examinant, au besoin, d'office et qu'il aborde souvent de concert, voire mêle, le relevé d'office et l'invocation d'un tel moyen par une partie (voy. *supra*, cette Section, Sous-section 1, § 1. La levée de principe des irrecevabilités liées à l'immuabilité du litige, pp. 591 et s.).

B. *L'irrecevabilité d'un acte de procédure ou d'une demande incidente*

En cours d'instance, le dépôt des différents mémoires⁽²⁵⁰⁾ est soumis à des délais procéduraux et à des règles de forme d'ordre public. Leur méconnaissance entraîne, en principe, l'irrecevabilité de l'acte. En l'absence de toute exception d'irrecevabilité ou d'incompétence et de mémoire en défense déposé dans le délai imparti par le règlement de procédure, la procédure par défaut est enclenchée⁽²⁵¹⁾.

Par analogie avec le traitement de la requête introductive d'instance, l'irrecevabilité des actes de procédure ne saurait être réparée ou contournée par l'invocation d'un moyen d'ordre public par la partie concernée. Un tel moyen pourra toutefois être soulevé à un stade ultérieur de la procédure, s'il y a, et en particulier à l'occasion d'une audience éventuelle⁽²⁵²⁾. Par comparaison avec le traitement de la requête irrecevable, les conséquences de l'irrecevabilité d'un tel acte de procédure sont ainsi, en principe, moins graves pour la partie concernée.

La nature d'ordre public d'un moyen semble également dépourvue d'incidence sur l'irrecevabilité éventuelle des demandes incidentes ou reconventionnelles d'une partie. Ainsi, d'une part, il est constant que seule une partie ayant au moins partiellement succombé en ses conclusions peut former un pourvoi, principal ou incident⁽²⁵³⁾. Cela inclut l'hypothèse dans laquelle la partie défenderesse en première instance a vu ses conclusions en irrecevabilité rejetées tout en ayant obtenu gain de cause au fond⁽²⁵⁴⁾. En revanche, une partie qui a obtenu gain de cause en première instance ne peut former de pourvoi ni même de pourvoi incident. Elle ne peut pas demander au juge de procéder à une substitution des motifs de l'arrêt rendu en première instance, à moins que cette demande s'inscrive dans la

250. Qu'il s'agisse de la défense, de la réplique et de la duplique, des mémoires en adaptation des conclusions, des mémoires en intervention ou d'autres actes de procédure.

251. La procédure par défaut est la procédure à laquelle la partie défenderesse, qui n'a pas déposé de mémoire en défense ou d'exception d'irrecevabilité dans le délai, ne participe pas. Le juge adjuge en principe les conclusions à la partie requérante, si celle-ci le lui demande. La partie défenderesse perdante peut former opposition contre la décision rendue par défaut.

252. Même une défenderesse faisant défaut ne sera pas dépourvue de toute possibilité de faire valoir le moyen d'ordre public ultérieurement. Elle pourra s'en prévaloir à l'occasion d'une opposition formée par elle. En effet, « l'opposant est en principe libre de ses moyens » (J. RIDEAU, « Cour de justice. Procédures particulières », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 280, 2010 [mise à jour 2012], § 59).

253. Art. 56, al. 2, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

254. Voy. en ce sens : CJCE, 21 janvier 1999, *France c/ Comafrika e.a.*, aff. C-73/97 P, *Rec.*, p. I-185 ; CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pt 50 ; CJCE, 23 mars 2004, *Médiateur c/ Lamberts*, aff. C-234/02 P, *Rec.*, p. I-2803, pts 31-33.

réponse apportée à un moyen soulevé par l'autre partie à l'appui de son pourvoi. Ces considérations ne sont pas affectées par l'invocation d'un moyen d'ordre public à l'appui d'une demande de substitution des motifs irrecevable⁽²⁵⁵⁾. Cela inclut également l'hypothèse dans laquelle le juge de première instance aurait statué directement au fond sans examiner, pour des motifs d'économie de procédure, l'irrecevabilité alléguée par la partie défenderesse⁽²⁵⁶⁾. D'autre part, depuis la réforme des règlements de procédure, un pourvoi incident doit être formé par acte séparé et ne peut plus l'être dans le mémoire en réponse au pourvoi principal⁽²⁵⁷⁾. Dorénavant, un pourvoi incident formé dans ce dernier mémoire est jugé irrecevable⁽²⁵⁸⁾, quand bien même il serait fondé sur un moyen d'ordre public⁽²⁵⁹⁾.

Les moyens d'ordre public ne peuvent déployer leur effet positif ou libérateur sur les parties que dans le cadre d'un recours ou d'un acte recevable et formé ou déposé devant le juge compétent. Une fois les conditions de compétence du juge et de recevabilité réunies, cet effet est, en dépit de quelques contrariétés jurisprudentielles, généralisé au profit de tous les moyens d'ordre public. Ceux-ci sont, pour l'essentiel, relevés des règles régissant la recevabilité des moyens au profit des parties principales et, vraisemblablement, des parties intervenantes. Cet effet positif ou libérateur s'accompagne d'un effet négatif ou contraignant à l'égard des parties, qui illustre la force de l'indisponibilité et de l'impérativité des moyens d'ordre public.

255. Voy. à ce propos : CJCE, 17 juillet 2008, *Campoli c/ Commission*, aff. C-71/07 P, *Rec.*, p. I-5887, pts 39-43 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Iride c/ Commission*, aff. C-329/09 P, non publié, pts 46-51. Dans cette dernière affaire, en première instance, le Tribunal a rejeté le recours comme irrecevable (Trib. UE, 11 juin 2009, *AMGA c/ Commission*, aff. T-300/02, *Rec.*, p. II-1737). En revanche, lorsque le Tribunal déclare le recours recevable avant de le rejeter au fond, l'institution défenderesse a tout loisir de saisir la Cour de justice d'un pourvoi incident tendant à l'annulation de l'arrêt en ce qu'il a déclaré le recours recevable et en lui demandant de substituer ses motifs à ceux du Tribunal (voy. p. ex. : CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-318/09 P, non publié, pts 63-73 ; CJUE, 21 décembre 2011, *ACEA c/ Commission*, aff. C-319/09 P, non publié, pts 30-72 ; CJUE, 21 décembre 2011, *A2A c/ Commission*, aff. C-320/09 P, non publié, pts 29-73).

256. Voy. à ce propos : CJCE, 26 février 2002, *Conseil c/ Boehringer*, aff. C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873, pts 51-54.

257. Art. 172 RP/C (2012) ; art. 202 RP/T (2015). Il en va de même d'un recours incident formé dans le contexte du contentieux de la propriété intellectuelle : art. 182 RP/T (2015).

258. Voy. en particulier : CJUE, ord., 30 janvier 2014, *Industrias Alen c/ The Clorox Company*, aff. C-422/12 P, *Rec. num.*, pts 48 et 55 ; CJUE, 18 décembre 2014, *Commission c/ Parker Hannifin Manufacturing et Parker-Hannifin*, aff. C-434/13 P, *Rec. num.*, pts 91 et 97.

259. Voy. pour une illustration : CJUE, ord., 30 janvier 2014, *Industrias Alen c/ The Clorox Company*, aff. C-422/12 P, *Rec. num.*, pts 48, 52 et 55. À l'appui de son pourvoi incident, l'OHMI invoquait un moyen pris d'une violation de l'obligation de motivation par le Tribunal.

SECTION 2. – L'EFFET CONTRAIGNANT DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC : L'IMPOSSIBILITÉ DE SE SOUSTRAIRE AUX RÈGLES D'ORDRE PUBLIC

Face à l'ordre public, la disposition et la définition du litige échappent aux mains des parties. L'ordre public déploie à leur égard un effet contraignant, qui est inhérent à sa nature impérative. Ainsi, de la consécration du relevé d'office obligatoire des moyens d'ordre public découle, en pratique, une impossibilité de principe pour les parties de se soustraire aux règles d'ordre public ou de les contourner. Cette impossibilité de principe d'échapper au respect des règles d'ordre public reflète leur caractère strictement objectif (Sous-section 1). En matière de recevabilité, ce principe a parfois fait l'objet d'atténuations, grâce à une application et à une interprétation réalistes et pragmatiques des règles de droit. Celles-ci introduisent une certaine dose de subjectivité dans le régime des moyens d'ordre public (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – UNE IMPOSSIBILITÉ DE PRINCIPE D'ÉCHAPPER AU RESPECT DES RÈGLES D'ORDRE PUBLIC

L'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne est avant tout de nature procédurale. Le juge en assure d'office le respect, tandis que les parties ne sauraient le contourner, renoncer à son bénéfice, échapper à son emprise. Or, cette emprise pouvant être de nature à empêcher l'examen du litige au fond, il peut être de l'intérêt d'une, voire des deux partie(s) de « faire taire » l'ordre public, en renonçant à son invocation ou à son bénéfice, lorsqu'il ne ferait que cacher le véritable point de discorde qu'elle(s) souhaite(nt) voir tranché par le juge ou lorsqu'il serait à son (leur) inconvénient. Si des tentatives, souvent judicieuses et de plus ou moins bonne foi, d'échapper à l'ordre public ne manquent pas, elles restent toutefois infructueuses.

Ainsi, l'obligation pour le juge d'assurer d'office le respect de l'ordre public atteste, *de facto*, de l'impossibilité pratique pour les parties de renoncer à son bénéfice. Celles-ci ne sauraient davantage faire sauter les verrous des conditions d'ordre public de compétence du juge et de recevabilité des recours, en avançant des motifs tirés de l'économie de procédure, de la protection juridictionnelle effective, du procès équitable, de la garantie des droits fondamentaux, de la bonne administration ou encore du devoir de diligence des institutions. Le juge fait une utilisation plus offensive ou constructive de l'ordre public en l'opposant aux parties. À une impossibilité de renoncer à l'ordre public (§ 1) s'ajoute ainsi une impossibilité de contourner l'ordre public (§ 2).

§ 1. – Une impossibilité de renoncer à l'ordre public

L'ordre public s'impose aux parties, y compris contre leur volonté. Celles-ci ne sauraient renoncer ni au bénéfice d'une règle d'ordre public ni aux moyens d'ordre public initialement avancés. Elles ne peuvent contraindre le juge à aborder les points de droit qu'elles souhaitent voir tranchés lorsque le litige peut ou doit être résolu en application des règles d'ordre public. Ces assertions s'imposent avec force lorsque le juge relève d'office un moyen d'ordre public qui n'a été avancé par aucune partie ou examine d'office un moyen d'ordre public auquel une partie a renoncé en cours d'instance. De fait, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de renoncer à un tel moyen (A). Lesdites assertions se vérifient encore dans la réaction du juge face à la renonciation, par une partie, à une garantie procédurale que l'ordre public lui confère. Cette réaction révèle une impossibilité de droit de renoncer au bénéfice d'une règle d'ordre public (B).

A. *L'impossibilité de fait de renoncer à un moyen d'ordre public*

La renonciation à un moyen d'ordre public est, en pratique, souvent inutile, voire impossible en raison du devoir pour le juge de l'examiner et, le cas échéant, de le relever d'office. Ce constat s'impose d'emblée lorsque le juge soulève d'office un moyen alors qu'une partie a fait le choix de ne pas l'invoquer (1) ou qu'elle y a renoncé en cours d'instance après l'avoir initialement avancé (2).

1) L'impossible renonciation par l'absence d'invocation du moyen d'ordre public

Maîtresses de la définition du litige, les parties peuvent soigneusement délimiter les points litigieux, les éléments de fait et de droit qu'elles souhaitent porter devant le juge et voir tranchés par celui-ci. Elles peuvent délibérément choisir de ne pas soulever certaines questions. Dans la pratique, il peut en effet ne pas être dans l'intérêt d'une partie d'invoquer certains moyens, quand bien même ceux-ci pourraient lui donner gain de cause. Tel serait le cas par exemple de l'irrecevabilité d'un recours qui pose une question de principe que la partie défenderesse voudrait voir tranchée au fond. Tel pourrait encore être le cas de la motivation lacunaire, insuffisante d'une décision faisant grief à la partie requérante, laquelle souhaiterait obtenir une décision sur le fond du litige opposant les deux parties. La partie concernée pourrait ainsi préférer ne pas se prévaloir de l'irrecevabilité dans le premier cas ou de l'insuffisance de motivation dans le second, afin d'obtenir une décision du juge sur le problème plus

substantiel qui l'oppose à l'autre partie. Elle ne saurait, toutefois, empêcher le juge de procéder au relevé d'office des moyens d'ordre public en cause ni le contraindre à trancher, en méconnaissance ou à la marge des règles d'ordre public, une question litigieuse. L'intérêt du justiciable à la solution concrète du point de discordance majeur du litige cède face à l'objectivité de l'ordre public. Le juge est tenu de « lancer [les moyens d'ordre public] dans le débat judiciaire, en dehors de l'initiative des parties, voire contre la volonté de celles-ci »⁽²⁶⁰⁾.

L'affaire relative à la définition de la position de l'Union européenne aux fins d'une procédure devant le Tribunal international du droit de la mer illustre ces propos. Dans cette affaire, l'avocat général SHARPSTON observait que « les deux parties à la procédure souhaitent sincèrement obtenir une décision sur leurs compétences et prérogatives respectives ». Elle a toutefois proposé, à regret, de déclarer d'office le recours irrecevable⁽²⁶¹⁾, alors que le Conseil, partie défenderesse, avait visiblement fait le choix de ne pas mettre en cause la recevabilité. La Cour de justice a finalement esquivé le problème, recentré l'objet du litige et statué au fond⁽²⁶²⁾.

Une autre illustration est fournie par le traitement du premier recours en annulation dirigé contre des décisions prises par l'Autorité bancaire européenne. Sur le fondement d'un moyen d'incompétence relevé d'office, le Tribunal a annulé la décision par laquelle la commission de recours avait rejeté au fond une contestation précontentieuse dirigée contre une décision de refus de cette autorité⁽²⁶³⁾. Bien qu'il fût ainsi formellement droit aux conclusions de la partie requérante, son arrêt revient, en pratique, à « valider » la décision de refus que la requérante cherchait précisément à mettre en cause.

L'hypothèse de la renonciation délibérée d'une partie à l'invocation d'un moyen d'ordre public, laquelle ne peut pas toujours être aisément distinguée de celle d'un simple oubli de se prévaloir d'un moyen d'ordre public, rejoint ainsi la question du relevé d'office d'un moyen d'ordre public contre l'intérêt d'une ou des partie(s)⁽²⁶⁴⁾. Elle confirme la prévalence de l'objectivité de l'ordre public sur la subjectivité des intérêts des parties. La

260. K. LENAERTS, « De quelques principes généraux... », *op. cit.*, spéc. p. 246.

261. Concl. SHARPSTON sous CJUE, 6 octobre 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-73/14, *Rec. num.*, pt 49.

262. Voy. *supra*, note n° 69 du Chapitre précédent.

263. La commission de recours aurait dû rejeter le recours formé devant elle comme étant irrecevable. En statuant au fond sur la légalité de la décision soumise à son appréciation, elle a statué en méconnaissance des limites de ses compétences : Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pts 57-73.

264. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 2. Les limites découlant de l'intérêt du requérant (pp. 554 et s.).

renonciation à un moyen d'ordre public en cours d'instance se présente de manière analogue.

2) L'impossible renonciation en cours d'instance à un moyen d'ordre public initialement avancé

Le principe d'immutabilité interdit l'extension du litige en cours d'instance par la production tardive de conclusions, de moyens ou de preuves et d'offres de preuves. Rien n'interdit, en revanche, aux parties de réduire l'étendue de leur litige en cours d'instance⁽²⁶⁵⁾. Elles peuvent renoncer à des chefs de conclusions, à des moyens, griefs ou arguments et demander le retrait du dossier de documents initialement produits par elles. Elles le feront spontanément, lorsqu'elles réalisent qu'une prétention ou argumentation ne peut prospérer, ou en réponse à des questions posées à titre de mesures d'organisation de la procédure par la formation de jugement. Sans grand formalisme, la renonciation pourra être opérée par écrit ou à l'audience. Le juge en fera une mention dans la décision mettant fin à l'instance et n'aura plus à trancher un point qui n'est plus litigieux entre les parties.

Il en va différemment, toutefois, lorsque la renonciation a pour objet un moyen d'ordre public⁽²⁶⁶⁾. Certes, rien n'interdit une telle renonciation. Cependant, elle est souvent dépourvue d'effet pratique dès lors qu'elle donne lieu à l'exercice, par le juge, de ses pouvoirs d'office⁽²⁶⁷⁾. Ainsi, la

265. H. KIRSCHNER et K. KLÜPFEL, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Aufbau, Zuständigkeiten, Verfahren*, 2^e éd., Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1998, 316 p., spéc. pp. 122-123 ; D. MÖLLER, *op. cit.*, spéc. p. 67.

266. Voy. en ce sens s'agissant des fins de non-recevoir d'ordre public : K. P. E. LASOK, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, 2^e éd., Londres – Dublin – Edinburgh, Butterworths, 1994, 739 p., spéc. p. 65. La spécificité du moyen d'ordre public est à cet égard bien illustrée par comparaison avec la possibilité pour une partie défenderesse de renoncer à invoquer la prescription d'une action indemnitaire, voy. à ce propos : concl. STIX-HACKL sous CJCE, 28 octobre 2004, *van den Berg c/ Conseil et Commission*, aff. C-164/01 P, *Rec.*, p. I-10225, pts 94-95.

267. Voy. p. ex. : CJCE, 27 juin 1989, *Giordani c/ Commission*, aff. 200/87, *Rec.*, p. 1877, pts 8 et 10 (délai du recours en annulation) ; concl. SHARPSTON sous CJCE, 26 novembre 2014, *Parlement et Commission c/ Conseil*, aff. jtes C-103/12 et C-165/12, *Rec. num.*, pt 176 (motivation) ; TPI, 16 décembre 1993, *Moat c/ Commission*, aff. T-58/92, *Rec.*, p. II-1443, pts 34-41 (recours prématuré) ; TPI, 21 septembre 2005, *Kadi c/ Conseil et Commission*, aff. T-315/01, *Rec.*, p. II-3649, pts 60-61 (incompétence) ; TPI, 19 octobre 2006, *Buendía Sierra c/ Commission*, aff. T-311/04, *Rec.*, p. II-4137, pts 44 et 46-47 (acte faisant grief) ; TPI, 27 novembre 2007, *Pitsiorlas c/ Conseil et BCE*, aff. T-3/00 et T-337/04, *Rec.*, p. II-4779, pts 66-67 (acte faisant grief) ; Trib. UE, 12 mai 2010, *Commission c/ Meierhofer*, aff. T-560/08 P, *Rec.*, p. II-1739, pts 36-37 (délai du pourvoi) ; Trib. UE, 17 février 2011, *FIFA c/ Commission*, aff. T-385/07, *Rec.*, p. II-205, pts 31 et 35 (qualité pour agir en annulation et délai) ; TFP, 12 mars 2009, *Hambura c/ Parlement*, aff. F-4/08, *RecFP*, pp. I-A-1-65 et II-A-1-343, pt 23 (respect de la procédure précontentieuse) ; TFP, 14 mai 2014, *Delcroix c/ SEAE*, aff. F-11/13,

renonciation, par la partie défenderesse, à une fin de non-recevoir d'ordre public ne rend pas le recours recevable⁽²⁶⁸⁾. La renonciation, par la partie requérante, à un moyen d'ordre public de fond n'empêche pas celui-ci d'emporter l'annulation de l'acte contesté. L'absence de litige entre les parties sur une règle d'ordre public n'est pas une raison suffisante pour que le juge renonce à son tour à la vérification de son respect. Cette vérification lui incombe d'office.

Toute renonciation à un moyen d'ordre public ne conduit pas pour autant à son relevé d'office. Le juge se contente parfois de prendre acte de la renonciation⁽²⁶⁹⁾. Il précise tantôt qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'affaire, de relever le moyen d'office⁽²⁷⁰⁾ ou laisse sommairement entendre que ce moyen n'est en toute hypothèse pas fondé⁽²⁷¹⁾. Il apparaît même que ce sont parfois les questions posées par le juge qui conduisent une partie à abandonner un moyen d'ordre public en cours d'instance⁽²⁷²⁾.

non publié, pts 23-24 (acte attaquant) ; TFP, 8 octobre 2015, *FT c/ AEMF*, aff. F-39/14, non publié, pts 37-39 (incompétence de l'auteur de l'acte et recevabilité au regard de la règle de concordance).

268. Concl. KOKOTT sous CJUE, 2 octobre 2014, *Strack c/ Commission*, aff. C-127/13 P, *Rec. num.*, pt 35.

269. Voy. p. ex. : TPI, 22 octobre 2002, *Pflugradt c/ BCE*, aff. jtes T-178/00 et T-341/00, *Rec.*, p. II-4035, pt 33 (respect de la procédure précontentieuse) ; TPI, 15 juin 2005, *Olsen c/ Commission*, aff. T-17/02, *Rec.*, p. II-2031, pt 61 (acte attaquant) ; TPI, 5 décembre 2006, *Angelidis c/ Parlement*, aff. T-416/03, *RecFP*, pp. I-A-2-317 et II-A-2-1607, pt 40 (délai du recours en annulation) ; TPI, 6 juin 2007, *Mediocruso c/ Commission*, aff. jtes T-251/05 et T-425/05, non publié, pt 34 (violation d'une forme substantielle) ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *J c/ Parlement*, aff. T-160/10, non publié, pt 13 (acte attaquant) ; Trib. UE, 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours (France) e.a. c/ Commission*, aff. T-31/07, non publié, pts 79-80 (qualité pour agir en annulation) ; Trib. UE, 4 février 2014, *Syrian Lebanese Commercial Bank c/ Conseil*, aff. jtes T-174/12 et T-80/13, *Rec. num.*, pts 48-49 (délai de recours) ; Trib. UE, 24 novembre 2015, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-126/14, *Rec. num.*, pts 52-53 (motivation de l'acte attaqué) ; Trib. UE, 6 juillet 2016, *Mozzetti c/ EUIPO*, aff. T-96/15, non publié, pt 14 (recevabilité du recours) ; Trib. UE, 6 juillet 2016, *Mozzetti c/ EUIPO*, aff. T-97/15, non publié, pt 14 (recevabilité du recours).

270. Voy. notamment : CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461, pt 7 (irrégularités de la procédure) ; TFP, 13 janvier 2011, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. F-77/09, non publié, pt 49 (délai de recours). Dans un souci d'économie de procédure, le juge renonce parfois à l'examen d'une cause d'irrecevabilité abandonnée par la partie défenderesse pour rejeter le recours comme étant en tout état de cause non fondé, voy. p. ex. : TFP, 12 décembre 2013, *Hall c/ Commission et CEPOL*, aff. F-22/12, non publié, pt 24.

271. Voy. p. ex. : TPI, 8 mars 2005, *D c/ BEI*, aff. T-275/02, *RecFP*, pp. I-A-51 et II-211, pts 35-36 ; TPI, 6 juin 2007, *Mediocruso c/ Commission*, aff. jtes T-251/05 et T-425/05, non publié, pts 32-33 ; Trib. UE, 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International c/ Commission*, aff. T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, pt 121 ; Trib. UE, 12 décembre 2012, *Evropaiki Dynamiki c/ EFSA*, aff. T-457/07, non publié, pts 23-24.

272. Voy. p. ex. : TPI, 15 juin 2005, *Olsen c/ Commission*, aff. T-17/02, *Rec.*, p. II-2031, pt 61 ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *J c/ Parlement*, aff. T-160/10, non publié, pt 13 ; Trib. UE,

Ces divergences apparentes de l'approche du juge s'expliquent aisément lorsque l'on admet que la renonciation par une partie à un moyen d'ordre public en cours d'instance place le juge dans la même situation, à l'égard de l'ordre public, que celle dans laquelle il se trouve en l'absence de toute invocation dudit moyen par une partie. Pas plus que l'absence de contestation, la renonciation ne saurait l'empêcher d'examiner d'office le moyen d'ordre public⁽²⁷³⁾, ni le délier de son obligation de l'examiner et de le relever d'office lorsqu'il est de nature à influencer l'issue du litige⁽²⁷⁴⁾. Partant, lorsqu'il se contente de prendre acte d'une renonciation, sa décision exprime en substance non pas une possibilité pour les parties de disposer de l'ordre public, mais un rejet par prétérition ou une absence d'incidence du moyen sur l'issue du litige. Il s'ensuit que, tandis que l'invocation du moyen d'ordre public par une partie oblige le juge à y répondre⁽²⁷⁵⁾, sauf à pouvoir statuer par économie de motifs, la renonciation à un moyen d'ordre public le délie de ce devoir lorsque les conditions d'un rejet par prétérition sont réunies⁽²⁷⁶⁾. L'on peut dès lors supposer que, lorsqu'il pose à une partie des questions qui semblent tendre à obtenir la renonciation à un moyen d'ordre public, le juge considère ce moyen comme étant non fondé et cherche à réunir les conditions pour pouvoir alléger la tâche de la rédaction de sa décision.

La possibilité pour les parties de renoncer à un moyen d'ordre public dépend ainsi dans une large mesure de l'incidence du moyen sur la solution que le juge s'apprête à donner au litige. En pratique, elles ne sont empêchées de renoncer à un tel moyen que lorsque celui-ci, fondé, est de nature à

12 décembre 2012, *Evropaïki Dynamiki c/ EFSA*, aff. T-457/07, non publié, pt 23 ; Trib. UE, 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours (France) e.a. c/ Commission*, aff. T-31/07, non publié, pt 79 ; Trib. UE, 24 novembre 2015, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-126/14, *Rec. num.*, pt 52.

273. Ainsi, dans une affaire dans laquelle la défenderesse concluait à l'irrecevabilité pour cause de tardiveté tout en s'en remettant à la sagesse de la Cour, celle-ci objecta que les règles d'ordre public n'étaient pas à la disposition des parties (CJCE, 12 décembre 1967, *Muller-Collignon c/ Commission*, aff. 4/67, *Rec.*, p. 469, spéc. pp. 478-479). De manière analogue, le Tribunal a pu affirmer qu'il lui appartenait d'examiner d'office une fin de non-recevoir d'ordre public « quelles que soient les prises de position des parties » à cet égard (TPI, 19 octobre 2006, *Buendía Sierra c/ Commission*, aff. T-311/04, *Rec.*, p. II-4137, pt 47).

274. Très clairement, le Tribunal de la fonction publique a ainsi fait observer qu'une fin de non-recevoir d'ordre public « doit [...] être examinée [...] même si elle n'a pas été soulevée par la partie défenderesse ou si [celle-ci y] a renoncé lors de l'audience » : TFP, 8 octobre 2015, *FT c/ AEMF*, aff. F-39/14, non publié, pt 38.

275. De manière discutable, la Cour de justice tend parfois à nier ce devoir. Voy. s'agissant d'une allégation tardive prise d'une violation de l'obligation de motivation : CJUE, 15 juin 2017, *Espagne c/ Commission*, aff. C-279/16 P, non publié, pts 19-21.

276. Voy. à cet égard : TFP, ord., 24 juin 2013, *Mateo Pérez c/ Commission*, aff. F-144/11, non publiée, pt 68. En refusant de renoncer à une exception d'irrecevabilité, la Commission a « obligé le Tribunal [de la fonction publique] à [l']écarter formellement [...] alors que la Commission elle-même avait admis ne pas avoir d'éléments de preuve à son soutien ». Ce tribunal en tint compte au stade de sa décision sur les dépens.

influencer cette solution. Dans un tel cas, la renonciation est inutile et dépourvue d'effet pratique car elle conduit au relevé d'office obligatoire dudit moyen. L'inutilité de renoncer au moyen d'ordre public est complétée d'une impossibilité de renoncer au bénéfice d'une règle d'ordre public.

B. L'impossibilité de droit de renoncer au bénéfice d'une règle d'ordre public

La règle d'ordre public, dont la violation donne naissance à un moyen d'ordre public, se singularise par rapport à toute autre règle de droit. Tandis que la renonciation, par un justiciable, au bénéfice d'un droit que lui confère cette dernière conduit en principe à l'irrecevabilité de toute invocation ultérieure, le justiciable ne saurait définitivement renoncer au bénéfice de la première.

Ainsi, il ressort de l'arrêt *Petrides c/ Commission*, prononcé par la Cour de justice en 1999⁽²⁷⁷⁾, qu'une partie qui a renoncé, devant le juge de première instance, à faire usage d'une garantie procédurale ne saurait plus s'en prévaloir à l'occasion du pourvoi. En l'occurrence, la requérante au pourvoi reprochait au Tribunal d'avoir fondé le rejet de certains moyens soulevés par elle sur des documents cités par la Commission, dont elle n'aurait pas eu l'occasion de vérifier la véracité. Or, observa la Cour, dès lors que la requérante aurait pu, devant le Tribunal, « présenter à l'audience toutes les observations concernant ces documents qu'elle jugeait nécessaires ou solliciter le report de l'audience afin d'analyser la réponse de la Commission, ce qu'elle n'a pas fait », elle ne pouvait plus s'en prévaloir au stade du pourvoi⁽²⁷⁸⁾.

À l'occasion de l'arrêt *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.* de 2008⁽²⁷⁹⁾, la Cour de justice exempta de ce raisonnement les garanties procédurales constitutives de moyens d'ordre public. En l'occurrence, Chronopost et La Poste, parties intervenantes en première instance et auteurs des pourvois, ont avancé *inter alia* un moyen pris d'un vice de procédure en raison de la composition irrégulière de la formation de jugement qui avait rendu l'arrêt attaqué⁽²⁸⁰⁾. S'appuyant sur l'arrêt *Petrides c/ Commission*, précité, les

277. CJCE, 9 septembre 1999, *Petrides c/ Commission*, aff. C-64/98 P, *Rec.*, p. I-5187.

278. *Id.*, pt 32. Voy. pour une confirmation : CJCE, ord., 3 février 2009, *Giannini c/ Commission*, aff. C-231/08 P, non publiée, pt 72.

279. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777.

280. L'arrêt attaqué a été rendu au terme d'une procédure de renvoi, après annulation d'un premier arrêt avec renvoi devant le juge de première instance. À l'occasion de la procédure de renvoi, l'affaire a été confiée au juge rapporteur qui était le juge rapporteur et le président de la formation de jugement qui avait rendu le premier arrêt.

parties défenderesses au pourvoi ont excipé de l'irrecevabilité de ce moyen, motif pris de ce que ladite composition n'avait pas été contestée en première instance. Dans ses conclusions, l'avocat général SHARPSTON a en substance suivi cette argumentation et proposé de déclarer ce moyen, ordinaire selon elle, irrecevable⁽²⁸¹⁾. Pour sa part, la Cour de justice, qualifiant d'ordre public le moyen pris de l'irrégularité de la composition du Tribunal, observa que « la circonstance que la Commission, partie principale en première instance, s'est abstenue de soulever devant le Tribunal l'irrégularité dont se prévalent [les requérantes au pourvoi] à l'appui de leur moyen devant la Cour, et que, en conséquence, les intéressées, intervenantes en première instance, ne seraient plus, en tout état de cause, recevables à le faire dans le cadre de leur pourvoi ne saurait être utilement invoquée pour s'opposer à l'examen, par la Cour, d'un tel moyen »⁽²⁸²⁾.

Il faut déduire de cet arrêt que le moyen d'ordre public échappe au principe issu de l'arrêt *Petrides c/ Commission*. Ce n'est pas parce qu'une partie renonce ou omet, en première instance, de critiquer la composition de la formation de jugement, qu'elle est irrecevable à la contester au stade du pourvoi⁽²⁸³⁾. En cela, l'arrêt ne fait que confirmer l'impossibilité de renoncer au bénéfice de l'ordre public et l'absence de toute incidence du comportement antérieur d'une partie à l'égard de l'ordre public sur la plus large possibilité pour elle de s'en prévaloir à un moment ultérieur. Il illustre de surcroît le potentiel effet négatif ou contraignant de cette impossible renonciation : tandis que les *parties principales* en première instance ne se sont point plaintes de la composition de la formation de jugement, les *intervenants* en première instance, auteurs des pourvois, étaient autorisés à en exciper. Cet effet serait encore accru si un intervenant privilégié, qui n'a pas participé à la procédure de première instance mais qui a formé un pourvoi contre la décision rendue au terme de celle-ci⁽²⁸⁴⁾, était autorisé à soulever de tels moyens d'ordre public.

281. Dès lors que la Commission, qui aurait pu contester la composition de la formation de jugement en première instance, y avait renoncé et serait forclosé à s'en prévaloir devant la Cour, Chronopost et La Poste, intervenantes en première instance, ne sauraient davantage invoquer un tel moyen au stade du pourvoi : concl. SHARPSTON sous l'arrêt *Chronopost et La Poste c/ UFX e.a.*, précité, pts 35-53.

282. CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 48-50.

283. Voy. pour une confirmation implicite : CJCE, 19 février 2009, *Gorostiaga Atxalandabaso c/ Parlement*, aff. C-308/07 P, *Rec.*, p. I-1059, pts 41 et s.

284. L'on se souviendra de l'affaire *France c/ Comafrika e.a.* (CJCE, 21 janvier 1999, aff. C-73/97 P, *Rec.*, p. I-185). Ce privilège des États membres et des institutions de l'Union européenne a pu être qualifié de « fort contestable » : R. JOLIET et W. VOGEL, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RMC*, 1989, n° 329, pp. 423-431, spéc. p. 430.

C'est par ailleurs cette indisponibilité, reflétée dans l'impossibilité de renoncer au bénéfice des règles d'ordre public, qui singularise ces dernières par rapport aux règles ordinaires. La lecture combinée des arrêts *Petrides c/ Commission* et *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.* induit ainsi une distinction, au sein même des règles régissant l'instance, entre celles d'ordre public et celles dépourvues de ce caractère. Tandis que les premières s'imposent aux parties, les secondes s'accordent d'une certaine disponibilité. Au rang de ces dernières, l'on doit ranger, selon la jurisprudence, les dispositions relatives à la langue de procédure⁽²⁸⁵⁾ et, contrairement à des avis doctrinaux, les dispositions portant sur l'organisation des phases écrite et orale de la procédure⁽²⁸⁶⁾.

En définitive, ces observations mettent en exergue le caractère strictement objectif du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne et de son régime. Ce constat contraste avec le régime dégagé par la Cour de justice dans le contexte du relevé d'office par le juge national en matière de droit de la consommation. Tenu d'examiner d'office l'éventuel caractère abusif des clauses figurant dans les contrats conclus avec les consommateurs, ce juge doit, en principe, laisser inappliquée une clause considérée comme abusive, « sauf si le consommateur s'y oppose ». Ledit juge doit aviser ce dernier de son intention de laisser la clause inappliquée afin que celui-ci puisse le cas échéant indiquer qu'il « entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant »⁽²⁸⁷⁾. À la différence d'une partie à un litige porté devant le juge de l'Union

285. En 1960, la Cour de justice a jugé que « les dispositions sur la langue de procédure ne peuvent être considérées comme étant d'ordre public [p]arce que la langue de procédure est celle de la partie défenderesse, à moins que celle-ci ne soit une des institutions des trois Communautés [et p]arce que, tant sur requête conjointe des parties que sur requête d'une seule partie et sans que le consentement de l'autre partie soit nécessaire, la Cour peut autoriser l'usage d'une langue officielle autre que celle de la procédure » : CJCE, 10 mai 1960, *FERAM c/ Haute Autorité*, aff. 1/60-REVI, *Rec.*, p. 353, spéc. p. 363.

286. On a pu s'interroger sur la possibilité, prévue dans les règlements de procédure et faisant exception au principe du statut selon lequel la procédure comporte deux phases, l'une écrite et l'autre orale, de statuer, les parties et l'avocat général entendus, sans audience de plaidoiries. Selon F. HUBEAU (*op. cit.*, spéc. pp. 520-521), « [o]n peut [...] se poser la question de savoir s'il est permis aux parties de disposer d'un texte qui a le même rang dans la hiérarchie des normes que les traités instituant les Communautés européennes, d'autant plus que de nombreuses règles de procédure *stricto sensu* sont considérées comme étant d'ordre public en ce qu'elles visent, au-delà de la protection des intérêts privés des plaideurs, à sauvegarder l'intérêt général par l'affirmation de principes fondamentaux s'inspirant de considérations supérieures aux intérêts particuliers, en l'espèce il pourrait s'agir de la publicité du débat judiciaire ».

287. CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08, *Rec.*, p. I-4713, pts 33 et 35. Le juge doit « tenir compte, le cas échéant, de la volonté exprimée par le consommateur lorsque, conscient du caractère non contraignant d'une clause abusive, ce dernier indique néanmoins qu'il s'oppose à ce qu'elle soit écartée, donnant ainsi un consentement libre et éclairé à la clause en question » : CJUE, 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, aff. C-472/11, *Rec. num.*, pt 35.

européenne, le consommateur européen peut ainsi renoncer au bénéfice de l'ordre public⁽²⁸⁸⁾.

La différence d'approche illustre une différence de physionomie des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne et des moyens que le juge national doit examiner d'office en vertu du droit européen de la consommation. Dans ce dernier cas, les devoirs d'office sont justifiés par un « intérêt public »⁽²⁸⁹⁾ quelque peu subjectivisé, en ce qu'il tient à la protection du consommateur face au professionnel et au rééquilibrage de leur relation contractuelle, présumée déséquilibrée eu égard à la situation d'infériorité du premier par rapport au second⁽²⁹⁰⁾. La finalité protectrice des pouvoirs d'office justifie un certain assouplissement des conséquences tirées d'une contrariété à l'ordre public⁽²⁹¹⁾, tandis qu'un tel assouplissement est d'emblée exclu face à des moyens relevant d'un ordre public objectif et neutre.

Compte tenu de la coloration plus subjective de certains moyens d'ordre public du droit du contentieux de la fonction publique européenne, un assouplissement aurait pu être envisagé par analogie avec le droit européen de la consommation⁽²⁹²⁾. Il ne l'a point été par le Tribunal de la fonction publique et il est peu probable qu'il le soit, à l'avenir, par le Tribunal, redevenu juge de première instance en matière de fonction publique. La généralité du pouvoir du juge de l'Union européenne de procéder au relevé d'office des moyens d'ordre public et du caractère obligatoire de l'exercice de ce pouvoir ainsi que l'indisponibilité généralisée de l'ordre public s'en voient confirmées. Elles se trouvent également aux soubassements de l'impossibilité pour les parties de contourner les règles d'ordre public.

288. Voy. en ce sens : CJUE, 14 avril 2016, *Sales Sinués et Drame Ba*, aff. jtes C-381/14 et C-385/14, *Rec. num.*, pt 25.

289. CJCE, 6 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*, p. I-10421, pt 38.

290. Voy. à cet égard : CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, p. I-4941, pts 25-29 ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Rec.*, p. I-10875, pts 32-34. Ces considérations sont puisées dans le système de protection des consommateurs tel que forgé dans la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JO*, 1993, L 95, p. 29).

291. Sans aller jusqu'à la consécration d'une notion d'ordre public de protection. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, B. Le fondement prétorien du pouvoir de relever d'office les moyens d'ordre public de fond (pp. 440 et s.).

292. L'on rappellera que le Tribunal de la fonction publique a pu tirer des analogies de la jurisprudence relative au relevé d'office par le juge national dans le contexte du droit européen de la consommation : TFP, 21 février 2008, *Putterie-De-Beukelaer c/ Commission*, aff. F-31/07, *RecFP*, pp. I-A-1-53 et II-A-1-261, pt 57 ; TFP, 13 avril 2011, *Vakalis c/ Commission*, aff. F-38/10, non publié, pt 38.

§ 2. – Une impossibilité de contourner l'ordre public

L'impérativité de l'ordre public est réaffirmée avec vigueur en réponse à des tentatives, parfois ingénieuses mais toujours infructueuses, des parties de le contourner ou d'y échapper. Le juge l'oppose aux tentatives unilatérales (A) ou communes des parties d'échapper aux règles d'ordre public (B).

A. *Les tentatives de contournement unilatéral*

Des requérants ont tenté de contourner les règles d'ordre public régissant la recevabilité de leurs recours, en particulier au regard des délais. En rédigeant plus ou moins habilement leurs requêtes ou demandes, ils ont cherché à se reconstituer un droit de recours en dépit d'une forclusion d'ordre public et/ou fait valoir différents arguments tirés de l'économie de procédure, de la protection juridictionnelle effective, du procès équitable, de la garantie des droits fondamentaux, de la bonne administration ou encore du devoir de diligence incombant aux institutions afin de mettre en échec les règles d'ordre public. Ces tentatives ont échoué. Elles ont été déjouées par le rappel du caractère impératif et indisponible de l'ordre public, lequel fut directement opposé au justiciable un peu trop aventureux.

Les illustrations foisonnent, tout d'abord, dans le contentieux de la fonction publique, où des fonctionnaires, ayant omis d'agir dans les délais d'ordre public, essayent de se ménager de nouveaux délais de recours par l'introduction d'une demande précontentieuse. Selon une jurisprudence constante, de tels fonctionnaires se voient régulièrement opposer l'indisponibilité des délais d'ordre public⁽²⁹³⁾. Seule l'existence de faits nouveaux substantiels peut, en effet, justifier le dépôt d'une demande de réexamen de la situation du fonctionnaire et, partant, faire renaître un droit de recours⁽²⁹⁴⁾.

293. Voy. en particulier : CJCE, 12 juillet 1984, *Moussis c/ Commission*, aff. 227/83, *Rec.*, p. 3133, pt 12 ; CJCE, 26 septembre 1985, *Valentini c/ Commission*, aff. 231/84, *Rec.*, p. 3027, pts 14 et 16 ; CJCE, 7 mai 1986, *Barcella c/ Commission*, aff. 191/84, *Rec.*, p. 1541, pt 12 ; CJCE, 13 novembre 1986, *Becker c/ Commission*, aff. 232/85, *Rec.*, p. 3401, pt 8 ; CJCE, 4 février 1987, *Pressler-Hoeft c/ Cour des comptes*, aff. 302/85, *Rec.*, p. 513, pt 5 ; CJCE, 29 juin 2000, *Politi c/ Fondation européenne pour la formation*, aff. C-154/99 P, *Rec.*, p. I-5019, pt 22 ; TPI, 14 juillet 1998, *Lebedef c/ Commission*, aff. T-42/97, *RecFP*, pp. I-A-371 et II-1071, pt 25 ; TPI, ord., 9 février 1999, *Politi c/ ETF*, aff. T-124/98, *RecFP*, pp. I-A-9 et II-29, pts 34-35.

294. Voy. en particulier : CJCE, 15 mai 1985, *Esly c/ Commission*, aff. 127/84, *Rec.*, p. 1437, pt 10 ; CJCE, 26 septembre 1985, *Valentini c/ Commission*, aff. 231/84, *Rec.*, p. 3027, pt 14 ; CJCE, 7 mai 1986, *Barcella c/ Commission*, aff. 191/84, *Rec.*, p. 1541, pt 13 ; CJCE, 13 novembre 1986, *Becker c/ Commission*, aff. 232/85, *Rec.*, p. 3401, pt 8 ; CJCE, 4 février 1987, *Pressler-Hoeft c/ Cour des comptes*, aff. 302/85, *Rec.*, p. 513, pt 6.

Ensuite, le caractère d'ordre public des délais de recours est mobilisé en dehors du contentieux de la fonction publique face à des tentatives de remise en cause d'appréciations devenues définitives, en l'absence de recours, par la présentation d'une nouvelle plainte, par exemple en matière d'aide d'État⁽²⁹⁵⁾. Il l'est encore face à la tentative d'échapper à la forclusion du recours en annulation au motif de l'inaction prolongée de l'institution défenderesse pour tirer les conséquences d'un arrêt précédent rendu dans une affaire opposant les mêmes parties⁽²⁹⁶⁾. Il l'est tout autant en cas de tentative de se reconstituer un nouveau délai sur la base de dispositions procédurales inapplicables⁽²⁹⁷⁾. Le caractère d'ordre public des délais a, par ailleurs, été opposé à la tentative d'une requérante d'échapper à la forclusion d'un recours en carence par des arguments tirés de l'incertitude de la réponse à son invitation à agir ou par l'envoi de nouvelles lettres à

295. Voy. pour une illustration : TPI, 16 septembre 1998, *Waterleiding Maatschappij c/ Commission*, aff. T-188/95, *Rec.*, p. II-3713, pt 128. La Commission avait approuvé des mesures d'aide prévues par la législation néerlandaise. Certaines de ces mesures ont fait l'objet de modifications, dont elle était saisie suite à une notification par l'État. Corrélativement, la requérante l'a saisie d'une plainte. Dans la décision attaquée, la Commission déclara compatibles avec le marché intérieur tant les mesures modifiées que, en réponse à la plainte de la requérante, les mesures qu'elle avait déjà approuvées au préalable et qui n'avaient pas été modifiées. La requérante avait qualifié pour agir en annulation contre l'appréciation de certaines mesures qui n'avaient pas été modifiées. En l'absence de recours contre l'approbation initiale, le Tribunal estima toutefois, en substance, que la décision attaquée était purement confirmative sur ce point. En particulier, la seule circonstance que « la Commission répond, à l'occasion de l'examen d'aides nouvelles, à un argument ou une demande soulevés par un plaignant à propos d'aides distinctes déjà approuvées [...] ne démontre pas en soi que celles-ci ont fait l'objet d'un nouvel examen par la Commission. Retenir une solution contraire reviendrait à admettre qu'une entreprise pourrait, par le simple dépôt d'une plainte à l'encontre de mesures d'aide déjà approuvées, proroger le délai de recours en annulation de la décision d'approbation, dans l'hypothèse où il n'aurait pas encore expiré, ou le rouvrir, dans l'hypothèse où la décision d'approbation serait devenue inattaquable au moment du dépôt de la plainte, alors que le délai [du] recours [en annulation] est d'ordre public ».

296. Voy. p. ex. : Trib. UE, 23 octobre 2015, *Oil Turbo Compressor c/ Conseil*, aff. T-552/13, *Rec. num.*, pts 78-80. Au terme d'un premier recours, la requérante avait obtenu l'annulation d'une décision instituant des mesures restrictives à son égard (Trib. UE, 26 octobre 2012, *Oil Turbo Compressor c/ Conseil*, aff. T-63/12, *Rec. num.*). Elle n'avait pas demandé l'annulation des autres actes qui la soumettaient à de telles mesures. Le Conseil tardant à supprimer son nom des listes des personnes et entités visées par lesdites mesures, elle saisit, hors délai, le Tribunal d'une demande d'annulation de ces autres actes en 2013. En réponse à l'argumentation selon laquelle « la forclusion des demandes d'annulation [était] contraire au principe de légalité de l'administration, dans la mesure où elle pouvait légitimement s'attendre à ce que, à la suite de l'arrêt [de 2012], le Conseil supprime son nom de[sdites] liste[s] », le Tribunal rappela le caractère d'ordre public du délai.

297. Voy. p. ex. : Trib. UE, 8 juin 2016, *Monster Energy c/ EUIPO*, aff. T-583/15, *Rec. num.*, pts 41-45. La partie requérante a tenté de reconstituer, par le biais de la procédure de *restitutio in integrum* devant l'EUIPO, un nouveau délai de recours après avoir laissé s'écouler le délai de recours contre la décision de rejet de son recours formé devant une chambre de recours de l'Office.

l'organe en cause⁽²⁹⁸⁾. De même, il est régulièrement objecté à des tentatives de mettre en échec les délais pour des motifs d'équité, de protection juridictionnelle effective, de procès équitable ou de respect des droits fondamentaux⁽²⁹⁹⁾.

Enfin, il a été jugé qu'un justiciable ne saurait, par une rédaction habile d'un recours indemnitaire, induire en erreur sur l'origine de son préjudice et contourner ainsi les délais d'ordre public⁽³⁰⁰⁾.

En dehors du domaine des délais d'ordre public de forclusion, l'on peut noter une affaire dans laquelle une requérante a formulé une demande indemnitaire pour la première fois dans la réplique en faisant notamment valoir que sa présentation à ce stade était « judicieuse pour des raisons d'économie de la procédure ». Le Tribunal l'écarta comme irrecevable en raison de l'immutabilité du litige. Aux motifs d'économie de procédure allégués, il opposa l'indisponibilité des conditions d'ordre public, relevant que le fait d'« autoriser la requérante à saisir le Tribunal, par la réplique, d'une demande en indemnité nouvelle [...] reviendrait à [l']autoriser [...] à passer outre ces conditions de recevabilité d'ordre public »⁽³⁰¹⁾.

Ce sont, à l'inverse, des considérations d'économie de procédure qui ont conduit le Tribunal à écarter, dans le cadre de l'examen d'une situation de litispendance, une argumentation fondée sur l'introduction d'un recours « par précaution » en refusant de subordonner le rejet du recours comme irrecevable pour cause de litispendance à la vérification préalable de la recevabilité du premier recours introduit⁽³⁰²⁾.

298. Voy. pour une illustration : Trib. UE, ord., 24 juin 2016, *Onix Asigurări c/ AEAPP*, aff. T-590/15, *Rec. num.*, pts 41-42.

299. Voy. p. ex. : CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 101 ; CJUE, ord., 16 novembre 2010, *Internationale Fruchthandels-Gesellschaft Weichert c/ Commission*, aff. C-73/10 P, *Rec.*, p. I-11535, pts 50-52 ; Trib. UE, ord., 1^{er} septembre 2011, *Maftah c/ Commission*, aff. T-101/09, non publiée, pt 41 ; Trib. UE, ord., 1^{er} septembre 2011, *Elosta c/ Commission*, aff. T-102/09, non publiée, pt 41 ; TFP, ord., 5 juillet 2011, *Coedo Suárez c/ Conseil*, aff. F-73/10, non publiée, pt 43. Voy. déjà : CJCE, 15 janvier 1987, *Misset c/ Conseil*, aff. 152/85, *Rec.*, p. 223, pts 4 et 11 ; CJCE, ord., 17 mai 2002, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-406/01, pt 20. À propos de cette jurisprudence, voy. déjà nos développements *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, A. L'irrecevabilité du recours (pp. 648 et s.).

300. Voy., en matière de fonction publique, à propos d'une tentative de contourner le délai du recours en annulation par la présentation d'un recours en indemnité de nature « à éviter d'affirmer que les dommages résultent de l'illégalité de certains actes » : TPI, ord., 10 novembre 2009, *Tiralongo c/ Commission*, aff. T-180/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-117 et II-B-1-711, pt 25 ; Trib. UE, 13 décembre 2012, *A c/ Commission*, aff. T-595/11 P, non publié, pt 112.

301. Trib. UE, 23 octobre 2015, *Oil Turbo Compressor c/ Conseil*, aff. T-552/13, *Rec. num.*, pts 84, 86-88 et 91.

302. En l'occurrence, sous forme d'adaptation des conclusions en cours d'une instance antérieure : Trib. UE, ord., 12 septembre 2016, *Ezz c/ Conseil*, aff. T-268/16, non publiée, pts 16-17 ; Trib. UE, ord., 12 septembre 2016, *Salama e.a. c/ Conseil*, aff. T-269/16, non publiée, pts 16-17.

Cette utilisation relativement constructive ou offensive de l'ordre public par le juge pour enrayer des tentatives d'assouplissement, de remise en cause ou de contournement des règles d'ordre public, reflète la simple exigence de respect du droit par chacune des parties au litige. Elle se singularise toutefois par la manière dont le juge se sert de l'ordre public pour l'opposer explicitement à une partie qui cherche, par une argumentation plus ou moins habile, à y échapper et à le contourner. L'indisponibilité de l'ordre public pour les parties s'en voit réaffirmée. Elle transparait également dans les affaires dans lesquelles les parties ont tenté, d'un commun accord, d'échapper à certaines règles d'ordre public.

B. Les tentatives de contournement par accord des parties

L'ordre public s'impose non seulement à chaque partie prise individuellement, mais également à leur volonté commune. En témoignent des illustrations relatives aux règles d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Les parties ne peuvent, même par concours de volontés, soustraire des litiges à la compétence exclusive du juge de l'Union européenne ou, à l'inverse, lui soumettre des litiges étrangers à sa compétence. Leur volonté n'est prise en compte que dans des conditions limitées, à l'occasion du contentieux des clauses compromissaires. Elles ne peuvent davantage décider, même d'un commun accord, de saisir le juge en méconnaissance des règles de recevabilité⁽³⁰³⁾. Celles-ci relèvent, en effet, de l'appréciation du juge et non de la volonté des parties⁽³⁰⁴⁾.

Ainsi, le Tribunal a jugé que les parties ne sauraient étendre, par la voie contractuelle, les conditions d'ordre public de recevabilité d'un recours en annulation. Il apporta cette précision à l'occasion de l'interprétation, dans un litige relatif au remboursement de certaines sommes par un cocontractant de la Commission, d'une clause contractuelle selon laquelle les bénéficiaires de ces sommes pouvaient former un recours contre les décisions de la Commission relatives à l'application des stipulations du contrat et aux modalités de sa mise en œuvre devant le Tribunal. Cette

303. Cette observation n'est pas sans rappeler l'irrecevabilité d'un renvoi préjudiciel opéré par une juridiction nationale à l'occasion d'un litige construit, fictif, dans le but d'obtenir une décision préjudicielle (CJCE, 16 décembre 1981, *Foglia c/ Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, pts 18, 20 et 27-31). Voy. à ce propos : A. BARAV, « Imbroglia préjudiciel – À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia C. Novello », *RTDE*, 1982, pp. 431-483, réimpr. in *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97-160 ; K. LIPSTEIN, « *Foglia v. Novello* – Some Unexplored Aspects », F. CAPOTORTI *et al.* (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 373-385.

304. Voy. à cet égard : TPI, ord., 11 mai 1992, *Whitehead c/ Commission*, aff. T-34/91, *Rec.*, p. II-1723, pts 19 et 31.

clause faisait l'objet de lectures différentes par les cocontractants. Elle constituait, selon la requérante, une clause compromissaire, tandis qu'elle ne formait, selon la Commission, qu'un simple rappel de la compétence du Tribunal pour statuer sur des recours en annulation. Le Tribunal écarta la lecture de la Commission en ce qu'elle « entraînerait une extension, par la voie contractuelle, des conditions de recevabilité du recours en annulation consacrées à l'article 263 TFUE et interprétées par la jurisprudence, alors même que ces conditions sont d'ordre public [...] et ne sauraient, dès lors, être laissées à la disposition des parties ». En effet, selon le Tribunal, ladite clause s'appliquait aux « décisions prises par la Commission sur le fondement des stipulations du contrat et qui sont indissociables de la relation contractuelle » et, partant, insusceptibles de recours en annulation⁽³⁰⁵⁾.

Dans une autre affaire, face à l'accord des parties au litige quant à sa compétence, le Tribunal prit argument du caractère d'ordre public de celle-ci et fit observer qu'il « n'[était] donc pas lié par la position des parties concernant sa compétence à connaître du présent recours et [qu']il lui appart[enai]t d'examiner s'il ne [devait] pas, les parties entendues, relever d'office une fin de non-recevoir tirée de son incompétence à connaître, en tout ou partie, dudit recours »⁽³⁰⁶⁾. Si le Tribunal s'est *in fine* déclaré compétent, son arrêt n'en illustre pas moins les potentialités de l'ordre public, face auquel tout accord entre les parties au litige tombe.

C'est, dès lors, également en vain qu'une partie requérante tente de se prévaloir d'un tel accord, au titre d'un « principe de loyauté procédurale » et en raison d'une prétendue « volonté [de la partie défenderesse] de voir les questions de fond tranchées » par le juge. En effet, « une telle volonté de la part de la partie défenderesse ne saurait lier [ce dernier] dans son appréciation de la recevabilité », les conditions de recevabilité revêtant un caractère d'ordre public et n'étant, partant, pas à la disposition des parties⁽³⁰⁷⁾.

De manière plus prosaïque, le juge a pu, d'office, examiner et clarifier l'importante question de la recevabilité au regard de la règle de la concordance du contentieux de la fonction publique d'une exception d'illégalité non soulevée par le fonctionnaire au stade précontentieux malgré l'accord explicite des parties en faveur de cette recevabilité⁽³⁰⁸⁾.

305. Trib. UE, 24 octobre 2014, *Technische Universität Dresden c/ Commission*, aff. T-29/11, *Rec. num.*, pts 60-63.

306. Trib. UE, 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ BEI*, aff. T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, pt 32.

307. Trib. UE, ord., 15 décembre 2010, *Albertini e.a. c/ Parlement*, aff. jtes T-219/09 et T-326/09, *Rec.*, p. II-5935, pt 56.

308. TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pts 23-24. Voy. *supra*, notes n^{os} 26 à 28 du présent Chapitre.

De même, il a d'office tranché un débat entre les parties sur le fondement de la qualité pour agir, laquelle n'était pas contestée en tant que telle, des requérantes pour demander l'annulation d'un règlement déterminant le droit antidumping que celles-ci, en leur qualité de producteur-exportateur et importateur, devaient payer⁽³⁰⁹⁾.

Dans l'ensemble, l'indisponibilité et l'effet contraignant de l'ordre public à l'égard des parties se traduisent ainsi par une impossibilité pour elles d'échapper à la vérification de son respect par le juge. Une partie ne peut ni renoncer à son bénéfice, ni le contourner ou le déjouer à son avantage. L'ordre public s'impose face aux souhaits et à la volonté de chacune des parties prise individuellement, ainsi qu'à leur volonté commune. Le juge de l'Union européenne n'opère à ce titre aucune distinction entre l'ordre public de la procédure juridictionnelle et l'ordre public substantiel. Or, en particulier en matière de recevabilité, l'indisponibilité et l'impérativité de l'ordre public peuvent s'avérer particulièrement désavantageuses pour un justiciable lorsqu'à un stade administratif, précontentieux, l'autre partie ne s'est pas prévaluée des règles d'ordre public et a fait naître un espoir légitime qu'un recours contentieux ultérieur puisse aboutir. De telles considérations auraient pu militer en faveur d'une dissociation du régime des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle d'un côté et de ceux du fond de l'autre. Au sujet des premiers, le juge aurait pu tirer les conséquences d'un comportement déloyal d'une partie défenderesse, en refusant l'invocation tardive en contradiction avec une position prise antérieurement et le relevé d'office d'un moyen auquel ladite partie avait, du moins implicitement, renoncé. De telles évolutions ont pu être entamées devant des juridictions nationales ou suggérées par la doctrine au nom de « la satisfaction de principes nouveaux d'économie, de célérité et de loyauté de la procédure »⁽³¹⁰⁾. À l'inverse, toutefois, elles paraissent difficilement conciliables avec le devoir du juge d'assurer, même d'office

309. Trib. UE, 12 décembre 2014, *Crown Equipment (Suzhou) et Crown Gabelstapler c/ Conseil*, aff. T-643/11, *Rec. num.* (extraits), pts 24-34. Tandis que les requérantes estimaient que ce règlement devait être qualifié d'acte réglementaire les concernant directement et ne comportant pas de mesures d'exécution, la Commission et le Conseil contestaient cette qualification et estimaient en substance que la qualité pour agir des requérantes découlait de leur affectation directe et individuelle. Le Tribunal confirma l'affectation directe et individuelle d'une des deux requérantes, en sa qualité de producteur-exportateur, et déclara le recours recevable, sans examiner la qualité pour agir de l'autre requérante et sans examiner si le règlement attaqué constituait un acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution.

310. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté procédurale au-dessus de l'ordre public. L'irrecevabilité du moyen renégat devant la Cour de cassation de Belgique », in J.-M. COULON (dir.), *op. cit.*, pp. 425-436, spéc. p. 435.

et contre la volonté des parties ou en dépit des erreurs de ces dernières, le respect des règles d'ordre public⁽³¹¹⁾. C'est peut-être pour cette raison que le juge de l'Union européenne ne s'est, pour l'heure, pas engagé dans cette voie. Ce juge n'a pas pour autant entièrement fermé les yeux. En effet, c'est au regard de telles circonstances, doublement pénalisantes pour la partie qui se voit opposer une règle d'ordre public, que le juge assouplit exceptionnellement les effets contraignants de l'ordre public ou tient compte du comportement d'une partie et de sa contribution à sa saisine ou à la naissance du litige. Sans affecter le caractère objectif du moyen d'ordre public, le juge introduit ainsi une dose de subjectivité dans son régime.

Sous-section 2. – UN PRINCIPE ATTÉNUÉ EN MATIÈRE DE RECEVABILITÉ

Devant les juridictions de l'Union européenne, toute partie défenderesse peut contester la recevabilité d'une demande à tout moment de la procédure, quel qu'eût été son comportement à l'occasion de la procédure administrative ou précontentieuse. Exceptionnellement, son comportement passé est pris en considération par le juge pour apprécier la recevabilité d'un recours. Ce faisant, le juge met en balance les intérêts opposés des parties au litige et l'ordre public. Il protège les intérêts de la partie perdante. L'entorse ainsi portée à l'indisponibilité de l'ordre public procédural et à son invocabilité est toutefois plus apparente que réelle (§ 1). En revanche, la rigueur de l'ordre public peut être assouplie pour des considérations d'équité, par une prise en compte, au stade des dépens, du comportement adopté et de l'attitude affichée par la partie gagnante. Sans porter atteinte à l'ordre public, le juge rééquilibre dans une certaine mesure les positions des parties au litige (§ 2).

§ 1. – La prise en compte exceptionnelle de l'attitude de la partie défenderesse au stade de l'appréciation de la recevabilité

Au nom de l'indisponibilité et de l'impérativité de l'ordre public, il n'est pas interdit à une partie défenderesse de se contredire en admettant, au stade administratif ou précontentieux, la recevabilité d'une demande

311. L'on renverra à cet égard aux réflexions de G. BOLARD (« Le moyen contraire aux précédentes écritures », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 51-57, spéc. pp. 56-57) sur le « moyen contraire » de cassation et, plus spécifiquement, à sa considération selon laquelle « l'erreur des parties [ne saurait libérer] le juge des devoirs de sa charge », pas plus qu'elle « ne saurait travestir les devoirs du juge en simples facultés ».

dont elle soulève, devant le juge, l'irrecevabilité. Cependant, le juge tient exceptionnellement compte d'une telle contradiction et procède à une appréciation de la recevabilité du recours à la lumière du comportement passé de la partie défenderesse.

De rares exemples existent en ce sens, à propos de l'appréciation de la capacité à ester en justice d'entités dont la personnalité morale en vertu du droit d'un État membre n'est pas établie. En principe, une personne morale n'est, en effet, autorisée à ester en justice devant les juridictions de l'Union européenne qu'à la condition d'être en mesure d'établir sa personnalité juridique et, pour une personne morale de droit privé, d'apporter, à cette fin, la preuve de son existence juridique⁽³¹²⁾.

Par exception, le juge tient compte du fait qu'une entité, qui n'a pas apporté cette preuve, a été traitée comme une entité juridique indépendante par la partie défenderesse au cours d'une procédure précédant l'introduction du recours. Il le fit à l'occasion de recours formés par des associations syndicales représentatives des fonctionnaires, disposant de l'autonomie nécessaire pour agir comme entités responsables dans les rapports juridiques et reconnues comme interlocutrices par l'institution défenderesse⁽³¹³⁾. Il l'envisagea à propos de sociétés établies dans des États tiers que les institutions de l'Union européenne avaient traitées comme des entités juridiques indépendantes lors de procédures en matière de dumping⁽³¹⁴⁾. De même, il reconnut la capacité à ester en justice d'une entité qui avait été admise à soumissionner dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres et qui contestait la décision de retenir l'offre d'un autre soumissionnaire⁽³¹⁵⁾. Dans une autre affaire, il tint compte des exigences de protection juridictionnelle effective, de cohérence et de justice, pour reconnaître la capacité d'agir d'une entité soumise à des mesures restrictives

312. Elle doit alors présenter un extrait récent du registre du commerce ou des associations ou tout autre document officiel : art. 78, § 4, RP/T (2015).

313. CJCE, 8 octobre 1974, *Union syndicale – Service public européen e.a. c/ Conseil*, aff. 175/73, *Rec.*, p. 917, pts 9-13 ; CJCE, 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel des organismes européens c/ Commission*, aff. 18/74, *Rec.*, p. 933, pts 5-9. Voy., *a contrario*, pour un exemple de refus de prendre en considération des échanges de courriels entre la requérante et la Commission : Trib. UE, ord., 21 janvier 2014, *EPAW c/ Commission*, aff. T-168/13, non publiée, pts 23-25.

314. Dès lors, releva le Tribunal dans un raisonnement surabondant, « les institutions [...] ne sauraient [leur] nier [...], lors de la procédure contentieuse qui a succédé à cette procédure administrative, la qualité de personne juridique indépendante » : TPI, 11 juillet 1996, *Sinochem Heilongjiang c/ Conseil*, aff. T-161/94, *Rec.*, p. II-695, pts 31 et 34 ; TPI, 25 septembre 1997, *Shanghai Bicycle c/ Conseil*, aff. T-170/94, *Rec.*, p. II-1383, pts 26 et 29.

315. CJCE, 28 octobre 1982, *Groupeement des Agences de voyages c/ Commission*, aff. 135/81, *Rec.*, p. 3799, pts 8-11.

prises dans le cadre de la PESC⁽³¹⁶⁾. Plus récemment, le Tribunal reconnu, sur la base de ces précédents, la capacité du Front Polisario⁽³¹⁷⁾ pour agir en annulation d'une décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord de libéralisation des échanges et d'association entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc, en ce qu'elle aurait approuvé l'application de cet accord au territoire du Sahara occidental⁽³¹⁸⁾. Son arrêt fut toutefois annulé sur pourvoi⁽³¹⁹⁾.

Cette « jurisprudence assez hétéroclite »⁽³²⁰⁾ et très exceptionnelle semble bâtir une sorte de limite à l'indisponibilité, à l'impérativité et à la rigueur de l'ordre public procédural par la prise en compte de l'attitude passée d'une institution européenne dans le domaine de l'établissement de la capacité d'ester en justice de certaines entités. En réalité, elle illustre le souci du juge d'aboutir à une interprétation d'une condition de recevabilité qui soit réaliste, pragmatique et respectueuse du principe de protection juridictionnelle effective⁽³²¹⁾.

316. CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pts 107-112. La Cour de justice confère un certain « pouvoir créateur intéressant » au Conseil (A. CUYVERS, Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, *CML Rev.*, 2008, pp. 1487-1505, spéc. p. 1497). L'arrêt a surtout retenu l'attention pour les développements consacrés à la qualité pour agir des requérants individuels (voy. à ce propos : S. MARCIALI, « Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales. Quelques réactions à l'arrêt CJCE du 18 janvier 2007, *PKK et KNK/Conseil de l'Union européenne*, aff. C-229/05 », *RMCUE*, 2007, pp. 379-389 ; É. MEISSE, « La recevabilité du recours et l'article 34 de la CEDH », *Europe*, 2007, n° 3, comm. 82). Voy. également, plus récemment, à propos du « statut juridique » du Ministère iranien de l'énergie qui a été admis à agir en annulation des actes instituant des mesures restrictives à son égard alors même qu'« il n'[était] pas pourvu d'une personnalité juridique distincte de celle [du gouvernement iranien] » : Trib. UE, 8 septembre 2015, *Ministry of Energy of Iran c/ Conseil*, aff. T-564/12, *Rec. num.*, pts 20-27.

317. Front populaire pour la libération de la sagaia-el-hamra et du rio de oro. Le Front Polisario se définit comme mouvement national de libération du Sahara occidental. Il reconnaissait ne pas avoir la personnalité morale selon le droit d'un État.

318. Trib. UE, 10 décembre 2015, *Front Polisario c/ Conseil*, aff. T-512/12, *Rec. num.*, pts 48-60. Déclarant le recours recevable, le Tribunal l'accueillit au fond, ce qui appela des critiques en doctrine : F. DUBUISSON et G. POISSONNIER, « La question du Sahara occidental devant le Tribunal de l'Union européenne : une application approximative du droit international relatif aux territoires non autonomes », *JDI*, 2016, n° 2, var. 3 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « Le Tribunal et le droit international des traités : un arrêt déconcertant... », *Europe*, 2016, n° 2, étude 1.

319. La Cour de justice rejeta le recours comme irrecevable : CJUE, 21 décembre 2016, *Conseil c/ Front Polisario*, aff. C-104/16 P, *Rec. num.*

320. D. SIMON et A. RIGAUX, *op. cit.*, § 8.

321. Cette observation n'est pas contradictoire avec l'impérativité du délai du recours en annulation, que nous avons précédemment relevée. En effet, comme cela a pu être observé, le droit au juge exerce une influence variable sur les conditions de recevabilité. Ainsi, le juge de l'Union européenne « éprouv[e] une certaine réticence à faire triompher le droit au juge sur les règles relatives aux recours qui découlent des traités lorsque celles-ci [lui] paraissent complètes et explicites ». Tel est le cas notamment dudit délai. En revanche, « [l]orsque les règles ne sont pas expressément fixées par les dispositions du traité et qu'elles résultent de

Un constat analogue s'impose à nos yeux lorsque, dans des circonstances exceptionnelles⁽³²²⁾, le juge « excuse » la tardiveté d'un recours en raison du comportement de la partie défenderesse au titre d'une erreur excusable pour des motifs de sécurité juridique et de confiance légitime⁽³²³⁾. Selon la jurisprudence, « une telle erreur peut se produire, notamment, lorsque l'institution concernée a adopté un comportement de nature, à lui seul ou dans une mesure déterminante, à provoquer une confusion admissible dans l'esprit d'un justiciable de bonne foi et faisant preuve de toute la diligence requise d'un opérateur normalement averti »⁽³²⁴⁾. La conciliation entre l'excuse, « dérogation à l'application [des règles relatives aux délais] »⁽³²⁵⁾, et l'impérativité de l'ordre public est assurée par une interprétation restrictive⁽³²⁶⁾ de l'erreur excusable⁽³²⁷⁾.

Enfin, l'on pourrait rapprocher ces observations des réflexions sur la prise en compte d'erreurs commises par les institutions, organes ou organismes de l'Union européenne au cours d'une procédure administrative précédant le recours et sur leur incidence sur la recevabilité de celui-ci. L'on pourrait se référer, en matière d'accès aux documents, aux réflexions théoriques relatives au caractère opposable du délai de forclusion du recours en annulation en l'absence d'indication de celui-ci par l'auteur d'un acte individuel⁽³²⁸⁾ ou bien à la prise en compte pratique, par le Tribunal,

la jurisprudence, le principe de droit au juge devrait pouvoir produire plus d'effets ». Tel est le cas par exemple de la notion d'acte attaquant (F. PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in J.-C. MASCLET *et al.* [dir.], *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 907-920, spéc. pp. 916-917) ou bien, comme relevé ci-dessus, de la définition de la capacité à agir.

322. Voy. p. ex. : CJUE, 14 décembre 2016, *SV Capital c/ ABE*, aff. C-577/15 P, *Rec. num.*, pt 59.

323. Voy. à propos des liens entre l'erreur excusable, la sécurité juridique et la confiance légitime : TPI, 29 mai 1991, *Bayer c/ Commission*, aff. T-12/90, *Rec.*, p. II-219, pts 28-29.

324. CJCE, 15 mai 2003, *Pitsiorlas c/ Conseil et BCE*, aff. C-193/01 P, *Rec.*, p. I-4837, pt 24 ; CJUE, 14 décembre 2016, *SV Capital c/ ABE*, aff. C-577/15 P, *Rec. num.*, pt 59.

325. CJCE, ord., 17 mai 2002, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-406/01, *Rec.*, p. I-4561, pt 21.

326. TPI, 29 mai 1991, *Bayer c/ Commission*, aff. T-12/90, *Rec.*, p. II-219, pt 29 ; TPI, 16 mars 1993, *Blackman c/ Parlement*, aff. jtes T-33/89 et T-74/89, *Rec.*, p. II-249, pt 34 ; TPI, 9 mars 2000, *Libéros c/ Commission*, aff. T-29/97, *RecFP*, pp. I-A-43 et II-185, pt 30.

327. En particulier, un requérant ne saurait se prévaloir d'une telle erreur lorsque la partie défenderesse a omis de mettre en doute la compétence d'une commission de recours ou la recevabilité d'un recours précontentieux (voy. en ce sens : CJUE, 14 décembre 2016, *SV Capital c/ ABE*, aff. C-577/15 P, *Rec. num.*, pt 61), ce qui permet d'assurer la cohérence de cette jurisprudence avec la grande latitude de la partie défenderesse pour contester, même tardivement, la recevabilité du recours.

328. Voy. à ce dernier propos, en particulier, les réflexions approfondies de l'avocat général MENGIOZZI (concl. sous CJUE, 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds c/ Commission*, aff. C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, pts 97 et 106-119). Sur un plan général, il convient de noter que la Cour de justice a cependant exclu l'existence d'une obligation générale à charge des institutions d'informer les destinataires de leurs actes des recours juridictionnels ouverts et

d'un vice de forme tenant à l'absence d'information sur les étapes de la procédure pour exceptionnellement étendre la notion d'acte attaquant⁽³²⁹⁾.

Ces hypothèses ne conduisent, dès lors, qu'en apparence à infléchir l'objectivité de l'ordre public procédural et le principe selon lequel celui-ci peut être invoqué par une partie défenderesse sans égard à son attitude antérieure. En revanche, l'attitude de cette dernière peut être sanctionnée au stade de la décision sur les dépens, ce qui peut, en pratique, affecter la substance même dudit principe.

§ 2. – L'atténuation de la rigueur de l'ordre public au stade des dépens

La répartition des dépens des parties principales dans les recours directs⁽³³⁰⁾ est, pour l'essentiel, fondée sur la « règle du “perdant-payeur” »⁽³³¹⁾, selon laquelle la partie qui succombe est condamnée aux entiers dépens, s'il est conclu en sens par l'autre partie⁽³³²⁾. En cas d'accueil partiel du recours, le juge opère un véritable partage des dépens entre les parties⁽³³³⁾. Les règlements de procédure prévoient toutefois une possibilité

de leurs délais : CJCE, ord., 5 mars 1999, *Guérin automobiles c/ Commission*, aff. C-153/98 P, *Rec.*, p. 1441, pts 13 et 15. Voy. pour une reprise par le Tribunal : TPI, 15 janvier 2009, *Braun-Neumann c/ Parlement*, aff. T-306/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-1 et II-B-1-1, pt 34 ; Trib. UE, 23 octobre 2015, *Oil Turbo Compressor c/ Conseil*, aff. T-552/13, *Rec. num.*, pt 68.

329. Tandis que le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (*JO*, 2001, L 145, p. 43), impose au demandeur d'accès à des documents de saisir l'institution d'une demande confirmative après rejet de sa demande initiale, de sorte que seule la décision prise en réponse à ladite demande confirmative est susceptible de recours, le Tribunal accepta, dans l'intérêt d'une protection juridictionnelle effective, d'être saisi d'un recours contre une décision initiale au motif que le Parlement avait omis d'informer les parties requérantes de leur droit de présenter une demande confirmative (Trib. UE, 28 mars 2012, *Egan et Hackett c/ Parlement*, aff. T-190/10, non publié, pts 45-46). Voy. pour une autre illustration : TPI, 9 septembre 2009, *Brink's Security Luxembourg c/ Commission*, aff. T-437/05, *Rec.*, p. II-3233, pts 54 et 63-75, voy. *supra*, note n° 303 du Chapitre intitulé « Les moyens d'ordre public liminaires de garantie de la procédure juridictionnelle ».

330. Voy. à propos des dépens dans le droit du contentieux de l'Union européenne, en particulier, l'étude fournie de S. MAIL-FOUILLEUL, *Les dépens dans le contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 549 p.

331. Selon les termes empruntés à H. TAGARAS, « Le Tribunal de la fonction publique et la question des dépens », in A. DE WALSCHE (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 971-1001, spéc. p. 975.

332. Antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique le 1^{er} novembre 2007, les dépens dans le contentieux de la fonction publique étaient soumis à un régime dérogatoire aux termes duquel le fonctionnaire, même perdant, ne pouvait, en principe, être condamné à supporter les dépens de l'institution gagnante. Voy. à ce propos, en particulier : H. TAGARAS, *op. cit.*

333. Art. 138 RP/C (2012) ; art. 134 RP/T (2015) ; art. 101 et 103 RP/TFP (2014).

de condamner une partie, même gagnante, à rembourser à l'autre partie les frais frustratoires ou vexatoires ainsi qu'une possibilité, pour le Tribunal et, dans le passé, le Tribunal de la fonction publique, de tenir compte de considérations d'équité et de l'attitude de la partie gagnante, même avant l'introduction du recours⁽³³⁴⁾. À ce titre, le juge peut tenir compte de l'attitude et du comportement des parties au litige et de leur contribution éventuelle à la naissance d'un litige inutile. Il atténue la rigueur de l'ordre public procédural opposé à une partie requérante qui, du fait du comportement de la partie défenderesse, a pu croire en toute bonne foi à la recevabilité de son action. Les dépens sont également susceptibles d'être modulés dans le contexte de la théorie de l'inexistence juridique. Tandis que la modulation des dépens s'agissant d'un recours contre un acte juridiquement inexistant (A) tient compte de la réalité juridique et comble une lacune des textes, la prise en compte de l'attitude et du comportement des parties au stade de la décision sur les dépens (B) illustre une certaine forme de subjectivisation du jeu de l'ordre public.

A. La modulation des dépens s'agissant d'un recours contre un acte juridiquement inexistant

Le droit du contentieux de l'Union européenne ne prévoit pas de voie de droit spécialement destinée au constat d'inexistence juridique d'un acte matériellement existant. Mise en cause dans le cadre d'un recours en annulation, l'inexistence juridique conduit à l'irrecevabilité de celui-ci, faute d'acte attaquant. Formellement, la partie défenderesse obtient gain de cause, de sorte que les dépens devraient être mis à la charge de la partie requérante. Une telle règle est toutefois sévère et inéquitable, dès lors que le constat d'inexistence juridique découle de l'illégalité particulièrement grave et évidente dont l'acte est entaché. Cette illégalité extraordinaire milite en faveur d'une dérogation à la règle générale de répartition des dépens.

Dans une jurisprudence très peu développée à cet égard, le juge tend à tenir compte de telles considérations.

334. Art. 139 RP/C (2012); art. 135 RP/T (2015); art. 102 RP/TFP (2014). Ces dispositions ont fait l'objet de modifications lors de la réforme des règlements de procédure. Antérieurement, une dérogation à la règle générale était permise pour des « motifs exceptionnels ». La référence à ceux-ci a été supprimée des nouveaux règlements de procédure. Dans le règlement de procédure du Tribunal de 2015, cette suppression a été comblée par une référence à l'équité, en sus de la prise en compte des « frais frustratoires ou vexatoires ». En revanche, le règlement de procédure de la Cour de justice de 2012 ne prévoit plus qu'une dérogation pour « frais frustratoires ou vexatoires », dont l'appréciation peut cependant, comme cela a été illustré et démontré par S. MAIL-FOUILLEUL (*op. cit.*, spéc. pp. 145-146 et 158), être fondée sur la prise en compte de considérations d'équité sous-jacentes.

Ainsi, dans l'affaire *BASF e.a. c/ Commission* en 1992, le Tribunal a rejeté le recours comme irrecevable en ce qu'il était porté contre une décision juridiquement inexistante tout en condamnant la Commission aux dépens pour « motifs exceptionnels »⁽³³⁵⁾. En revanche, à l'occasion de l'affaire *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité* de 1957, la Cour de justice avait mis à la charge de la partie requérante les entiers dépens alors même que l'acte litigieux avait été déclaré juridiquement inexistant⁽³³⁶⁾. Cette solution a pu être critiquée⁽³³⁷⁾. Elle peut toutefois s'expliquer dès lors que le recours de la Société des Usines à tubes de la Sarre paraissait en toute hypothèse irrecevable car dirigé contre un avis insusceptible de recours⁽³³⁸⁾. Dans ces circonstances, il n'est nullement inéquitable de mettre à charge de la requérante les dépens. Telle eût en effet été la conséquence si la Cour n'avait pas constaté l'inexistence juridique et rejeté le recours pour un autre motif d'irrecevabilité. Par contraste, le recours formé par BASF et autres l'était dans le respect des conditions de recevabilité⁽³³⁹⁾. Or, dans un tel cas, mettre la charge des dépens sur le requérant serait excessivement sévère.

La gravité extraordinaire des vices entachant l'acte justifie alors, pour des raisons d'équité, de ne pas charger la partie requérante des dépens. Une telle solution tient également compte du fait que, au fond, le justiciable a eu raison de contester l'acte. Comblant l'absence de règle spécifique, le juge cherche une solution équitable, pragmatique et réaliste pour la répartition des dépens afin de rétablir l'équilibre entre les parties. Dans d'autres circonstances, il tient compte de la contribution de la partie défenderesse, en raison de son comportement à un stade administratif ou précontentieux de la procédure, à la naissance du litige et à sa saisine.

335. TPI, 27 février 1992, *BASF e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-79/89, T-84/89 à T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, p. II-315, pts 102-103 (constat d'inexistence juridique invalidé : CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pts 52-53 et 76-78).

336. CJCE, 10 décembre 1957, *Sté des Usines à tubes de la Sarre c/ Haute Autorité*, aff. jtes 1/57 et 14/57, *Rec.*, p. 201, spéc. pp. 219-220.

337. Voy. en particulier : H. A. WIEACKER, « Die Lehre vom Verwaltungshandeln. Les actes administratifs », in K. CARSTENS et B. BÖRNER (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, 687 p., pp. 489-495, spéc. p. 492.

338. Voy. notamment : A. BONAERT *et al.*, *op. cit.*, spéc. pp. 46-47.

339. Notons, en effet, qu'après avoir invalidé le recours à la théorie de l'inexistence par le Tribunal et annulé l'arrêt de ce dernier, la Cour de justice a évoqué l'affaire et annulé la décision attaquée : CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. I-2555, pts 52-53 et 76-78.

B. *La prise en compte de l'attitude et du comportement des parties au stade de la décision sur les dépens*

Les juges du fond peuvent assurer, à travers leur décision sur les dépens, une véritable police de l'équité ou de la loyauté des comportements et attitudes adoptés par les parties au cours du litige. Une partie, même gagnante, peut être condamnée au remboursement de frais jugés frustratoires ou vexatoires ou se voir imposer la charge (d'une partie) des dépens pour des considérations d'équité, eu égard à son attitude en cours de procédure précontentieuse ou contentieuse. La répartition des dépens prend ainsi une coloration plus subjective⁽³⁴⁰⁾ et devient le vecteur d'une sanction de comportements déloyaux, excessifs, inéquitables des parties, qui ont complexifié le cours de l'instance, voire contribué à la naissance du litige et à la saisine du juge⁽³⁴¹⁾. Ce pouvoir de sanction serait même susceptible d'être activé d'office par ce dernier⁽³⁴²⁾.

L'approche du juge est fondamentalement casuistique et guidée par des considérations d'équité ou de *fair play* procédural, reflet d'une sorte de « prime à la bonne foi du requérant perdant »⁽³⁴³⁾. Loin d'être l'apanage exclusif de la rigueur de l'ordre public procédural⁽³⁴⁴⁾, les règles relatives à

340. « [P]ar principe de nature objective, [le] régime [de répartition des dépens] prend en considération, dès lors que des circonstances exceptionnelles ou des frais frustratoires/vexatoires sont reconnus, des éléments purement factuels ou psychologiques. En fonction des affaires, cette prise en considération, de nature subjective, conduit à nuancer, voire à inverser, la répartition normale des dépens. » : S. MAIL-FOUILLEUL, *op. cit.*, spéc. p. 146.

341. À cet égard, S. MAIL-FOUILLEUL (*op. cit.*, spéc. pp. 150-163) opère une distinction selon que le comportement de la partie ayant obtenu gain de cause était reprochable, « fautif », ou que le juge, en l'absence de comportement fautif de cette partie, cherche à comprendre les raisons ayant conduit la partie perdante à former son recours. D'autres auteurs ont également mis en exergue le potentiel volet répressif de la décision sur les dépens : G. KNAUB, « La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 2, pp. 269-318, spéc. p. 294 ; H. TAGARAS, *op. cit.*, spéc. p. 999 ; S. BONI, « La procédure devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : principales innovations introduites par son règlement de procédure », *CDE*, 2007, n°s 5-6, pp. 733-775, spéc. p. 741.

342. Préalablement à l'extension de la règle générale selon laquelle la partie ayant succombé est condamnée aux dépens au cas du fonctionnaire perdant, le juge a parfois condamné ce dernier à une partie des dépens de l'institution alors que celle-ci n'avait pas conclu en ce sens (H. TAGARAS, *op. cit.*, spéc. p. 990). De manière analogue, M. BIERRY et A. DAL FERRO (« The practice followed by the Court of justice with regard to costs », *CML Rev.*, 1987, pp. 509-539, spéc. p. 520) ont pu relever que la Cour de justice décidait d'office de l'existence de circonstances exceptionnelles ou de frais frustratoires ou vexatoires aux fins de sa décision sur les dépens.

343. G. KNAUB, *op. cit.*, spéc. p. 294.

344. À titre d'exemple et sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut observer que le juge a pu tenir compte, au détriment du requérant, du volume inhabituel et excessif de la requête et de ses annexes, ayant alourdi le traitement de l'affaire (voy. p. ex. : TPI, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, *Rec.*, p. II-3275, pts 1645-1647 ; Trib. UE, 13 septembre 2013, *Total Raffinage Marketing c/*

la répartition des dépens jouent un rôle non négligeable. Elles permettent au juge de désamorcer certains effets excessifs, car trop pénalisants, de l'ordre public sur la partie requérante.

En particulier dans le contentieux de la fonction publique, le juge peut mettre à la charge de la partie défenderesse gagnante les entiers dépens ou une partie des dépens lorsque cette partie a adopté, au cours de la procédure précontentieuse, une position ambiguë quant à la possibilité de former un recours⁽³⁴⁵⁾, lorsqu'elle a donné une impression ou des informations erronées quant à la recevabilité⁽³⁴⁶⁾, lorsqu'elle a omis d'attirer l'attention du requérant sur le caractère irrecevable des demandes indemnitaires au stade précontentieux⁽³⁴⁷⁾, lorsqu'elle a mis en cause la recevabilité à un stade très

Commission, aff. T-566/08, *Rec. num.*, pt 570), de son obstination à faire obstruction et à refuser de coopérer avec l'institution défenderesse (voy. p. ex. : TPI, ord., 17 mai 2006, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-241/03, *RecFP*, pp. I-A-2-111 et II-A-2-517, pts 64-65), ou encore de l'abus de droit consistant en le fait d'avoir publié sur internet les écritures d'une autre partie (CJUE, 18 juillet 2017, *Commission c/ Breyer*, aff. C-213/15 P, *Rec. num.*, pts 60-63 ; TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 135-140 ; Trib. UE, 27 février 2015, *Breyer c/ Commission*, aff. T-188/12, *Rec. num.*, pts 118-127). À l'inverse, ont été retenus à l'encontre du défendeur sa contribution à la naissance du litige et à l'introduction du recours, son manquement éventuel aux exigences d'une bonne administration (voy. p. ex. : CJCE, 27 janvier 1983, *List c/ Commission*, aff. 263/81, *Rec.*, p. 103, pts 30-31 ; TPI, 16 octobre 1996, *Efisol c/ Commission*, aff. T-336/94, *Rec.*, p. II-1343, pts 38-39 ; TPI, 19 mars 1997, *Oliveira c/ Commission*, aff. T-73/95, *Rec.*, p. II-381, pts 51-52 ; TPI, 25 juin 1997, *Perillo c/ Commission*, aff. T-7/96, *Rec.*, p. II-1061, pts 47-49 ; TPI, 14 juillet 1997, *Interhotel c/ Commission*, aff. T-81/95, *Rec.*, p. II-1265, pts 81-83), des interrogations compréhensibles sur la légalité d'actes suscitées par son comportement (voy. p. ex. : TPI, 11 juillet 2007, *Centeno Mediavilla e.a. c/ Commission*, aff. T-58/05, *Rec.*, p. II-2523, pts 160 et 163-164) ou une impression légitime quant à la nature attaquant d'un acte (voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro c/ Commission*, aff. T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, pt 41 ; Trib. UE, ord., 21 octobre 2011, *Groupement Adriano, Jaime Ribeiro, Conduril c/ Commission*, aff. T-335/09, *Rec.*, p. II-7345, pt 38 ; Trib. UE, ord., 20 avril 2016, *Mezhdunaroden tsentar za izsledvane na maltsinstvata i kulturnite vzaimodeystvia c/ Commission*, aff. T-819/14, *Rec. num.*, pt 58). Selon le cas, la décision fut prise au nom de « motifs exceptionnels » ou de « frais frustratoires et vexatoires », qui n'étaient pas toujours clairement distingués (voy. à cet égard : S. MAIL-FOUILLEUL, *op. cit.*, spéc. pp. 147-148 et 304 ; M. BIERRY et A. DAL FERRO, *op. cit.*, spéc. p. 532 ; A. FIEBIG, « The indemnification of costs in proceedings before the European Courts », *CML Rev.*, 1997, pp. 89-134, spéc. pp. 111-114 ; H. TAGARAS, *op. cit.*, spéc. p. 989). Depuis la réforme des règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne, la référence aux « motifs exceptionnels » a disparu.

345. Voy. en ce sens : TFP, 11 décembre 2014, *Colart e.a. c/ Parlement*, aff. F-31/14, *Rec. num.*, pts 67-69. Voy. également, *a contrario* : TFP, 20 janvier 2011, *Strack c/ Commission*, aff. F-121/07, non publié, pt 109.

346. Voy. en ce sens : TFP, ord., 27 mars 2007, *Manté c/ Conseil*, aff. F-87/06, *RecFP*, pp. I-A-1-77 et II-A-1-451, pts 31-33 ; TFP, ord., 10 septembre 2007, *Speiser c/ Parlement*, aff. F-146/06, *RecFP*, pp. I-A-1-231 et II-A-1-1303, pt 32.

347. Voy. en ce sens : TFP, 28 juin 2006, *Le Maire c/ Commission*, aff. F-27/05, *RecFP*, pp. I-A-1-47 et II-A-1-159, pts 52-53 ; TFP, 20 juillet 2016, *Barroso Truta e.a. c/ Cour de justice*, aff. F-126/15, non publié, pts 85-87.

avancé de la procédure contentieuse⁽³⁴⁸⁾, lorsqu'elle a persisté à mettre en doute la recevabilité sans fondement⁽³⁴⁹⁾ ou complexifié la procédure par l'invocation d'une exception d'irrecevabilité « contraire à la bonne foi » et manifestement vouée à l'échec⁽³⁵⁰⁾. Le juge tient compte d'un manque de diligence de l'institution défenderesse susceptible d'avoir conduit à l'introduction tardive d'une réclamation précontentieuse⁽³⁵¹⁾. Sans jamais mettre en doute la plus large possibilité pour cette partie d'invoquer les règles d'ordre public, il concilie ainsi l'impérativité et l'indisponibilité de ces dernières avec la bonne foi du justiciable, qui a pu croire en la recevabilité de son action en raison du comportement de l'autre partie⁽³⁵²⁾.

Les illustrations de cette approche foisonnent dans le contentieux de la fonction publique⁽³⁵³⁾, eu égard à la relation particulière des parties au litige, liées par un lien d'emploi. L'approche n'est pas pour autant l'apanage exclusif de ce contentieux. La jurisprudence ancienne de la Cour de justice fournissait déjà des exemples de modulation de la charge des dépens lorsque le comportement de la partie défenderesse ou la formulation d'une lettre avaient contribué à l'introduction d'un recours irrecevable⁽³⁵⁴⁾. En

348. Voy. en ce sens : TFP, 16 janvier 2014, *Guinet c/ BEI*, aff. F-107/12, non publié, pt 96.

349. Voy. en ce sens : TFP, 19 février 2013, *BB c/ Commission*, aff. F-17/11, non publié, pts 85-88 ; TFP, ord., 24 juin 2013, *Mateo Pérez c/ Commission*, aff. F-144/11, non publiée, pt 68 (voy. *supra*, note n° 276 du présent Chapitre).

350. CJCE, 6 octobre 1983, *Celant e.a. c/ Commission*, aff. jtes 118/82 à 123/82, *Rec.*, p. 2995, pts 14 et 33.

351. Voy. p. ex. : TFP, 28 juin 2006, *Le Maire c/ Commission*, aff. F-27/05, *RecFP*, pp. I-A-1-47 et II-A-1-159, pts 52-53 ; TFP, ord., 10 mai 2011, *Barthel e.a. c/ Cour de justice*, aff. F-59/10, non publiée, pts 33-35 ; TFP, ord., 5 juillet 2011, *Coedo Suárez c/ Conseil*, aff. F-73/10, non publiée, pts 42 et 47-49 ; TFP, ord., 18 novembre 2015, *FH c/ Parlement*, aff. F-73/15, non publiée, pts 37-39.

352. Comme l'a dit le Tribunal de la fonction publique dans une affaire, « s'il est incontestable qu'une partie peut à tout moment se prévaloir d'une règle d'ordre public relative à la recevabilité du recours, il paraît peu compatible avec la bonne foi qui doit régir les rapports entre les institutions communautaires [de l'Union européenne] et leurs fonctionnaires qu'une institution invoque devant le juge le caractère confirmatif d'un acte, après avoir donné au fonctionnaire l'impression erronée que cet acte pouvait faire l'objet d'une réclamation » : TFP, ord., 10 septembre 2007, *Speiser c/ Parlement*, aff. F-146/06, *RecFP*, pp. I-A-1-231 et II-A-1-1303, pt 32.

353. Voy. pour des constats analogues (dressés avant l'entrée en vigueur du règlement de procédure du TFP le 1^{er} novembre 2007) : S. MAIL-FOUILLEUL, *op. cit.*, spéc. pp. 146-147, 251-254, 303 et s. ; J. RIDEAU et F. PICOD, *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p., spéc. p. 628 ; H. TAGARAS, *op. cit.*, spéc. pp. 987-989. Voy. également les illustrations fournies par T. MATERNE, « Les dépens dans le contentieux en droit de l'Union européenne : aperçu de jurisprudence récente », in S. MAHIEU (dir.), *op. cit.*, pp. 131-151, spéc. pp. 135-136.

354. Voy. en particulier les exemples cités par G. KNAUB (*op. cit.*, spéc. p. 293) : CJCE, 12 février 1960, *Société métallurgique de Knutange c/ Haute Autorité*, aff. jtes 15/59 et 29/59, *Rec.*, p. 11, spéc. p. 28 ; CJCE, 12 février 1960, *Geitling e.a. c/ Haute Autorité*, aff. jtes 16/59 à 18/59, *Rec.*, p. 47, spéc. pp. 65-66.

outre, dans les ordonnances *Gestoras Pro Amnistía e.a. c/ Conseil* et *Segi e.a. c/ Conseil* prononcées en 2004, le Tribunal a rejeté, sur exception du Conseil, un recours en indemnité fondé sur une position commune prise au titre de la PESC en l'absence de toute compétence du juge de l'Union européenne⁽³⁵⁵⁾. Il n'en a pas moins tenu compte, au stade des dépens et à titre de motifs exceptionnels, d'une déclaration du Conseil qui avait pu induire les requérants en erreur quant à leur droit à réparation et de la légitimité de leur démarche tendant à rechercher une juridiction compétente⁽³⁵⁶⁾.

Une telle approche, nécessairement casuistique, est à la fois bienveillante et discutable. Cette approche permet au juge d'alléger l'effet négatif et la rigueur de l'ordre public procédural, tardivement invoqué par la partie défenderesse ou relevé d'office par le juge, pour une partie de bonne foi. Elle est particulièrement bienveillante à l'égard du justiciable induit en erreur du fait du comportement des institutions, organes et organismes de l'Union européenne, qui, certes, ne peut de ce fait obtenir un droit de recours, mais à tout le moins ne supporte pas la charge des dépens liés à son action en justice. Par la décision sur les dépens, le juge répare ce qui peut paraître comme une injustice subie par le justiciable et rééquilibre les positions des deux parties. Il incite les institutions, organes et organismes de l'Union à prêter plus d'attention, dès le stade administratif ou précontentieux, aux règles d'ordre public de compétence juridictionnelle et de recevabilité.

Dans cette optique, il paraît tentant de généraliser cette pratique. Le juge ne devrait pas hésiter à faire usage de ces règles lorsqu'il apparaît qu'une partie s'est contredite en invoquant tardivement un moyen d'ordre public contraire à sa position initiale, a « abusé » de son droit d'invoquer, à tout stade de la procédure, un moyen d'ordre public en le produisant à un stade particulièrement avancé ou en soulevant un moyen d'ordre public

355. Voy. pour une critique du constat d'incompétence juridictionnelle : F. BERROD, « De la responsabilité en matière de Justice et Affaires intérieures : systématique des contentieux. Vent de Guantanamo annoncé sur le plateau du Kirchberg, ou les effets pervers du principe d'attribution des compétences », *Europe*, 2004, n^{os} 8-9, comm. 277.

356. TPI, ord., 7 juin 2004, *Gestoras Pro Amnistía e.a. c/ Conseil*, aff. T-333/02, non publiée, pt 49 ; TPI, ord., 7 juin 2004, *Segi e.a. c/ Conseil*, aff. T-338/02, *Rec.*, p. II-1647, pt 49.

manifestement voué à l'échec à des fins purement dilatoires⁽³⁵⁷⁾ et en complexifiant ainsi le cours de cette procédure⁽³⁵⁸⁾.

Discutable, cette approche induit toutefois une certaine instrumentalisation des dépens. Ceux-ci deviennent un outil de sanction de comportements, d'erreurs et d'omissions en cours des phases précontentieuse et/ou contentieuse de la procédure. Or, l'on peut douter de la compatibilité d'une sanction systématique de l'invocation tardive d'un moyen d'ordre public à travers les dépens avec l'admission d'un droit d'invoquer un tel moyen à tout moment de la procédure. En effet, le risque d'une telle sanction imposerait en pratique à la partie qui se prévaut tardivement d'un moyen d'ordre public de justifier l'invocation tardive pour échapper à la sanction au stade des dépens, comme elle justifierait l'invocation tardive d'un moyen ordinaire pour le faire échapper à la forclusion des moyens nouveaux. Le moyen d'ordre public s'en verrait, en pratique, soumis au régime des moyens ordinaires. De surcroît, la généralisation d'une telle sanction induirait de nouvelles questions lorsque l'affaire est tranchée sur la base des moyens invoqués dès le début de la procédure sans que le moyen d'ordre public tardif soit examiné ou lorsqu'une partie obtient gain de cause sur la base d'un moyen d'ordre public relevé d'office par le juge. La sanction doit, dès lors, rester exceptionnelle, pour des cas d'invocation tardive abusive ayant provoqué

357. K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN (*op. cit.*, spéc. p. 848) ont relevé qu'une partie ayant obtenu gain de cause sera condamnée aux dépens lorsqu'elle a délibérément invoqué des arguments inutiles, sans valeur (« worthless »). Cette affirmation est appuyée sur une argumentation présentée par une partie à l'occasion d'une procédure de taxation des dépens (TPI, ord., 9 novembre 2009, *Sanders e.a. c/ Commission*, aff. T-45/01 DEP, *Rec.*, p. II-4093, pt 20), non sur une décision sur la répartition de la charge des dépens. Certes, le juge de la fonction publique tenait compte du caractère abusif du recours au regard de son caractère manifestement non fondé ou irrecevable, de son but dilatoire, de la mise en avant par le requérant de moyens d'attaque excessifs, pour mettre à charge du fonctionnaire non seulement ses propres dépens mais aussi, et contrairement à la règle alors applicable en matière de fonction publique (art. 88 RP/T [1991]), ceux de la partie défenderesse (voy. en particulier : TPI, ord., 15 décembre 1995, *Progoulis c/ Commission*, aff. T-131/95, *RecFP*, pp. I-A-297 et II-907, pts 53-55 ; TPI, ord., 14 janvier 1998, *Vela Palacios c/ CES*, aff. T-30/97, *RecFP*, pp. I-A-11 et II-23, pts 32-34 ; TPI, 17 septembre 1998, *Pagliarani c/ Commission*, aff. T-40/98, *RecFP*, pp. I-A-515 et II-1555, pt 50 ; TPI, 12 juin 2002, *B c/ Commission*, aff. T-66/00, *RecFP*, pp. I-A-75 et II-361, pt 66 ; TPI, 3 octobre 2006, *Nijs c/ Cour des comptes*, aff. T-171/05, *RecFP*, pp. I-A-2-195 et II-A-2-999, pts 102 et 105-106 ; TFP, 20 janvier 2011, *Strack c/ Commission*, aff. F-121/07, non publié, pt 110). Toutefois, il n'est pas certain que le juge doive prendre en considération le détail des arguments et/ou moyens pour déterminer la partie qui supportera les dépens.

358. Les moyens d'ordre public sont soumis au débat contradictoire des parties (voy. ce Titre, Chapitre 2. La discussion contradictoire des moyens d'ordre public par les parties, pp. 683 et s.), ce qui peut retarder la clôture de la procédure, selon le cas, écrite ou orale, voire imposer la réouverture de la procédure orale.

des retards ou une complexification inutiles du déroulement de l'affaire⁽³⁵⁹⁾. La prudence est d'autant plus de mise que cette sanction reflète une dérogation à la règle générale selon laquelle la partie perdante est condamnée aux dépens. Partant, elle doit être d'interprétation stricte.

La prise en compte, au stade des dépens, du comportement de la partie défenderesse, qui a contribué à la saisine du juge, s'apparente ainsi à une forme d'assouplissement de la rigueur et de la gravité des conséquences attachées aux règles d'ordre public pour la partie requérante perdante. Justifiée par des considérations de protection juridictionnelle et d'équité, cette solution n'empiète guère sur la nature impérative de l'ordre public. Elle ne met pas davantage en cause le caractère absolu de l'impossibilité pour les parties d'échapper à l'ordre public, que ce soit à leur avantage ou à leur détriment.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les rapports entre l'ordre public et les parties au litige sont, tout comme ceux entre l'ordre public et le juge, ambivalents et parfois incertains. L'impérativité et l'indisponibilité de l'ordre public se manifestent à l'égard des parties par des effets dialectiques. D'un côté, l'ordre public produit un effet libérateur sur les parties. Il lève certaines contraintes procédurales relatives à l'introduction des moyens dans le débat, pour peu que la demande soit elle-même recevable. Certain en son principe, cet effet libérateur prend dans la jurisprudence des formes variables qui tendent, à tout le moins en apparence, à contrarier l'unité procédurale des moyens d'ordre public. Tantôt, il prend une forme directe, lorsque le juge affirme qu'un moyen d'ordre public échappe, en raison de sa nature même, aux règles régissant la recevabilité et l'invocation des moyens par les parties. Celles-ci se voient alors reconnaître un droit étendu d'invoquer l'ordre public en méconnaissance des règles de droit commun. Tantôt, l'effet libérateur de l'ordre public prend une forme indirecte, en ce que, tout en maintenant ces

359. Un tel effet a été pris en compte par le Tribunal lorsque, pour la première fois, il sanctionna, à travers les dépens, une partie pour avoir publié sur internet « une version modifiée du mémoire en défense [du Conseil], associée à une invitation du public à envoyer des commentaires aux agents du Conseil, avec indication des numéros de téléphone et de télécopie de ceux-ci, [en ce que cette publication avait] pour but de faire pression sur le Conseil et d'inciter le public à critiquer les agents de l'institution dans l'exercice de leurs fonctions » (TPI, 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet c/ Conseil*, aff. T-174/95, *Rec.*, p. II-2289, pts 138-139). L'approche a été appliquée dans des circonstances factuelles différentes de publication, par une partie au litige, de certains mémoires en ligne (Trib. UE, 27 février 2015, *Breyer c/ Commission*, aff. T-188/12, *Rec. num.*, pts 118-127). Critiquée par un avocat général, l'approche a été entérinée par la Cour de justice (CJUE, 18 juillet 2017, *Commission c/ Breyer*, aff. C-213/15 P, *Rec. num.*, pts 60-63, et concl. BOBEK, pts 153-155).

règles, le juge comble l'irrecevabilité découlant de leur application par un examen d'office du moyen d'ordre public en cause. Les parties ne se voient alors attribuer qu'un droit d'inviter le juge à faire usage de ses pouvoirs d'office. Une clarification de la jurisprudence dans le sens d'une levée des irrecevabilités procédurales est souhaitable. Cette levée est par ailleurs partielle et trouve des limites dans l'étendue de la compétence d'attribution et de la compétence activée du juge, ainsi que dans les conditions de recevabilité des recours et des actes de procédure.

De l'autre côté, l'ordre public exerce sur les parties un effet contraignant. Il restreint très fortement leur liberté de se désister de son invocation, de son bénéfice ou de faire taire le moyen afin d'éviter son appréciation par le juge. Le caractère objectif de l'ordre public s'en trouve confirmé et conforté. Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge tient compte, à travers une appréciation réaliste et pragmatique des règles de recevabilité et à travers un recours plus fréquent à des motifs d'équité au stade de la répartition des dépens, de la bonne foi de la partie perdante qui se voit opposer l'ordre public. Il introduit ainsi une dose de subjectivité réduite dans le régime contentieux des moyens d'ordre public.

Reflets de l'indisponibilité et de l'impérativité de l'ordre public, les effets libérateur et contraignant de l'ordre public à l'égard des parties constituent, en définitive, le corollaire logique du devoir pour le juge d'en assurer d'office le respect. Les rapports entre l'ordre public et les parties viennent ainsi confirmer le caractère strictement objectif du premier, qui prévaut sur les intérêts subjectifs des secondes. Face à l'ordre public, le juge œuvre non pas dans l'intérêt d'une ou des parties, mais dans l'intérêt du droit, au nom de la protection des règles fondamentales de l'ordre juridique dont il assure la sauvegarde. Ce n'est pas pour autant qu'il puisse faire totale abstraction de la présence des parties au litige. Le moyen d'ordre public est en effet soumis à leur discussion. Un courant jurisprudentiel relativement récent impose sans équivoque au juge d'organiser un débat contradictoire sur tout moyen d'ordre public dont il envisage de tenir compte, alors même qu'il aurait été invoqué par une partie en méconnaissance des règles de recevabilité ou relevé d'office par lui-même.

CHAPITRE 2

LA DISCUSSION CONTRADICTOIRE DES MOYENS D'ORDRE PUBLIC PAR LES PARTIES

Le régime dérogatoire instauré au profit des moyens d'ordre public contrarie l'égalité des armes des parties au litige, « corollaire de la notion même de procès équitable »⁽¹⁾, qui innerve tout le droit du contentieux de l'Union européenne. C'est ainsi, au nom de la protection et de l'impérativité de l'ordre public, que le juge est habilité à sortir spontanément de sa passivité au profit d'une des parties et qu'une partie peut opposer à l'autre un nouveau moyen d'ordre public en dehors des règles de recevabilité. Cette contrariété apparente est « réparée » par le renforcement des garanties procédurales des parties au nom du principe du contradictoire, « la plus vénérable et la plus générale » de toutes les règles de procédure⁽²⁾, autre corollaire du procès équitable⁽³⁾. En effet, tout moyen d'ordre public, fût-il introduit dans le litige par voie dérogatoire, doit, en principe, être soumis à la discussion des parties. L'exigence découle, s'agissant d'un moyen invoqué par une partie, qu'il soit ordinaire ou d'ordre public, de longue date des règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne. Elle est, s'agissant d'un moyen relevé d'office, de consécration prétorienne plus récente.

Les relations entre la contradiction et le moyen d'ordre public sont toutefois plus complexes. À l'instar des autres garanties du procès équitable,

1. CJCE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 88.

2. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, dernière éd., p. 919, cité par J.-C. BONICHOT, « Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ? », in B. BERTRAND, F. PICOD et S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 573-583, spéc. p. 574.

3. Voy. l'arrêt cité à la note n° 1 du présent Chapitre.

le principe du contradictoire n'est pas absolu. La soumission des moyens d'ordre public au débat contradictoire ne l'est pas davantage. Elle doit, au contraire, être conciliée avec les exigences de la bonne administration de la justice et en particulier de l'économie de procédure, voire de la protection du caractère confidentiel de certains éléments du litige. Les moyens d'ordre public peuvent de ce fait être soustraits au débat. À l'inverse, dans d'autres circonstances, lesdits moyens pourraient servir de garantie supplémentaire de bien-jugé, d'outil du procès équitable, destiné à combler les lacunes de protection juridictionnelle d'une partie dans l'hypothèse exceptionnelle où le juge serait autorisé à statuer sur la base de documents ou d'éléments de fait soustraits au débat contradictoire.

Les rapports entre les moyens d'ordre public et le principe du contradictoire sont ainsi dialectiques. Au nom du procès équitable, le débat contradictoire accompagne, obligatoirement, l'examen des moyens d'ordre public par le juge (Section 1). Le débat contradictoire n'est toutefois pas une exigence absolue. Les rapports entre les limites de ce débat et les moyens d'ordre public paraissent ambivalents au nom d'une bonne administration de la justice (Section 2).

SECTION 1. – LE DÉBAT CONTRADICTOIRE ET LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC : UNE OBLIGATION PROCÉDURALE AU NOM DU PROCÈS ÉQUITABLE

Dans la théorie générale du procès, le principe du contradictoire se voit attribuer une double fonction et repose sur un double fondement. D'un côté, la contradiction, exigence rapprochée du droit naturel⁽⁴⁾, est un élément du procès équitable, un « moyen de réaliser les droits de la défense »⁽⁵⁾. En guise de « règle d'éthique du débat judiciaire »⁽⁶⁾, elle est destinée à garantir la loyauté du procès et des comportements procéduraux des parties, ainsi que l'égalité de ces dernières. Elle participe de l'image d'impartialité du juge et renforce la confiance du justiciable en la justice⁽⁷⁾. De l'autre côté, la

4. H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : Le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, pp. 175-200, réimpr. in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, t. 1, Paris, Dalloz, 1973, pp. 60-84.

5. R. MARTIN, « De la contradiction à la vérité judiciaire », *GP*, 30 avril 1981, doct., pp. 209-210.

6. G. FLÉCHEUX, « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 149-165, spéc. p. 153.

7. Concl. BOT sous CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 98-99. Voy. également, s'agissant du contentieux administratif français : Ch. VIGOUROUX, « La contradiction : Principe et pratique du juge administratif », in J.-M. COULON (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 571-584, spéc. p. 584.

contradiction est « un instrument d'information du juge »⁽⁸⁾, qui doit être mis en mesure de statuer sur la base de tous les éléments pertinents du litige et en connaissance de cause. Elle constitue alors une « garantie du bien-jugé »⁽⁹⁾, un moyen d'accéder à une décision correcte, dépourvue d'erreur et juste.

L'étendue du débat contradictoire diffère en fonction de celle de ces finalités qui est mise en avant. Elle varie, en outre, selon l'ordre juridique considéré, mais aussi en fonction des spécificités de chaque procédure et des pouvoirs exercés par le juge. Dans le droit du contentieux de l'Union européenne, le principe du contradictoire, consacré de longue date dans les relations entre les parties, couvrait par définition les moyens ainsi que les éléments de fait et de preuve avancés par celles-ci, sans que soit opérée, en principe, de distinction selon la nature, ordinaire ou d'ordre public, du moyen allégué. Il n'a que récemment été étendu à la sphère du juge. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le juge de l'Union européenne doit, désormais, soumettre au débat des parties tout moyen d'ordre public qu'il envisage de relever d'office (Sous-section 1). Les modalités de cette obligation stricte et sanctionnée sont marquées d'une grande souplesse destinée à établir un équilibre entre les contraintes procédurales tendant à la garantie des droits des parties et la bonne marche du procès (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – L'OBLIGATION DU DÉBAT CONTRADICTOIRE SUR LES MOYENS D'ORDRE PUBLIC RELEVÉS D'OFFICE

Le juge de l'Union européenne est, en principe, tenu d'entendre les parties sur tout élément de droit décisif qu'il entend relever d'office. La consécration récente d'une telle obligation marque un changement profond dans l'approche du contradictoire et dans le rôle du juge vis-à-vis des parties (§ 1). Son respect est soumis au contrôle du juge supérieur (§ 2).

8. G. FLÉCHEUX, *op. cit.*, spéc. p. 153.

9. Ce principe a pu être décomposé en « une double fonction[, à savoir], d'une part, garantir aux parties la maîtrise de l'instance [et], d'autre part, permettre d'assurer aux parties la garantie du bien-jugé » (J. LAMARQUE, « Le procès du procès », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 149-180, spéc. pp. 160 et s.), ou en deux volets tenant, l'un, en un « moyen de réaliser les droits de la défense » et, l'autre, en un « moyen d'accéder à la vérité judiciaire » (R. MARTIN, *op. cit.*). À propos de la dualité fonctionnelle du principe du contradictoire en droit processuel, voy. en particulier la thèse de M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988, 387 p.

§ 1. – Une obligation récente, reflet d'un changement d'approche

Les premières décennies du fonctionnement de la juridiction communautaire furent marquées par une pratique « variable »⁽¹⁰⁾ et, en réalité, limitée du débat contradictoire facultatif sur les moyens relevés d'office (A). C'est sous l'emprise d'une prise de conscience croissante des exigences du procès équitable que, plus récemment, l'obligation d'organiser un tel débat fut consacrée (B).

A. Une pratique initialement variable du débat contradictoire facultatif

Le caractère contradictoire des procédures contentieuses devant la juridiction communautaire a été consacré dès 1961⁽¹¹⁾. Son champ était longtemps limité aux rapports entre les parties. Le juge n'était pas lui-même soumis au contradictoire dans ses rapports avec ces dernières. C'est au regard de cette conception limitée du débat contradictoire (1) que s'explique aisément la variabilité de sa pratique discrétionnaire lors du relevé d'office des moyens d'ordre public (2).

1) Une conception limitée

Le principe du contradictoire fut consacré dans l'arrêt *SNUPAT c/ Haute Autorité* de 1961. La Cour de justice y jugea 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 donc pas été en mesure de prendre position »⁽¹²⁾. Ainsi définie, la contradiction comporte deux aspects, à savoir la *connaissance* des éléments qui forment la base de la décision du juge et la *discussion* de ces éléments entre les parties⁽¹³⁾. Elle est destinée « à éviter une "décision surprise" »⁽¹⁴⁾. Ses termes ont, pour l'essentiel, été définis et précisés au fil du temps dans les règlements

10. Adjectif emprunté à H. LEGAL, « Commentaire », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, pp. 67-70, spéc. p. 68.

11. CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute Autorité*, aff. jtes 42/59 et 49/59, *Rec.*, p. 101, spéc. p. 156.

12. *Ibid.* Ces considérations sont parfois abordées sous l'angle des droits de la défense : CJCE, 2 octobre 2003, *Corus UK c/ Commission*, aff. C-199/99 P, *Rec.*, p. I-11177, pt 19 ; CJUE, ord., 14 avril 2016, *Dalli c/ Commission*, aff. C-394/15 P, non publiée, pt 40.

13. « [S]avoir et discuter avant d'être jugé, voilà l'essence du contradictoire » : L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, Paris, LGDJ, 2006, 519 p., spéc. p. 11.

14. Concl. KOKOTT sous CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 67.

de procédure successifs des juridictions de l'Union européenne, ainsi que dans la jurisprudence.

Longtemps, cette exigence du débat contradictoire était limitée, comme dans de nombreux droits internes⁽¹⁵⁾. Elle était cantonnée à la dimension surtout factuelle du litige et, en toute hypothèse, à la sphère des parties au litige. Le juge ne pouvait, certes, fonder sa solution ni sur des éléments non discutés entre celles-ci⁽¹⁶⁾ ni sur des éléments de fait ou des documents étrangers au dossier⁽¹⁷⁾. En revanche, ni son appréciation juridique ni la solution qu'il s'apprêtait à porter au litige n'étaient soumises au débat contradictoire⁽¹⁸⁾. Or, en soumettant le moyen relevé d'office aux parties, le juge ne leur divulguerait-il pas, précisément, cette solution⁽¹⁹⁾ ? Sans surprise, il n'était point tenu par le contradictoire lors d'un relevé d'office. Cette approche pouvait s'expliquer en outre par un cantonnement du relevé d'office à la sphère du juge, en tant que garant de la légalité. Supérieure et objective, créée dans l'intérêt de la société, la règle d'ordre public s'impose d'office au litige. Ni le juge ni les parties ne peuvent y échapper. Point n'y

15. L'on se souviendra des débats en France (voy. notamment la doctrine citée *infra*, note n° 36). De même, au milieu des années 1990, J. NORMAND (« Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 337-350, spéc. pp. 346 et 350 ainsi que note n° 34) a pu observer que si « [t]ous les pays de l'Union européenne reconnaiss[ai]ent au juge le pouvoir de faire d'office application au litige de règles de droit non invoquées par les parties [...] beaucoup s'abst[enai]ent de subordonner l'exercice de ce pouvoir à l'obligation d'informer les parties et de solliciter à ce propos leurs observations ». Ainsi, tandis que le respect dudit principe s'imposait au juge en Belgique, en Angleterre, en Allemagne et en France, tel n'était pas le cas en Espagne, en Grèce et au Danemark et ce principe faisait l'objet de discussions en Italie.

16. Devaient être soumis au débat entre les parties les éléments de fait et de preuve avancés de part et d'autre et les argumentations des parties : CJCE, ord., 4 octobre 2007, *É.R. e.a. c/ Conseil et Commission*, aff. C-100/07 P, non publiée, pt 27. *Adde*, par analogie : CJCE, 14 février 2008, *Varec*, aff. C-450/06, *Rec.*, p. I-581, pt 47.

17. En appuyant sa décision, en l'occurrence l'irrecevabilité manifeste du recours, sur des éléments tirés d'un autre dossier auxquels la partie requérante n'a pas accès, le juge méconnaît les exigences du principe du contradictoire et entache sa décision d'une irrégularité de procédure portant atteinte aux intérêts de ladite partie : CJCE, 10 janvier 2002, *Plant e.a. c/ Commission et South Wales Small Mines*, aff. C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, pts 24-34.

18. Voy. en ce sens, dans la jurisprudence récente : CJUE, 28 mai 2013, *Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. C-239/12 P, *Rec. num.*, pt 49 ; CJUE, ord., 14 juillet 2015, *Forgital Italy SpA*, aff. C-84/14 P, non publiée, pt 33.

19. Souvenons-nous que, s'agissant du contentieux civil français, il a pu être observé que les rapports entre le juge et les parties devaient être entièrement soustraits au champ du contradictoire, en ce compris en cas de relevé d'office : C. PARODI, « L'esprit général et les innovations du Nouveau code de procédure civile », *Rép. Defrénois*, 1973, p. 82. Voy. pour des critiques : J. NORMAND, « Office du juge et principe de la contradiction », *RTD civ.*, 1977, pp. 180-184, spéc. pp. 181-182 ; G. WIEDERKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », *D.*, 1978, chron., pp. 36-38.

a-t-il alors matière à discussion⁽²⁰⁾. Bien au contraire, entendre les parties causerait des retards dans la procédure⁽²¹⁾. Une telle argumentation est toutefois difficilement conciliable avec la soumission des moyens d'ordre public soulevés par une partie au débat contradictoire. L'approche retenue pouvait paraître « formaliste » et déconnectée des exigences d'une protection juridictionnelle effective⁽²²⁾.

Cette approche n'en était pas moins confirmée par les dispositions du règlement de procédure de la Cour de justice du 3 mars 1959. En effet, tant les moyens nouveaux produits par une partie en cours d'instance que les exceptions d'irrecevabilité soulevées par une partie par acte séparé devaient faire l'objet d'un débat contradictoire⁽²³⁾. Cette exigence valait, par définition, pour tout moyen et toute exception, ordinaire ou d'ordre public, avancés par une partie⁽²⁴⁾. En revanche, tandis que ce règlement de procédure habilitait la Cour de justice à relever d'office des fins de non-recevoir d'ordre public, il ne lui imposait aucune obligation d'organiser un quelconque débat contradictoire à ce titre⁽²⁵⁾ et « n'évoqu[ait] à aucun moment les droits des parties »⁽²⁶⁾. Il en allait de même des règlements de procédure de cette cour et du Tribunal de 1991⁽²⁷⁾. Ce n'est qu'en 2005 que

20. De manière analogue, s'agissant du relevé d'office non discuté par le juge administratif français, il a été observé que « [l']objectivité d'un moyen d'ordre public, ses conséquences implacables et l'obligation incontournable qu'a le juge de le soulever d'office l'ont conduit à refuser avec constance de le communiquer aux parties » : R. SCHWARTZ, « Un perfectionnement du caractère contradictoire de la procédure contentieuse », *AJDA*, 1992, doctr., pp. 203-204, spéc. p. 203.

21. *Ibid.*

22. Voy. à propos des procédures civiles allemande et suisse et de leurs évolutions : W. HABSCHEID, « Les grands principes de la procédure civile : nouveaux aspects », in *Scritti in onore di Elio Fazzalari. Volume secondo. Diritto processuale generale*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, pp. 3-14, spéc. p. 10.

23. Voy., respectivement, les dispositions de l'article 42 RP/C (1959) et de l'article 91 RP/C (1959).

24. Dans la mesure où la soumission d'un moyen d'ordre public invoqué par une partie, même tardivement, à la contradiction est établie de longue date, elle ne sera pas abordée spécifiquement dans les développements qui suivent. Elle sera, en revanche, traitée lors de l'examen des modalités du débat sur les moyens d'ordre public.

25. Conformément à l'article 92 RP/C (1959), « [l]a Cour [pouvait] à tout moment examiner d'office les fins de non-recevoir d'ordre public ; elle statu[ait] dans les conditions prévues à l'article 91, paragraphes 3 et 4, du [même] règlement ». En vertu du paragraphe 3 de cette dernière disposition, la suite de la procédure était orale « [s]auf décision contraire de la Cour ». En d'autres termes, celle-ci pouvait prendre la décision de ne pas entendre les parties.

26. Voy. à propos de l'article 92, § 2, RP/C (1991) : I. PINGEL, « Le principe du contradictoire devant la Cour de justice des Communautés européennes », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *op. cit.*, pp. 51-66, spéc. p. 57.

27. En leurs versions initiales, ni l'article 92, § 2, du règlement de procédure de la Cour de justice du 19 juin 1991, ni l'article 113 du règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991, ne comportaient d'exigence de respecter le contradictoire lors de l'examen d'office d'une fin de non-recevoir d'ordre public.

ces règlements furent modifiés et le juge soumis au contradictoire lors du relevé d'office des fins de non-recevoir d'ordre public⁽²⁸⁾, hors incompétence ou irrecevabilité manifestes⁽²⁹⁾. Il est constant qu'il n'existait, et qu'il n'existe toujours pas, de base textuelle autorisant le juge à relever d'office des moyens d'ordre public de fond. Pas plus n'existe-t-il de base l'obligeant à les soumettre au débat contradictoire.

Initialement abordée, pour l'essentiel, sous un angle d'équilibre entre les parties, dont le juge était le garant, la contradiction était à la fois réservée à la sphère des parties ainsi qu'aux éléments avancés par elles et foncièrement liée à la dimension factuelle du litige. En revanche, la dimension juridique du litige, attribuée à la sphère du juge, y était largement soustraite. L'on comprend alors aisément que la pratique du débat contradictoire sur les moyens relevés d'office était variable et limitée.

2) Une pratique discrétionnaire

En l'absence d'obligation de soumettre les moyens d'ordre public relevés d'office au débat des parties, « [l]a pratique [était] variable, il y a[vait] parfois information et parfois pas », en fonction de « l'absence de nécessité ressentie de recueillir des observations sur ce qui relève des pouvoirs du juge »⁽³⁰⁾. Tantôt, le relevé d'office était soustrait à tout débat contradictoire, le juge imposant aux parties une solution fondée sur l'ordre public⁽³¹⁾. Tantôt, celles-ci étaient entendues sur le moyen relevé d'office⁽³²⁾.

Cet apparent manque de constance de la pratique judiciaire reflète une approche purement discrétionnaire quant au débat sur les moyens d'ordre public relevés d'office. L'unique limite à la discrétion du juge était constituée par la base factuelle du litige, telle que délimitée par les parties. Même en

28. Voy. *infra*, ce §, B, 1. Un fondement textuel limité et partiel (pp. 691 et s.).

29. Art. 92, § 1, RP/C (1991) ; art. 111 RP/T (1991). Voy. *infra*, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1. Les ordonnances de rejet pour incompétence ou irrecevabilité manifestes (pp. 734 et s.).

30. H. LEGAL, *op. cit.*, spéc. p. 68.

31. Voy. les exemples cités par F. PICOD (« La transparence dans les procédures juridictionnelles », in J. RIDEAU [dir.], *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 147-174, spéc. p. 157 et note n° 43) : CJCE, 20 mars 1959, *Nold c/ Haute Autorité*, aff. 18/57, *Rec.*, p. 89, spéc. p. 115 ; CJCE, 7 mai 1991, *Interhotel c/ Commission*, aff. C-291/89, *Rec.*, p. I-2257, pt 14 ; CJCE, 7 mai 1991, *Oliveira c/ Commission*, aff. C-304/89, *Rec.*, p. I-2283, pt 18.

32. Voy. pour des exemples : CJCE, ord., 11 décembre 1986, *Suss c/ Commission*, aff. 25/86, *Rec.*, p. 3929, pt 5 ; CJCE, ord., 7 octobre 1987, *Brüggemann c/ Comité économique et social*, aff. 248/86, *Rec.*, p. 3963, pt 6 ; CJCE, 13 juillet 2000, *Salzgitter c/ Commission*, aff. C-210/98 P, *Rec.*, p. I-5843, pts 49-50 ; TPI, 16 juillet 1992, *Della Pietra c/ Commission*, aff. T-1/91, *Rec.*, p. II-2145, pt 16.

statuant d'office sur un moyen d'ordre public, le juge ne pouvait pas tenir compte d'éléments de fait ou de preuve étrangers au dossier porté devant lui. C'est ainsi que, en fondant le rejet d'un recours comme irrecevable sur des déclarations et documents contenus dans un dossier afférent à une autre affaire et sur lesquels il n'avait pas entendu les requérants, le Tribunal commettait une erreur de droit⁽³³⁾. Autrement dit, le relevé d'office « en secret »⁽³⁴⁾, non débattu, était autorisé tant qu'il était cantonné à l'appréciation juridique du litige au regard des seuls éléments de fait et de preuve fournis et débattus par les parties.

Le principe du contradictoire était ainsi conçu comme un droit procédural dont le juge devait assurer le *respect par les parties*. En revanche, celles-ci ne pouvaient guère le faire valoir *vis-à-vis du juge*. Dans cette optique, dans laquelle la fonction informative de la contradiction prévalait sur sa fonction subjective, le débat contradictoire sur un moyen examiné d'office constituait non la réalisation d'un droit subjectif, mais un simple instrument de bonne administration de la justice⁽³⁵⁾. Le juge y recourait à sa guise, en particulier lorsqu'il entendait conforter la solution envisagée d'office, nourrissait des doutes quant à la correcte application de la règle de droit aux circonstances de l'espèce ou cherchait à obtenir une clarification supplémentaire de ces circonstances.

Une conception alternative du débat contradictoire était cependant envisageable et a été préconisée par la doctrine. Celle-ci insistait sur l'autre fonction de la contradiction, son volet subjectif, protecteur des droits des parties au nom de l'équité du procès. Critiquant souvent l'absence d'une obligation pour le juge d'élever le débat et s'appuyant parfois sur les évolutions des contentieux administratif et civil français⁽³⁶⁾, des auteurs ont

33. CJCE, 10 janvier 2002, *Plant e.a. c/ Commission et South Wales Small Mines*, aff. C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, pts 24-34.

34. Terme emprunté à A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP G*, 1977, I, 2849.

35. Le débat contradictoire n'est alors perçu comme nulle « autre chose [qu'un] instrument destiné à faciliter la tâche de l'administration de la justice » (concl. RUIZ JARABO COLOMER sous CJCE, 10 janvier 2002, *Plant e.a. c/ Commission et South Wales Small Mines*, aff. C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, pt 34). Relevant que le débat contradictoire n'était pas une exigence absolue, l'avocat général estima en particulier que « les exigences d'une procédure contradictoire ne devr[ai]ent faire l'objet d'une protection judiciaire particulière que lorsque leur violation portera[ait] atteinte à un droit fondamental, c'est-à-dire lorsqu'elle entraînera[it] une situation empêchant une partie de se défendre ».

36. Voy. s'agissant de la procédure contentieuse civile, notamment : A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *op. cit.* ; A. BÉNABENT, « L'article 16 du Nouveau code de procédure civile, version 1981 », *D.*, 1982, chron., pp. 56-57 ; G. BOLARD, « Les juges et les droits de la défense », in *Études offertes à Pierre Bellet*, *op. cit.*, pp. 49-70 ; R. MARTIN, *op. cit.* ; J. NORMAND, « Les tribulations du principe de la contradiction, ou quand un article 16 chasse l'autre... », *RTD civ.*, 1980, pp. 146-150 ; C. PARODI, *op. cit.* ; R. PERROT, « Moyen relevé

pressenti sa consécration par le juge de l'Union européenne⁽³⁷⁾. Celle-ci est intervenue plus récemment sous la double influence des modifications des règlements de procédure et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

B. Une consécration récente du débat contradictoire obligatoire

L'obligation du juge d'entendre les parties sur tout moyen d'ordre public relevé d'office fut consacrée en deux étapes. Dans un premier temps, les règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne ont intégré une telle obligation en cas de relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Ce fondement textuel limité et partiel (1) a, dans un second temps, été complété, en 2009, par la consécration prétorienne d'une obligation générale d'entendre les parties sur tout moyen d'ordre public relevé d'office et pertinent pour la solution du litige (2).

1) Un fondement textuel limité et partiel

Tant le règlement de procédure de la Cour de justice du 3 mars 1959 que les règlements de procédure de cette cour et du Tribunal adoptés en 1991 habilitèrent le juge à statuer d'office sur les fins de non-recevoir d'ordre public. Initialement, ils ne lui imposèrent toutefois nulle obligation d'entendre les parties à cette occasion⁽³⁸⁾. Une telle obligation fut d'abord consacrée aux fins de l'exercice d'autres pouvoirs d'office⁽³⁹⁾, avant d'être étendue au relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'ordre public en 2005. C'est ainsi que la Cour et le Tribunal pouvaient à tout moment, d'office, *les parties entendues*, statuer sur les fins de non-recevoir d'ordre public⁽⁴⁰⁾.

d'office et principe du contradictoire », *RTD civ.*, 1976, pp. 826-828 ; P. RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, pp. 715-734 ; J. VIATTE, « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *GP*, 2-3 janvier 1980, doctr., pp. 4-6 ; G. WIEDERKEHR, *op. cit.* Voy. s'agissant de la procédure contentieuse administrative, notamment : O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988, 495 p., spéc. pp. 307-327 ; R. SCHWARTZ, *op. cit.*

37. Voy. notamment : F. PICOD, *op. cit.*, spéc. p. 157 ; I. PINGEL, *op. cit.*, spéc. pp. 57-59.

38. Voy. *supra*, ce §, A, 1. Une conception limitée (pp. 686 et s.).

39. Voy. s'agissant de la possibilité, consacrée en 1997, pour le juge de constater à tout moment, les parties entendues, la perte d'objet du recours et le non-lieu : Modifications du règlement de procédure de la Cour de justice du 11 mars 1997 (*JO*, 1997, L 103, p. 1, et *JO*, 1997, L 351, p. 72 – rectificatif) et Modifications du règlement de procédure du Tribunal du 12 mars 1997 (*JO*, 1997, L 103, p. 6, et *JO*, 1997, L 351, p. 72 – rectificatif).

40. Art. 92, § 2, RP/C (1991), tel que modifié le 18 octobre 2005 (*JO*, 2005, L 288, p. 51), et art. 113 RP/T (1991), tel que modifié le 12 octobre 2005 (*JO*, 2005, L 298, p. 1). Une disposition analogue a été inscrite à l'article 77 RP/TFP (2007). Devant la Cour de justice et, le cas échéant, le Tribunal, l'avocat général doit également être entendu.

Cette exigence figure toujours, en substance, à l'article 150 du règlement de procédure de la Cour de justice de 2012 et à l'article 129 du règlement de procédure du Tribunal de 2015, conformément auxquels, sur proposition du juge rapporteur, la Cour et le Tribunal peuvent, à tout moment, d'office, *les parties entendues*, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée sur une fin de non-recevoir d'ordre public. Dorénavant, eu égard à leur libellé, ces dispositions semblent déplacer le débat sur la décision de statuer par voie d'ordonnance motivée plutôt que sur la fin de non-recevoir en tant que telle. Cependant, un tel changement ne paraît ni sensé ni conforme à la pratique⁽⁴¹⁾.

Le débat contradictoire ainsi requis est toutefois partiel et limité. Il est partiel car doublement restreint en son champ. D'une part, le juge peut rejeter un recours manifestement irrecevable ou porté devant une juridiction manifestement incompétente sans entendre les parties⁽⁴²⁾. D'autre part, le devoir d'entendre les parties ne concerne que le relevé d'office des fins de non-recevoir d'ordre public, à l'exception des moyens d'ordre public de fond⁽⁴³⁾, bien qu'il ait parfois pu être étendu à ces derniers⁽⁴⁴⁾.

Le débat contradictoire est ensuite limité en sa substance. S'il est communément admis que les dispositions relatives aux fins de non-recevoir d'ordre public constituent « une application particulière du principe fondamental du contradictoire »⁽⁴⁵⁾, il serait néanmoins erroné de s'attendre à un vrai débat contradictoire *entre* les parties. Les règlements de procédure n'imposent au juge que de les entendre. À cette fin, il suffit de solliciter les observations, *même unilatérales*, de la part de chacune des parties. Celles-ci n'ont aucun droit à pouvoir s'exprimer que ce soit à

41. Rappelons en effet que, selon la jurisprudence de la Cour de justice, le Tribunal n'est pas tenu d'entendre les parties spécifiquement sur l'applicabilité de l'article 113 RP/T (1991) (art. 129 RP/T [2015]), pour autant qu'il les interroge sur la cause d'irrecevabilité d'ordre public : CJUE, ord., 14 juillet 2015, *Forgital Italy SpA*, aff. C-84/14 P, non publiée, pts 33-36.

42. Art. 53, § 2, RP/C (2012) (ancien art. 92, § 1, RP/C [1991]) et, pour le pourvoi manifestement irrecevable, art. 181 RP/C (2012) (ancien art. 119 RP/C [1991]) ; art. 126 RP/T (2015) (ancien art. 111 RP/T [1991]) et, pour le pourvoi manifestement irrecevable, art. 208 RP/T (2015) (ancien art. 145 RP/T [1991]). Voy. *infra*, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 1. Les ordonnances de rejet pour incompétence ou irrecevabilité manifestes (pp. 734 et s.).

43. Ce constat s'impose au regard tant du libellé même des dispositions des règlements de procédure, qui ne portent que sur les fins de non-recevoir d'ordre public, que de leur emplacement dans ces règlements. L'article 92 RP/C (1991) et l'article 113 RP/T (1991) figuraient dans des chapitres intitulés « [d]es incidents de procédure ». Dorénavant, l'article 150 RP/C (2012) et l'article 129 RP/T (2015) figurent dans des chapitres intitulés, respectivement, « [d]e l'accord amiable, des désistements, des non-lieux à statuer et des incidents de procédure » et « [d]es recours et des incidents réglés par voie d'ordonnance ».

44. Voy. p. ex. : Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 37.

45. Concl. Bor sous CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 106.

l'occasion d'une audience de plaidoiries⁽⁴⁶⁾ ou par écrit sur les réponses présentées par l'autre partie « entendue » par le juge⁽⁴⁷⁾. Ce dernier peut ainsi statuer sur la base des éléments du dossier de la procédure écrite, le cas échéant complétés de questions écrites posées aux parties à titre de mesures d'organisation de la procédure et des observations de chacune d'elles⁽⁴⁸⁾. C'est dans une optique d'information que les parties doivent être entendues. D'un côté, il s'agit de les informer de l'intention du juge de procéder à un relevé d'office⁽⁴⁹⁾ et de permettre à chacune d'entre elles, et surtout à celle au détriment de laquelle la fin de non-recevoir est relevée d'office, de présenter des observations. De l'autre côté, il s'agit de permettre au juge de recueillir les éléments nécessaires au relevé d'office projeté.

Cette exigence limitée est désormais complétée par une obligation générale d'entendre les parties sur tout moyen d'ordre public relevé d'office.

2) Un fondement jurisprudentiel général

C'est à l'occasion d'un pourvoi de la Commission contre un arrêt, par lequel le Tribunal avait annulé la décision attaquée en raison d'une violation de l'obligation de motivation qu'il avait relevée d'office sans la soumettre au débat des parties, que la Cour de justice consacra l'obligation pour le juge d'entendre les parties sur tout moyen d'ordre public décisif relevé

46. Voy. en ce sens : CJCE, 19 janvier 2006, *AIT c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pt 35 ; CJCE, ord., 2 mai 2006, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. C-417/04 P, *Rec.*, p. I-3881, pt 37 ; CJCE, ord., 19 février 2008, *Tokai Europe c/ Commission*, aff. C-262/07 P, non publiée, pts 25 et 27 ; CJUE, ord., 12 juillet 2012, *Government of Gibraltar c/ Commission*, aff. C-407/11 P, non publiée, pt 45. Il en va de même aux fins de l'adoption d'une ordonnance de non-lieu d'office (CJUE, 28 mai 2013, *Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. C-239/12 P, *Rec. num.*, pts 42-44 ; CJUE, 6 juin 2013, *Ayadi c/ Commission*, aff. C-183/12 P, non publié, pts 40-42) ou d'une ordonnance d'irrecevabilité prise à la suite d'une exception d'irrecevabilité déposée par acte séparé (CJCE, ord., 29 octobre 2004, *Ripa di Meana c/ Parlement*, aff. C-360/02 P, *Rec.*, p. I-10339, pt 35 ; CJCE, ord., 21 novembre 2005, *SNF c/ Commission*, aff. C-482/04 P, non publiée, pt 30 ; CJCE, ord., 8 décembre 2006, *Polyelectrolyte Producers Group c/ Commission et Conseil*, aff. C-368/05 P, non publiée, pt 46), dont l'adoption est en substance soumise au même régime que celui applicable aux ordonnances fondées sur une fin de non-recevoir d'ordre public.

47. Il en va ainsi que l'ordonnance soit fondée sur une fin de non-recevoir d'ordre public relevée d'office (CJUE, ord., 12 juillet 2012, *Government of Gibraltar c/ Commission*, aff. C-407/11 P, non publiée, pt 45) ou qu'elle soit adoptée à la suite d'une exception d'irrecevabilité soulevée par la partie défenderesse par acte séparé (CJCE, ord., 29 octobre 2004, *Ripa di Meana c/ Parlement*, aff. C-360/02 P, *Rec.*, p. I-10339, pts 35-36).

48. À propos des méthodes du débat contradictoire, voy. *infra* cette Section, Sous-section 2, § 2. Les méthodes du débat contradictoire : une approche souple (pp. 714 et s.).

49. Compte tenu de la formulation actuelle des dispositions pertinentes, cette information se justifie en particulier au regard de l'habilitation du juge à statuer par voie d'ordonnance motivée et à abréger ainsi la procédure régulière en mettant fin à l'instance « à tout moment ».

d'office⁽⁵⁰⁾. Tout en rappelant que « le principe du contradictoire fait partie des droits de la défense »⁽⁵¹⁾ au profit de « toute partie à un procès »⁽⁵²⁾, la Cour de justice jugea que « [l]es juridictions communautaires [de l'Union] veillent à [le] faire respecter devant elles et à [le] respecter elles-mêmes »⁽⁵³⁾. Dans la relation entre les parties, ce principe implique, conformément à la jurisprudence antérieure, qu'elles puissent prendre connaissance et discuter de l'ensemble des preuves et observations présentées devant le juge, lequel ne peut fonder sa décision que sur des faits et documents discutés par elles⁽⁵⁴⁾. S'agissant de la relation entre les parties et le juge, la Cour de justice, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁵⁵⁾, jugea que, en principe, « [l]e juge doit lui-même respecter le principe du contradictoire, notamment lorsqu'il tranche un litige sur la base d'un motif retenu d'office [...] pour satisfaire aux exigences liées au droit à un procès équitable »⁽⁵⁶⁾.

La consécration d'un devoir général pour le juge de respecter le principe du contradictoire lorsqu'il relève un moyen d'office est intrinsèquement liée à la garantie *complète* des droits de la défense et du procès équitable⁽⁵⁷⁾. En jugeant que le principe du contradictoire s'impose « également »⁽⁵⁸⁾ au juge vis-à-vis des parties, la Cour de justice consacre, définitivement et avec force, la double dimension de ce principe⁽⁵⁹⁾. Celui-ci s'applique tant dans les rapports entre les parties sous le contrôle du juge que, dorénavant, dans les rapports entre les parties et le juge lui-même. La cohérence du régime du contradictoire à l'égard des moyens d'ordre public est ainsi rétablie. Ceux-ci font l'objet d'une discussion qu'ils soient invoqués par une partie ou soulevés à l'initiative du juge.

50. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245 (ci-après « l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009 »). Voy. à propos de cet arrêt important : V. MICHEL, « Droits de la défense et moyen d'ordre public », *Europe*, 2010, n° 2, comm. 59.

51. Pt 50 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009.

52. *Id.*, pt 53.

53. *Id.*, pt 51.

54. *Id.*, pts 52 et 55.

55. Voy. les arrêts cités par la Cour de justice au point 54 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009 : Cour EDH, 18 décembre 2003, *Skondrianos c/ Grèce*, Requête n° 63000/00, 74291/01 et 74292/01, §§ 29 et 30 ; Cour EDH, 13 octobre 2005, *Clinique des Acacias et autres c/ France*, Requêtes n°s 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, § 38 ; Cour EDH, 16 février 2006, *Prikyan et Angelova c/ Bulgarie*, Requête n° 44624/98, § 42.

56. Pts 54-57 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009.

57. Voy. à ce dernier titre : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 39-40.

58. Pt 55 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009.

59. À propos de cette double dimension attribuée, plus largement, aux droits de la défense, voy. déjà : H. MOTULSKY, *op. cit.*, spéc. p. 68.

Attendue, cette solution induit un changement de paradigme dans la conception de l'office du juge de l'Union européenne, de l'incidence des moyens d'ordre public sur le litige et de la nature et des fonctions de la contradiction. La soumission impérative desdits moyens à la discussion des parties reflète la place grandissante des droits procéduraux de celles-ci. Parfois analysée comme une « contrepartie évidente des pouvoirs [d'office] »⁽⁶⁰⁾, elle « tempère » les pouvoirs renforcés du juge à l'égard de l'ordre public⁽⁶¹⁾. Elle le responsabilise vis-à-vis des parties, rétablit l'équilibre entre elles et « restaure[...] leur] égalité »⁽⁶²⁾, momentanément rompue en raison du relevé d'office. C'est ainsi que l'élévation du débat s'impose pour assurer l'équité du procès, pour garantir l'impartialité objective du juge⁽⁶³⁾ et « pour inspirer l'indispensable confiance dans l'esprit des justiciables »⁽⁶⁴⁾. Cette nouvelle obligation s'inscrit dans une procéduralisation croissante de l'office du juge au nom du procès équitable. Il est par ailleurs remarquable que, dans ce domaine, les arrêts de la Cour de justice comportent des références croisées à la jurisprudence relative au respect de ce principe par le juge de l'Union en cas de relevé d'office et à celle afférente au respect du même principe par le juge national en cas d'examen d'office de clauses abusives⁽⁶⁵⁾. À travers l'universalité du procès

60. Voy. en ce sens, à propos des pouvoirs des juges civil et administratif français d'intervenir d'office dans le débat : L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008, 456 p., spéc. p. 300.

61. G. TARZIA (« Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne », *RIDC*, 1981, pp. 789-800, spéc. p. 797) a vu dans la soumission du juge au respect du contradictoire « un tempérament essentiel à l'accroissement des pouvoirs du juge [dont le] rôle est de plus en plus "actif" ». Ce principe, écrit le même auteur, « impose [...] que le juge soumette toujours au débat les questions qu'il va relever d'office » (*id.*, « Le juge et la conduite du procès civil dans les pays de la Communauté européenne », *Annales de droit de Louvain*, 1993, pp. 521-532, spéc. p. 531).

62. É. BARADUC, « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 5-18, spéc. p. 7.

63. À propos de l'obligation du juge judiciaire français d'entendre les parties sur les moyens relevés d'office, I. ZAKINE (« L'exigence du contradictoire », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme. Actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande chambre de la Cour de cassation*, Bruxelles, Nemesis – Bruylant, 1996, pp. 69-77, spéc. p. 75) s'est demandé s'il ne fallait pas « y voir une application de l'exigence de procès équitable et de tribunal arbitral au sens de l'article 6, [paragraphe] 1 de la [CESDH] » (souligné par l'auteur).

64. N. FRICERO, « Le droit à une procédure civile contradictoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2016, n° 106, pp. 381-393, spéc. p. 393. *Adde*, à propos du contentieux de l'Union européenne : concl. Bor sous l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009, pts 98-100, et sous CJUE, 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission*, aff. C-352/09 P, *Rec.*, p. I-2359, pt 137.

65. Voy. en particulier : CJUE, 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, aff. C-472/11, *Rec. num.*, pts 29-31 ; CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pt 54.

équitable, « principe fondamental du droit de l'Union »⁽⁶⁶⁾, et des garanties procédurales qu'il induit, les régimes des moyens d'ordre public devant le juge de l'Union européenne et devant le juge national s'en trouvent progressivement rapprochés⁽⁶⁷⁾.

L'extension du débat se justifie également pour des raisons de bonne administration de la justice. Le débat permet de lever un doute éventuel du juge quant au moyen relevé d'office⁽⁶⁸⁾. Il prévient le risque que le moyen soit « “plaqué” sur des faits qui n'ont pas été envisagés ni discutés par les parties sous l'angle de ce moyen »⁽⁶⁹⁾ et « prot[ège] le juge » contre d'éventuelles erreurs⁽⁷⁰⁾. Si la partie intéressée n'a pas invoqué un moyen d'ordre public, c'est qu'elle le savait peut-être voué à l'échec pour des raisons ou des circonstances factuelles inconnues du juge⁽⁷¹⁾. Les observations des parties pourront ainsi « enrichi[r] et confort[er] ou, le cas échéant, infirm[er] » l'appréciation de ce dernier⁽⁷²⁾. Dorénavant, ces considérations ne relèvent plus d'une appréciation discrétionnaire, mais sont en quelque sorte postulées.

Depuis sa consécration en 2009, le devoir du juge d'entendre les parties sur tout moyen d'ordre public relevé d'office a, en dépit de certaines lignes de jurisprudence apparemment contradictoires⁽⁷³⁾, été réaffirmé de manière constante⁽⁷⁴⁾ et généralisé au point de recouvrir les fins de non-

66. CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pts 52-53.

67. Il ne s'agit que d'un rapprochement au niveau de quelques principes directeurs. Au point 31 de l'arrêt *Banif Plus Bank* (CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Rec. num.*), la Cour de justice a en effet précisé que c'est « selon les formes prévues [...] par les règles nationales de procédure » que « [le juge national qui constate au terme d'un examen d'office le caractère abusif d'une clause] est, en règle générale, tenu d'en informer les parties au litige et de les inviter à en débattre contradictoirement ».

68. « C'est dans l'intérêt du juge d'être éclairé par les parties sur un moyen qu'il s'apprête à soulever d'office et sur lequel il peut éventuellement avoir un doute », comme l'a fait observer R. ABRAHAM lors du débat faisant suite à la communication d'I. PINGEL, *op. cit.*, spéc. p. 72.

69. A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *op. cit.*

70. J. BONÉ, *JCP G*, 1980, II, 19288.

71. G. BOLARD, *op. cit.*, spéc. p. 56.

72. Concl. BOT sous l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009, pt 100.

73. La définition de l'office du juge du plein contentieux des amendes tend à lier le principe du contradictoire à l'obligation procédurale pour les parties de soulever les moyens et à la passivité du juge qui ne peut, à l'exception des moyens d'ordre public, examiner des moyens d'office. S'ensuivrait, semble-t-il, une distinction entre le principe du contradictoire et le moyen d'ordre public relevé d'office, voy. p. ex. : CJUE, 24 octobre 2013, *Kone e.a. c/ Commission*, aff. C-510/11 P, non publié, pt 30.

74. Voy. pour des rappels : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 41-42 ; CJUE, 3 décembre 2015, *Italie c/ Commission*, aff. C-280/14 P, *Rec. num.*, pt 24 ; Trib. UE, ord., 21 février 2013, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-85/11 P, non publié, pt 34 ; Trib. UE, 4 décembre 2013, *ETF c/ Schuerings*, aff. T-107/11 P, non publié, pt 51 ; Trib. UE, 16 octobre 2014, *Schönberger c/ Cour des comptes*, aff. T-26/14 P,

recevoir d'ordre public⁽⁷⁵⁾. Le juge de première instance a pris l'habitude d'exposer dans ses décisions les circonstances dans lesquelles les parties ont été entendues sur les moyens relevés d'office⁽⁷⁶⁾, voire de constater que le principe du contradictoire a été respecté⁽⁷⁷⁾. Ces précisions sont sans doute destinées aux parties, afin de les décourager de critiquer le respect de ce principe au stade du pourvoi, et au juge du pourvoi afin de le mettre en mesure d'opérer son contrôle. L'obligation d'assurer le contradictoire est, en effet, susceptible de contrôle.

§ 2. – Une obligation sanctionnée

L'obligation du juge de respecter le contradictoire est sujette à contrôle par le juge supérieur. Le relevé d'office par le premier juge est ainsi doublement sanctionné d'un point de vue d'abord objectif, tenant à l'exercice correct du pouvoir d'office à l'égard de l'ordre public, et ensuite subjectif, tenant au respect des droits procéduraux des parties face à l'ordre public. Alors que le volet objectif de ce contrôle relève, selon toute vraisemblance, d'un contrôle d'office opéré au nom de l'ordre public⁽⁷⁸⁾, son volet subjectif relève, en l'état actuel, d'un contrôle par le juge supérieur (A) qui ne peut être activé que sur demande, en tant que moyen ordinaire (B).

non publié, pt 23 ; Trib. UE, 5 novembre 2014, *Commission c/ Thomé*, aff. T-669/13 P, non publié, pt 31 ; Trib. UE, 25 février 2015, *Walton c/ Commission*, aff. T-261/14 P, non publié, pt 65 ; Trib. UE, 3 juin 2015, *BP c/ FRA*, aff. T-658/13 P, non publié, pt 53 ; Trib. UE, 21 janvier 2016, *BR IP Holder c/ OHMI*, aff. T-62/14, non publié, pt 32 ; Trib. UE, 12 juillet 2016, *Commission c/ Thales développement et coopération*, aff. T-326/13, non publié, pt 76.

75. Le Tribunal tend à rapprocher la jurisprudence générale relative au principe du contradictoire et l'exigence spécifique d'entendre les parties préalablement à l'adoption d'une ordonnance fondée sur une fin de non-recevoir d'ordre public relevée d'office, voy. en particulier : Trib. UE, 11 décembre 2012, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-15/11, *Rec. num.*, pt 41 ; Trib. UE, 12 mars 2014, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-373/13 P, non publié, pts 35-36 ; Trib. UE, 28 février 2016, *Jannatian c/ Conseil*, aff. T-328/14, non publié, pt 28 ; Trib. UE, 23 novembre 2016, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-328/15 P, non publié, pts 34-35. L'obligation d'entendre les parties sur une fin de non-recevoir d'ordre public, telle qu'elle figure dans les règlements de procédure, n'est ainsi qu'une simple manifestation écrite d'un principe général.

76. Voy. les nombreux exemples cités *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 2. Les méthodes du débat contradictoire : une approche souple (pp. 714 et s.).

77. Voy. p. ex. : Trib. UE, 4 février 2016, *Italian International Film c/ EACEA*, aff. T-676/13, *Rec. num.*, pt 40 ; Trib. UE, 16 février 2017, *Holistic Innovation Institute c/ REA*, aff. T-706/14, non publié, pt 26.

78. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, B. Les modalités du contrôle : le moyen de pourvoi tiré du non-relevé d'office, moyen d'ordre public ? (pp. 482 et s.).

A. Un contrôle opéré par le juge supérieur

Comme le contrôle du respect de l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public, le contrôle du respect du contradictoire pouvait être le fait de deux juges. À titre désormais exclusif, un contrôle de principe est opéré par le juge du pourvoi (1). À titre exceptionnel, un contrôle a pu être effectué par le juge du réexamen dans le passé (2).

1) Un contrôle de principe par le juge du pourvoi

Le juge du pourvoi contrôle le respect, par le juge de première instance, du contradictoire lors du relevé d'office, comme en témoigne l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009. Un tel contrôle ne surprend guère puisque, dès avant l'extension du débat contradictoire aux moyens relevés d'office opérée dans cet arrêt, le respect des exigences du contradictoire par le juge pouvait être contesté au stade du pourvoi⁽⁷⁹⁾.

La seule absence de débat contradictoire sur un point examiné d'office par le juge de première instance n'emporte pas pour autant *ipso facto* l'annulation de sa décision. D'une part, il existe, en effet, des limites à l'obligation d'entendre les parties en cas de relevé d'office⁽⁸⁰⁾. D'autre part, la méconnaissance du contradictoire constitue une irrégularité procédurale, laquelle ne peut justifier l'annulation d'un arrêt ou d'une ordonnance que lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts de la partie intéressée⁽⁸¹⁾. Tel est le cas lorsque le moyen d'ordre public a été décisif et que son examen a impliqué une appréciation par le juge qui « [pouvait] se prêter à une discussion »⁽⁸²⁾. Le contrôle sur pourvoi s'opère dès lors en deux temps. L'examen de l'existence objective d'une omission d'entendre les parties est suivi d'une analyse concrète de son incidence potentielle sur l'appréciation portée par le juge de première instance sur le moyen relevé d'office⁽⁸³⁾.

79. Voy. en particulier : CJCE, 10 janvier 2002, *Plant e.a. c/ Commission et South Wales Small Mines*, aff. C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, pts 24 et s. ; CJCE, 24 septembre 2002, *Falck et Acciaierie di Bolzano c/ Commission*, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, *Rec.*, p. I-7869, pts 67-68. Voy. également pour des moyens allégués et pris d'une violation des droits de la défense lors de l'adoption d'ordonnances d'irrecevabilité, la jurisprudence citée *supra* (note n° 46 du présent Chapitre).

80. Voy. *infra*, cette Section, Sous-section 2, § 1. L'étendue du débat contradictoire : une approche pragmatique (pp. 706 et s.), ainsi que Section 2, Sous-section 1. Le relevé d'office « en secret » : des dérogations limitées au contradictoire sur les moyens d'ordre public (pp. 733 et s.).

81. Art. 58, al. 1, statut de la Cour de justice de l'Union européenne.

82. Pt 61 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009.

83. Voy. pour des illustrations à propos de moyens d'ordre public non soumis au débat : Trib. UE, 14 décembre 2011, *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.*, aff. T-6/11 P, non publié, pts 25-56 ; Trib. UE, 23 novembre 2016, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-328/15 P, non publié, pts 34-53. En revanche, lorsque les parties ont été entendues, le moyen pris d'une violation

L'approche du juge est, à cet égard, marquée d'un fort pragmatisme.

En effet, tout d'abord, l'absence de débat contradictoire sur un moyen d'ordre public décisif qui a fondé la décision des premiers juges peut être « légitimée »⁽⁸⁴⁾. Cette décision ne sera pas annulée « si, en définitive, le respect [du] principe [du contradictoire] n'aurait pas abouti à un résultat différent »⁽⁸⁵⁾. Suivant une approche pragmatique d'économie de procédure, la Cour de justice accepte ainsi de déplacer le moment du débat contradictoire à l'instance de pourvoi et de combler, à ce stade, les insuffisances imputables au Tribunal.

Ensuite, l'annulation d'un arrêt ou d'une ordonnance pour méconnaissance du contradictoire ne semble pas être subordonnée au bien-fondé des arguments de fond avancés ou qui auraient pu être avancés par la partie lésée. La condition susvisée d'un « résultat différent » est, dès lors, réduite à l'hypothèse d'un résultat *potentiellement* différent⁽⁸⁶⁾. En témoigne l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009. En effet, la Cour de justice a accueilli un moyen pris d'une violation du contradictoire au seul motif que l'absence de débat était susceptible d'avoir eu une incidence sur la solution du litige, avant d'examiner, dans l'intérêt d'« une bonne administration de la justice », des arguments relatifs à l'appréciation du moyen relevé d'office par le Tribunal⁽⁸⁷⁾. Une autre illustration peut être trouvée dans un arrêt *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.* prononcé par le Tribunal en sa qualité de juge du pourvoi en 2011. Tout en annulant l'arrêt attaqué, en ce que la Commission n'avait pas été entendue sur un moyen d'ordre public relevé d'office, le Tribunal a confirmé, au stade de l'évocation et après avoir examiné les arguments de fond avancés par cette institution sur ledit moyen, la solution à laquelle le Tribunal de la fonction publique avait abouti quant audit moyen relevé d'office⁽⁸⁸⁾.

du principe du contradictoire est d'emblée écarté comme non fondé, sans examen du second volet, voy. pour des exemples hors moyen d'ordre public : Trib. UE, 21 mai 2014, *Commission c/ Macchia*, aff. T-368/12 P, non publié, pts 39-40 ; Trib. UE, 5 novembre 2014, *Commission c/ Thomé*, aff. T-669/13 P, non publié, pts 31-32.

84. CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 52. Voy. aussi : A. RIGAUX, « La Cour tranche pour la première fois sur le fond une procédure de réexamen », *Europe*, 2010, n° 2, comm. 63, pp. 13-15, spéc. p. 14.

85. É. BARBIER DE LA SERRE, « Principe du contradictoire devant le Tribunal », *RLC*, 2010, n° 23, pp. 84-86, spéc. p. 85.

86. En ce sens, H. JUNG (*Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 175 p., spéc. p. 62) avait déjà noté que l'incidence sur l'issue du litige ne devait pas pouvoir être exclue.

87. Pts 61-63 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009.

88. Trib. UE, 14 décembre 2011, *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.*, aff. T-6/11 P, non publié.

Enfin, faute de lien direct entre l'absence de débat et l'incidence potentielle sur l'appréciation du moyen relevé d'office, l'annulation de la décision rendue par les premiers juges pour violation du principe du contradictoire n'emporte pas automatiquement le renvoi de l'affaire devant ces juges. Ainsi, lorsqu'un vrai débat a eu lieu devant le juge du pourvoi quant au moyen d'ordre public en cause et que ce moyen peut être définitivement tranché par ledit juge, celui-ci sera enclin à évoquer l'affaire et à statuer définitivement, le cas échéant sur le seul moyen relevé d'office⁽⁸⁹⁾. En revanche, si, devant le juge du pourvoi, les parties ne se sont pas exprimées contradictoirement sur les éléments nécessaires à l'appréciation du moyen relevé d'office, ledit juge renverra l'affaire en première instance⁽⁹⁰⁾.

Le traitement des moyens de pourvoi pris du défaut de débat contradictoire reflète, dès lors, la recherche constante d'un équilibre entre les droits de la défense des parties et les exigences de bonne administration de la justice. Les obligations procédurales du juge ne doivent pas indûment alourdir le traitement des affaires. Ce constat explique également que ce n'était qu'à titre exceptionnel que le contrôle opéré au stade du pourvoi était complété d'un contrôle par le juge du réexamen.

2) Un contrôle historique exceptionnel par le juge du réexamen

Le caractère exceptionnel du réexamen, procédure en sommeil depuis la suppression du Tribunal de la fonction publique et la disparition conséquente de la compétence de pourvoi du Tribunal, a déjà été souligné. Cette procédure pouvait être activée « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union »⁽⁹¹⁾. Loin d'être conçue comme une voie de contrôle systématique des arrêts du Tribunal statuant en tant que juge du pourvoi, elle était dessinée de sorte à assurer l'unité et la cohérence de ce droit au niveau « des grandes questions de principe »⁽⁹²⁾. En revanche, des vices d'espèce n'entraient pas dans son champ d'application et devaient, même lorsqu'ils étaient le fait du Tribunal en tant que juge du

89. Voy. en particulier l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009 (pts 63 et 86-89), ainsi que l'arrêt cité à la note précédente.

90. Voy. par analogie à propos d'un examen d'office d'éléments de droit national : CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pts 64-65. Après le renvoi de l'affaire devant le juge de première instance, celui-ci a entendu les parties concernant les suites à donner à l'arrêt de la Cour et sur l'élément de droit national qu'il avait relevé d'office (Trib. UE, 30 juin 2015, *Gambling Commission c/ OHMI*, aff. T-404/10 RENV, non publié, pts 16 et 20).

91. Art. 256, § 2, al. 2, TFUE.

92. Exposé des motifs du « Projet de modification du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de son annexe I », en date du 28 mars 2011. Voy. déjà : H. JUNG, « Une nouvelle procédure devant la Cour : le réexamen », in C. BAUDENBACHER *et al.* (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 191-218, spéc. pp. 196-197.

pourvoi, être tolérés. Il en allait ainsi en principe d'une omission erronée de statuer d'office sur un moyen d'ordre public⁽⁹³⁾.

Sauf hypothèse exceptionnelle, le non-respect du contradictoire par le juge relève de la même catégorie des vices d'espèce. L'hypothèse exceptionnelle s'est toutefois réalisée dans le premier réexamen mené par la Cour de justice. En l'occurrence, le Tribunal de la fonction publique avait rejeté par voie d'ordonnance un recours en annulation et en indemnité, sur la base d'une exception soulevée par acte séparé et sans engager le débat au fond⁽⁹⁴⁾. Le Tribunal avait annulé cette ordonnance. Estimant le litige en état d'être jugé, il avait évoqué l'affaire, déclaré le recours recevable, annulé la décision attaquée et condamné la partie défenderesse au versement d'une indemnité⁽⁹⁵⁾. La Cour de justice s'est saisie d'un réexamen à propos de l'interprétation de la notion de « litige en état d'être jugé »⁽⁹⁶⁾. Elle a examiné la question de savoir si le Tribunal pouvait « évoquer une affaire et [...] statuer au fond, nonobstant le fait que le pourvoi dont il était saisi portait sur l'examen du traitement réservé en première instance à une exception d'irrecevabilité et que, sur l'aspect du litige ayant fait l'objet de l'évocation, aucun débat contradictoire n'avait eu lieu devant lui ni devant le Tribunal de la fonction publique »⁽⁹⁷⁾. Après avoir procédé à une interprétation de la notion de « litige en état d'être jugé »⁽⁹⁸⁾, la Cour de justice a pris position sur les exigences du principe du contradictoire lors du prononcé d'une condamnation au versement d'une indemnité par le juge de la fonction publique⁽⁹⁹⁾. Elle a constaté une méconnaissance tant de ladite notion que de ce dernier principe, de nature à porter atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'Union européenne⁽¹⁰⁰⁾. À travers l'examen d'une problématique procédurale transversale, la Cour de justice a ainsi opéré un contrôle concret du respect du contradictoire, qui a suivi la même trame que celui réalisé au stade du pourvoi. La Cour de justice a successivement apprécié l'existence d'une violation du contradictoire et son incidence potentielle sur l'issue du litige. L'approche pragmatique ainsi que la possibilité de renoncer

93. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 2. Un contrôle exceptionnel, aujourd'hui dépassé, au stade du réexamen (pp. 487 et s.).

94. TFP, ord., 19 octobre 2007, *M c/ EMEA*, aff. F-23/07, *RecFP*, pp. I-A-1-311 et II-A-1-1755.

95. TPI, 6 mai 2009, *M c/ EMEA*, aff. T-12/08 P, *RecFP*, p. I-B-1-31 et II-B-1-159.

96. Au sens de l'article 61 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 13, § 1, de l'annexe dudit statut (abrogée).

97. CJCE, déc. RX, 24 juin 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX, *Rec.* p. I-12033, pt 2 du dispositif.

98. CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 29-37.

99. *Id.*, pts 39-59.

100. *Id.*, pts 37, 59 et 66.

au bénéfice du contradictoire laissent présager de la nature ordinaire du moyen tiré de la méconnaissance du principe du contradictoire.

B. *Un contrôle opéré par moyen ordinaire*

À la différence du contrôle du respect de l'obligation d'examiner d'office les moyens d'ordre public, que le juge du pourvoi doit, selon nous, opérer d'office à titre de moyen d'ordre public⁽¹⁰¹⁾, le contrôle du respect du contradictoire relève d'un moyen ordinaire. En attestent des indices jurisprudentiels concordants (1), qui mettent en lumière la connotation éminemment subjective du principe du contradictoire (2).

1) Des indices jurisprudentiels concordants

Le moyen d'ordre public est celui qui tend à la garantie des règles de droit essentielles, fondamentales de l'ordre juridique, énoncées dans l'intérêt de la société et non dans l'intérêt subjectif d'une partie et dont la simple transgression emporte sanction⁽¹⁰²⁾. Sur un plan procédural, c'est le moyen dont ni les parties ni le juge ne peuvent disposer, que ce dernier examine d'office et que les premières peuvent invoquer en toutes circonstances, sans pouvoir y renoncer. Ce sont autant d'attributs qui ne sont pas reconnus au moyen pris de la violation du principe du contradictoire lors du relevé d'office, lequel n'a par ailleurs encore jamais été examiné d'office.

Tout d'abord, une violation du contradictoire n'est pas en tant que telle susceptible d'encourir l'annulation de l'arrêt ou de l'ordonnance attaqué(e). Encore faut-il démontrer que l'issue du litige aurait pu être différente en présence d'un débat⁽¹⁰³⁾. Ensuite, il est possible de renoncer au bénéfice du débat contradictoire devant le juge de l'Union européenne. Une éventuelle renonciation, même implicite en raison d'une absence de mise en cause devant le juge de première instance, emporte forclusion pour la partie concernée de se prévaloir, à l'appui de son pourvoi, d'une violation du

101. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1, B. Les modalités du contrôle : le moyen de pourvoi tiré du non-relevé d'office, moyen d'ordre public ? (pp. 482 et s.).

102. Sans que le juge ne soit amené à examiner son incidence pratique sur le contenu de l'acte. L'argument consistant à exclure une qualification d'ordre public en raison du simple fait qu'une méconnaissance de la règle concernée n'entraîne pas *ipso facto* de sanction ne nous convainc guère. Ce fait ne devrait pas influencer la qualification de ce moyen, mais, le cas échéant, l'obligation du juge de le relever d'office. Néanmoins, ce constat reflète à l'heure actuelle l'état de la jurisprudence générale relative à la délimitation de la notion de moyen d'ordre public. Voy. déjà *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1. Un moyen en principe d'ordre public (pp. 203 et s.).

103. Voy. *supra*, ce §, A, 1. Un contrôle de principe par le juge du pourvoi (pp. 698 et s.).

contradictoire par le premier juge⁽¹⁰⁴⁾. L'absence de débat contradictoire n'est pas critiquable lorsqu'elle doit être « imputée » à la partie intéressée, en ce qu'elle y aurait « renoncé délibérément »⁽¹⁰⁵⁾. Il reste toutefois qu'une partie ne peut renoncer à une garantie sans avoir connaissance de l'intention du juge de relever d'office un moyen d'ordre public, sauf à considérer qu'en renonçant à l'invocation d'un tel moyen, elle renonce d'emblée à toute discussion contradictoire à son sujet. Enfin, en sa qualité de juge du pourvoi, le Tribunal a pu déclarer irrecevable un moyen pris de la violation du contradictoire et allégué par une partie intervenante⁽¹⁰⁶⁾, ce qui confère une coloration ordinaire à un tel moyen.

À défaut de bénéficier des attributs du moyen d'ordre public, la méconnaissance du contradictoire doit selon toute vraisemblance être qualifiée de moyen ordinaire⁽¹⁰⁷⁾. Une telle conclusion s'impose à plus forte raison pour des motifs de cohérence et par analogie. D'une part, la jurisprudence relative aux droits de la défense devant le juge de l'Union européenne est largement inspirée de la jurisprudence sur les droits de la défense, en ce compris ledit principe du contradictoire, applicables dans les procédures administratives⁽¹⁰⁸⁾. Or, malgré quelques hésitations, le caractère d'ordre public de la violation desdits droits dans le cadre des procédures administratives a, pour l'essentiel, été exclu⁽¹⁰⁹⁾. La cohérence militerait ainsi en faveur d'un raisonnement systémique et de la prolongation du caractère ordinaire des droits de la défense au stade contentieux⁽¹¹⁰⁾. D'autre part, la Cour de

104. Voy. en ce sens : CJCE, 9 septembre 1999, *Petrides c/ Commission*, aff. C-64/98 P, *Rec.*, p. I-5187, pt 32. Voy. à ce propos *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 1, § 1. Une impossibilité de renoncer à l'ordre public (pp. 653 et s.).

105. Voy. en ce sens : CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 47.

106. TPI, 8 septembre 2009, *ETF c/ Landgren*, aff. T-404/06 P, *Rec.*, p. II-2841, pt 138. La prudence est toutefois de mise, dès lors que le constat d'irrecevabilité accompagne en l'espèce un rejet au fond comme « manifestement dépourvu de fondement » et eu égard aux tergiversations jurisprudentielles quant à la recevabilité des moyens autonomes des intervenants.

107. D'ailleurs, la doctrine opère parfois une telle qualification : C. NAÔMÉ, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 264 p., spéc. § 292 et p. 87. En revanche, L. MINIATO (*op. cit.*, spéc. p. 145, note n° 207) a pu affirmer que la violation du contradictoire par le juge de l'Union européenne était d'ordre public. Sans fournir de référence jurisprudentielle à l'appui de cette affirmation, l'auteur renvoie à une contribution de R. MEHDI (« Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119, spéc. p. 110), de laquelle une telle qualification ne ressort, toutefois, pas.

108. Voy. en particulier : arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009, pt 50 et la jurisprudence citée.

109. Voy. *supra*, Partie I, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, § 1. La garantie des droits de la défense (pp. 235 et s.).

110. De la même manière que la violation de l'obligation de motivation est d'ordre public, qu'elle soit le fait d'une institution auteur d'un acte attaqué ou du juge.

justice a implicitement tenu un moyen pris de la violation du contradictoire par une chambre de recours de l'EUIPO pour un moyen ordinaire⁽¹¹¹⁾. Or, les chambres de recours sont des instances quasi juridictionnelles qui sont soumises à des exigences analogues de respect des droits de la défense, dont le contradictoire en cas d'examen d'office⁽¹¹²⁾, que les juridictions de l'Union européenne.

Pris ensemble, ces indices convergent en faveur du caractère ordinaire du moyen pris de la violation du contradictoire, y compris lors du relevé d'office d'un moyen d'ordre public⁽¹¹³⁾. Cette conclusion illustre la mise en avant de la fonction subjective de la soumission desdits moyens au débat contradictoire. Elle permet d'expliquer la différence de nature et de régime de ces deux moyens de pourvoi liés au relevé d'office.

2) Une illégalité subjective par nature

De prime abord, la divergence de qualification de l'irrégularité de procédure consistant en l'omission de relever d'office un moyen d'ordre public et de celle tirée d'une méconnaissance du contradictoire lors d'un tel relevé d'office peut surprendre. Les deux exigences ne sont-elles pas également importantes et destinées à assurer le respect de l'ordre public ? La différence peut toutefois s'expliquer en raison de la différence de nature de ces deux irrégularités. L'obligation d'examiner d'office les moyens d'ordre public tend, nous l'avons démontré, à assurer l'effectivité

111. Voy. en ce sens : CJUE, 8 novembre 2016, *BSH c/ EUIPO*, aff. C-43/15 P, *Rec. num.*, pt 45.

112. Voy. à propos de l'exigence du contradictoire en cas d'examen d'office : CJCE, 21 octobre 2004, *KWS Saat c/ OHMI*, aff. C-447/02 P, *Rec.*, p. I-10107, pts 42-43 ; TPI, 4 octobre 2006, *Freixenet c/ OHMI*, aff. T-190/04, non publié, pts 28 et 30 ; Trib. UE, 8 février 2013, *Piotrowski c/ OHMI*, aff. T-33/12, non publié, pt 18. Le principe du contradictoire trouve un fondement textuel dans l'article 94, § 1, du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2017, L 154, p. 1), correspondant à l'ancien article 75, § 1, du règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque de l'Union européenne (*JO*, 2009, L 78, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (*JO*, 2015, L 341, p. 21), en vertu duquel les décisions de l'EUIPO ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position.

113. Une telle qualification n'est pas remise en cause par l'activation d'une procédure de réexamen en raison d'une violation du contradictoire dans l'affaire *Réexamen M c/ EMEA* (CJUE, 17 décembre 2009, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pts 38-59). En effet, cette procédure entamée d'office est destinée à la garantie de la cohérence et de l'unité du droit de l'Union. Ce relevé d'office du non-respect du contradictoire provient donc non pas de la valeur fondamentale reconnue à ce principe, mais de la gravité de l'atteinte, par le Tribunal, à la cohérence et à l'unité du droit de l'Union. Partant, aucune conclusion ne peut en être tirée quant au statut contentieux du moyen tiré de la violation du principe du contradictoire.

et l'indisponibilité de l'ordre public⁽¹¹⁴⁾. L'obligation d'entendre les parties en cas de relevé d'office est destinée, outre à éclairer le juge, à mettre la partie au détriment de laquelle s'opère le relevé d'office en mesure de se défendre. Elle combine des dimensions objective et subjective. Or, selon la jurisprudence, une illégalité subjective par sa nature n'est, par définition, pas hissée au rang de moyen d'ordre public⁽¹¹⁵⁾. La qualification de moyen ordinaire qui se déduit prudemment de la jurisprudence s'explique ainsi au regard de l'affiliation de la contradiction aux droits de la défense et met en lumière sa dimension subjective⁽¹¹⁶⁾.

Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'une autre approche, consistant en une élévation de la violation du contradictoire au rang de moyen d'ordre public, aurait pu être envisagée. Destiné, certes, à permettre aux parties de se faire entendre et de se défendre devant le juge, le cas échéant contre un moyen d'office, le principe du contradictoire assure et rétablit leur égalité, momentanément rompue du fait du relevé d'office. Ce principe tend à « permet[tre ...] au juge de statuer en toute impartialité et en toute connaissance de cause » et à « fonder la confiance que les justiciables doivent pouvoir avoir dans le fonctionnement de la justice »⁽¹¹⁷⁾. « [I] est un moyen de parvenir à une solution qui s'ajuste au plus près de la vérité du litige. En ce sens, il dépasse les intérêts des protagonistes du procès et relève de l'État de droit, constituant ainsi le signe d'une société démocratique »⁽¹¹⁸⁾. Dans une Union de droit, son respect s'impose dès lors non seulement dans l'intérêt subjectif des parties au litige, mais encore dans l'intérêt objectif de la société prise dans son ensemble. C'est ainsi d'une mise en

114. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2. Une clarification nécessaire : la consécration d'une obligation issue d'une lecture finaliste de la jurisprudence (pp. 467 et s.).

115. Voy. en particulier : TPI, 8 juillet 2004, *JFE Engineering e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, pt 425. Une exception est toutefois instaurée dans le contentieux de la fonction publique.

116. Il se déduit d'ailleurs de la jurisprudence que le débat contradictoire est principalement destiné à la partie au détriment de laquelle s'opère le relevé d'office. En ce sens, d'une part, dans l'affaire *Réexamen M c/ EMEA*, la Cour de justice a noté que, sans débat contradictoire, le Tribunal avait « changé l'issue du recours au détriment de la partie défenderesse » (CJUE, 17 décembre 2009, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 41, nous soulignons). D'autre part, elle a pu renoncer à l'organisation d'un débat sur un moyen d'illégalité relevé d'office, motif pris de ce que, dans des affaires antérieures connexes, la partie, au détriment de laquelle le relevé d'office avait été effectué, « a[vait] suffisamment eu l'occasion de présenter, dans le cadre d'un débat contradictoire, ses moyens et arguments » sans même se prononcer sur le fait que l'autre partie à la procédure n'avait pas participé audit débat (CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pt 96).

117. Concl. Bot sous l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009, pts 98-100, et sous CJUE, 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission*, aff. C-352/09 P, *Rec.*, p. I-2359, pt 137.

118. L. CADJET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, 997 p., spéc. p. 646. Selon les termes de M.-A. FRISON-ROCHE (« Contradiction », in L. CADJET [dir.], *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 236-243, spéc. p. 236), « [l]a

balance des volets subjectif et objectif de cette garantie procédurale que procède la définition de son statut contentieux, en même temps que cette définition permet de tirer des conclusions quant à sa fonction primordiale. Pour l'heure, le volet subjectif a pris le dessus, préalable et reflet d'une qualification de moyen ordinaire⁽¹¹⁹⁾. Cette qualification reflète également un choix pratique, dès lors qu'elle autorise un maniement souple des modalités concrètes du débat contradictoire.

SOUS-SECTION 2. – LES MODALITÉS DU DÉBAT CONTRADICTOIRE À LA RECHERCHE D'ÉQUILIBRES

L'obligation pour le juge d'assurer un débat contradictoire non seulement sur les arguments avancés par les parties mais également sur tout élément qu'il entend le cas échéant soulever d'office doit être conciliée avec la bonne marche du procès. Nécessaire pour assurer la garantie des droits procéduraux des parties, elle ne doit pas pour autant entraver l'efficacité de la procédure et alourdir à l'excès son déroulement. Les besoins du débat contradictoire doivent être conciliés avec les impératifs d'une bonne administration de la justice. L'équilibre est assuré au stade tant de la définition pragmatique de l'étendue du débat contradictoire obligatoire sur les moyens d'ordre public (§ 1) que de la détermination souple de ses méthodes (§ 2).

§ 1. – L'étendue du débat contradictoire : une approche pragmatique

Il a pu être dit de la procédure contentieuse qu'elle « est tout entière orientée vers le jugement qui en est [...] l'aboutissement ; tout a pour objet de préparer la décision du juge »⁽¹²⁰⁾. Il en va ainsi en particulier du débat contradictoire, qui doit non seulement permettre aux parties de se faire entendre et de présenter leurs causes, mais aussi éclairer le juge sur l'ensemble des éléments du litige qu'il est appelé à trancher. Dans cette optique, l'obligation d'entendre les parties sur les moyens d'ordre public n'est pas absolue. Elle couvre nécessairement les moyens qui sont invoqués

contradiction, associée au débat judiciaire, soutenue par l'égalité des armes et articulée avec les droits de la défense, est l'expression de l'État de droit puisqu'elle oblige le juge à prendre en considération les arguments de tous ».

119. Par contraste avec la qualification d'ordre public de la composition régulière de la formation de jugement, garante de l'indépendance et de l'impartialité du juge au nom du procès équitable : CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c/ UFEX e.a.*, aff. jtes C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, pts 45-48.

120. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, spéc. p. 801.

par les parties. En revanche, s'agissant des moyens et autres éléments susceptibles d'être relevés d'office, elle ne couvre que ceux qui sont décisifs, au point d'influencer l'issue du litige (A). Cette approche pragmatique et réaliste assure un équilibre satisfaisant entre les exigences du débat contradictoire et les impératifs d'une bonne gestion des procédures. Elle s'impose au nom de la bonne administration de la justice (B).

A. Une limitation du débat obligatoire aux moyens d'ordre public et éléments décisifs

L'exigence d'organiser un débat contradictoire sur les moyens d'ordre public décisifs relevés d'office par le juge de l'Union européenne (1) a été étendue, par la suite, aux éléments d'appréciation décisifs relevés d'office par ce même juge (2).

1) Les moyens d'ordre public décisifs

L'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public n'est pas absolue. Elle ne couvre, pour l'essentiel, que les moyens d'ordre public fondés, qui sont de nature à affecter l'issue du litige. En revanche, il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le juge peut ou bien rejeter par prétérition un tel moyen parce qu'il est non fondé, irrecevable ou inopérant, ou bien renoncer à son examen, eu égard aux circonstances de l'espèce.

L'étendue de l'obligation d'entendre les parties est, pour l'essentiel, calquée sur celle de l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public. Le débat contradictoire obligatoire, tel que conçu dans l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009, est en effet cantonné aux moyens d'ordre public « sur lesquels [le juge] entend fonder sa décision », aux « éléments de fait [et] de droit qui sont décisifs pour l'issue de la procédure » et aux motifs retenus d'office sur la base desquels le juge « tranche un litige »⁽¹²¹⁾, pour autant que ces moyens soulèvent des questions d'appréciation susceptibles de « se prêter à une discussion »⁽¹²²⁾. En d'autres termes, sans préjudice de son devoir plus général d'examiner d'office les moyens d'ordre public, le juge n'est tenu d'entendre les parties qu'à propos des moyens qu'il envisage d'accueillir d'office⁽¹²³⁾ et qui sont décisifs pour l'issue du litige. À l'inverse,

121. Pts 54-56 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009 ; CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 41.

122. Pt 61 de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009. À propos des moyens d'ordre public qui ne se prêtent pas à discussion, voy. *infra*, Section 2, Sous-section 1, § 1, B. Le moyen d'ordre public fondé qui « ne se prête pas à discussion » (pp. 744 et s.).

123. Voy. également en ce sens : É. BARBIER DE LA SERRE, *op. cit.*, spéc. p. 85.

les moyens « non décisifs », qui ne sont pas relevés d'office, échappent au débat obligatoire.

La distinction du moyen décisif et du moyen non décisif n'est cependant pas toujours aisée ni satisfaisante et les termes choisis par la Cour de justice ne paraissent pas exempts de toute critique. En particulier, un moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle rejeté par prétérition dans une décision statuant au fond est « décisif », car il forme le préalable nécessaire à toute décision au fond. Il ne doit pas pour autant être ouvert à discussion par les parties. Non avancé par elles, c'est parce que le juge n'a rien à ajouter à leur silence que ce moyen est soustrait au champ du débat contradictoire obligatoire. La notion de moyen d'ordre public décisif doit dès lors s'entendre comme recouvrant le moyen d'ordre public *prima facie* fondé que le juge entend relever d'office afin de trancher le litige. Rien n'empêche, toutefois, le juge d'élever le débat sur des moyens d'ordre public qui pourraient être non fondés ou dépourvus d'incidence sur la solution du litige⁽¹²⁴⁾.

En interrogeant les parties sur un moyen que celles-ci n'avaient pas avancé, le juge met à l'épreuve son aperçu du moyen en cause, cherche à se convaincre de son bien-fondé, le confronte aux éléments de fait dont seules les parties ont une maîtrise entière et permet à celles-ci d'infirmer la justesse du relevé d'office projeté. Ce faisant, il offre aux parties un aperçu de son intime conviction quant à l'issue du litige et à la décision à venir, ce qui semble de prime abord contraire à la jurisprudence constante selon laquelle le juge n'est pas tenu de soumettre aux parties son appréciation juridique des éléments du litige⁽¹²⁵⁾. Les deux hypothèses doivent toutefois être distinguées. En cas de relevé d'office d'un moyen d'ordre public, le juge introduit dans le litige une question de droit non abordée par les parties. Sans préjudice de la décision à venir, il doit entendre les parties sur cette « nouveauté » à laquelle celles-ci, eu égard aux éléments du débat initié par

124. C'est ainsi que le débat contradictoire est parfois organisé sur des moyens relevés d'office et rejetés après appréciation dans la décision mettant fin à l'instance. Voy. p. ex. : CJUE, 26 février 2015, *Planet c/ Commission*, aff. C-564/13 P, *Rec. num.*, pt 20 et, plus largement, pts 19-27 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 32 et 38 et, plus largement, pts 36-38 et 41-50. À notre sens, la décision du juge de procéder à un relevé d'office non obligatoire fait naître à sa charge une obligation procédurale « morale » d'entendre les parties, dont le poids sur le déroulement et dont l'incidence sur la durée de l'instance pourront en pratique militer à l'encontre d'un tel relevé d'office.

125. Le Tribunal est en droit de faire « une appréciation juridique [...] sans aviser les parties préalablement au prononcé de l'arrêt. Agir d'une telle manière ne constitue pas une violation des droits de la défense ou du droit à un procès équitable » : CJUE, 22 janvier 2013, *Commission c/ Tomkins*, aff. C-286/11 P, *Rec. num.*, pt 61. *Adde* : concl. KOKOTT sous CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pts 66-67 ; Trib. UE, 12 mai 2010, *Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P, *Rec. num.*, pt 85.

elles, ne pouvaient s'attendre. En revanche, lorsqu'il se contente de trancher les seuls points de fait et de droit avancés et débattus par les parties, celles-ci ont d'ores et déjà eu l'occasion d'exprimer leur point de vue et le juge peut statuer sans leur soumettre son projet de décision. La réserve du juge sur sa propre appréciation et la solution du litige⁽¹²⁶⁾ est alors destinée à assurer sa neutralité⁽¹²⁷⁾ voire le secret du délibéré.

Ce raisonnement permet aussi d'expliquer que, lorsqu'il décide de ne pas introduire de nouvelles questions de droit dans le débat en rejetant par prétérition des moyens d'ordre public ou en renonçant à un relevé d'office non nécessaire, le juge n'a pas à entendre les parties. Cette approche a été transposée dans le domaine des appréciations effectuées d'office.

2) Les éléments d'appréciation décisifs

La tendance au débat contradictoire obligatoire se prolonge, au-delà du relevé d'office d'un moyen d'ordre public, au stade de l'exercice par le juge de ses autres pouvoirs d'office. Ainsi, la Cour de justice a transposé l'obligation d'élever le débat dans l'hypothèse d'une condamnation pécuniaire prononcée d'office par le juge de la fonction publique. En effet, « la compétence de pleine juridiction accordée aux juridictions [de l'Union] dans les litiges pécuniaires opposant les institutions [de l'Union] à leurs agents ne saurait être considérée comme conférant à ces juridictions le pouvoir de soustraire un tel litige au respect des règles procédurales liées au principe du contradictoire »⁽¹²⁸⁾.

Ces considérations sont aisément transposables dans le domaine de l'exercice des pouvoirs d'office par le juge de la pleine juridiction des amendes⁽¹²⁹⁾. L'étendue exacte de l'obligation d'entendre les parties sur

126. Notons que, s'agissant du contentieux français, le professeur J. LAMARQUE (*op. cit.*, spéc. pp. 158-160 et 176-177) a poussé à son paroxysme la fonction de la contradiction tendant à « assurer aux parties la garantie du bien-jugé » et envisagé un schéma procédural dans lequel le juge soumettrait à ces dernières, au terme de l'instruction et préalablement à l'audience de plaidoiries, un projet de solution du litige qui serait contradictoirement discuté lors de l'audience afin, notamment, de déceler d'éventuelles erreurs commises par le juge.

127. Voy. en ce sens : concl. KOKOTT sous CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, pt 66.

128. CJUE, 17 décembre 2009, *Réexamen M c/ EMEA*, aff. C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, pt 58. Voy. pour des illustrations : Trib. UE, 12 mai 2010, *Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P, *Rec. num.*, pts 82-92 ; Trib. UE, 10 novembre 2010, *OHMI c/ Simões Dos Santos*, aff. T-260/09 P, non publié, pts 86-93 ; TFP, 30 septembre 2013, *Possanzini c/ Frontex*, aff. F-124/11, non publié, pt 76.

129. Voy. en ce sens : É. BARBIER DE LA SERRE, *op. cit.*, spéc. p. 86 ; M. JOHANSSON, « The ECJ Decides the First Case Under the Article 256(2) TFEU Review Procedure », *E.L.Rep.*, 2010, n° 6, pp. 195-202, spéc. p. 201. Voy. également : Trib. UE, 12 mai 2010, *Bui Van c/ Commission*, aff. T-491/08 P, *Rec. num.*, pt 89 et la jurisprudence citée.

la réformation de l'amende reste toutefois à être déterminée. D'un côté, il ne fait guère de doute que, lorsqu'il aggrave d'office la responsabilité financière de la partie requérante en augmentant le montant de l'amende qui lui a été infligée, le juge doit entendre cette partie. C'est d'ailleurs souvent sous cette réserve que la doctrine admet la possibilité d'une majoration de l'amende⁽¹³⁰⁾. De l'autre côté, il est permis de se demander si, lorsqu'il fonde sa propre appréciation du montant approprié de l'amende sur les seuls éléments du dossier porté devant lui, le juge doit spécifiquement interroger les parties sur les détails du calcul qu'il entend opérer ou si, au contraire, il est suffisant que la partie requérante eût porté la question de l'amende devant lui et que les deux parties eussent pu développer leurs arguments à ce titre⁽¹³¹⁾.

Un débat contradictoire devrait également s'imposer lorsque la Cour de justice, saisie à propos de l'exécution d'un arrêt ayant constaté un manquement étatique au droit de l'Union européenne, inflige à l'État membre défendeur une astreinte ou une somme forfaitaire dépassant celle(s) demandée(s) par la Commission⁽¹³²⁾.

Plus largement, il apparaît que, lorsque le juge de la légalité tient compte d'éléments factuels étrangers au dossier d'une affaire qu'il a puisés dans le

130. En ce sens, il a pu être affirmé que le pouvoir du juge d'augmenter l'amende devait être envisagé non sous l'angle de l'interdiction pour le juge de statuer *ultra petita*, mais sous l'angle des droits de la défense : K. LENAERTS, I. MASELIS et K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p., spéc. pp. 630-631. Dans le même sens, B. BERTRAND (*Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p., spéc. p. 1003) a pu mettre l'accent sur le respect, par le juge, des droits de la défense des sociétés requérantes.

131. Ainsi, dans l'affaire *Groupe Danone c/ Commission* (CJCE, 8 février 2007, aff. C-3/06 P, *Rec.*, p. I-1331, pts 70-83), la Cour de justice a examiné des arguments pris d'une violation des droits de la défense en ce que le Tribunal n'avait pas entendu la partie requérante sur la réformation de l'amende qu'il avait entreprise à l'inconvénient de cette dernière. Elle a rejeté ces arguments « [s]ans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le juge communautaire, avant qu'il exerce sa compétence de pleine juridiction, était tenu d'inviter le Groupe Danone à présenter ses observations sur une éventuelle réformation de la méthode de calcul » et au motif, en substance, « que [ce] Groupe [...] a[vait] pu faire valoir utilement son point de vue en ce qui concern[ait] la fixation du montant de l'amende » (pt 70). Pour sa part, l'avocat général POIARES MADURO avait suggéré à la Cour d'accueillir le moyen en cause, étant donné que « l'arrêt attaqué ne fai[sai]t pas état de questions écrites relatives à la méthode de calcul [et qu']il n'[était] fait aucune mention d'un échange de vues sur cette question avec la demanderesse » (concl., pts 58-59).

132. Voy. à ce propos les réflexions de L. CLÉMENT-WILZ, « Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général. Observations sur l'affaire *Commission c/ France*, arrêt du 12 juillet 2005 », *CDE*, 2005, n°s 5-6, pp. 725-748, spéc. pp. 736-744. Dans l'affaire ayant conduit à cet arrêt *Commission c/ France* (CJCE, 12 juillet 2005, aff. C-304/02, *Rec.*, p. I-6263), la Cour de justice a rouvert la procédure orale pour donner aux parties l'occasion de se prononcer sur la possibilité pour elle d'infliger à la fois une astreinte et une amende forfaitaire, tandis que la Commission n'avait demandé qu'une condamnation au paiement d'une astreinte : CJCE, ord. réouv., 16 juin 2004, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, non publiée.

dossier d'une autre affaire⁽¹³³⁾ ou d'éléments de droit national déterminants dépassant ceux avancés et débattus par les parties⁽¹³⁴⁾, il doit entendre ces dernières.

En revanche, un débat contradictoire ne semble pas s'imposer dans l'hypothèse où le juge répond à certains arguments par ses propres raisonnements, effectués d'office, pour éviter, conformément à la jurisprudence, de fonder sa décision sur des « considérations juridiques erronées »⁽¹³⁵⁾. Le juge ne doit pas davantage soumettre aux parties son interprétation de la règle de droit pertinente pour en débattre avec elles⁽¹³⁶⁾ ou la définition de la nature, restreinte ou entière, de son contrôle⁽¹³⁷⁾. Pour peu qu'il se contente de répondre aux arguments avancés par les parties sur le fondement des seuls éléments figurant au dossier, il ne modifie en effet nullement les termes du débat comme il le ferait lors du relevé d'office d'un moyen d'ordre public⁽¹³⁸⁾, lors d'une condamnation pécuniaire

133. CJCE, 10 janvier 2002, *Plant e.a. c/ Commission et South Wales Small Mines*, aff. C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, pts 29-34.

134. Voy. dans le contentieux de la propriété intellectuelle : CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pts 55-59.

135. Voy. en particulier : CJCE, ord., 27 septembre 2004, *UER c/ M6 e.a.*, aff. C-470/02 P, non publiée, pt 69 ; CJCE, ord., 13 juin 2006, *Mancini c/ Commission*, aff. C-172/05 P, non publiée, pt 41 ; CJCE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 65. A propos de cette jurisprudence, voy. *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, B, 1. Des pouvoirs d'office consacrés en l'absence de moyens d'ordre public (pp. 325 et s.).

136. Voy. en ce sens : TPI, 5 octobre 2009, *Commission c/ Roodhuijzen*, aff. T-58/08 P, *Rec.*, p. II-3797, pt 36 ; Trib. UE, 21 mai 2014, *Commission c/ Macchia*, aff. T-368/12 P, non publié, pt 24. Le Tribunal entremêle le principe *iura novit curia*, en vertu duquel la détermination du sens des règles de droit appartient au juge et échappe à la disposition des parties, et le principe du contradictoire en déduisant de l'absence de disposition des parties l'absence de nécessité de les entendre sur l'interprétation que le juge entend retenir. Il nous semble toutefois que, si le juge est libre de procéder à sa propre interprétation judiciaire d'une règle de droit débattue entre les parties, il devrait les entendre lorsqu'il envisage de s'appuyer sur une interprétation fondamentalement différente de celle(s) envisagée(s) et discutée(s) par elles.

137. Voy. en ce sens : Trib. UE, 5 novembre 2014, *Commission c/ Thomé*, aff. T-669/13 P, non publié, pts 31-33. Il en va ainsi en particulier lorsque l'application d'un contrôle – entier en l'occurrence – était « pour le moins prévisible » en ce que l'étendue du contrôle avait déjà été définie dans des affaires précédentes.

138. Toutefois, lorsque ce pouvoir d'office est « instrumentalisé » pour contourner le caractère en principe ordinaire d'un moyen de droit non avancé par la partie intéressée et pour l'examiner néanmoins d'office (voy. les hypothèses relevées *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, B, 2. Des pouvoirs d'office instrumentalisés, pp. 328 et s.), le juge devrait entendre les parties au litige (comme le Tribunal l'a d'ailleurs fait : Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. c/ Conseil*, aff. T-187/11, *Rec. num.*, pts 82-83 et 90 ; Trib. UE, 28 mai 2013, *Chiboub c/ Conseil*, aff. T-188/11, non publié, pts 48-50). La délimitation des hypothèses de débat contradictoire obligatoire ou facultatif n'est pas toujours aisée. Elle a pu conduire, dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge, à des distinctions entre des « motifs », que le juge peut suppléer d'office sans entendre les parties, et les « moyens » relevés d'office, que le juge doit soumettre au débat contradictoire. Un auteur a pu suggérer un critère fondé en substance sur l'effet de surprise de l'intervention d'office : D. LÉONARD,

prononcée d'office ou lors d'une modification d'office d'une amende au regard d'éléments non discutés par les parties. En d'autres termes, « seul l'acte même de juger échappe à [l']emprise [du contradictoire] »⁽¹³⁹⁾.

Ces éléments viennent conforter la limitation du débat contradictoire obligatoire aux moyens d'ordre public fondés et aux autres éléments relevés d'office qui sont décisifs au point d'orienter la décision du juge au-delà des éléments avancés par les parties. Cette approche réaliste, pragmatique, voire finaliste procède d'une conciliation utile entre les exigences parfois antagonistes des droits de la défense et d'une bonne administration de la justice.

B. Une limitation justifiée au nom de la bonne administration de la justice

Le débat contradictoire doit porter, outre sur les moyens avancés par les parties, sur les seuls moyens d'ordre public fondés et décisifs. Cette limitation se justifie aisément par comparaison avec les inconvénients d'une approche maximaliste du débat contradictoire ainsi qu'au regard de ses atouts intrinsèques.

Certes, une autre approche était envisageable. Selon celle-ci, tout moyen d'ordre public susceptible d'entrer dans le litige, tel que délimité par les parties et susceptible d'être complété par le juge grâce au relevé d'office, doit être soumis au débat. Il doit l'être, quand bien même il aurait été omis par les parties et serait en définitive écarté par prétérition ou considéré comme non pertinent par le juge. Une telle approche aurait pu être fondée sur une vision maximaliste du débat contradictoire et justifiée au regard d'une idée de garantie renforcée des droits des parties. Sa consécration viendrait toutefois heurter de front des considérations d'économie et d'efficacité de la procédure et noyer le juge et les parties dans une discussion dépourvue de valeur ajoutée, compte tenu des réels points de discorde opposant celles-ci et appelant une décision de celui-là. Cette approche a été implicitement écartée par la Cour de justice, ce qui induit une distinction entre les moyens d'ordre public entrant dans le litige⁽¹⁴⁰⁾ et ceux, moins nombreux, relevés d'office et soumis au débat contradictoire obligatoire à l'initiative du juge.

« La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d'office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 495-514.

139. Concl. Bot sous CJUE, 27 mars 2014, *OHMI c/ National Lottery Commission*, aff. C-530/12 P, *Rec. num.*, pt 114.

140. Rappelons que nous avons défendu une conception large de la notion de « litige » qui, en sus des moyens invoqués par les parties, couvre, à tout le moins à l'état latent, les moyens

L'approche retenue est amplement justifiée par des considérations d'économie et d'efficacité de la procédure. Celle-ci serait sensiblement alourdie si le juge était tenu de passer en revue avec les parties l'ensemble des moyens d'ordre public entrant dans le litige, sans même qu'ils soient invoqués par les parties ni pertinents. L'extension obligatoire du débat contradictoire doit rester strictement cantonnée à ce qui est nécessaire pour la solution du litige. Une telle approche est compatible avec les droits procéduraux des parties au litige. Il ne faut pas oublier, en effet, que celles-ci ont tout loisir d'avancer tout moyen, d'ordre public ou ordinaire, qu'elles estiment pertinent. Dès lors qu'elles ont fait le choix, délibéré ou effectué par erreur, de ne pas se prévaloir d'un moyen d'ordre public, il est légitime de penser que, selon elles, ce moyen est sans influence sur la solution du litige. Dans ces conditions, il ne saurait être reproché au juge de ne pas ouvrir le débat sur un tel moyen dans l'hypothèse où il estimerait, lui aussi, que ledit moyen ne changerait pas le cours du litige.

Enfin, dans l'hypothèse où le juge nourrirait des doutes quant à la pertinence d'un moyen d'ordre public non invoqué, il va de soi que rien ne l'empêche d'élever le débat contradictoire sur ce moyen et son éventuelle pertinence, sans préjudice de sa décision finale à cet égard. Le juge procède de la sorte en particulier lorsque sa décision impliquerait un rejet par prétérition d'un moyen d'ordre public intéressant une question de droit inédite⁽¹⁴¹⁾. C'est par exemple ainsi que, dans l'affaire *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, la Cour de justice a élevé le débat sur la compétence juridictionnelle en matière de PESC, examinée et validée d'office dans son arrêt⁽¹⁴²⁾. De même, lorsque le Tribunal a, dans une jurisprudence aujourd'hui obsolète, jugé – pour la première fois et d'office – que, dans le domaine des mesures restrictives, une adaptation des conclusions en annulation pouvait être formulée en dehors de toute condition de délai, il l'a fait après avoir entendu les parties sur cette question⁽¹⁴³⁾.

En définitive, les contours du débat contradictoire obligatoire sont ainsi calqués sur ceux du relevé d'office des moyens d'ordre public par le

d'ordre public susceptibles d'être soulevés d'office par le juge. Une telle conception s'imposait au regard des limites de l'office du juge du pourvoi et des droits procéduraux des parties quant à l'invocation de moyens nouveaux en cours d'instance.

141. Voy. en particulier : Trib. UE, 25 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-119/11, non publié, pts 23, 27, 48-49 et 64. *Adde*, pour des illustrations moins explicites : Trib. UE, 24 septembre 2015, *TV2/Danmark c/ Commission*, aff. T-674/11, *Rec. num.*, pt 39 ; Trib. UE, 30 septembre 2015, *Anagnostakis c/ Commission*, aff. T-450/12, *Rec. num.*, pts 31 et 33 ; TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pt 23.

142. CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 41-50.

143. TPI, 9 septembre 2010, *Al-Aqsa c/ Conseil*, aff. T-348/07, *Rec.*, p. II-4575, pts 19-20 et 30-45.

juge, ce qui conforte encore une fois la distinction opérée entre l'examen et le relevé d'office de tels moyens⁽¹⁴⁴⁾. Cette obligation du juge est mise en pratique avec souplesse.

§ 2. – Les méthodes du débat contradictoire : une approche souple

Les méthodes du débat contradictoire sont innombrables et dépendent des circonstances concrètes du déroulement et des étapes de chaque procédure, tout autant que du moment du relevé d'office ou de l'invocation tardive du moyen d'ordre public⁽¹⁴⁵⁾. L'approche du juge est marquée d'une grande souplesse aux fins d'assurer la meilleure conciliation *in concreto* des exigences du contradictoire, d'un côté, et de la bonne administration de la justice, de l'autre⁽¹⁴⁶⁾. Dès lors, sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de déterminer les grandes tendances de la pratique judiciaire. En guise de principe, il apparaît que le débat contradictoire doit avoir lieu dans l'instance même conduisant à la décision fondée sur le moyen d'ordre public (A). Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il peut avoir lieu au cours d'une instance connexe (B).

A. *Le débat contradictoire dans l'instance en cours*

La procédure devant les juridictions de l'Union européenne comporte deux phases, l'une écrite, l'autre orale⁽¹⁴⁷⁾. Le débat contradictoire sur le moyen d'ordre public peut avoir lieu au cours de chacune de ces phases⁽¹⁴⁸⁾. Dans la plupart des cas, il s'inscrit dans le déroulement régulier de la procédure en ses phases écrite ou orale (1). Plus rarement, il implique une réouverture de la procédure orale (2).

144. Voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2. Le rejet par prétérition des moyens d'ordre public (pp. 492 et s.).

145. Lorsque le moyen d'ordre public est invoqué régulièrement par la partie intéressée, l'autre partie est mise en mesure d'y répondre. À défaut de régime spécifique, cette question ne sera pas abordée dans les développements qui suivent.

146. La détermination des modalités concrètes du débat contradictoire sur les moyens d'ordre public rejoint ainsi des problématiques plus générales liées à la nécessaire conciliation des exigences, parfois opposées, de célérité de la justice et de respect des droits de la défense des parties. Voy., dans ce contexte, pour une réflexion critique sur la réforme du règlement de procédure de la Cour de justice : M. CONDINANZI, « Le nouveau cadre réglementaire de la Cour de justice de l'Union européenne. Un moyen suffisant pour répondre aux défis ? Des défis suffisamment importants pour justifier une réponse ? », in U. LEANZA *et al.* (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 943-964, spéc. pp. 950 et s.

147. Art. 20, al. 1, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, applicable au Tribunal conformément à l'art. 53, al. 1, dudit statut.

148. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 60.

1) Le débat contradictoire au cours des étapes régulières de la procédure

Le débat contradictoire sur le moyen d'ordre public tardif ou relevé d'office peut être entamé au cours de la phase écrite de la procédure. Il peut, en particulier, être initié lors d'un second tour de mémoires (a). Plus fréquemment, il est assuré à l'aide de mesures d'organisation de la procédure et, ainsi, au cours de la phase orale de la procédure (b).

a) *Le débat initié à l'occasion d'un second tour de mémoires*

Conformément aux règlements de procédure, le juge de l'Union européenne a la possibilité d'influencer l'objet d'un éventuel second tour de mémoires⁽¹⁴⁹⁾. Sans surprise, il n'use guère de ce pouvoir afin d'orienter le débat des parties sur un moyen d'ordre public qu'il envisage de relever d'office. En effet, ce n'est qu'après étude du dossier de l'affaire qu'il est à même de mesurer l'impact d'un éventuel moyen d'ordre public non invoqué par les parties sur l'issue du litige et d'élever le débat sur ce moyen. Or, en pratique, cette étude est fréquemment entamée seulement après la clôture de la phase écrite de la procédure, lorsque le juge rapporteur est appelé à rédiger un rapport préalable⁽¹⁵⁰⁾. Ce constat est d'autant plus réaliste au regard de l'encombrement qu'ont connu les juridictions de l'Union européenne. La récente réforme du Tribunal⁽¹⁵¹⁾ pourrait cependant conduire à une évolution des pratiques à cet égard. Il est en effet raisonnable de penser qu'avec l'augmentation du nombre des juges, le Tribunal sera en mesure de prendre en main les affaires à un stade plus précoce de la procédure⁽¹⁵²⁾. Rien n'exclut, toutefois, que, même dans un tel cas, le juge préfère en définitive élever le débat sur d'éventuels moyens d'ordre public par des questions

149. Art. 126, § 2, art. 175, § 2, et art. 180, § 2, RP/C (2012) ; art. 83, § 3, art. 201, § 2, et art. 206, § 2, RP/T (2015).

150. Comme l'écrivit jadis Ph. LÉGER (« De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in B. TEYSSIE *et al.* [dir.], *L'honnête homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-278, spéc. p. 267), à la Cour de justice, « [l]e travail de fond commence réellement lorsque les pièces de la procédure écrite ayant été toutes déposées et traduites dans une langue qui lui est familière, le juge rapporteur établit un rapport préalable ». *Adde* dans le même sens : D. RUIZ-JARABO COLOMER et M. LÓPEZ ESCUDERO, « L'institution de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS *et al.* (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 523-550, spéc. p. 531. Voy. à propos du rapport préalable : art. 59 RP/C (2012) ; art. 87 RP/T (2015).

151. Voy. pour une analyse critique de cette réforme : A. ALEMANNO et L. PECH, « Thinking justice outside the docket : a critical assessment of the reform of the EU's Court system », *CML Rev.*, 2017, pp. 129-176.

152. « [S]a capacité renforcée donnera au Tribunal les moyens d'instruire de manière plus active les affaires [...] et de les traiter "en temps réel" dans un délai plus conforme au temps économique » : E. BOCQUILLON, « Tribunal. Composition. Organisation et fonctionnement. Compétences », *J.-Cl. Europe Traité*, 2017, § 13.

écrites ou orales, qui lui permettent de recueillir les observations des parties dans des délais plus brefs que ceux d'un second tour de mémoires.

Sous réserve d'évolution, c'est dès lors en particulier en cas d'invocation d'un moyen d'ordre public par une partie au litige que le débat sur celui-ci pourra être initié au cours de la procédure écrite⁽¹⁵³⁾. Ainsi, en cas de mise en cause de la compétence du juge ou de la recevabilité du recours ou de certains chefs de conclusions ou moyens par la partie défenderesse dans son mémoire en défense, la partie requérante aura tout loisir d'y répondre à l'occasion de sa réplique, si un second tour de mémoires est organisé. La nécessité de répondre à une telle contestation pourra d'ailleurs servir d'argument en faveur d'un second tour de mémoires⁽¹⁵⁴⁾. De même, l'invocation d'un moyen d'ordre public nouveau par la partie requérante dans sa réplique permettra à l'autre partie d'y répondre dans sa duplique. Les débats pourront être poursuivis à l'occasion d'une audience et approfondis à l'aide de questions posées par la formation de jugement. Plus largement, ces questions, posées à titre de mesures d'organisation de la procédure, forment l'instrument principal du débat sur les moyens d'ordre public.

b) Le débat organisé à l'aide des mesures d'organisation de la procédure

Les mesures d'organisation de la procédure sont destinées à mettre le litige en l'état d'être jugé et à assurer un déroulement régulier de la procédure. Elles peuvent consister, *inter alia*, en des questions écrites ou orales posées aux parties⁽¹⁵⁵⁾, ainsi qu'en des demandes de concentration des plaidoiries sur une ou plusieurs questions⁽¹⁵⁶⁾. Elles constituent l'instrument privilégié du juge pour entendre les parties sur les moyens d'ordre public. Leurs modalités concrètes varient au gré des circonstances des affaires.

Le débat est en principe entamé par voie de questions, dont la formulation, rarement reproduite dans les arrêts et ordonnances⁽¹⁵⁷⁾, varie d'une

153. Tel sera normalement le cas lors de l'invocation d'un moyen d'ordre public dans la requête, qui ne présente aucune particularité et ne sera, dès lors, plus abordée dans les développements qui suivent.

154. Une telle possibilité est explicitement prévue dans le contexte du pourvoi (art. 175, § 1, et art. 180, § 1, RP/C [2012] ; art. 201, § 1, et art. 206, § 1, RP/T [2015]), dans la mesure où la partie défenderesse au pourvoi ne peut, à la différence d'une partie défenderesse en première instance, contester la compétence du juge ou la recevabilité du recours par voie d'exception déposée par acte séparé.

155. Art. 61, § 1, et art. 62 RP/C (2012) ; art. 89, § 3, sous a) et b), RP/T (2015).

156. Art. 61, § 2, RP/C (2012) ; art. 89, § 4, RP/T (2015).

157. L'on peut trouver des exemples isolés de reproduction (quasi) intégrale des questions adressées aux parties : Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pt 72 ; Trib. UE, 10 juillet 2014, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. T-401/11 P, *Rec. num.*, pts 20-25.

affaire à l'autre. Le juge a pu « invit[er les parties] à se prononcer sur [un] moyen [qu'il] envisageait de relever d'office »⁽¹⁵⁸⁾ ou qui était susceptible de l'être⁽¹⁵⁹⁾. Il a également pu interroger les parties sur la substance d'un moyen d'ordre public, en les invitant à se prononcer sur le caractère suffisant des motifs de l'acte attaqué⁽¹⁶⁰⁾ ou sur l'incidence d'un arrêt relatif à l'interprétation d'une condition de recevabilité⁽¹⁶¹⁾. Le cas échéant, il sollicite des précisions sur les éléments factuels du litige, afférents par exemple à la procédure d'adoption de l'acte attaqué, destinés à l'examen d'office d'un moyen d'ordre public⁽¹⁶²⁾.

Ces questions peuvent être posées sous forme de questions écrites pour réponse écrite⁽¹⁶³⁾ ou pour réponse orale⁽¹⁶⁴⁾, parfois complétées d'une demande de concentration des plaidoiries à l'audience⁽¹⁶⁵⁾. Elles sont

158. Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pts 18 et 21. *Adde* : Trib. UE, 18 novembre 2014, *Lumene c/ OHMI*, aff. T-484/13, non publié, pt 11.

159. Trib. UE, 10 février 2012, *Verenigde Douaneagenten c/ Commission*, aff. T-32/11, non publié, pt 17.

160. Trib. UE, 27 mars 2014, *Intesa Sanpaolo c/ OHMI*, aff. T-47/12, *Rec. num.*, pt 23 ; Trib. UE, 30 avril 2014, *Beyond Retro c/ OHMI*, aff. T-170/12, non publié, pt 86 ; Trib. UE, 28 janvier 2016, *Gugler France c/ OHMI*, aff. T-674/13, non publié, pt 55 ; Trib. UE, 18 mars 2016, *Karl-May-Verlag c/ OHMI*, aff. T-501/13, *Rec. num.*, pt 48.

161. Trib. UE, 26 septembre 2014, *Flying Holding e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-91/12 et T-280/12, *Rec. num.*, pt 106.

162. Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pt 72. Voy. pour un autre exemple, à propos de l'appréciation de la tardiveté d'une réclamation précontentieuse en matière de fonction publique : TFP, ord., 23 mai 2008, *Braun-Neumann c/ Parlement*, aff. F-79/07, *RecFP*, pp. I-A-1-181 et II-A-1-957, pt 25.

163. Voy. p. ex. : Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pts 19 et 37-40 (motivation de l'arrêt attaqué) ; Trib. UE, 18 octobre 2011, *Reisensthal c/ OHMI*, aff. T-53/10, *Rec.*, p. II-7287, visa ainsi que pts 27-28 et 31-34 (incompétence de l'auteur de l'acte) ; Trib. UE, 26 septembre 2014, *Flying Holding e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-91/12 et T-280/12, *Rec. num.*, pts 104 et 106 (qualité pour agir, affectation directe) ; Trib. UE, 15 juillet 2015, *Portugal c/ Commission*, aff. T-314/13, non publié, pt 23 (prescription légale de la compétence de l'auteur de l'acte) ; Trib. UE, 5 avril 2017, *CPME e.a. c/ Conseil*, aff. T-422/13, *Rec. num.*, pts 26 et 71 (motivation de l'acte attaqué) ; TFP, 16 septembre 2013, *Wurster c/ EIGE*, aff. jtes F-20/12 et F-43/12, non publié, pts 85-87 (champ d'application de la loi) ; TFP, 5 février 2016, *GV c/ SEAE*, aff. F-137/14, non publié, pt 56 (violation du droit d'être entendu). *Adde* : Trib. UE, 22 avril 2015, *Planet c/ Commission*, aff. T-320/09, *Rec. num.*, pts 10 et 35 ; Trib. UE, 30 juin 2015, *Gambling Commission c/ OHMI*, aff. T-404/10 RENV, non publié, pt 20.

164. Voy. pour des exemples de questions écrites pour réponse orale : TPI, 16 juillet 1992, *Della Pietra c/ Commission*, aff. T-1/91, *Rec.*, p. II-2145, pt 16 (recevabilité) ; TPI, 28 janvier 2003, *Laboratoires Servier c/ Commission*, aff. T-147/00, *Rec.*, p. II-85, pt 54 (incompétence de l'auteur de l'acte) ; Trib. UE, 28 janvier 2016, *Gugler France c/ OHMI*, aff. T-674/13, non publié, pt 55 (motivation). Le débat entamé à l'écrit peut être poursuivi à l'audience, comme cela fut le cas dans les affaires du cartel du fret aérien, voy. *inter alia* : Trib. UE, 16 décembre 2015, *Japan Airlines c/ Commission*, aff. T-36/11, non publié, pts 16 et 24-29.

165. Voy. pour une combinaison de questions écrites et d'une concentration des plaidoiries : Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pts 18-23 (incompétence de l'auteur de l'acte).

portées à la connaissance des parties par voie de documents transmis par le greffe. Selon une pratique propre au Tribunal de la fonction publique⁽¹⁶⁶⁾, elles étaient parfois annoncées dans le rapport d'audience⁽¹⁶⁷⁾.

Le débat peut aussi être conduit exclusivement à l'audience à l'aide de questions écrites pour réponse orale, de questions posées à l'oral⁽¹⁶⁸⁾ et/ou de demandes de concentration des plaidoiries sur le moyen d'office⁽¹⁶⁹⁾. Le juge prend parfois soin de mentionner le débat sur le procès-verbal de l'audience⁽¹⁷⁰⁾. Acte authentique⁽¹⁷¹⁾, ce dernier constitue le « seul document

166. Voy. en particulier : TFP, 29 juin 2010, *Roumimper c/ Europol*, aff. F-41/09, non publié, pt 28 (droits de la défense) ; TFP, 28 octobre 2010, *Vicente Carbajosa e.a. c/ Commission*, aff. F-9/09, non publié, pt 40 (incompétence) ; TFP, 19 février 2013, *BB c/ Commission*, aff. F-17/11, non publié, pt 28 (délai de réclamation).

167. Le rapport d'audience, qui existe toujours devant le Tribunal, « est un résumé objectif de l'affaire comprenant un exposé des faits, les conclusions des parties et les moyens et arguments invoqués » (G. KNAUB, « La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 2, pp. 269-318, spéc. p. 284), et « un outil qui assure l'égalité d'information des parties et la clarté du débat en précisant l'objet du débat oral » (G. FLÉCHEUX, *op. cit.*, spéc. p. 156). Devant le Tribunal, ce rapport a « essentiellement une fonction de "feed back" : par le résumé qu'il fait de l'affaire, il donne aux parties l'assurance que le juge rapporteur a exactement compris les données de fait à l'origine de l'affaire et l'argumentation en droit des parties » (B. GENESTE, « Plaider devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes », in V. CHRISTIANOS [dir.], *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1994, vol. I, pp. 55-69, spéc. p. 64, souligné par l'auteur). « Ainsi est assurée de façon contradictoire l'exactitude des éléments sur lesquels les juges fonderont leur décision » (A. POTOCKI, « L'organisation des juridictions communautaires est-elle porteuse d'enseignements pour les juridictions nationales ? », in S. GUINCHARD et G. PLUYETTE [coord.], *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 109-119, spéc. p. 113).

168. À propos des questions écrites pour réponse orale, voy. la note n° 164 du présent Chapitre. À propos des questions orales, voy. p. ex. : Trib. UE, 12 juillet 2011, *Commission c/ Q*, aff. T-80/09 P, *Rec.*, p. II-4313, pts 129-130, 141 et 143 (méconnaissance, par le TFP, des articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires et dépassement des limites du contrôle juridictionnel) ; Trib. UE, 11 septembre 2013, *L c/ Parlement*, aff. T-317/10 P, non publié, pts 22-24 (clarté de la requête) ; Trib. UE, 28 novembre 2013, *Herbacin cosmetic c/ OHMI*, aff. T-34/12, non publié, pts 40-41 (motivation) ; Trib. UE, 27 mars 2014, *Intesa Sanpaolo c/ OHMI*, aff. T-47/12, *Rec. num.*, pts 22-23 (motivation) ; Trib. UE, 28 octobre 2015, *Al-Faqih e.a. c/ Commission*, aff. T-134/11, non publié, pts 85 et 87 (irrecevabilité d'un moyen non étayé) ; TFP, 19 juillet 2016, *Opreana c/ Commission*, aff. F-67/15, non publié, pts 21 et 39 (recevabilité du recours et compétence de l'auteur de l'acte).

169. Il ressort des arrêts *Allemagne c/ Commission* (CJUE, 24 juin 2015, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pt 94) et *Espagne c/ Commission* (CJUE, 24 juin 2015, aff. C-263/13 P, *Rec. num.*, pt 58) que la Cour de justice a procédé ainsi dans les affaires espagnoles relatives au dépassement, par la Commission, d'un délai fixé par le législateur aux fins de l'adoption d'actes (CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-192/13 P, *Rec. num.* ; CJUE, 4 septembre 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. C-197/13 P, *Rec. num.*).

170. Voy. p. ex. : Trib. UE, 30 avril 2014, *Beyond Retro c/ OHMI*, aff. T-170/12, non publié, pt 86 (motivation) ; Trib. UE, 24 septembre 2014, *Kadhaf Al Dam c/ Conseil*, aff. T-348/13, non publié, pt 24 (délai de recours).

171. Art. 84 RP/C (2012) ; art. 114 RP/T (2015).

attestant du déroulement de [l'audience] »⁽¹⁷²⁾ et, ainsi, la seule « preuve » de ce débat⁽¹⁷³⁾. Le juge fait de même en cas d'invocation d'un moyen nouveau par une partie à l'audience, après avoir invité l'autre partie à présenter ses observations⁽¹⁷⁴⁾. Ce sont parfois d'ailleurs les besoins du débat contradictoire sur un moyen d'ordre public relevé d'office qui conduisent le juge à organiser *sponte sua* une audience de plaidoiries⁽¹⁷⁵⁾.

Le choix entre l'une ou l'autre de ces modalités procède en pratique de nombreuses considérations, parfois explicites et souvent implicites. En l'absence de méthode prédéfinie du débat, le juge l'organise de sorte à concilier les exigences découlant des droits des parties avec celles d'une bonne administration de la justice. Ce sont des considérations entremêlées d'opportunité, d'utilité des débats ou d'efficacité procédurale propres à chaque dossier qui déterminent ce choix⁽¹⁷⁶⁾. En témoigne en particulier le caractère voué à l'échec des moyens de pourvoi tendant à mettre en cause les modalités du débat contradictoire, dès lors qu'il est établi que celui-ci a effectivement eu lieu⁽¹⁷⁷⁾. Le juge jouit d'une large marge de manœuvre, dont le seul encadrement impératif est lié à la réalité et à l'effectivité du débat. Son obligation est une obligation de résultat.

À titre d'illustration, et sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut relever trois séries de considérations susceptibles d'influencer le choix concret du juge.

D'abord, ce choix est souvent fonction de la complexité du moyen en cause et de l'état général du dossier. En particulier en cas de problématiques juridiques ou d'appréciations factuelles complexes, la pleine efficacité du

172. CJCE, 8 janvier 2002, *France c/ Monsanto et Commission*, aff. C-248/99 P, *Rec.*, p. I-1, pt 61 ; Trib. UE, 14 décembre 2011, *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.*, aff. T-6/11 P, non publié, pt 29.

173. Trib. UE, 14 décembre 2011, *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.*, aff. T-6/11 P, non publié, pt 29 ; Trib. UE, 11 septembre 2013, *L c/ Parlement*, aff. T-317/10 P, non publié, pt 110 ; Trib. UE, 16 octobre 2014, *Schönberger c/ Cour des comptes*, aff. T-26/14 P, non publié, pt 31.

174. Voy. pour des illustrations s'agissant d'une fin de non-recevoir soulevée à l'audience : Trib. UE, 21 mars 2012, *Fiskeri og Havbruksnæringens Landsforening e.a. c/ Conseil*, aff. T-115/06, non publié, pt 26 ; Trib. UE, 8 novembre 2012, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-194/10, non publié, pts 16-17. Voy. pour une illustration s'agissant d'un moyen d'ordre public de fond : Trib. UE, 27 septembre 2012, *J c/ Parlement*, aff. T-160/10, non publié, pts 15-18.

175. Voy. pour une illustration dans une affaire de propriété intellectuelle, dans laquelle le Tribunal, relevant d'office un moyen pris de la violation de l'obligation de motivation, organise une audience de plaidoiries en l'absence de toute demande en ce sens par les parties : Trib. UE, 16 juin 2015, *Polytetra c/ OHMI*, aff. T-660/11, *Rec. num.*, visa ainsi que pts 17, 20-22 et 33.

176. Dans des affaires jointes à un stade avancé des procédures, le même moyen relevé d'office peut être soumis à un débat contradictoire aux modalités divergentes. Ainsi, le Tribunal a pu entendre les parties par voie de question écrite pour réponse orale dans l'une et par voie de question orale à l'audience dans l'autre affaire : Trib. UE, 17 décembre 2015, *Espagne e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-515/13 et T-719/13, *Rec. num.*, pts 75 et 183-184.

177. Voy. la jurisprudence citée *supra* (note n° 46 du présent Chapitre).

débat requiert l'adoption de questions écrites, que ce soit pour réponse écrite ou orale⁽¹⁷⁸⁾. En effet, de simples questions orales sur des points complexes risquent, en pratique, de conduire à un débat peu utile, car insuffisamment informé et préparé par les parties, voire insuffisant au regard des exigences du principe du contradictoire⁽¹⁷⁹⁾.

Ensuite, le choix des modalités du débat contradictoire peut dépendre de la nature de la décision que le juge s'apprête à adopter. Ainsi, lorsqu'il entend relever d'office un moyen d'ordre public de fond, il statuera par voie d'arrêt, souvent après avoir organisé une audience. Il combinera alors questions écrites et orales. En revanche, s'agissant des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, le juge peut statuer par voie d'arrêt après une procédure complète ou par voie d'ordonnance motivée au terme d'une procédure abrégée⁽¹⁸⁰⁾. Dans ce dernier cas, il peut, afin d'accélérer le traitement de l'affaire, préférer poser des questions écrites plutôt que d'organiser une audience. Il le fait légalement⁽¹⁸¹⁾ sur la base d'une fin de non-recevoir relevée d'office⁽¹⁸²⁾ ou avancée par une partie dans ses écritures

178. Voy. également en ce sens, à propos d'une éventuelle majoration d'une amende par le juge de la pleine juridiction : M. JOHANSSON, *op. cit.*, spéc. p. 201. S'agissant de « questions importantes et/ou techniques », la tendance actuelle de la Cour de justice serait d'ailleurs d'en prévenir les parties à l'avance de sorte à leur permettre de préparer utilement l'audience : A. ROSAS, « L'organisation des audiences de plaidoiries », in A. TIZZANO (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 527-543, spéc. p. 540.

179. Dans un tel cas, il est de la responsabilité des représentants des parties de demander à la formation de jugement de pouvoir présenter leurs observations écrites postérieurement à l'audience, la procédure orale devant alors rester ouverte. Voy. à ce propos : Trib. UE, 12 mai 2015, *Dalli c/ Commission*, aff. T-562/12, *Rec. num.*, pts 57 et 59, confirmé par CJUE, ord., 14 avril 2016, *Dalli c/ Commission*, aff. C-394/15 P, non publiée, pts 44-45.

180. Art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015).

181. La Cour de justice a admis ce procédé, voy. la jurisprudence citée *supra* (note n° 46 du présent Chapitre).

182. Voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 23 mai 2011, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej c/ Commission*, aff. T-226/10, *Rec.*, p. II-2467, pts 2 et 7 (représentation par un avocat) ; Trib. UE, ord., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. T-18/10, *Rec.*, p. II-5599, pts 23, 30 et 69-70 (qualité pour agir, affectation directe) ; Trib. UE, ord., 6 octobre 2015, *GEA Group c/ OHMI*, aff. T-545/14, *Rec. num.*, pts 12-13 (acte attaquant) ; TFP, ord., 13 décembre 2013, *Van Oost e.a. c/ Commission*, aff. jtes F-137/12 à F-139/12 et F-141/12, non publiée, pts 15 et 19 (délai de réclamation) ; TFP, ord., 5 février 2016, *Fedtke c/ CESE*, aff. F-107/15, non publiée, pts 13-17 (régularité de la procédure précontentieuse).

principales⁽¹⁸³⁾. Dans ce dernier cas de « faux » relevé d'office⁽¹⁸⁴⁾, le juge se saisit d'une irrecevabilité alléguée, court-circuite le cours régulier de la procédure et écourte celle-ci⁽¹⁸⁵⁾. Il peut statuer sans organiser d'audience, bien qu'une partie en ait demandé la tenue⁽¹⁸⁶⁾.

Enfin, les modalités du débat contradictoire peuvent être affectées par une éventuelle suspension de l'affaire au regard d'une affaire connexe. Le débat contradictoire sur le moyen d'ordre public peut être initié dès l'invitation aux parties de présenter leurs observations sur cette suspension ainsi que sur un potentiel relevé d'office et être poursuivi après la reprise de la procédure⁽¹⁸⁷⁾. Au demeurant, le moment du relevé d'office détermine les modalités du débat. En cours de phase écrite, le relevé d'office « précoce » peut inciter le juge à orienter le second tour des mémoires. Après cette phase, le débat aura nécessairement lieu en cours de la phase orale de la procédure. Une fois celle-ci terminée, le relevé d'office « tardif » requiert même sa réouverture.

183. Voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 3 septembre 2014, *Schutzgemeinschaft Milch und Milcherzeugnisse c/ Commission*, aff. T-112/11, *Rec. num.*, pts 13, 16-17 et 19 (intérêt à agir) ; Trib. UE, ord., 11 mars 2016, *International Gaming Projects c/ OHMI*, aff. T-840/14, *Rec. num.*, pts 17-18 (modification de l'objet de l'instance portée devant l'OHMI). Lorsque les deux parties ont débattu, au cours de la procédure écrite, de la question de recevabilité soulevée par l'une d'elles, le juge statue par voie d'ordonnance motivée sans poursuivre la procédure et sans devoir élever de débat supplémentaire sur la question déjà débattue, voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 14 janvier 2015, *SolarWorld e.a. c/ Commission*, aff. T-507/13, *Rec. num.*, pts 30-31 ; Trib. UE, ord., 1^{er} février 2016, *SolarWorld e.a. c/ Conseil*, aff. T-141/14, *Rec. num.*, pts 41-42.

184. En d'autres termes, l'analyse des ordonnances fondées sur des fins de non-recevoir d'ordre public révèle que le rappel par le Tribunal de son pouvoir de statuer, à tout moment, les parties entendues, sur de telles fins ne coïncide pas nécessairement avec leur relevé d'office. Aussi, cette juridiction rappelle fréquemment ce pouvoir avant d'examiner les chefs d'irrecevabilité soulevés par la partie défenderesse non par acte séparé, mais dans le mémoire en défense, voy. parmi de très nombreux exemples : TPI, ord., 11 décembre 2007, *Regione Siciliana c/ Commission*, aff. T-156/06, non publiée ; Trib. UE, ord., 9 novembre 2011, *ClientEarth e.a. c/ Commission*, aff. T-120/10, non publiée ; Trib. UE, ord., 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV c/ Commission*, aff. T-58/10, non publiée ; Trib. UE, ord., 1^{er} octobre 2013, *Evropaïki Dynamiki c/ Commission*, aff. T-554/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 23 janvier 2014, *Confederación de Cooperativas Agrarias de España et CEPES c/ Commission*, aff. T-156/10, non publiée. Voy. dans le même sens : K. P. E. LASOK, *Lasok's European Court Practice and Procedure*, 3^e éd., Haywards Heath, Bloomsbury, 2017, 1780 p., spéc. p. 526. Cette utilisation de l'article 129 RP/T (2015) permet de statuer par voie d'ordonnance motivée, plutôt que par voie d'arrêt, en présence d'une contestation de la recevabilité du recours dans les écritures principales.

185. Voy. en ce sens : TFP, ord., 15 juin 2014, *Riemer-Sullivan c/ Commission*, aff. F-55/12, non publiée, pts 16-18.

186. Voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 20 avril 2016, *Mezhdunaroden tsentar za izsledvane na maltsinstvata i kulturnite vzaimodeystvia c/ Commission*, aff. T-819/14, *Rec. num.*, pts 27-28.

187. Voy. à cet égard : Trib. UE, 25 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-119/11, non publié, pts 23, 27 et 48-49.

2) Le débat contradictoire à l'occasion d'une réouverture de la procédure orale

La clôture de la procédure orale ou, en l'absence d'une telle procédure, la clôture de la procédure écrite marque la fin des débats entre les parties et le début de la mise en délibéré, secret⁽¹⁸⁸⁾, de l'affaire, le cas échéant précédé de la présentation des conclusions d'un avocat général⁽¹⁸⁹⁾. C'est parfois seulement à ces stades avancés du traitement d'une affaire qu'est d'office envisagé un moyen d'ordre public. Un relevé d'office aussi « tardif » figure parmi les circonstances de la réouverture de la procédure orale (a). Cette réouverture est destinée à permettre aux parties de débattre du moyen concerné selon des modalités pratiques variables (b).

a) Les circonstances de la réouverture de la procédure orale

La décision d'ordonner la réouverture de la procédure orale appartient au juge et peut être prise d'office ou à la demande des parties. Conçue comme « une exception à la règle selon laquelle chaque juridiction est tenue de veiller au bon, et notamment rapide, déroulement de la procédure »⁽¹⁹⁰⁾, elle n'est prévue que dans des conditions de forme et de fond relativement strictes dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice⁽¹⁹¹⁾. Le juge jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire⁽¹⁹²⁾, qu'il exercera lorsqu'il considère être insuffisamment éclairé, lorsque l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties⁽¹⁹³⁾ ou, sous conditions, en cas d'invocation d'un fait nouveau de nature à influencer sa

188. Art. 35 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; art. 32, § 1, RP/C (2012) ; art. 21, § 1, RP/T (2015).

189. Art. 81 et 82 RP/C (2012) ; art. 111 et 112 RP/T (2015). La phase orale de la procédure est clôturée après la présentation des conclusions de l'avocat général (s'il y en a). Le délibéré est alors entamé. Comme l'a exposé L. CLÉMENT-WILZ (*La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1092 p., spéc. p. 897), l'avocat général se trouve entre deux : « les conclusions de l'avocat général appartiennent à la fois à la procédure orale, à laquelle participent aussi les parties si une audience est tenue, et au délibéré, auquel participent les juges ».

190. U. KLINKE, « Suspension de l'instance et réouverture de la procédure orale », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1995, vol. II, pp. 101-130, spéc. p. 125.

191. *Id.*, spéc. p. 126.

192. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 59.

193. CJCE, ord., 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.*, p. I-665, pt 18 ; CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 58 ; CJUE, 29 mars 2011, *ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission*, aff. C-352/09 P, *Rec.*, p. I-2359, pt 37 ; CJUE, 22 novembre 2012, *E.ON Energie c/ Commission*, aff. C-89/11 P, *Rec. num.*, pt 61 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Commission e.a. c/ Kadi*, aff. jtes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, *Rec. num.*, pt 56. Cette jurisprudence est désormais codifiée à l'article 83 RP/C (2012) et à l'article 113, § 2, sous a) et b), RP/T (2015).

décision⁽¹⁹⁴⁾. L'hypothèse dans laquelle l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties couvre en particulier celle d'un relevé d'office qui serait, pour la toute première fois, proposé par l'avocat général dans ses conclusions ou envisagé par la formation de jugement à l'occasion du délibéré⁽¹⁹⁵⁾.

L'avocat général présente publiquement, en toute indépendance et objectivité, ses conclusions après la clôture de l'audience de plaidoiries. Il assiste les juges dans leur mission de dire le droit⁽¹⁹⁶⁾ et « [éclairer] la formation de jugement »⁽¹⁹⁷⁾. Il joue un rôle primordial dans le développement de la jurisprudence, dans la garantie de sa cohérence et dans la facilitation du délibéré auquel il reste étranger⁽¹⁹⁸⁾. Les parties ne disposent pas d'un droit de réponse à ses conclusions⁽¹⁹⁹⁾. Dans le passé, c'est pour cette raison que la Cour de justice a pu rejeter, « au terme d'un raisonnement qu'on peut trouver exagérément rigoureux »⁽²⁰⁰⁾, une demande de réouverture de la procédure orale motivée par le relevé d'office d'un moyen d'annulation proposé par l'avocat général et finalement retenu par elle⁽²⁰¹⁾.

Cette approche doit aujourd'hui être tenue pour définitivement abandonnée eu égard aux enseignements tirés de l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009⁽²⁰²⁾. Il ressort en effet d'une lecture constructive de cet arrêt

194. Art. 83 RP/C (2012) ; art. 113, § 2, sous c), RP/T (2015).

195. Ou soulevé pour la première fois à un stade aussi tardif par une partie au litige, sous réserve que le juge l'accepte encore.

196. Voy. p. ex. : Ph. LÉGER, *op. cit.*, spéc. pp. 268-269, 271 et 275.

197. M. DARMON, « La fonction d'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs...*, *op. cit.*, pp. 75-81, spéc. p. 79.

198. Voy. à propos des fonctions de l'avocat général, *inter alia* : A. BARAV, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1974, n° 4, pp. 809-826, spéc. pp. 824-826 ; F. BENOÎT-ROHMER, « L'affaire *Emesa Sugar* : l'institution de l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2001, n° 3-4, pp. 403-426, spéc. p. 407 ; L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général...*, *op. cit.* ; N. FENNELLY, « Reflections of an Irish Advocate General », *IJEL*, 1996, pp. 5-19, spéc. pp. 14-18 ; P. GORI, « L'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1976, n° 4, pp. 375-393, spéc. pp. 384-386 ; D. RUIZ-JARABO COLOMER et M. LÓPEZ ESCUDERO, *op. cit.*, spéc. pp. 536-539.

199. CJCE, ord., 4 février 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, *Rec.*, p. I-665, pts 5-6 et 16-17. Voy. déjà en faveur de cette solution : T. TRIDIMAS, « The Role of the Advocate General in the Development of Community Law : Some Reflections », *CML Rev.*, 1997, pp. 1349-1387, spéc. pp. 1381-1382.

200. D. SIMON, « Avocats généraux », *Europe*, 2000, n° 4, comm. 90.

201. CJCE, 6 octobre 1982, *Alvarez c/ Parlement*, aff. 206/81, *Rec.*, p. 3369, pts 8-9. Il est toutefois à noter que la Cour de justice a relevé, « [a]u surplus », que la partie défenderesse « a[vait] eu l'occasion, lors de la procédure orale, de répondre à une question de l'avocat général sur [le moyen relevé d'office] ».

202. Dès avant cet arrêt, il était parfois affirmé un droit pour les parties de présenter des observations sur les conclusions d'un avocat général qui énoncerait, pour la première fois, un argument non débattu entre les parties (J.-G. HUGLO, « Droits fondamentaux et ordre juridique

que, dès lors que le juge entend retenir d'office un moyen d'ordre public non discuté entre les parties et suggéré par l'avocat général⁽²⁰³⁾, il doit faire usage de son pouvoir discrétionnaire et rouvrir la procédure orale afin d'entendre les parties⁽²⁰⁴⁾. Sans aller jusqu'à leur permettre de répondre aux conclusions, il faut leur donner l'occasion de discuter du moyen en cause, pour peu que ce moyen paraisse suffisamment sérieux pour fonder la décision à venir.

Une réouverture de la procédure orale est tout autant nécessaire lorsque le juge découvre, pour la toute première fois au stade du délibéré, un moyen d'ordre public sur lequel il souhaite fonder sa décision. Tel peut être le cas, pêle-mêle, en raison d'un simple oubli d'examiner le moyen à un stade antérieur de l'examen du dossier, d'un délibéré compliqué, le relevé d'office s'apparentant alors à la solution de compromis, ou bien d'une précision ou d'un revirement de jurisprudence intervenu postérieurement à la clôture de la phase orale de la procédure⁽²⁰⁵⁾. Des exemples de réouverture de cette phase ordonnée dans de telles circonstances peuvent être trouvés tant devant la Cour de justice⁽²⁰⁶⁾ que devant le Tribunal⁽²⁰⁷⁾ et, dans le passé,

communautaire. À propos de deux décisions récentes », *GP*, 2000, III, Doct., pp. 993-996). Il restait toutefois que la réouverture de la procédure orale était laissée à la discrétion de la Cour de justice, conformément au règlement de procédure, ce qui a pu être regretté (F. BENOÎT-ROHMER, « L'affaire *Emesa Sugar...* », *op. cit.*, spéc. pp. 419-421 ; *id.*, « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable », *RTDE*, 2001, n° 4, pp. 727-741). Il ne s'agit donc pas d'un véritable droit de répliquer aux conclusions (L. CLÉMENT-WILZ, « Accord et faux-semblant entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg : le respect des exigences du procès équitable », *RAE*, 2009/2010, n° 1, pp. 115-127, spéc. pp. 120-121).

203. Il va de soi que, lorsque l'avocat général a anticipé la proposition de relevé d'office et posé des questions aux parties lors de l'audience de plaidoiries, une telle réouverture ne s'impose pas.

204. La Cour de justice rappelle que la réouverture de la procédure orale peut en particulier être ordonnée lorsque « l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties ». Elle précise que « le pouvoir discrétionnaire dont dispose à cet égard le Tribunal [...] ne saurait être exercé sans tenir compte de l'obligation de respecter le principe du contradictoire » (CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 58-59). Il est permis de penser que ces considérations valent tout autant devant la Cour de justice.

205. Voy. pour des illustrations de cette dernière hypothèse : Trib. UE, 20 janvier 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. T-109/12, non publié, pts 14 et 28 ; Trib. UE, 20 janvier 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. T-111/12, non publié, pts 14 et 28 ; Trib. UE, 6 juillet 2015, *France c/ Commission*, aff. T-516/10, non publié, pts 22 et 26 ; TFP, ord. réouv., 15 janvier 2014, *Cerafogli c/ BCE*, aff. F-26/12, non publiée, pt 5 et disp., pt 2.

206. Voy. p. ex. : CJUE, ord. réouv., 10 février 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, non publiée, pt 6 et disp., pts 2-3 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 41-50.

207. Voy. les arrêts du Tribunal cités à la note n° 205 du présent Chapitre. *Adde* : Trib. UE, 12 juillet 2011, *Fuji Electric c/ Commission*, aff. T-132/07, *Rec.*, p. II-4091, pts 41 et 163-170.

devant le Tribunal de la fonction publique⁽²⁰⁸⁾. Il devrait encore en aller ainsi lorsqu'une partie cherche à avancer un moyen d'ordre public nouveau après la clôture de la phase orale de la procédure, dans l'hypothèse où le juge l'accepterait⁽²⁰⁹⁾.

Dans ces hypothèses, la réouverture de la procédure orale s'impose au juge qui n'a d'autre moyen pour entendre les parties sur le moyen tardivement relevé d'office. Le secret du délibéré ne saurait justifier d'entorse à cette exigence. La nature impérative d'une telle réouverture ménage néanmoins une grande discrétion au juge quant à la détermination des modalités concrètes du débat contradictoire.

b) *Les modalités de la réouverture de la procédure orale*

La nature discrétionnaire du pouvoir d'ordonner la réouverture de la procédure orale doit être conciliée avec les besoins du principe du contradictoire⁽²¹⁰⁾. La réouverture devient *impérative* lorsque le juge entend d'office fonder sa décision sur un moyen d'ordre public, proposé par l'avocat général, découvert lors du délibéré⁽²¹¹⁾, ou avancé par une partie après la clôture de la procédure orale. Dans de telles circonstances, la réouverture de la procédure orale est, en effet, seule apte à assurer le respect du contradictoire. Le pouvoir discrétionnaire quant à la décision sur la réouverture se limiterait alors à l'hypothèse dans laquelle, tandis que l'avocat général suggère le relevé d'office d'un moyen d'ordre public ou que ce relevé d'office est discuté pendant le délibéré, la formation de jugement entend finalement ne pas appuyer sa décision sur ce moyen. Il dépendrait, en d'autres termes, de la pertinence du moyen d'ordre public en cause, aux yeux de la formation de jugement⁽²¹²⁾.

Concrètement, la réouverture de la phase orale de la procédure est ordonnée, selon le cas, d'office ou sur demande d'une partie, par voie

208. Voy. p. ex. : TFP, 18 mars 2016, *Kerstens c/ Commission*, aff. F-23/15, non publié, pt 35 ; TFP, 11 avril 2016, *Zink c/ Commission*, aff. F-77/15, non publié, pts 19-21, 31-32 et 49.

209. Il en irait également ainsi en cas d'allégation factuelle nouvelle liée à l'appréciation de la recevabilité d'ordre public du recours, avancée pour la première fois après le prononcé des conclusions de l'avocat général. Voy. à ce titre, l'affaire *Michel c/ Parlement* (CJCE, 26 novembre 1981, aff. 195/80, *Rec.*, p. 2861), citée par K. P. E. LASOK, *op. cit.*, spéc. pp. 252-253.

210. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pts 58-59.

211. Voy. pour une interprétation dans le même sens, s'agissant d'un moyen qui serait relevé d'office au stade du délibéré : É. BARBIER DE LA SERRE, *op. cit.*, spéc. p. 85. Voy. déjà en ce sens : U. KLINKE, *op. cit.*, spéc. p. 128.

212. Ainsi, la Cour de justice n'est pas tenue de rouvrir la procédure orale « chaque fois que l'avocat général soulève un point de droit qui n'a pas fait l'objet d'un échange entre les parties », dès lors qu'elle n'est pas liée par les conclusions de ce dernier. Voy. s'agissant d'un renvoi préjudiciel : CJCE, 22 mai 2008, *Feinchemie Schwebda et Bayer CropScience*, aff. C-361/06, *Rec.*, p. I-3865, pt 34.

d'ordonnance qui énonce, de manière plus ou moins détaillée, la nature et la teneur des débats ouverts. Tantôt, une audience des plaidoiries est organisée, précédée le cas échéant d'une question pour réponse écrite ou orale sur le moyen relevé d'office⁽²¹³⁾. Tantôt, les parties sont entendues par voie écrite, dans le cadre de mesures d'organisation de la procédure, sur un aspect concret du litige⁽²¹⁴⁾, sur certaines questions⁽²¹⁵⁾, sur le moyen d'ordre public en cause⁽²¹⁶⁾. Après la clôture de la phase orale ainsi rouverte et si l'affaire est jugée avec conclusions, l'avocat général est de nouveau invité à présenter des conclusions⁽²¹⁷⁾.

La réouverture de la phase orale de la procédure conduit, en particulier en cas d'organisation d'une nouvelle audience de plaidoiries voire de rédaction d'un nouveau jeu de conclusions par l'avocat général, à un allongement de la durée globale de la procédure juridictionnelle⁽²¹⁸⁾. Lorsque le juge se trouve dans une situation dans laquelle il est tenu de relever d'office le moyen d'ordre public en cause qui a, dans un premier temps, échappé à sa vigilance, cet allongement de la procédure doit être accepté pour permettre au juge de statuer dans le respect, à la fois, de l'ordre public et des droits de la défense des parties. Le risque d'un tel allongement de la procédure devrait toutefois inciter le juge rapporteur à procéder à une analyse complète et poussée du dossier dès le stade du rapport préalable afin d'être en mesure d'y proposer les mesures adéquates pour garantir le contradictoire lors d'un éventuel relevé d'office.

En revanche, en dehors d'un cas de relevé d'office obligatoire, la conscience de l'allongement de la procédure militerait en faveur d'une

213. Voy. pour une illustration : CJUE, ord. réouv., 10 février 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, non publiée, pt 6 et disp., pts 2-3.

214. Voy. p. ex. : Trib. UE, ord. réouv., 14 juillet 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. T-109/12, non publiée ; Trib. UE, ord. réouv., 14 juillet 2014, *Espagne c/ Commission*, aff. T-111/12, non publiée.

215. Voy. p. ex. : Trib. UE, ord. réouv., 25 novembre 2010, *Fuji Electric c/ Commission*, aff. T-132/07, non publiée.

216. Voy. p. ex. : TFP, 11 avril 2016, *Zink c/ Commission*, aff. F-77/15, non publié, pts 19-21, 31-32 et 49.

217. Ainsi, dans l'affaire *Elitaliana c/ Eulex Kosovo* (CJUE, 12 novembre 2015, aff. C-439/13 P, *Rec. num.*, pts 36-38 et 41-50), la Cour de justice a décidé, au stade du délibéré et après les premières conclusions de son avocat général en date du 4 décembre 2014, de s'interroger, d'office, sur la question de la compétence des juridictions de l'Union européenne, qui avait été mise en doute par la partie défenderesse en première instance, sans toutefois que le Tribunal ne l'ait appréciée. La Cour a rouvert la phase orale de la procédure et entendu les parties sur cette problématique (CJUE, ord. réouv., 10 février 2015, aff. C-439/13 P, non publiée, pt 6 et disp., pts 2-3). Par la suite, le 21 mai 2015, l'avocat général a présenté de nouvelles conclusions dans lesquelles il a examiné cette question.

218. Relevons à titre d'exemple que, dans l'affaire *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, mentionnée à la note précédente, plus de cinq mois se sont écoulés entre la lecture des premières conclusions et celle des secondes conclusions de l'avocat général.

certaine auto-limitation du relevé d'office tardif⁽²¹⁹⁾. Le juge devrait opérer une mise en balance entre des considérations tirées de la garantie de la règle d'ordre public en cause, d'un côté, et de la bonne administration de la justice, de l'autre. Dans l'intérêt de cette dernière, il peut être préférable, hors question de droit inédite, de statuer sur la base des seuls moyens soulevés par les parties sans trancher la question qui aurait pu être relevée d'office. Le caractère exceptionnel de la réouverture de la procédure orale conforte une telle suggestion.

En définitive, le juge jouit d'une grande discrétion quant à l'organisation pratique du débat contradictoire sur les moyens d'ordre public. Son devoir de respecter lui-même le principe du contradictoire et d'en assurer le respect par les parties s'analyse comme une obligation de résultat, dont il détermine librement les modalités concrètes. C'est ainsi qu'il se contente, exceptionnellement, des débats qui ont eu lieu dans des affaires connexes.

B. Le débat contradictoire dans une instance connexe

À titre exceptionnel, le juge de l'Union européenne déroge au principe du débat contradictoire dans l'instance en cours en raison des débats qui ont eu lieu dans une affaire connexe. Le débat a certes lieu, mais dans d'autres affaires au mépris de leur autonomie respective. Une telle limitation est exceptionnellement admise lors du relevé d'office d'un moyen d'ordre public amplement débattu, dans une affaire connexe, par la partie au détriment de laquelle il est relevé d'office. La renonciation au débat en raison d'affaires connexes (1) emporte un déplacement du moment du débat dans le temps. En sus du moment, c'est parfois l'objet du débat qui est affecté. Il en va ainsi du fait d'une pratique des affaires « pilotes » (2).

1) La renonciation au débat en raison d'affaires connexes

Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public dans une affaire peut être « inspiré » par les circonstances d'une affaire connexe, concomitante ou antérieure, dans laquelle le même moyen est débattu entre les parties. Un tel relevé d'office doit-il encore s'accompagner d'un débat contradictoire ?

219. C'est seulement en raison de telles considérations pratiques que nous pouvons rejoindre l'observation, qui a pu être émise à propos de la rectification d'office d'une qualification juridique inexacte, que l'obligation de soumettre cette qualification au contradictoire vient « [limiter] les pouvoirs d'activisme du juge » (M. VAN HOECKE, « L'activisme du juge. Rapport national belge », in M. STORME [dir.], *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines. IX^e congrès mondial de droit judiciaire*, Antwerpen, Kluwer, 1992, pp. 177-200, spéc. pp. 184 et 198). Plus que d'une limitation de l'activisme de celui-ci, l'obligation d'assurer le débat contradictoire s'analyse, à nos yeux, en un simple encadrement procédural de cet activisme.

La jurisprudence ne fournit que des solutions d'espèce d'apparence contradictoire à ce titre.

Ainsi, dans l'arrêt *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.* de 2011⁽²²⁰⁾, le Tribunal a, en sa qualité de juge du pourvoi, très clairement exclu toute renonciation au débat contradictoire en raison d'une affaire connexe. Non sans quelques ambiguïtés, le Tribunal de la fonction publique avait relevé d'office un moyen d'ordre public pris de l'incompétence de l'EPSO, sans le soumettre au débat des parties⁽²²¹⁾. Ce même moyen, qui soulevait une question de principe, avait toutefois été débattu, y compris avec la Commission, partie défenderesse, dans deux autres affaires à l'occasion de deux audiences, l'une antérieure et l'autre organisée le même jour que l'audience dans l'affaire en cause⁽²²²⁾. Les arguments avancés par la Commission dans ces autres affaires ont été examinés dans l'arrêt attaqué⁽²²³⁾. Saisi d'un moyen en ce sens, le Tribunal a constaté d'emblée la violation du contradictoire en l'absence de toute discussion, *dans l'affaire en cause*, du moyen d'ordre public débattu dans d'autres affaires⁽²²⁴⁾. Insistant sur la spécificité de chaque cas d'espèce, il refusa de « légitimer » l'absence de débat⁽²²⁵⁾.

En revanche, dans deux arrêts du 24 juin 2015, la Cour de justice a relevé d'office, au stade du pourvoi, une violation, par la Commission, du délai pour l'adoption des décisions de correction financière en matière de fonds de l'Union européenne, sans même inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen. Selon la Cour, les deux affaires constituaient « un cas particulier » dans lequel le moyen pouvait être relevé d'office sans débat⁽²²⁶⁾. D'une part, la Commission, partie défenderesse, avait « suffisamment » pu débattre de la question de droit en cause dans des affaires « qui portaient sur des questions factuelles et juridiques en substance identiques ». D'autre part, la jurisprudence issue des arrêts ayant

220. Trib. UE, 14 décembre 2011, *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.*, aff. T-6/11 P, non publié.

221. TFP, 28 octobre 2010, *Vicente Carbajosa e.a. c/ Commission*, aff. F-9/09, non publié.

222. Il s'agit des affaires ayant donné lieu aux arrêts suivants : TFP, 15 juin 2010, *Pachitis c/ Commission*, aff. F-35/08, *RecFP num.* ; TFP, 28 octobre 2010, *Vicente Carbajosa e.a. c/ Commission*, aff. F-77/08, non publié.

223. Voy. l'exposé de ces circonstances au point 39 de l'arrêt *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.* (Trib. UE, 14 décembre 2011, aff. T-6/11 P, non publié).

224. *Id.*, pts 30-31.

225. *Id.*, pts 40-44. Cette spécificité ressortait de manière « ostensible » de l'arrêt attaqué et ne pouvait être remise en cause par l'éventuelle connexité des dossiers que le Tribunal de la fonction publique avait refusé de joindre. De surcroît, la Commission avait présenté des défenses différentes dans ces affaires.

226. CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pts 93 et 97 ; CJUE, 24 juin 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. C-263/13 P, *Rec. num.*, pts 57 et 61.

clôturé ces affaires « a[va]it depuis lors été confirmée à plusieurs reprises » et « [devait] être considérée comme établie »⁽²²⁷⁾. Par ailleurs, l'une des deux affaires opposait à la Commission un État membre qui n'avait pas participé au débat à l'occasion des affaires antérieures⁽²²⁸⁾. La Cour de justice avait déjà suivi une approche analogue lors du seul relevé d'office d'une question de fond, tirée d'une affaire préjudicielle connexe et concomitante, dans un recours en manquement⁽²²⁹⁾.

Tandis que les approches adoptées en l'espace de quelques années par le Tribunal et par la Cour de justice semblent de prime abord diamétralement opposées, elles ne sont pas pour autant inconciliables. De leur combinaison, il apparaît que la dérogation au principe du débat contradictoire dans l'affaire en cours en raison d'un débat dans une affaire connexe peut être admise à titre exceptionnel sous deux conditions. Premièrement, la solution légale donnée au moyen relevé d'office doit pouvoir être transposée *telle qu'elle* dans l'affaire dans laquelle ce moyen n'a pas été débattu. Ceci implique tout d'abord que ledit moyen se rapporte à la même question juridique, qu'il soit en substance fondé sur la même règle d'ordre public, telle qu'interprétée dans l'autre affaire et de préférence selon une jurisprudence établie⁽²³⁰⁾. Ensuite, les circonstances des affaires doivent être analogues, voire identiques. En d'autres termes, il ne doit y avoir aucune circonstance de fait ou de droit spécifique dans la seconde affaire qui pourrait justifier une interprétation divergente ou une solution différente quant au moyen d'ordre public⁽²³¹⁾. Enfin, il faut encore que le relevé d'office ne requière ni constatation de fait étranger au dossier ni prise en compte d'éléments qui ne figurent pas

227. Pts 94-96 de l'arrêt *Allemagne c/ Commission* et pts 58-60 de l'arrêt *Espagne c/ Commission*, cités à la note précédente.

228. L'ensemble des affaires antérieures citées aux points 94 et 95 l'arrêt *Allemagne c/ Commission* (note n° 226 du présent Chapitre) opposaient en effet l'Espagne à la Commission. L'Allemagne n'est intervenue dans aucune de ces instances devant la Cour de justice.

229. Elle avait alors observé « que cette manière de procéder respecte les droits des parties, étant donné que toutes les parties participant à la présente procédure sont intervenues également à l'affaire [préjudicielle] » : CJCE, 16 février 1978, *Commission c/ Irlande*, aff. 61/77, *Rec.*, p. 417, pt 22.

230. Voy., en ce sens, pt 94 de l'arrêt *Allemagne c/ Commission* et pt 58 de l'arrêt *Espagne c/ Commission*, cités à la note n° 226 du présent Chapitre. En cela, cette dérogation liée aux affaires connexes se confond en réalité largement avec l'idée des moyens ne se prêtant pas à discussion, à ceci près que la Cour de justice insiste en l'occurrence sur le fait qu'un débat contradictoire a eu lieu et que la partie lésée par le relevé d'office a pu faire valoir ses arguments dans l'instance connexe ou antérieure. Voy. *infra*, Section 2, Sous-section 1, § 1, B. Le moyen d'ordre public fondé qui « ne se prête pas à discussion » (pp. 744 et s.).

231. Il s'agit là de la différence fondamentale entre les approches retenues, respectivement, par la Cour de justice (pts 82 et 94 de l'arrêt *Allemagne c/ Commission* et pts 51 et 58 de l'arrêt *Espagne c/ Commission*, cités à la note n° 226 du présent Chapitre) et par le Tribunal (Trib. UE, 14 décembre 2011, *Commission c/ Vicente Carbajosa e.a.*, aff. T-6/11 P, non publié, pts 40-43). L'on perçoit aisément le risque que le juge, sans entendre les parties, ne puisse avoir de certitude absolue quant à l'inexistence de circonstances particulières.

au dossier⁽²³²⁾. Deuxièmement, s'il n'est pas strictement nécessaire que les affaires connexes opposent les mêmes parties, il n'en demeure pas moins essentiel que la partie au détriment de laquelle le moyen non débattu est relevé d'office ait pu s'exprimer dans l'une de ces affaires⁽²³³⁾.

Ainsi cantonnée, cette dérogation liée aux affaires connexes assure un certain équilibre entre le contradictoire et l'économie de procédure. Elle heurte toutefois le caractère indépendant et autonome des procédures contentieuses. Elle emporte un risque d'erreur en ce que la connaissance factuelle du juge est nécessairement tributaire des éléments avancés par les parties aux fins de l'appréciation des moyens soulevés par elles. En pratique, cette dérogation devrait dès lors rester exceptionnelle. Sans doute, le juge de première instance se montrera particulièrement prudent à cet égard, tandis que la Cour de justice, en sa qualité de juridiction suprême dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, pourrait se montrer plus encline à y recourir. En revanche, les modes de traitement de séries d'affaires conduisent le juge de première instance plus fréquemment à moduler les termes et le moment du débat contradictoire.

2) La limitation du débat en raison d'une affaire pilote

Il n'est pas rare qu'un même acte fasse l'objet de demandes d'annulation par plusieurs requérants dans des recours parallèles. Aux fins du meilleur traitement de telles séries d'affaires, les règlements de procédure permettent leur jonction, aux fins de la phase écrite et/ou orale de la procédure ainsi que de la décision mettant fin à l'instance⁽²³⁴⁾, l'organisation d'audiences de plaidoirie communes⁽²³⁵⁾ ou encore la suspension de certaines affaires dans l'attente de la décision mettant fin à l'instance dans une affaire de la série⁽²³⁶⁾. C'est dans ce dernier contexte que s'est développée une pratique d'affaires pilotes. Lorsque plusieurs affaires soulèvent des problèmes de recevabilité identiques, le juge peut en choisir une pour rendre une décision de principe, en l'attente de laquelle, voire de la confirmation de laquelle par le juge du pourvoi, les autres affaires sont suspendues. Lorsque plusieurs affaires portent sur la légalité d'un même acte, le juge peut dans un premier temps examiner l'affaire la plus complète, soulevant le plus grand nombre

232. Le juge méconnaît le principe du contradictoire en prenant en compte des éléments étrangers au dossier d'une affaire et non discutés entre les parties : CJCE, 10 janvier 2002, *Plant e.a. c/ Commission et South Wales Small Mines*, aff. C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, pts 24-34.

233. Voy. à cet égard : CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pts 94 et 96. Voy. nos explications *supra* (note n° 228 du présent Chapitre).

234. Art. 54 RP/C (2012) ; 68 RP/T (2015).

235. Devant la Cour de justice : art. 77 RP/C (2012).

236. Art. 55 RP/C (2012) ; art. 69-71 RP/T (2015).

de moyens ou le moyen le plus sérieux, en suspendant les autres. Du fait de la suspension, le débat n'a lieu que dans l'affaire pilote entre les seules parties à cette procédure. À moins d'être admises à intervenir dans cette affaire⁽²³⁷⁾, les requérants ayant initié les autres procédures « se trouvent donc dans une situation purement passive » jusqu'à la reprise de leurs procédures⁽²³⁸⁾.

Une fois rendue la décision en l'attente de laquelle leurs affaires ont été suspendues, les parties sont en pratique entendues sur les conséquences à tirer de cette décision. Or, elles se voient opposer la solution apportée dans celle-ci, tant aux moyens avancés par les parties à l'affaire pilote qu'aux moyens d'ordre public le cas échéant relevés d'office ou rejetés par préterition dans celle-ci, sans avoir pu effectivement contribuer au débat. Leur seule contribution consiste en la discussion des effets éventuels de cette décision sur leur propre recours et des spécificités potentielles de ce dernier. En d'autres termes, l'objet même du débat entre les parties est altéré et son moment déplacé.

Une telle entorse au débat contradictoire entre les parties dans l'instance en cours paraît de prime abord problématique, en particulier lorsque leurs recours sont en définitive rejetés, que ce soit sur la base de la transposition du raisonnement tenu dans la décision pilote aux moyens soulevés par les parties ou sur la base d'un moyen relevé d'office eu égard aux considérations figurant dans ladite décision. Elle est de surcroît de nature à réduire l'utilité

237. L'intervention des requérants d'affaires suspendues à l'affaire pilote rencontre deux obstacles procéduraux majeurs. Le premier tient aux délais. Une demande d'intervention doit être présentée dans un délai de six semaines à compter de la publication, au Journal officiel, d'un avis relatif à l'affaire (art. 130, § 1, RP/C [2012] ; art. 143, § 3, RP/T [2015]), indépendamment même du moment auquel intervient la suspension. Une fois ce délai passé, devant la Cour de justice, une intervention est encore possible aux fins de la seule audience de plaidoiries, s'il y en a une, et à condition que la demande soit formulée avant l'ouverture de la phase orale de la procédure (art. 129, § 4, RP/C [2012]), possibilité qui n'existe plus devant le Tribunal. D'autre part, lorsque l'affaire pilote oppose un État membre à une institution ou deux institutions, l'intervention de parties privées est exclue (art. 40, § 3, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne). Voy. déjà, s'agissant de recours parallèles portés devant la Cour de justice et devant le Tribunal et portant sur le même objet, pour une critique : M. CONDINANZI, « Le règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, vol. I, op. cit., pp. 39-54, spéc. pp. 50-51 ; A. TIZZANO, « La Cour de justice et l'Acte unique européen », in F. CAPOTORTI et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 691-727, spéc. pp. 717-718.

238. G. MUGUET-POULLENNEC et D. DOMENICUCCI, « L'intervention devant le Tribunal après l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure : entre droit d'ingérence et urgence judiciaire », *RLC*, 2015, n° 45, pp. 61-71, spéc. p. 64, à propos de la suspension de recours formés par les bénéficiaires de mesures d'aides d'État contre une décision de la Commission les déclarant illégales et incompatibles en l'attente de la décision définitive statuant sur le recours formé par l'État membre auteur de ces mesures.

d'un double degré de juridiction dans l'hypothèse où l'affaire est suspendue jusqu'à la décision rendue suite à un potentiel pourvoi dans l'affaire pilote⁽²³⁹⁾. La pratique des affaires pilotes se rapproche de l'hypothèse dans laquelle une affaire serait tranchée en application d'une jurisprudence constante au regard de laquelle les moyens avancés par la partie requérante ne pourraient prospérer ou au regard de laquelle le recours formé par elle devrait, même d'office, être rejeté comme irrecevable. Elle s'en distingue, toutefois, en raison du caractère concomitant des affaires pilote et connexe suspendue et de la création en temps réel d'un précédent sans participation de toutes les parties intéressées.

Sur un plan général, l'approche est néanmoins justifiée pour des considérations de bonne administration et de célérité de la justice. Elle s'inscrit dans une tendance contemporaine d'accélérer le traitement des affaires devant les juridictions de l'Union européenne, en évacuant les affaires les plus évidentes et en concentrant les ressources sur le traitement des affaires les plus sérieuses. En ce sens, en particulier aux fins du traitement des séries d'affaires, le juge pourra dorénavant statuer par voie d'ordonnances motivées sur les recours manifestement fondés au regard de la jurisprudence et après avoir entendu les parties sur celle-ci⁽²⁴⁰⁾.

En somme, il apparaît que le débat sur un moyen d'ordre public relevé d'office peut être déplacé dans le temps, voire affecté dans sa substance. Plus encore, les intérêts d'une bonne et efficace justice peuvent exceptionnellement justifier la soustraction d'un tel moyen à *tout* débat, même différé dans le temps ou limité en son champ, par la partie au détriment de laquelle il est relevé d'office. Les rapports entre les moyens d'ordre public et les limites au contradictoire sont cependant plus ambivalents.

239. Pourvoi que seules les parties à l'affaire pilote peuvent former.

240. Voy. en ce sens : K. ANDOVÁ et É. VON BARDELEBEN, « La refonte du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne : pour une efficacité juridictionnelle renforcée », *Europe*, 2015, n° 7, pp. 5-10, n° 21 ; D. DITTERT, « Die neue Verfahrensordnung des EuGH », *EuZW*, 2013, n° 19, pp. 726-732, spéc. p. 731. Voy. *infra*, Section 2, Sous-section 1, § 1, A, 2. Les ordonnances de bien-fondé manifeste (pp. 741 et s.).

SECTION 2. – LES LIMITES DU DÉBAT CONTRADICTOIRE ET LES MOYENS
D'ORDRE PUBLIC : DES RAPPORTS AMBIVALENTS AU NOM DE LA BONNE
ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Le droit des parties à un procès contradictoire n'est pas absolu. Les règlements de procédure des juridictions de l'Union européenne prévoient des exceptions variables, au nom de diverses considérations de principe tenant à la bonne administration de la justice, et en particulier à l'économie

BRUYLANT

de procédure, aux droits réduits de certaines parties au litige, à la protection de secrets d'affaires, d'intérêts de tiers au litige, voire de la sûreté de l'Union et de ses États membres. Certaines exceptions visent spécifiquement les moyens d'ordre public, d'autres sont d'ordre général et susceptibles d'affecter le débat sur ces derniers. Les rapports entre ces limites au débat contradictoire et les moyens d'ordre public sont ambivalents. Par dérogation au principe du débat contradictoire sur ces moyens, le juge peut exceptionnellement les examiner « en secret »⁽²⁴¹⁾ (Sous-section 1). À l'inverse, le relevé d'office pourrait servir de palliatif au secret, afin de combler les déficits du débat contradictoire dans les exceptions les plus importantes au principe du contradictoire et d'assurer une protection équitable de la partie exclue du débat (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. – LE RELEVÉ D'OFFICE « EN SECRET » :
DES DÉROGATIONS LIMITÉES AU CONTRADICTOIRE SUR LES MOYENS
D'ORDRE PUBLIC

La consécration du respect obligatoire du contradictoire lors du relevé d'office est allée de pair avec celle d'une réserve ouverte et évolutive. L'obligation s'impose en effet « hors les cas particuliers tels que, notamment, ceux prévus par les règlements de procédure des juridictions [de l'Union] »⁽²⁴²⁾. L'exclusion des moyens d'ordre public du débat contradictoire peut être justifiée au nom de l'économie de procédure, lorsque ces moyens sont manifestement fondés (§ 1). L'exclusion des moyens relevés d'office du débat contradictoire peut être plus ponctuelle et liée à la soustraction d'une partie de la procédure du champ du principe du contradictoire (§ 2).

§ 1. – Les dérogations fondées sur l'économie de procédure :
les moyens d'ordre public manifestement fondés

Conformément à leurs règlements de procédure, les juridictions de l'Union européenne peuvent statuer d'office et sans entendre les parties par voie d'ordonnance motivée sur certains moyens d'ordre public manifestement fondés (A). Par la voie prétorienne, cette habilitation a été étendue au relevé d'office par le juge statuant par voie d'arrêt. S'en dégage une notion, en construction, de moyen d'ordre public « qui ne se prête pas à discussion » (B).

241. Selon l'expression empruntée à A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *op. cit.*

242. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 57.

A. *Les ordonnances motivées fondées sur un moyen d'ordre public*

La dérogation principale au débat contradictoire sur les moyens d'ordre public est constituée par la possibilité pour le juge de mettre fin au litige en constatant d'office, à tout moment et sans entendre les parties, son incompétence manifeste ou l'irrecevabilité manifeste du recours⁽²⁴³⁾. À l'inverse, il peut également accueillir, les parties entendues, un recours⁽²⁴⁴⁾ ou un pourvoi⁽²⁴⁵⁾ manifestement fondés par voie d'ordonnance motivée. Au vu des textes des règlements de procédure, il n'est pas certain que cette dernière habilitation lui permette de statuer sur la base d'un moyen d'ordre public de fond relevé d'office sans débat contradictoire. Il convient ainsi d'opérer une distinction entre les ordonnances de rejet pour incompétence ou irrecevabilité manifestes (1) et les ordonnances de bien-fondé manifeste (2).

1) Les ordonnances de rejet pour incompétence ou irrecevabilité manifestes

La possibilité de statuer d'office et sans débat par voie d'ordonnance motivée d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes est admise de longue date. Elle est aisément justifiée pour des raisons d'économie de procédure, de célérité de la justice et de bonne gestion des ressources juridictionnelles (a). Sa mise en pratique doit, toutefois, rester mesurée. Elle est, parfois, discutable (b).

a) *Un outil d'économie de procédure justifié*

Lorsqu'il s'estime manifestement incompétent ou considère le recours manifestement irrecevable, le juge peut, à tout moment de la procédure, statuer par voie d'ordonnance motivée. Ce pouvoir, distinct de celui de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public⁽²⁴⁶⁾, peut être activé

243. Art. 53, § 2, et art. 181 RP/C (2012) ; art. 126 et 208 RP/T (2015). Le Tribunal peut en outre rejeter par voie d'ordonnance motivée des recours de première instance manifestement dépourvus de tout fondement en droit. Tant la Cour de justice que le Tribunal peuvent faire de même en cas de pourvois dépourvus de tout fondement en droit. Dans la mesure où de tels rejets ne sont pas fondés sur des moyens d'ordre public, en l'absence d'une notion de moyen d'ordre public de fond de défense, cette possibilité ne sera pas abordée dans les développements qui suivent. Cela étant, l'adoption d'une telle ordonnance implique nécessairement le rejet par prétérition des moyens d'ordre public de fond.

244. Cette possibilité n'existe que devant le Tribunal : art. 132 RP/T (2015).

245. Cette possibilité existe tant devant la Cour de justice que devant le Tribunal : art. 182 RP/C (2012) ; art. 209 RP/T (2015).

246. À propos de cette distinction ténue, voy. *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 1, A. Le fondement textuel du pouvoir de relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public (pp. 436 et s.).

d'office et l'ordonnance fondée sur une telle fin de non-recevoir. Libre d'entendre les parties même dans ce cas⁽²⁴⁷⁾, le juge n'est nullement tenu de le faire⁽²⁴⁸⁾. À la différence d'une ordonnance « ordinaire » fondée sur une fin de non-recevoir d'ordre public, une ordonnance d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes peut, en effet, être adoptée d'office au terme d'une procédure soustraite au débat contradictoire.

D'une part, une telle ordonnance peut être prise avant même la signification de la requête à la partie défenderesse⁽²⁴⁹⁾. Les exemples foisonnent, notamment en cas d'incompétence manifeste du juge de l'Union européenne pour connaître de recours dirigés contre des entités autres que les institutions, organes et organismes de l'Union⁽²⁵⁰⁾ et en cas de tardiveté manifeste d'un recours⁽²⁵¹⁾. Dès lors que le juge donne droit à la partie défenderesse, l'entorse à son droit de prendre connaissance et de débattre contradictoirement des éléments contenus dans la requête est, à vrai dire, d'envergure très limitée⁽²⁵²⁾, sinon inexistante⁽²⁵³⁾.

247. Voy. pour un exemple récent dans lequel le Tribunal, statuant sur le fondement de l'article 126 de son règlement de procédure, procède au relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'ordre public et invite les parties à présenter leurs observations sur celle-ci : Trib. UE, ord., 29 mai 2017, *Le Pen c/ Parlement*, aff. T-863/16, non publiée, pts 19, 22, 25 et 27.

248. En cela, les ordonnances de rejet manifeste se distinguent des ordonnances fondées sur une fin de non-recevoir d'ordre public que le juge peut adopter à tout moment, mais seulement après avoir entendu les parties : art. 150 RP/C (2012) ; art. 129 RP/T (2015). Voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 1, B, 1. Un fondement textuel limité et partiel (pp. 691 et s.).

249. Art. 53, § 2, et art. 181 RP/C (2012) ; art. 126 et 208 RP/T (2015).

250. Voy. p. ex. : TPI, ord., 17 juin 2007, *Di Pasquale c/ Italie*, non publiée ; Trib. UE, ord., 27 septembre 2011, *Estación de Servicio Alfa c/ Junta de Castilla y León*, aff. T-423/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 6 décembre 2011, *JANA c/ Pologne*, aff. T-499/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 31 janvier 2012, *FS Schmidt Vermögensverwaltung und Verlag c/ Pays-Bas*, aff. T-547/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 13 mars 2012, *Dimitrov c/ Bulgarie*, aff. T-10/12, non publiée ; Trib. UE, ord., 6 octobre 2015, *Servicio Asistido Urgente c/ CEDH*, aff. T-527/15, non publiée ; Trib. UE, ord., 27 avril 2016, *Dental House c/ Italie e.a.*, aff. T-138/16, non publiée ; Trib. UE, ord., 20 juillet 2016, *Rosa Rodriguez c/ Consejería de Educación de la Junta de Andalucía*, aff. T-358/16, non publiée.

251. Voy. p. ex. : TPI, ord., 14 décembre 2006, *Smanor e.a. c/ Commission*, aff. T-150/06, non publiée ; TPI, ord., 15 mars 2007, *Belgique c/ Commission*, aff. T-5/07, non publiée ; Trib. UE, ord., 13 juillet 2011, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-348/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 8 mai 2012, *Maxcom c/ OHMI*, aff. T-675/11, non publiée ; Trib. UE, ord., 28 novembre 2014, *Quanzhou Wouxun Electronics c/ OHMI*, aff. T-345/14, non publiée ; Trib. UE, ord., 7 janvier 2015, *Cham c/ Conseil*, non publiée ; Trib. UE, ord., 19 avril 2016, *Portugal c/ Commission*, aff. T-550/15, non publiée ; Trib. UE, ord., 16 juin 2016, *Eigmer c/ Parlement et Conseil*, aff. T-124/16, non publiée.

252. Voy. également en ce sens les observations de R. ABRAHAM lors du débat faisant suite à la communication d'I. PINGEL, *op. cit.*, spéc. pp. 71-72.

253. Aucune méconnaissance du principe du contradictoire ne saurait découler du rejet d'un recours comme manifestement irrecevable avant le dépôt d'un mémoire en défense : CJUE, ord., 4 juillet 2012, *Trevisanato c/ Commission*, aff. C-25/12 P, non publiée, pt 23. Voy. pour

D'autre part, le juge statue d'office sur une cause d'irrecevabilité ou d'incompétence manifestes sans entendre la partie requérante. Dès lors que cette partie se voit opposer une règle d'ordre public par le juge sans avoir pu en discuter, la limite au principe du contradictoire est d'autant plus grave pour elle⁽²⁵⁴⁾.

Cette soustraction du moyen relevé d'office au débat contradictoire est justifiée pour des motifs de bonne administration de la justice, d'économie de procédure et d'efficacité de la justice⁽²⁵⁵⁾. Elle permet aux juridictions de l'Union européenne « d'éliminer rapidement de [leur] rôle certaines affaires dont le rejet s'impose à l'évidence »⁽²⁵⁶⁾. Selon la jurisprudence, elle est conforme « au droit à une procédure juridictionnelle régulière et effective », dès lors qu'elle est limitée « aux affaires dans lesquelles le [juge] est manifestement incompétent pour connaître du recours ou lorsque celui-ci est manifestement irrecevable »⁽²⁵⁷⁾. En d'autres termes, c'est de sa limitation aux cas manifestes que découle sa compatibilité avec les exigences du contradictoire. Celui-ci retrouve toute sa vigueur lorsque l'incompétence ou l'irrecevabilité n'est pas manifeste.

En dépit de son importance cruciale pour définir le champ de la dérogation au contradictoire, la notion d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes n'a pas fait l'objet d'une définition prétorienne explicite. Pour l'essentiel, la qualification de « manifeste », par ailleurs susceptible de contrôle par le juge du pourvoi en cas de contestation⁽²⁵⁸⁾, semble moins liée au caractère évident, aisément perceptible, de l'incompétence ou de l'irrecevabilité au regard des éléments du dossier qu'à son caractère

un avis analogue s'agissant du droit du contentieux administratif français : J.-Y. MADEC, « Les ordonnances de rejet immédiat », in J. GOURDOU, O. LECUCQ et J.-Y. MADEC (dir.), *Le principe du contradictoire dans le procès administratif*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 36-45, spéc. pp. 39-40.

254. Voy. également en ce sens les observations de R. ABRAHAM lors du débat faisant suite à la communication d'I. PINGEL, *op. cit.*, spéc. pp. 71-72.

255. F. PICOD, *op. cit.*, spéc. pp. 155-156. Adde : I. PINGEL, *op. cit.*, spéc. p. 57.

256. Voy. à propos de la Cour de justice : J. RIDEAU, « Cour de justice. Procédures particulières », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 280, 2010 (mise à jour 2012), § 37.

257. Ainsi qu'aux recours manifestement dépourvus de tout fondement en droit (voy. *supra*, note n° 243 du présent Chapitre) : CJCE, ord., 3 juin 2005, *Killinger c/ Allemagne e.a.*, aff. C-396/03 P, *Rec.*, p. II-4967, pt 9 ; CJCE, 19 février 2009, *Gorostiaga Atxalandabaso c/ Parlement*, aff. C-308/07 P, *Rec.*, p. I-1059, pt 36.

258. Voy. la jurisprudence citée à la note précédente. Voy. à titre d'illustration : CJUE, ord., 2 octobre 2014, *Page Protective Services c/ SEAE*, aff. C-501/13 P, non publiée, pt 20 ; Trib. UE, 12 mars 2014, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-373/13 P, non publié, pt 37. Ce contrôle n'est pas opéré d'office.

indiscutable⁽²⁵⁹⁾, inévitable⁽²⁶⁰⁾, dépourvu de tout doute⁽²⁶¹⁾, « ne laiss[ant] place à aucun doute raisonnable »⁽²⁶²⁾ ou « échapp[ant] à tout doute ou discussion »⁽²⁶³⁾. La longueur des développements nécessaires au constat d'une incompétence ou irrecevabilité manifestes « n'est pas un indicateur pertinent »⁽²⁶⁴⁾. En revanche, le juge tient compte de l'existence d'une jurisprudence établie et constante ou, au contraire, du caractère novateur du problème de droit posé et s'appuie sur sa certitude quant à l'appréciation des éléments du dossier⁽²⁶⁵⁾, son entière conviction quant au caractère manifeste de l'irrecevabilité ou de l'incompétence et le caractère complet du dossier pour statuer⁽²⁶⁶⁾. Le juge ne peut, par ailleurs, se fonder sur des éléments de fait ou de preuve sur lesquels la requérante n'a pas pu prendre position⁽²⁶⁷⁾. Compte tenu de l'importance du principe du contradictoire aux

259. Cette dérogation au débat contradictoire peut alors « s'expliquer par le fait que le rejet [pour incompétence du juge ou irrecevabilité du recours] s'impose avec une telle évidence qu'il ne peut donner lieu à aucune controverse » : concl. Bot sous CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 104.

260. Une irrecevabilité pour cause de tardiveté d'une réclamation précontentieuse est manifeste lorsque le point de départ du délai a pu être « déterminé avec précision » et que son dépassement « conduit inévitablement à l'irrecevabilité du recours » : TPI, 8 septembre 2008, *Kerstens c/ Commission*, aff. T-222/07 P, *RecFP*, pp. I-B-1-37 et II-B-1-267, pt 58.

261. Tout en envisageant une « compréhension formelle » de l'irrecevabilité manifeste, comme étant « évidente » au point d'« apparait[re] peut-être au premier regard », l'avocat général STIX-HACKL a décelé dans la jurisprudence une préférence pour un « concept matériel ». L'irrecevabilité manifeste serait une irrecevabilité « très forte ou sérieuse » dans « des cas clairs ne laissant pas de place au doute » : concl. sous CJCE, 19 janvier 2006, *AIT c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pts 30, 40 et 42.

262. Voy. en matière de délai : CJUE, ord., 2 octobre 2014, *Page Protective Services c/ SEAE*, aff. C-501/13 P, non publiée, pts 28 et 40.

263. Concl. CRUZ VILLALÓN sous CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 88. En revanche, dès lors que l'irrecevabilité – ou l'incompétence – est sujette à débat ou discussion, le juge devrait recourir à son pouvoir de statuer d'office, les parties entendues, sur les fins de non-recevoir d'ordre public (*id.*, pt 89). La distinction des deux hypothèses est toutefois tenue, voy. en ce sens : concl. SHARPSTON sous CJUE, 22 septembre 2011, *Bell & Ross c/ OHMI*, aff. C-426/10 P, *Rec.*, p. I-8849, note n° 13.

264. TPI, ord., 26 juin 2009, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-114/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-53 et II-B-1-313, pt 50.

265. Voy. à cet égard : Trib. UE, 12 mars 2014, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-373/13 P, non publié, pts 40-41.

266. Selon une jurisprudence développée par le Tribunal de la fonction publique : TFP, ord., 27 mars 2007, *Manté c/ Conseil*, aff. F-87/06, *RecFP*, pp. I-A-1-77 et II-A-1-451, pt 16 ; TFP, ord., 3 février 2009, *Carvalho Garcia c/ Conseil*, aff. F-40/08, *RecFP*, pp. I-A-1-17 et II-A-1-65, pt 14 ; TFP, ord., 25 avril 2012, *Oprea c/ Commission*, aff. F-108/11, non publiée, pt 12 ; TFP, ord., 5 décembre 2012, *Scheidemann c/ Parlement*, aff. F-109/12, non publiée, pt 12 ; TFP, ord., 10 juillet 2014, *Mészáros c/ Commission*, aff. F-22/13, non publiée, pt 39 ; TFP, ord., 16 juillet 2015, *FG c/ Commission*, aff. F-20/15, non publiée, pt 30 ; TFP, ord., 16 décembre 2015, *Bärwinkel c/ Conseil*, aff. F-118/14, non publiée, pt 33 ; TFP, ord., 22 avril 2015, *ED c/ ENISA*, aff. F-105/14, non publiée, pt 16.

267. TPI, 19 septembre 2008, *Chassagne c/ Commission*, aff. T-253/06 P, *RecFP*, pp. I-B-1-43 et II-B-1-295, pts 27-29.

fins de la garantie du procès équitable ainsi que du caractère dérogatoire du régime des incompétences et irrecevabilités manifestes, la possibilité de statuer sans débat doit être maniée avec précaution, ce qui n'est pas toujours assuré.

b) Une mise en pratique parfois discutable

La possibilité, justifiée, pour le juge de statuer, sans débat contradictoire, par voie d'ordonnances motivées en cas d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes doit être maniée avec prudence afin de ne pas indument restreindre les droits du justiciable. Or, dans la pratique, le choix même de procéder par voie de telles ordonnances prête parfois le flanc à la critique⁽²⁶⁸⁾.

Ces ordonnances peuvent, certes, être prises à tout moment, y compris au terme de la procédure écrite⁽²⁶⁹⁾, en cas de demande tendant à la tenue d'une audience de plaidoiries⁽²⁷⁰⁾ ou après des questions posées aux parties à titre de mesures d'organisation de la procédure⁽²⁷¹⁾. Toutefois, lorsqu'une

268. Ajoutons que, selon une pratique récente, les avocats généraux de la Cour de justice sont directement impliqués dans l'adoption et la rédaction des ordonnances motivées rejetant des pourvois comme étant manifestement voués à l'échec. Dans le corps de ces ordonnances, la Cour reproduit intégralement et entre guillemets la position brièvement sinon sommairement motivée d'un avocat général tendant au rejet, avant de valider ce rejet par simple renvoi aux motifs énoncés par celui-ci (voy. p. ex. : CJUE, ord., 7 avril 2016, *Bopp c/ EUIPO*, aff. C-653/15 P, non publiée ; CJUE, ord., 28 avril 2016, *Matratzen Concord c/ EUIPO*, aff. C-35/16 P, non publiée ; CJUE, ord., 24 mai 2016, *Actega Terra c/ EUIPO*, aff. C-63/16 P, non publiée ; CJUE, 8 juin 2016, *Liu c/ EUIPO*, aff. C-41/16 P, non publiée ; CJUE, ord., 15 juin 2016, *LTJ Diffusion c/ EUIPO*, aff. C-94/16 P, non publiée ; CJUE, ord., 21 juillet 2016, *Tsujimoto c/ Kenzo*, aff. C-87/16 P, non publiée) ou de compléter ces motifs (CJUE, ord., 9 février 2017, *Syndial c/ Commission*, aff. C-410/16 P, non publiée). Un tel mode de rédaction brouille les sphères respectives de l'avocat général et de la formation de jugement et risque d'être perçu comme le reflet d'une participation du premier au délibéré. Dans la mesure où il n'affecte point les modalités du débat contradictoire éventuel ou de son absence, il ne sera pas abordé davantage.

269. En particulier, le juge n'est pas tenu d'adopter l'ordonnance avant le dépôt d'un mémoire en défense (TPI, ord., 26 juin 2009, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-114/08 P, *RecFP*, pp. I-B-1-53 et II-B-1-313, pt 53 ; Trib. UE, ord., 23 mars 2010, *Marcuccio c/ Commission*, aff. T-16/09 P, non publiée, pt 53) et peut statuer même après le déroulement normal de la procédure écrite (Trib. UE, 12 mars 2014, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-373/13 P, non publié, pt 38).

270. Même en cas d'une telle demande, le Tribunal peut statuer par voie d'ordonnance motivée sans ouvrir la phase orale de la procédure (voy. p. ex. : TPI, ord., 24 septembre 2008, *Van Neyghem c/ Commission*, aff. T-105/08 P, non publiée, pt 21 ; Trib. UE, ord., 13 septembre 2011, *ara c/ OHMI*, aff. T-397/10, non publiée, pt 18). Les parties n'ont aucun droit à la tenue d'une audience dans ces hypothèses (CJCE, ord., 8 juillet 1999, *Goldstein c/ Commission*, aff. C-199/98 P, non publiée, pt 18 ; CJCE, ord., 19 février 2008, *Tokai Europe c/ Commission*, aff. C-262/07 P, non publiée, pts 25 et 27).

271. L'adoption de mesures d'organisation de la procédure « n'est pas, en soi, susceptible de faire obstacle à l'adoption d'une [telle] ordonnance » : CJCE, 19 janvier 2006, *AIT c/ Commission*, aff. C-547/03 P, *Rec.*, p. I-845, pt 30.

telle ordonnance est adoptée au terme d'un déroulement régulier d'une procédure en toute sa longueur, l'économie de procédure réalisée est minime. Ce procédé donne l'image d'une juridiction qui s'investit trop tardivement dans les dossiers et qui gère mal ou inégalement ses ressources plutôt que de les concentrer sur les affaires plus sérieuses.

À l'autre extrême, il apparaît que les ordonnances motivées sont parfois adoptées trop hâtivement, sur la base d'un dossier factuel incomplet, et au double risque de contraindre les droits de la défense de la partie requérante en première instance et de la contraindre à former un pourvoi pour exercer ses droits. Un exemple récent est constitué du rejet expéditif d'un recours pour tardiveté manifeste, sans même que la partie requérante eût eu la possibilité d'exciper d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une erreur excusable⁽²⁷²⁾. De surcroît, il arrive que de telles ordonnances reviennent à trancher une question de principe inédite ou qu'elles innovent en faisant application par analogie d'une jurisprudence très spécifique. C'est ainsi que, statuant par voie d'ordonnance d'irrecevabilité manifeste, le Tribunal a d'emblée défini le point de départ du délai de recours contre un règlement instituant des mesures restrictives⁽²⁷³⁾, acte hybride⁽²⁷⁴⁾. La Cour de justice a confié le traitement du pourvoi formé contre cette ordonnance à la grande chambre, ce qui tend à illustrer le caractère de principe de cette question inédite⁽²⁷⁵⁾ et soulève des interrogations quant à l'opportunité pour le Tribunal de statuer par voie d'ordonnance⁽²⁷⁶⁾. Toujours dans le domaine des délais, c'est également par voie d'ordonnance motivée adoptée sans débat que le Tribunal semble avoir fait application au recours d'un ressortissant

272. Voy. à titre d'exemple un rejet pour irrecevabilité manifeste opéré par le Tribunal à peine un mois après le dépôt de la requête (Trib. UE, ord., 25 juin 2015, *Vichy Catalán c/ OHMI*, aff. T-302/15, non publiée) et la mise en cause, à l'occasion du pourvoi, de la possibilité effective pour la requérante de se défendre en faisant valoir un cas fortuit lié à des problèmes d'acheminement de l'original de la requête, d'abord parvenue au greffe du Tribunal par voie de courrier électronique, par la voie postale (CJUE, ord., 12 juillet 2016, *Vichy Catalán c/ EUIPO*, aff. C-399/15 P, non publiée, pts 15-20). La Cour de justice s'est montrée particulièrement exigeante à l'égard de la diligence dont la requérante doit faire preuve.

273. Trib. UE, ord., 13 juillet 2011, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. T-348/11, non publiée.

274. Voy. à cet égard : CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, pts 241-244.

275. CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*

276. Présentant ses conclusions dans l'affaire *Gbagbo c/ Conseil*, l'avocat général CRUZ VILLALÓN a pris une position « attach[ant] à la protection juridictionnelle effective une importance supérieure au respect strict des délais de procédure et de la sécurisation juridique des actes de l'Union » (D. SIMON, « Délai de recours », *Europe*, 2013, n° 6, comm. 256). Il a fortement critiqué le choix d'une ordonnance d'irrecevabilité manifeste plutôt que d'une ordonnance fondée sur une fin de non-recevoir d'ordre public, que le Tribunal aurait pu adopter après avoir entendu les parties notamment au sujet d'un éventuel cas fortuit ou de force majeure.

roumain d'une jurisprudence très spécifique liée à l'extension du délai de recours au profit d'un nouvel État membre à l'encontre des actes de l'Union adoptés sur la base des dispositions du traité d'adhésion qui l'affectent en sa qualité d'État membre⁽²⁷⁷⁾.

Pour prévenir la prise hâtive de telles ordonnances, il est certes conseillé à la partie requérante de faire preuve de diligence et de prendre ses précautions en justifiant, dès la requête, la compétence du juge ou la recevabilité de son recours « en cas de position discutable »⁽²⁷⁸⁾. L'exigence de diligence ne doit pas, toutefois, confiner à l'excès. Une partie requérante ne peut pas prévoir, au moment du dépôt de sa requête, un élément affectant la transmission régulière de celle-ci à la juridiction⁽²⁷⁹⁾. Elle ne peut davantage anticiper une solution novatrice⁽²⁸⁰⁾.

Le débat omis en première instance peut, certes, être « rattrapé » lors du pourvoi. Dans cette optique, la Cour de justice admet par exemple l'invocation, pour la première fois au stade du pourvoi, d'une exception à l'irrecevabilité constatée par voie d'ordonnance motivée adoptée sans débat⁽²⁸¹⁾. Néanmoins, une approche trop restrictive des droits de la défense en première instance et, corrélativement, trop extensive de l'irrecevabilité manifeste peut obliger le justiciable écorné à saisir le juge du pourvoi pour se faire entendre et allonger ainsi la durée globale de la procédure. En revanche, en donnant à la partie lésée l'occasion de présenter ses observations⁽²⁸²⁾ et en fournissant une motivation plus étoffée de sa solution dès la première instance, le juge peut convaincre même la partie perdante

277. Trib. UE, ord., 3 décembre 2015, *Buga c/ Parlement e.a.*, aff. T-241/15, non publiée ; Trib. UE, ord., 3 décembre 2015, *Muresan c/ Parlement e.a.*, aff. T-243/15, non publiée.

278. Ainsi que cela a pu être conseillé aux plaideurs « dans le souci d'éviter, si possible, que le défendeur demande à la Cour de statuer sur une exception d'irrecevabilité sans engager le débat au fond » : H. CHAVRIER, « Plaider un recours direct devant la Cour de justice », in V. CHRISTIANOS (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, vol. I, *op. cit.*, pp. 11-19, spéc. p. 16.

279. Voy. les circonstances de l'affaire *Vichy Catalán*, citée à la note n° 272 du présent Chapitre. Le Tribunal a statué tellement rapidement sur la recevabilité du recours que, en pratique, la partie requérante n'a pu démontrer l'existence d'un cas fortuit, tandis que la Cour de justice a reproché à cette dernière de ne pas avoir communiqué les éléments nécessaires à cette fin en l'espace de quelques jours seulement et immédiatement après les avoir rassemblés.

280. Les évolutions jurisprudentielles opérées dans de telles ordonnances sont d'autant plus discutables que ces ordonnances ne sont, en principe, pas publiées.

281. En particulier, l'invocation d'un cas fortuit ou de force majeure par une requérante dont le recours a été rejeté en première instance sans débat comme étant manifestement tardif : CJCE, ord., 18 janvier 2005, *Zuazaga Meabe c/ OHMI*, aff. C-325/03 P, *Rec.*, p. I-403, pt 24 ; CJUE, 23 avril 2013, *Gbagbo c/ Conseil*, aff. jtes C-478/11 P à C-482/11 P, *Rec. num.*, pt 70.

282. Ainsi, le Tribunal pose parfois des questions à la partie requérante afin de s'assurer de l'irrecevabilité manifeste du recours avant de la constater par voie d'ordonnance motivée, voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 1^{er} avril 2011, *Doherty c/ Commission*, aff. T-468/10, *Rec.*, p. II-1497, pt 5.

de l'inutilité d'un pourvoi. Les cas de renonciation à tout débat devraient dès lors être limités à ceux qui sont vraiment manifestes, en ce qu'ils relèvent de l'application d'une jurisprudence constante et de règles d'ordre public ne connaissant pas d'exception.

Une telle limitation permettrait d'ailleurs de rapprocher le champ des ordonnances d'incompétence ou d'irrecevabilité manifestes de celui, nouveau, des ordonnances de bien-fondé manifeste, qui ne peuvent être adoptées qu'en considération d'une jurisprudence existante. En dépit d'un éventuel rapprochement substantiel, il reste cependant que le régime procédural de ces deux catégories d'ordonnances motivées diverge.

2) Les ordonnances de bien-fondé manifeste

Depuis la dernière réforme des règlements de procédure, le juge de l'Union européenne peut statuer par voie d'ordonnances de bien-fondé manifeste⁽²⁸³⁾. Celles-ci forment le « pendant »⁽²⁸⁴⁾ des ordonnances de rejet manifeste. Tant la Cour de justice en sa qualité de juge du pourvoi⁽²⁸⁵⁾ que le Tribunal sous sa double casquette de juges de première instance⁽²⁸⁶⁾ et, dans le passé, du pourvoi⁽²⁸⁷⁾ peuvent accueillir des pourvois ou recours manifestement fondés par voie d'ordonnance motivée comportant référence à la jurisprudence pertinente, lorsqu'ils ont déjà statué sur une ou plusieurs questions de droit identiques à celles soulevées par les moyens dont ils sont saisis. À la différence des ordonnances de rejet manifeste, toutefois, ces ordonnances ne peuvent être prises que les parties entendues⁽²⁸⁸⁾ et,

283. Il s'agirait d'« un moyen procédural efficace dans l'avenir pour désencombrer la juridiction d'un contentieux quantitativement considérable et souvent répétitif » à condition d'« [adapter] le style de rédaction [...] à l'exercice » : D. SIMON, « Une décision intéressante du point de vue procédural, à la fois sur le terrain de la computation des délais de recours et sur la technique du "recours manifestement fondé" au sens de l'article 132 du règlement de procédure », *Europe*, 2016, n^{os} 8-9, comm. 269.

284. L. COUTRON, « Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgence peut attendre ! », *RTDE*, 2013, n^o 2, pp. 293-304.

285. Art. 182 RP/C (2012).

286. Art. 132 RP/T (2015).

287. Art. 209 RP/T (2015).

288. Contrairement au projet initial de règlement de procédure de la Cour de justice aux termes duquel celle-ci aurait pu adopter une ordonnance de pourvoi manifestement fondé « à tout stade de la procédure, sur proposition du juge rapporteur et après avoir entendu l'avocat général ». Cette voie a toutefois été abandonnée « pour faire davantage ressortir le caractère contradictoire de la procédure de pourvoi » (M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *CDE*, 2012, n^o 3, pp. 603-669, spéc. p. 661). Désormais, il ressort de l'article 182 RP/C (2012), de même par ailleurs que des articles 132 et 209 RP/T (2015) lus en combinaison avec l'article 31, § 3, de ce dernier règlement, que des ordonnances de bien-fondé manifeste sont prises les parties et l'avocat général (s'il y a) entendus.

s'agissant du Tribunal saisi en première instance, après clôture de la phase écrite de la procédure.

Ce nouveau pouvoir procédural exceptionnel ne se prête guère au relevé d'office secret de moyens d'ordre public.

Un argument de texte pouvait d'abord s'opposer à l'adoption même de telles ordonnances sur le fondement d'un moyen d'ordre public relevé d'office. Les dispositions pertinentes visent, en effet, l'hypothèse dans laquelle la Cour de justice ou le Tribunal auraient « déjà statué sur une ou plusieurs questions de droit identiques à *celles soulevées par les moyens* » du recours ou du pourvoi⁽²⁸⁹⁾. La nature univoque des termes choisis pouvait être comprise en ce sens qu'elle tendait d'emblée à exclure toute question qui ne serait pas soulevée par la partie requérante mais relevée d'office. Compte tenu également de la nature exceptionnelle et, partant, d'interprétation stricte de ces dispositions, celles-ci auraient pu être lues en ce sens que le juge ne saurait fonder une ordonnance de bien-fondé manifeste sur un moyen relevé d'office.

À l'inverse, toutefois, des considérations de bonne administration de la justice pouvaient militer en faveur d'une interprétation plus extensive. Des ordonnances de bien-fondé manifeste peuvent, en effet, paraître particulièrement utiles aux fins du traitement d'affaires suspendues susceptibles d'être résolues, une fois la procédure reprise, sur la base d'un relevé d'office inspiré de la décision en vue de laquelle leur suspension avait été décidée. Dans sa pratique contentieuse récente, le Tribunal a opté pour cette dernière lecture, plus pragmatique, des dispositions de son règlement de procédure. Aussi a-t-il, sur la base d'un moyen d'ordre public relevé d'office et pris de la violation, par la Commission, du délai de forclusion légal pour l'adoption de décisions de correction financière en matière de fonds européens, déclaré manifestement fondés plusieurs recours formés par des États membres⁽²⁹⁰⁾. Ces recours avaient, initialement, été suspendus en vue du traitement d'affaires connexes, dans lesquelles la Cour de justice s'était prononcée sur des moyens analogues.

Cela étant, y compris dans un tel cas de figure, l'adoption des ordonnances de bien-fondé manifeste sur la base d'un moyen d'ordre public de fond relevé d'office ne saurait permettre au juge de soustraire ce moyen au débat des parties.

289. Art. 182 RP/C (2012) ; art. 132 et 209 RP/T (2015) (nous soulignons).

290. Voy. les ordonnances du Tribunal du 13 septembre 2017, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-97/09, non publiée ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-21/10, non publiée ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-104/10, non publiée ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-114/10, non publiée ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-116/10, non publiée ; *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-119/10, *Rec. num.*

D'une part, en effet, à l'instar des ordonnances fondées sur une fin de non-recevoir d'ordre public, ces ordonnances sont prises « les parties entendues »⁽²⁹¹⁾. Dans sa pratique encore embryonnaire, le Tribunal entend les parties sur l'applicabilité de la disposition « au vu » des arrêts par référence auxquels il entend accueillir le recours comme étant manifestement fondé⁽²⁹²⁾. De même, ce n'est qu'après avoir dûment entendu les parties « sur le relevé d'office par le Tribunal, dans le cadre de l'article 132 de son règlement de procédure [de 2015], du moyen tiré d'une violation par la Commission des formes substantielles », que le Tribunal a rendu des ordonnances de bien-fondé manifeste sur la base de moyens relevés d'office⁽²⁹³⁾.

D'autre part, le Tribunal ne peut prendre d'ordonnance de bien-fondé manifeste qu'après la clôture de la phase écrite de la procédure en première instance⁽²⁹⁴⁾. Cette exigence constitue un indice clair en ce sens que le juge ne peut recourir à son nouveau pouvoir qu'au vu des arguments de toutes les parties quant au fond du litige et dans les limites de ce débat. Il s'ensuit qu'un moyen d'ordre public de fond relevé d'office doit nécessairement être soumis aux parties.

291. Dans le contexte de l'article 182 RP/C (2012), les modalités de l'exigence d'entendre les parties pouvaient donner lieu à différentes lectures. Selon une première lecture, il conviendrait d'interroger spécifiquement les parties sur l'intention du juge de recourir à cette disposition et sur la jurisprudence dont il envisage de faire application au cas d'espèce. Selon une seconde lecture, cette obligation pourrait être « satisfaite lorsque [les parties] ont été mises en mesure de présenter un mémoire en réponse au pourvoi initial ou de formuler, dans ce mémoire, leurs observations éventuelles sur l'intention de la Cour de statuer par voie d'ordonnance sur le pourvoi ». Le gain de temps effectif par rapport à la procédure ordinaire du pourvoi en serait affecté (M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, spéc. pp. 661-662). S'agissant de l'extension de ce dispositif au traitement des recours portés en première instance devant le Tribunal par l'article 132 RP/T (2015), il semble s'agir d'une obligation d'interroger les parties spécifiquement sur l'intention du juge d'y recourir. En effet, l'interprétation inverse rendrait cette exigence largement redondante avec la précision selon laquelle le Tribunal ne peut statuer qu'après clôture de la phase écrite de la procédure.

292. Trib. UE, ord., 10 juin 2016, *Pshonka c/ Conseil*, aff. T-380/14, non publiée, pt 26 ; Trib. UE, ord., 10 juin 2016, *Pshonka c/ Conseil*, aff. T-381/14, *Rec. num.*, pt 26 ; Trib. UE, ord., 10 juin 2016, *Klymenko c/ Conseil*, aff. T-494/14, *Rec. num.*, pt 24 ; Trib. UE, ord., 12 juillet 2016, *Yanukovych c/ Conseil*, aff. T-347/14, *Rec. num.* pt 34.

293. Voy. les ordonnances du Tribunal du 13 septembre 2017, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-97/09, non publiée, pt 57 ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-21/10, non publiée, pt 51 ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-104/10, non publiée, pt 47 ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-114/10, non publiée, pt 50 ; *Allemagne c/ Commission*, aff. T-116/10, non publiée, pt 46 ; *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-119/10, *Rec. num.* pt 47.

294. En revanche, le Tribunal s'estime habilité à statuer sur la base des éléments de la procédure écrite et après avoir entendu les parties sans organiser d'audience de plaidoiries quand bien même la partie défenderesse en aurait demandé la tenue. Voy. en ce sens les points 25 et 31 des ordonnances *Pshonka c/ Conseil* citées à la note n° 292 du présent Chapitre.

Au regard de ces considérations, une distinction s'impose selon que le moyen d'ordre public manifestement fondé retenu dans une ordonnance motivée a trait à la procédure juridictionnelle ou au fond. Seuls les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle sont susceptibles d'être entièrement soustraits au débat des parties. Ceux de fond, en revanche, restent soumis à ce débat, y compris lorsqu'ils sont manifestement fondés. Cette différence de régime tend à confirmer l'impérativité absolue ou la « supériorité » de l'ordre public de la procédure juridictionnelle sur l'ordre public substantiel⁽²⁹⁵⁾. Plus encore, elle illustre une forme de double privilège des parties défenderesses au détriment de tout requérant, qu'il soit dit privilégié ou ordinaire. Ce privilège est d'abord d'ordre procédural, le droit au contradictoire de la partie défenderesse paraissant mieux assuré lors du relevé d'office de moyens d'ordre public de fond que ne le serait celui de la partie requérante lors du relevé d'office de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Ce privilège est ensuite d'ordre substantiel. Il prend la forme d'un instrument de protection de l'acte contesté. Quand bien même cet acte serait entaché d'un vice manifeste, le juge n'en devrait pas moins donner à son auteur une chance d'en défendre la légalité⁽²⁹⁶⁾.

Ce double standard des exigences du contradictoire lors du relevé d'office des moyens d'ordre public manifestement fondés se vérifie également lorsque le juge statue par voie d'arrêt sans entendre, de manière plus ponctuelle, les parties sur un moyen d'ordre public. S'en dégage une notion de moyen d'ordre public qui « ne se prête pas à discussion ».

B. Le moyen d'ordre public fondé qui « ne se prête pas à discussion »

Une lecture attentive de la jurisprudence laisse apparaître des indices d'une dérogation au débat contradictoire au profit des moyens d'ordre public manifestement fondés, qui ne se prêteraient pas à discussion, en dehors même des recours et des pourvois tranchés par ordonnances motivées. Si les arrêts de principe relatifs au débat contradictoire lors du relevé d'office envisagent une telle dérogation (1), la jurisprudence du Tribunal en offre des illustrations pratiques (2).

295. Voy. à ce propos déjà nos réflexions sur la hiérarchie des moyens d'ordre public et leur ordre de traitement par le juge : *supra*, cette Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Sous-section 1, § 1. Une hiérarchisation des catégories de moyens d'ordre public (pp. 511 et s.).

296. L'on peut toutefois se demander s'il convient de prévoir une exception en cas d'inexistence juridique de l'acte contesté.

1) Une dérogation envisagée par les arrêts de principe

La jurisprudence de la Cour de justice laisse apparaître une dérogation au contradictoire au profit des moyens d'ordre public qui ne se prêteraient pas à discussion. Tout d'abord, une telle dérogation pourrait trouver appui dans l'arrêt *Commission c/ Irlande e.a.* de 2009. En effet, s'il ressort de cet arrêt que le juge du pourvoi contrôle le respect du contradictoire lors du relevé d'office, un relevé « secret » ne donne lieu à l'annulation de l'arrêt ou de l'ordonnance attaqué(e) qu'en cas d'atteinte aux intérêts de la partie qui succombe. Il en va ainsi en particulier lorsque l'examen du moyen implique une appréciation qui « peut se prêter à une discussion »⁽²⁹⁷⁾. *A contrario*, il s'en suivrait qu'un débat serait inutile et que son omission ne reviendrait pas à méconnaître le principe du contradictoire lorsque le moyen relevé d'office n'implique aucune appréciation de la sorte, en d'autres termes lorsqu'il ne se prêterait pas à discussion. L'interprétation *a contrario* doit toutefois être maniée avec prudence⁽²⁹⁸⁾.

Ensuite, la Cour de justice a allégé l'obligation de motivation du Tribunal quant au rejet d'une allégation tardive, avancée pour la première fois au stade de l'audience et manifestement irrecevable, en ce qu'elle « portait sur un moyen nouveau fondé sur un élément de fait dont la requérante était la première informée et qui ne s'est pas révélé pendant la procédure »⁽²⁹⁹⁾. Or, si le Tribunal n'était pas tenu de répondre à une telle allégation dans sa décision, il ne devrait pas davantage être tenu d'élever spécifiquement le débat sur sa recevabilité d'ordre public.

Enfin, l'allègement des modalités du contradictoire du fait de l'incidence d'affaires connexes pourrait constituer un premier pas vers la consécration d'une dérogation au profit du moyen qui ne se prête pas à discussion. En substance, la Cour de justice admet qu'un moyen relevé d'office sur la base d'une jurisprudence « confirmée à plusieurs reprises » et devant ainsi être tenue pour « établie » peut être soustrait au débat contradictoire. L'étendue de cette dérogation n'est pas encore clairement délimitée. Avec certitude, elle est admise dès lors qu'un débat différé dans le temps a eu lieu, en ce

297. CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 61.

298. Il en va d'autant plus ainsi que la vérification du point de savoir si le moyen impliquait une appréciation susceptible de se prêter à une discussion intervient, lors du contrôle du principe du contradictoire au stade du pourvoi, après constat d'un manquement à ce principe et afin de déterminer si l'omission d'entendre les parties peut être régularisée ou légitimée. À propos du contrôle opéré par le juge du pourvoi, voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 1, § 2, A, 1. Un contrôle de principe par le juge du pourvoi (pp. 698 et s.).

299. CJUE, 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch c/ Commission*, aff. C-625/13 P, *Rec. num.*, pts 86-88. Voy. déjà : CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.*, p. I-1365, pt 107.

sens que la partie lésée par le relevé d'office a eu le loisir de débattre du moyen à l'occasion d'affaires antérieures⁽³⁰⁰⁾. Pour ainsi dire, la discussion a été épuisée, de sorte qu'un tel moyen ne se prête plus à discussion. Il n'est toutefois pas certain qu'il en aille de même lorsque la partie lésée n'a jamais eu la possibilité de discuter du moyen. Une telle approche du contradictoire peut, en revanche, être décelée dans la jurisprudence du Tribunal.

2) Une dérogation appliquée dans des cas d'espèce

La pratique contentieuse récente du Tribunal est marquée par une certaine tendance à l'examen d'office secret des moyens d'ordre public manifestement fondés, au-delà des circonstances visées dans son règlement de procédure. Pour l'instant, cette pratique n'est guère harmonisée. L'approche retenue varie au gré, semble-t-il, du juge rapporteur ou de l'importance ressentie du moyen d'ordre public. Une distinction se dessine entre les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle et ceux relevant du fond, à l'image de celle déjà relevée en matière d'ordonnances motivées.

En matière de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, c'est parfois sur la base d'une application « *a fortiori* » de l'habilitation à statuer par voie d'ordonnance motivée sur des recours manifestement voués à l'échec que le juge rejette, au sein d'un arrêt, une prétention comme étant manifestement irrecevable⁽³⁰¹⁾. L'utilisation de ce fondement induit la conclusion que le juge ne s'estime pas tenu d'entendre les parties. En témoigne à la fois l'absence de toute indication sur l'existence d'un débat sur ladite irrecevabilité⁽³⁰²⁾ et, par contraste, la référence, dans d'autres affaires, à l'habilitation de statuer sur les fins de non-recevoir d'ordre public,

300. CJUE, 24 juin 2015, *Allemagne c/ Commission*, aff. jtes C-549/12 P et C-54/13 P, *Rec. num.*, pts 94-96 ; CJUE, 24 juin 2015, *Espagne c/ Commission*, aff. C-263/13 P, *Rec. num.*, pts 58-60. Voy. *supra*, ce Chapitre, Section 1, Sous-section 2, § 2, B, 1. La renonciation au débat en raison d'affaires connexes (pp. 727 et s.).

301. Voy. à propos de chefs de conclusions manifestement irrecevables ou portés devant une juridiction manifestement incompétente : TPI, 29 septembre 2009, *Thomson Sales Europe c/ Commission*, aff. jtes T-225/07 et T-364/07, non publié, pt 217 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-246/09, non publié, pts 104-105 ; Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-366/09, non publié, pts 84-87 ; Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. c/ Conseil*, aff. T-187/11, *Rec. num.*, pt 26-28 et 32-51. L'irrecevabilité manifeste est parfois constatée par référence à un de ces arrêts, sans référence au règlement de procédure : Trib. UE, 4 mai 2017, *Meta Group c/ Commission*, aff. T-744/14, non publié, pt 287.

302. Rien ne permet toutefois d'affirmer avec certitude qu'aucun débat n'a eu lieu, les questions posées aux parties n'étant pas reproduites dans les arrêts (Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-246/09, non publié, pts 90-105) et le juge cherchant parfois à obtenir, à tout le moins, certaines clarifications de la partie au détriment de laquelle le moyen est relevé d'office (Trib. UE, 13 juin 2012, *Insula c/ Commission*, aff. T-366/09, non publié, pt 86 *in fine*).

les parties entendues⁽³⁰³⁾. Cette lecture de la jurisprudence a récemment été confirmée par le Tribunal⁽³⁰⁴⁾.

En outre, à la lecture des arrêts, l'on peut avoir des doutes sur l'existence d'un débat ayant précédé certains constats, d'office, d'irrecevabilités entachant un chef de conclusions, un moyen, un grief ou un argument⁽³⁰⁵⁾. Des exemples foisonnent à propos d'irrecevabilités qui ressortent catégoriquement d'une jurisprudence ancienne et très constante. Pour autant qu'elle soit ainsi limitée, cette solution doit être saluée pour des considérations d'économie de procédure⁽³⁰⁶⁾, en particulier lorsque le juge statue au terme de la procédure écrite, sans ouvrir la procédure orale, faute de demande en ce sens et de nécessité⁽³⁰⁷⁾.

S'agissant des moyens d'ordre public de fond, en revanche, une plus grande prudence est de mise et une dérogation au contradictoire est à proscrire. Certes, en pratique, il est exceptionnellement arrivé qu'un moyen d'ordre public de fond manifestement fondé fut relevé d'office sans débat avec les parties⁽³⁰⁸⁾. De même, sur un plan théorique et dans l'optique d'unité du régime contentieux des moyens d'ordre public, il serait envisageable de renoncer au débat contradictoire par analogie avec la dérogation possible s'agissant des moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle

303. Voy. en ce sens : Trib. UE, 11 décembre 2012, *Sina Bank c/ Conseil*, aff. T-15/11, *Rec. num.*, pt 41 ; Trib. UE, 28 février 2016, *Jannatian c/ Conseil*, aff. T-328/14, non publié, pts 28-31 ; TFP, 11 avril 2016, *Zink c/ Commission*, aff. F-77/15, non publié, pts 19-21, 31-32 et 49 ; TFP, 19 juillet 2016, *Opreana c/ Commission*, aff. F-67/15, non publié, pts 19-21.

304. Trib. UE, 23 novembre 2016, *Alsteens c/ Commission*, aff. T-328/15 P, non publié, pts 34-36.

305. Voy. p. ex. : Trib. UE, 14 décembre 2011, *De Luca c/ Commission*, aff. T-563/10 P, non publié, pts 29-36 ; Trib. UE, 6 septembre 2013, *Good Luck Shipping c/ Conseil*, aff. T-57/12, non publié, pts 54-58 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Laufen Austria c/ Commission*, aff. T-411/10, *Rec. num.* (extraits), pts 52-58 ; Trib. UE, 30 avril 2015, *Al-Chihabi c/ Conseil*, aff. T-593/11, *Rec. num.*, pts 90 et 93-96 ; Trib. UE, 12 mai 2016, *Italie c/ Commission*, aff. T-384/14, *Rec. num.* (extraits), pts 37-39. Il n'est pas exclu que des questions aient été posées à l'audience.

306. Rien n'empêche toutefois le juge d'entendre les parties y compris dans de telles circonstances, voy. pour des exemples de questions orales relatives à des griefs ou moyens non étayés : Trib. UE, 2 décembre 2014, *Italie c/ Commission*, aff. T-661/11, *Rec. num.*, pt 52 ; Trib. UE, 28 octobre 2015, *Al-Faqih e.a. c/ Commission*, aff. T-134/11, non publié, pts 85 et 87.

307. Voy. pour des exemples, en particulier dans le contentieux de la propriété intellectuelle : TPI, ord., 17 novembre 2003, *Strongline c/ OHMI*, aff. T-235/02, *Rec.*, p. II-4903, pt 24 ; Trib. UE, 17 février 2017, *Batmore Capital c/ EUIPO*, aff. T-596/15, non publié, pt 24 *in fine*.

308. Dans une affaire, le Tribunal a relevé d'office l'incompétence manifeste de la chambre de recours, auteur de la décision attaquée, pour statuer sur la validité de l'enregistrement de la marque contestée pour des produits non contestés par les parties. Eu égard aux visas de l'arrêt, il apparaît que le Tribunal n'a ni pris de mesure d'organisation de la procédure ni, en l'absence de demande en ce sens, organisé d'audience, de sorte qu'il est permis de penser qu'il n'a pas entendu les parties sur le moyen d'incompétence : Trib. UE, 29 février 2012, *Certmedica International c/ OHMI*, aff. jtes T-77/10 et T-78/10, non publié, visas ainsi que pts 87-92 et 95.

manifestement fondés. Cependant, une telle lecture serait inconciliable avec le devoir du juge d'entendre les parties lorsqu'il accueille, par voie d'ordonnance motivée, un recours manifestement fondé. De surcroît, même des moyens, qui auraient pu paraître objectifs et soustraits à une appréciation pouvant faire débat, y sont en définitive soumis. En particulier, une violation de l'obligation de motivation exprime une défaillance du rapport entre le juge et l'acte litigieux, le premier étant dans l'incapacité de contrôler le second faute de motifs suffisants. Néanmoins, au vu de la jurisprudence, le constat d'une telle violation ne peut découler que d'une appréciation de toutes les circonstances de l'espèce après débat contradictoire⁽³⁰⁹⁾. Sous réserve d'éventuelles évolutions jurisprudentielles, il n'est dès lors pas permis, à l'heure actuelle, de constater l'existence d'une notion de moyen d'ordre public de fond ne se prêtant pas à discussion. La distinction, déjà esquissée, entre ces moyens, en principe soumis au débat contradictoire, et ceux de la procédure juridictionnelle, plus aisément soustraits audit débat, s'en voit renforcée.

En définitive, compte tenu de la souplesse avec laquelle le débat contradictoire peut être organisé, la soustraction à celui-ci risque souvent de paraître contraire à l'économie du procès. En rendant une décision sur le fondement d'un moyen d'ordre public relevé d'office hors toute discussion avec les parties, le juge de première instance incite la partie ayant succombé à former un pourvoi afin de pouvoir se faire entendre. En revanche, le juge de première instance qui accorde à cette partie dès la première instance une occasion pour se faire entendre se donne les moyens de la convaincre en répondant, dans sa décision, aux arguments contraires de cette partie. Toute dérogation au débat sur les moyens d'ordre public devrait, partant, rester exceptionnelle. Ce débat est encore susceptible d'être limité du fait d'exceptions ponctuelles au caractère contradictoire des procédures contentieuses, qui sont liées à des circonstances procédurales particulières. L'incidence de ces exceptions sur ledit débat est, en pratique, faible.

§ 2. – Les dérogations justifiées par des circonstances procédurales particulières : l'incidence limitée sur les moyens d'ordre public

Sans préjudice du caractère globalement contradictoire des procédures contentieuses, les règlements de procédure prévoient l'exclusion partielle et limitée de certains de leurs aspects du champ de la contradiction. Les circonstances d'une telle limitation sont étrangères au régime des moyens

309. Voy. s'agissant d'une motivation insuffisante : CJCE, 2 décembre 2009, *Commission c/ Irlande e.a.*, aff. C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, pt 61.

d'ordre public. Le débat sur les moyens relevés d'office n'en est altéré qu'à la marge. Il en va ainsi tant des dérogations limitées liées à la position procédurale particulière des parties intervenantes (A) que des dérogations temporaires liées aux procédures particulières (B).

A. Les dérogations limitées liées à la position procédurale particulière des parties intervenantes

Devant les juridictions de l'Union européenne et à l'exception des litiges en matière de propriété intellectuelle⁽³¹⁰⁾, un intervenant ne jouit pas des mêmes droits procéduraux que les parties principales⁽³¹¹⁾. En particulier, il peut se voir opposer le caractère confidentiel de certaines données du litige⁽³¹²⁾. Si le traitement confidentiel à l'égard d'un intervenant (1) n'induit guère son exclusion de la discussion juridique, sa participation au débat contradictoire sur les moyens d'ordre public n'est pas pour autant assurée. Elle est, en pratique, limitée (2).

1) Le traitement confidentiel à l'égard d'un intervenant

En cas d'admission à intervenir à un litige, le tiers intervenant reçoit, en principe, communication de tous les actes de procédure signifiés aux parties principales. Celles-ci peuvent cependant demander, de manière précise et motivée, le traitement confidentiel de certaines données ou de certains éléments figurant dans ces actes⁽³¹³⁾. Le juge statue par voie

310. Dans la mesure où, dans ce contentieux spécifique, l'autre partie à la procédure devant l'EUIPO, intervenante au litige devant le Tribunal, est investie des mêmes droits procéduraux que les parties principales, il va de soi qu'elle doit bénéficier du même régime quant au principe du contradictoire. En d'autres termes, elle doit être entendue à l'instar des autres parties sur un moyen relevé d'office. Voy. pour une illustration récente : concl. Bot sous CJUE, 21 juillet 2017, *Easy Sanitary Solutions et EUIPO c/ Group Nivelles*, aff. jtes C-361/15 P et C-405/15 P, *Rec. num.*, pt 62.

311. Art. 129 RP/C (2012) ; art. 142 RP/T (2015).

312. À l'heure actuelle, les problématiques liées à la confidentialité des données du litige vis-à-vis des parties intervenantes concernent au premier chef les procédures portées devant le Tribunal. C'est dès lors sur la jurisprudence de ce dernier que les considérations qui suivent seront appuyées.

313. Art. 131, § 2, RP/C (2012) ; art. 144, § 2, RP/T (2015). Voy. également les §§ 216 à 223 des Dispositions pratiques d'exécution (DPE) du règlement de procédure du Tribunal (*JO*, 2015, L 152, p. 1), telles que modifiées le 13 juillet 2016 (*JO*, 2016, L 217, p. 78). *Adde* : G. BONTINCK et T. SNELS, « Business Secrets and Confidential Information in Proceedings pursuant to Articles 101 and 102 TFEU », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, n° 3, pp. 547-578, spéc. pp. 568-571. Les éléments dont le traitement confidentiel est demandé doivent être clairement identifiés et la partie demanderesse doit exposer les raisons justifiant le traitement confidentiel : § 221 DPE. Voy. également : TPI, ord. prés. 4^e ch., 22 février 2005, *Hynix Semiconductor c/ Conseil*, aff. T-383/03, *Rec.*, p. II-621 (extraits), pt 31 ; TPI, ord. prés. 4^e ch. élargie, 2 mai 2007, *Kronoply et Kronotex c/ Commission*, aff. T-388/02,

d'ordonnance⁽³¹⁴⁾. Selon une pratique inspirée de considérations d'économie de procédure⁽³¹⁵⁾, mais discutable au regard du caractère dérogatoire du traitement confidentiel⁽³¹⁶⁾, il accorde d'emblée ce traitement en l'absence de contestation par la partie intervenante⁽³¹⁷⁾. Dès lors, en revanche, que celle-ci la conteste de manière précise et motivée, la demande est soumise à un examen⁽³¹⁸⁾ approfondi et souvent délicat, qui est effectué en deux étapes.

Le juge évalue d'abord le caractère confidentiel des données en cause, avant, pour chacune des données tenues pour confidentielles, de mettre en balance les intérêts en présence⁽³¹⁹⁾. À cette fin, il tient compte, d'un côté, du souci légitime de protéger les données en cause et, de l'autre, de

non publiée, pt 25 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 2 mars 2010, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. T-336/07, non publiée, pt 27 ; Trib. UE, ord. prés. 3^e ch., 3 mai 2011, *SKW Stahl-Metallurgie Holding et SKW Stahl-Metallurgie Holding*, aff. T-384/09, non publiée, pt 25 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pt 31.

314. Art. 131, §§ 2 et 3, RP/C (2012) ; art. 144, §§ 4 et 5, RP/T (2015).

315. Du fait de leur volume, les demandes de traitement confidentiel peuvent considérablement alourdir le traitement d'une affaire. Voy. dans le même sens : S. PAPASAVVAS, « The Impact of Confidentiality Issues on Proceedings before the CFI », in H. KANNINEN, N. KORJUS et A. ROSAS (dir.), *EU Competition Law in Context. Essays in Honour of Virpi Tiili*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 221-232, spéc. pp. 225-226.

316. Le traitement confidentiel constitue une exception : TPI, ord., 4 avril 1990, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec.*, p. II-163 (extraits), pt 10 ; TPI, ord. prés. 4^e ch., 22 février 2005, *Hynix Semiconductor c/ Conseil*, aff. T-383/03, *Rec.*, p. II-621 (extraits), pt 18 ; TPI, ord. prés. 4^e ch. élargie, 2 mai 2007, *Kronoply et Kronotex c/ Commission*, aff. T-388/02, non publiée, pt 24 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pt 26 ; Trib. UE, ord. prés. 2^e ch., 15 septembre 2016, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-827/14, non publiée, pt 35.

317. Voy. en ce sens : TPI, ord. prés. 4^e ch., 22 février 2005, *Hynix Semiconductor c/ Conseil*, aff. T-383/03, *Rec.*, p. II-621 (extraits), pt 36 ; TPI, ord. prés. 4^e ch. élargie, 2 mai 2007, *Kronoply et Kronotex c/ Commission*, aff. T-388/02, non publiée, pt 27 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pt 32 ; Trib. UE, ord. prés. 2^e ch., 15 septembre 2016, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-827/14, non publiée, pt 37. Cela étant, « nonobstant l'absence de contestation, le Tribunal ne saurait être empêché de rejeter des demandes de traitement confidentiel en ce qu'elles visent des données dont le caractère public apparaît manifestement des éléments du dossier ou dont le caractère confidentiel devient, du fait de la divulgation d'autres éléments du dossier, manifestement obsolète » : ord. prés. 2^e ch., *Deutsche Telekom c/ Commission*, précitée, pt 46.

318. Voy. notamment : TPI, ord. prés. 5^e ch., 15 juin 2006, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-271/03, *Rec.*, p. II-1747, pts 12, 14 et 15 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 2 mars 2010, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. T-336/07, non publiée, pt 31 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pt 33.

319. Voy. notamment : TPI, ord. prés. 4^e ch., 22 février 2005, *Hynix Semiconductor c/ Conseil*, aff. T-383/03, *Rec.*, p. II-621 (extraits), pts 38 et 42 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pts 34 et 37 ; Trib. UE, ord. prés. 2^e ch., 15 septembre 2016, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-827/14, non publiée, pts 39 et 42.

celui de permettre aux intervenants d'exercer leurs droits procéduraux⁽³²⁰⁾. En d'autres termes, le traitement confidentiel ne doit pas empêcher la participation utile des intervenants aux débats entre les parties principales.

Plus précisément, il a été jugé que seuls des faits ou descriptions de faits peuvent être qualifiés de confidentiels par nature, à l'exception des appréciations de ces faits ou des considérations d'ordre purement juridique⁽³²¹⁾. De telles considérations ne peuvent bénéficier d'un traitement confidentiel que dans la mesure où elles seraient fondées sur des éléments factuels confidentiels ou révéleraient de tels éléments⁽³²²⁾. Des passages des mémoires exposant les griefs et arguments des parties principales ne sauraient ainsi être considérés comme étant confidentiels par nature⁽³²³⁾. Dans le prolongement, le régime de la confidentialité ne saurait, selon nous, servir de fondement à une éventuelle exclusion des parties intervenantes d'un débat sur les moyens d'ordre public tardivement invoqués par une partie principale ou soulevés d'office par le juge. Bien au contraire, ce régime basé sur une conciliation subtile et délicate entre des intérêts opposés milite en faveur d'une participation des parties intervenantes à d'éventuels débats sur ces moyens dans la mesure où ces débats sont d'ordre essentiellement sinon purement juridique. En pratique, toutefois, ces parties n'y sont pas systématiquement associées.

2) La participation limitée au débat sur les moyens relevés d'office

L'extension du débat sur les moyens d'ordre public relevés d'office aux parties intervenantes est incertaine. D'un côté, des considérations d'économie de procédure et la limitation des droits procéduraux de ces parties, par comparaison avec les droits dont jouissent les parties principales⁽³²⁴⁾, pourraient justifier leur exclusion du débat contradictoire

320. Voy. notamment : TPI, ord., 4 avril 1990, *Hilti c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec.*, p. II-163 (extraits), pt 11 ; TPI, ord. prés. 4^e ch., 22 février 2005, *Hynix Semiconductor c/ Conseil*, aff. T-383/03, *Rec.*, p. II-621 (extraits), pts 44-45 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pts 38-39 ; Trib. UE, ord. prés. 2^e ch., 15 septembre 2016, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-827/14, non publiée, pt 45.

321. Voy. en particulier : Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *BVGD c/ Commission*, aff. T-104/07, non publiée, pt 74 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pt 83 ; Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 10 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-354/08, non publiée, pt 60. Voy. déjà en ce sens : TPI, ord. prés. 4^e ch. élargie, 26 février 1996, *Union Carbide c/ Commission*, aff. T-322/94, non publiée, pt 47 ; TPI, ord. prés. 5^e ch. élargie, 3 juin 1997, *Gencor c/ Commission*, aff. T-102/96, *Rec.*, p. II-879, pt 32.

322. Voy. en particulier : Trib. UE, ord. prés. 3^e ch., 3 mai 2011, *SKW Stahl-Metallurgie Holding et SKW Stahl-Metallurgie Holding*, aff. T-384/09, non publiée, pt 26.

323. Voy. en particulier : Trib. UE, ord. prés. 8^e ch., 8 mai 2012, *Spira c/ Commission*, aff. T-108/07, non publiée, pt 82.

324. Art. 129 RP/C (2012) ; art. 142 RP/T (2015).

sur les moyens d'ordre public. En ce sens, suite à une « précision » de son règlement de procédure, le Tribunal n'est plus tenu d'entendre les parties intervenantes lors du relevé d'office d'une fin de non-recevoir d'ordre public⁽³²⁵⁾.

De l'autre côté, toutefois, la reconnaissance explicite du droit des parties intervenantes de participer au débat entre les parties principales en déposant un mémoire en intervention⁽³²⁶⁾ et en assistant à l'audience de plaidoiries⁽³²⁷⁾ induirait, *a fortiori*, leur participation au débat sur les moyens d'office. Une telle considération s'impose d'autant plus que les moyens d'ordre public entrent par leur nature même dans le débat juridique et dans la notion de litige, sur lequel les parties intervenantes sont en droit de prendre position. Il a parfois été reconnu à ces parties un droit d'invoquer des moyens d'ordre public autonomes⁽³²⁸⁾. L'on peut trouver des exemples explicites dans lesquels le juge a entendu, en sus des parties principales, les parties intervenantes sur des moyens d'ordre public relevés d'office⁽³²⁹⁾.

Au demeurant, la limitation ponctuelle de leur droit de prendre position sur les fins de non-recevoir d'ordre public relevées d'office par le Tribunal mise à part, il n'existe aucune exclusion générale de ces parties du débat contradictoire sur les moyens d'ordre public. Cette limitation ponctuelle se justifie dans un souci d'économie de procédure et de cohérence, eu égard au pouvoir du Tribunal d'accueillir une exception d'irrecevabilité ou d'incompétence soulevée par acte séparé avant même de statuer sur des demandes d'intervention⁽³³⁰⁾, afin de la trancher « dans les meilleurs

325. Il s'agit d'une simple « précision » selon l'exposé des motifs du projet de règlement de procédure du Tribunal. Désormais, l'article 129 RP/T (2015) prévoit que c'est « les parties principales entendues » que le Tribunal peut décider de statuer par voie d'ordonnance motivée sur les fins de non-recevoir d'ordre public (nous soulignons). Il n'existe pas de précision analogue dans le règlement de procédure de la Cour de justice.

326. Art. 132 RP/C (2012) ; art. 145 RP/T (2015). Dans ce mémoire, les parties intervenantes énoncent leurs conclusions tendant au soutien, total ou partiel, des conclusions d'une des parties principales, leurs moyens, arguments et, s'il y a, offres de preuve. En particulier, ces parties pourront ainsi prendre position sur les moyens avancés par les parties principales.

327. Dont elles ne sauraient, toutefois, demander la tenue (art. 129, § 1, RP/T [2012] ; art. 142, § 1, RP/T [2015]).

328. Voy. *supra*, ce Titre, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1, § 2, B, 1. Une irrecevabilité de principe des moyens d'ordre public invoqués par les intervenants (pp. 634 et s.).

329. Voy. pour des illustrations : CJUE, ord. réouv., 10 février 2015, *Elitaliana c/ Eulex Kosovo*, aff. C-439/13 P, non publiée, disp., pt 3 ; Trib. UE, ord., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, aff. T-18/10, *Rec.*, p. II-5599, pt 23 ; Trib. UE, 21 septembre 2011, *Adjemian e.a. c/ Commission*, aff. T-325/09 P, *Rec.*, p. II-6515, pt 19 ; Trib. UE, 13 décembre 2013, *Hongrie c/ Commission*, aff. T-240/10, *Rec. num.*, pts 72-73 ; Trib. UE, 9 septembre 2015, *SV Capital c/ ABE*, aff. T-660/14, *Rec. num.*, pt 21 ; TFP, 12 mars 2014, *CR c/ Parlement*, aff. F-128/12, *RecFP num.*, pt 23.

330. Art. 144, § 3, RP/T (2015). Cette disposition codifie une pratique jurisprudentielle du Tribunal (voy. p. ex. : Trib. UE, ord., 27 octobre 2015, *Belgique c/ Commission*, aff. T-721/14,

délais »⁽³³¹⁾. Cette habilitation reflète à la fois le caractère liminaire des questions de compétence et de recevabilité ainsi que le caractère strictement accessoire de l'intervention par rapport au litige principal⁽³³²⁾. Or, ces considérations sont étrangères à l'appréciation d'office des moyens d'ordre public de fond, de sorte qu'une généralisation de cette limitation ponctuelle paraît exclue.

Encore une fois, une distinction pourrait, dès lors, s'imposer entre les moyens d'ordre public relatifs à la procédure juridictionnelle, du débat sur lesquels le Tribunal peut exclure les parties intervenantes, et les moyens d'ordre public de fond, sur lesquels celles-ci doivent pouvoir s'exprimer. Le débat contradictoire pourrait alors plus aisément être limité sur les questions liminaires que sur les questions de fond. Cette considération pourrait s'expliquer par le fait que les règlements de procédure ne comportent aucune règle relative aux moyens d'ordre public de fond.

Cependant, ni une éventuelle exclusion des parties intervenantes du débat sur les moyens d'ordre public relevés d'office ni une participation variable à ce débat en fonction de la nature procédurale ou de fond du moyen ne nous paraissent justifiées. Dès lors que ces parties peuvent en principe participer au débat sur ces moyens lorsqu'ils sont avancés, régulièrement ou non, par une partie principale⁽³³³⁾, elles doivent également être associées au débat sur de tels moyens lorsqu'ils sont relevés d'office par le juge. Une distinction de leur participation au débat en fonction des modalités en vertu desquels ces moyens sont introduits dans le litige est source de complexité injustifiée. Partant, la limitation du contradictoire vis-à-vis des parties intervenantes ne devrait pas affecter le débat sur les moyens d'ordre public. En revanche, des dérogations temporaires au caractère contradictoire des procédures contentieuses sont, potentiellement, de nature à limiter ledit débat.

B. Les dérogations temporaires liées aux procédures particulières

En raison des spécificités inhérentes à certaines procédures, le juge peut être appelé à statuer, un temps limité, hors débat contradictoire.

Rec. num., pt 86), fondée sur la jurisprudence de la Cour (CJCE, ord., 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a. c/ Commission*, aff. C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, pt 37 ; CJCE, ord., 17 mai 2002, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-406/01, *Rec.*, p. I-4561, pt 24).

331. Art. 130, § 7, RP/T (2015). Le lien entre les deux dispositions ressort de l'exposé des motifs du projet de règlement de procédure.

332. L'intervention perd son objet lorsque la requête est déclarée irrecevable : art. 129, § 2, RP/C (2012) ; art. 142, § 2, RP/T (2015).

333. Hors cas d'irrecevabilité manifeste du recours porté devant le Tribunal.

Ainsi, lorsque la partie défenderesse omet de déposer son mémoire en défense dans le délai imparti, le juge statue par défaut en l'absence de cette partie⁽³³⁴⁾, laquelle pourra encore se faire entendre à l'occasion d'une procédure d'opposition. De même, en cas d'extrême urgence, le juge des référés peut prononcer des mesures provisoires sans entendre l'autre partie, sans préjudice de son pouvoir de modifier ou de rapporter ces mesures ultérieurement, après avoir entendu ladite partie. Tout relevé d'office éventuel serait ainsi opéré sans entendre dans un premier temps au moins l'une des parties, que ce soit dans une procédure par défaut (1) ou à l'occasion d'un tel référé provisoire (2).

1) Les dérogations liées à l'absence d'une partie au débat : les arrêts rendus par défaut

La procédure par défaut est celle à laquelle la partie défenderesse ne participe pas. Cette procédure est enclenchée lorsque cette partie manque de répondre à la requête dans les formes requises et dans le délai imparti⁽³³⁵⁾. Dans ce cas, la partie requérante peut demander au juge de lui adjuger ses conclusions. Statuant par défaut, celui-ci peut organiser une audience de plaidoiries et adopter des mesures d'organisation de la procédure voire ordonner des mesures d'instruction. Il n'en demeure pas moins que seule la partie requérante peut ainsi être entendue⁽³³⁶⁾.

Appelé à adjuger les conclusions à cette partie, le juge y fera souvent droit, après avoir examiné sa propre compétence et la recevabilité de la requête. En leurs versions actuellement en vigueur, les règlements de procédure de la Cour de justice et du Tribunal divergent à cet égard. La Cour « [examine,] avant de rendre l'arrêt par défaut, [...] la recevabilité de la requête et vérifie si les formalités ont été régulièrement accomplies et si les conclusions du requérant paraissent fondées »⁽³³⁷⁾. Pour sa part, le Tribunal « adjuge au requérant ses conclusions, à moins qu'il ne soit manifestement incompétent pour connaître du recours ou que ce

334. Cette procédure, prévue à l'article 41 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, est régie par les règlements de procédure : art. 152 RP/C (2012) ; art. 123 RP/T (2015).

335. Notons que cette règle connaît une exception dans le contentieux de la propriété intellectuelle porté devant le Tribunal. Il est en effet prévu que, lorsque l'autre partie à la procédure devant l'EUIPO dépose un mémoire dans les formes et délais prescrits, la procédure par défaut n'est pas enclenchée quand bien même l'EUIPO n'aurait pas déposé de mémoire dans ces formes et délais : art. 173, § 6, RP/T (2015). Cette exception s'explique au regard de la nature particulière de ce contentieux dans les procédures *inter partes* qui, si elles opposent formellement une partie privée à l'EUIPO, n'en constituent pas moins le reflet d'un litige entre deux parties privées.

336. Voy. explicitement pour la Cour de justice : art. 152, §§ 2 et 3, RP/C (2012).

337. Art. 152, § 3, RP/C (2012).

recours soit manifestement irrecevable ou manifestement dépourvu de tout fondement en droit »⁽³³⁸⁾. En d'autres termes, si les deux juridictions sont habilitées à examiner d'office d'éventuels moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, l'habilitation du Tribunal paraît, pour des raisons de célérité de la justice, limitée aux cas manifestes. En outre, en théorie, rien ne semble exclure de prime abord le pouvoir du juge de relever d'office des moyens d'ordre public de fond qui lui permettraient d'adjudger les conclusions à la partie requérante.

Ces relevés d'office seraient alors partiellement et temporairement soustraits au débat contradictoire. D'une part, du point de vue de la partie requérante, la limitation potentielle du pouvoir d'office du Tribunal aux incompétences et irrecevabilités manifestes pourrait induire un rapprochement de son régime de celui des ordonnances de rejet manifeste. Le juge statuant par défaut pourrait d'office rejeter le recours comme étant porté devant une juridiction manifestement incompétente ou comme étant manifestement irrecevable, sans entendre la partie requérante. D'autre part, il va de soi que, en raison de son propre comportement, la partie défenderesse ne pourra être entendue, dans le cadre de la procédure par défaut, sur un éventuel relevé d'office. Un tel constat n'est guère gênant lorsque le relevé d'office s'opère à son avantage, le juge rejetant, d'office, la demande comme irrecevable ou portée devant une juridiction incompétente. En revanche, lorsque le relevé d'office s'opère à l'inconvénient de cette partie, celle-ci pourra encore se faire entendre à l'occasion d'une procédure d'opposition qu'il lui appartient d'introduire⁽³³⁹⁾. L'entorse au contradictoire, d'ailleurs imputable à cette partie elle-même, sera temporaire. L'hypothèse est, par ailleurs, assez peu probable en pratique. Une conclusion analogue s'impose à propos de la possibilité du juge des référés de statuer, exceptionnellement, sans entendre la partie défenderesse devant lui.

2) Les dérogations liées à l'urgence : le référé provisoire

À l'instar de la procédure principale dans laquelle elle s'insère, la procédure en référé est en principe contradictoire. La partie défenderesse est mise en mesure de présenter, dans un bref délai, ses observations sur la demande. Le juge des référés jouit par ailleurs d'une grande liberté pour organiser un débat voire instruire l'affaire en référé⁽³⁴⁰⁾. Pour « des cas

338. Art. 123, § 3, RP/T (2015).

339. Art. 41 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ; art. 156 RP/C (2012) ; art. 166 RP/T (2015).

340. Voy. à cet égard : É. DAVID, « Référé », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2013, §§ 37 et 41 ; F. PICOD, « Référé devant la Cour de justice de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 390, 2014, § 87.

exceptionnels liés à l'extrême urgence ou à des conditions particulières »⁽³⁴¹⁾, il lui est toutefois conféré le pouvoir, parfois qualifié d'« exorbitant »⁽³⁴²⁾, de « faire droit à la demande *avant même que l'autre partie ait présenté ses observations* », sans préjudice de ce que cette mesure soit ultérieurement modifiée ou rapportée, même d'office⁽³⁴³⁾ et à la suite d'un débat. L'entorse au contradictoire au détriment de la partie défenderesse est temporaire.

De surcroît, il est improbable que l'adoption de telles mesures avant que l'autre partie n'ait présenté ses observations puisse être fondée sur un moyen d'ordre public de fond relevé d'office par le juge. Certes, le juge des référés jouit du pouvoir de soulever d'office des moyens d'ordre public. Les exemples jurisprudentiels ont cependant trait, pour l'heure, au relevé d'office de moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle, qu'il s'agisse, exceptionnellement, de l'irrecevabilité manifeste du recours principal ou, plus fréquemment, de la méconnaissance des conditions propres à la demande en référé⁽³⁴⁴⁾. En revanche, si rien ne s'oppose à ce que le juge des référés relève d'office, au stade de l'appréciation du *fumus boni juris*, un moyen d'ordre public de fond qui apparaîtrait *prima facie* fondé, aucun exemple ne peut, à notre connaissance, en être trouvé. De surcroît, de tels relevés d'office risquent d'alourdir la délicate tâche du juge des référés et de porter atteinte à la célérité de cette procédure⁽³⁴⁵⁾. En outre, il est constant que le juge des référés examine le *fumus boni juris* en principe au regard des moyens avancés par la partie intéressée en vérifiant si, *prima facie*, ils ne sont pas dépourvus de bien-fondé⁽³⁴⁶⁾, se contente d'« appréciations limitées au cadre de la demande de mesure provisoire et [veille] à ne pas préjuger le fond dans le cadre de cet examen »⁽³⁴⁷⁾. Or, en relevant d'office un moyen d'ordre public de fond, ne préjugerait-il pas davantage de l'examen au fond du recours principal ?

Les exclusions temporaires du débat contradictoire liées à certaines circonstances procédurales spécifiques sont ainsi de faible portée quant au débat contradictoire sur les moyens d'ordre public examinés d'office. Ce débat ne connaît, en définitive, que peu d'exceptions, qui tiennent pour

341. F. PICOD, « Référé... », *op. cit.*, § 93.

342. *Ibid.*

343. Art. 160, § 7, RP/C (2012) ; art 157, § 2, RP/T (2015) (nous soulignons).

344. Voy. *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 2, A. La limitation de la compétence du juge des référés (pp. 96 et s.).

345. Le caractère « délicat » de la tâche du juge des référés d'examiner *prima facie* le recours a pu être souligné, compte tenu en particulier de la brève période d'examen, du caractère souvent complexe des dossiers et de la limite de ne pas préjuger de l'affaire au principal : G. BORCHARDT, « The award of interim measures by the European Court of Justice », *CML Rev.*, 1985, pp. 203-236, spéc. p. 209.

346. Voy. en ce sens : F. PICOD, « Référé... », *op. cit.*, § 36 et la jurisprudence citée.

347. *Id.*, § 38.

l'essentiel au caractère manifestement fondé d'un moyen d'ordre public de la procédure juridictionnelle. Ce constat confirme la nature intrinsèquement contradictoire des procédures contentieuses devant les juridictions de l'Union européenne. En particulier en cas de relevé d'office par le juge, le débat contradictoire est destiné à rééquilibrer les rapports entre les parties au litige. À l'inverse, un renforcement des pouvoirs d'office du juge pourrait être indispensable, à l'avenir, pour remédier à certaines limitations du caractère contradictoire des procédures.

SOUS-SECTION 2. – LE RELEVÉ D'OFFICE PALLIATIF AU SECRET :
UNE GARANTIE PROCÉDURALE LORS DE L'EXAMEN DE DOCUMENTS
SOUS-TRAITS AU DÉBAT ?

La soumission des moyens d'ordre public au débat contradictoire est le reflet d'une mise en balance de l'impérativité de l'ordre public, d'un côté, et des droits des parties au litige, de l'autre. Elle tend à rééquilibrer la relation entre ces dernières, momentanément bouleversée par l'intervention d'office du juge au soutien de l'une d'elles. À l'inverse, il est permis de se demander si le relevé d'office peut contrevenir à certains effets négatifs des dérogations les plus graves au principe du contradictoire. Conformément à ce dernier, chaque document produit par une partie en cours de procédure doit, en principe, être transmis à l'autre partie afin que celle-ci puisse en prendre connaissance et en débattre. Ce principe connaît, néanmoins, des exceptions d'envergure, en vertu desquelles le juge peut être amené à statuer sur la base de documents secrets non transmis à la partie intéressée. Il le fait, pour les besoins du contentieux de l'accès aux documents, lorsqu'il examine, *in camera*, le document auquel l'accès a été refusé par la décision attaquée. Il le fera, à l'avenir, pour les besoins de la sûreté de l'Union européenne ou de ses États membres ou la conduite de leurs relations internationales, lors de l'examen de documents extrêmement sensibles qui ont servi d'éléments de preuve à l'adoption de l'acte soumis à son contrôle. Empêchée de prendre connaissance du document en cause et de le discuter, l'une des parties est nécessairement désavantagée par rapport à l'autre.

Or, l'on sait que les juridictions de l'Union européenne ont très exceptionnellement attribué au relevé d'office, voire au moyen d'ordre public, une coloration subjective en l'utilisant aux fins de rééquilibrer les rapports déséquilibrés entre deux parties. La Cour de justice tint compte de telles considérations dans la définition rigoureuse des devoirs d'examen d'office incombant au juge de la consommation, dans un but de protéger le consommateur, partie faible, vis-à-vis du professionnel. Le Tribunal de la fonction publique le fit exceptionnellement dans l'intérêt du fonctionnaire face à son

employeur. Dans le prolongement de ces régimes exceptionnels et spécifiques, il serait envisageable de renforcer les pouvoirs d'office du juge de l'Union européenne, voire d'étendre la notion de moyen d'ordre public, afin d'accroître la protection juridictionnelle de la partie désavantagée par le régime de la confidentialité et de rétablir l'équilibre entre les parties. À l'heure actuelle, toutefois, les juridictions de l'Union ne semblent pas s'engager dans une telle voie. Ce constat s'impose d'emblée au regard de l'activisme limité du juge lors de l'examen non contradictoire de documents auxquels l'accès a été refusé (§ 1). Il est largement transposable à l'examen des documents et éléments secrets, mettant en cause la sûreté de l'Union ou de ses États membres ou la conduite de leurs relations internationales (§ 2).

§ 1. – Un activisme limité du juge lors de l'examen non contradictoire de documents auxquels l'accès a été refusé

Le régime de l'accès aux documents des institutions de l'Union européenne est régi par le règlement (CE) n° 1049/2001⁽³⁴⁸⁾. En substance, en vertu de son article 4, l'accès à des documents peut être refusé lorsque leur divulgation porterait atteinte à l'un des intérêts protégés. Les décisions de refus, total ou partiel, d'accès prises à la suite de demandes adressées aux institutions sont susceptibles de recours en annulation. L'appréciation de leur légalité pouvant nécessiter l'examen des documents auxquels l'accès a été refusé, le règlement de procédure du Tribunal établit un régime spécifique en vertu duquel celui-ci peut examiner ces documents sans les communiquer à la partie qui y a demandé accès⁽³⁴⁹⁾. L'exception s'explique ainsi au regard de l'objet particulier de ce contentieux.

La partie requérante est donc de prime abord « désavantagée » par rapport à la partie défenderesse détentrice du document en cause et auteur de la décision litigieuse de refus. Il appartient en effet à la première d'alléguer et de démontrer l'illégalité de cette décision, en contestant l'applicabilité de l'exception retenue par l'institution et/ou l'application concrète de cette exception eu égard aux motifs de la décision litigieuse. Or, cette partie ne pouvant consulter le document en cause, sa tâche est ardue. Afin de rétablir l'équilibre entre les parties, le rôle du juge est

348. Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (*JO*, 2001, L 145, p. 43). *Adde* : Décision 2004/258/CE de la BCE, du 4 mars 2004, relative à l'accès du public aux documents de la BCE (*JO*, 2004, L 80, p. 42).

349. Art. 104 RP/T (2015) : « Lorsque, à la suite d'une mesure d'instruction, visée à l'article 91, sous c), un document dont l'accès a été refusé par une institution a été produit devant le Tribunal dans le cadre d'un recours portant sur la légalité de ce refus, ce document n'est pas communiqué aux autres parties ».

d'autant plus important. Indépendant et impartial, il doit procéder à une appréciation objective et poussée dudit document. Ce n'est pas pour autant qu'il s'accorde des pouvoirs d'office renforcés ou consacre des moyens d'ordre public spécifiques. Le contentieux de l'accès aux documents reste, en effet, soumis aux règles procédurales de droit commun, sous réserve du pouvoir du juge d'obtenir le document faisant l'objet de la demande d'accès et de l'examiner *sans* le communiquer à la partie requérante.

En particulier, le juge ne procède pas systématiquement à l'examen des documents en cause. Il évalue la nécessité de leur examen en fonction des moyens soulevés par la partie requérante. Ainsi, le Tribunal n'est tenu d'ordonner la production desdits documents et de les examiner que s'il est contesté devant lui que les informations concernées par le refus d'accès entrent dans le champ d'application des exceptions prévues à l'article 4 du règlement (CE) n° 1049/2001. En revanche, lorsque l'applicabilité desdites exceptions n'est pas remise en cause et que la partie requérante se contente de contester le bien-fondé des motifs du refus d'accès, le Tribunal jouit d'une marge d'appréciation quant à l'évaluation du besoin de consulter les documents⁽³⁵⁰⁾.

L'économie générale de ce contentieux tend, par ailleurs, à confirmer l'absence de pouvoir d'office renforcé. Tandis que le juge n'a de cesse d'étendre le champ de la réglementation relative à l'accès aux documents⁽³⁵¹⁾ et de rappeler l'obligation pour les institutions de l'Union européenne de procéder à un examen concret et individuel de chaque document demandé⁽³⁵²⁾, il œuvre corrélativement à alléger la tâche de ces dernières en multipliant les présomptions générales de refus d'accès pour toute une

350. CJUE, 21 juin 2012, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds c/ Commission*, aff. C-135/11 P, *Rec. num.*, pts 73-75 ; CJUE, 28 novembre 2013, *Jurašinović c/ Conseil*, aff. C-576/12 P, *Rec. num.*, pts 27-30 ; CJUE, 2 octobre 2014, *Strack c/ Commission*, aff. C-127/13 P, *Rec. num.*, pts 73-74.

351. À tel point que cette réglementation couvre les écritures produites en cours d'une instance juridictionnelle : CJUE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pts 77-94 ; CJUE, 18 juillet 2017, *Commission c/ Breyer*, aff. C-213/15 P, *Rec. num.*, pts 35-56 ; Trib. UE, 27 février 2015, *Breyer c/ Commission*, aff. T-188/12, *Rec. num.*, pts 48, 62 et 83.

352. Voy. entre autres : CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Suède et Turco c/ Conseil*, aff. jtes C-39/05 P et C-52/05 P, *Rec.*, p. I-4723, pt 49 ; CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau*, aff. C-139/07 P, *Rec.*, p. I-5885, pt 53 ; CJUE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 72 ; CJUE, 28 juin 2012, *Commission c/ Éditions Odile Jacob*, aff. C-404/10 P, *Rec. num.*, pt 116 ; CJUE, 28 juin 2012, *Commission c/ Agrofert Holding*, aff. C-477/10 P, *Rec. num.*, pt 57 ; CJUE, 17 octobre 2013, *Conseil c/ Access Info Europe*, aff. C-280/11 P, *Rec. num.* pt 72 ; CJUE, 14 novembre 2013, *LPN et Finlande c/ Commission*, aff. jtes C-514/11 P et C-605/11 P, *Rec. num.*, pt 44 ; CJUE, 27 février 2014, *Commission c/ EnBW*, aff. C-365/12 P, *Rec. num.*, pt 64.

série de documents⁽³⁵³⁾. Il appartient à la partie intéressée de renverser la présomption ou d'avancer des éléments de nature à établir l'existence d'un intérêt public supérieur justifiant la divulgation des documents⁽³⁵⁴⁾. Le juge rejette des recours en validant une présomption sans examiner ces documents⁽³⁵⁵⁾, le cas échéant même par voie d'ordonnance motivée lorsque le recours est manifestement dépourvu de tout fondement en droit⁽³⁵⁶⁾.

Dans l'ensemble, le juge paraît ainsi peu enclin à « aider » le requérant dans sa tâche et à rétablir l'équilibre des parties. Il faut en conclure que le contentieux de l'accès aux documents ne donne lieu ni à un renforcement des pouvoirs d'office du juge, ni à des moyens d'ordre public spécifiques protecteurs des droits individuels de la partie désavantagée. Tout au plus le juge peut-il être amené, dans le cadre délimité par les moyens soulevés par cette partie, à effectuer une appréciation des documents déliée des seuls arguments soulevés à l'appui desdits moyens. Or, il est constant que le juge de la légalité n'est pas tenu par les seuls arguments avancés par les parties, pour autant qu'il reste dans le champ des moyens allégués devant lui. Une conclusion analogue s'impose à propos de l'examen par le juge de l'Union européenne de preuves secrètes, bien que des évolutions ne soient pas exclues.

353. Voy. à cet égard : CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/ Technische Glaswerke Ilmenau*, aff. C-139/07 P, *Rec.*, p. I-5885, pt 61 ; CJUE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 94 ; CJUE, 28 juin 2012, *Commission c/ Éditions Odile Jacob*, aff. C-404/10 P, *Rec. num.*, pt 123 ; CJUE, 14 novembre 2013, *LPN et Finlande c/ Commission*, aff. jtes C-514/11 P et C-605/11 P, *Rec. num.*, pt 65 ; CJUE, 27 février 2014, *Commission c/ EnBW*, aff. C-365/12 P, *Rec. num.*, pt 93 ; CJUE, 11 mai 2017, *Suède c/ Commission*, aff. C-562/14 P, *Rec. num.*, pts 45-51 ; Trib. UE, 29 janvier 2013, *Cosepuri c/ EFSA*, aff. jtes T-339/10 et T-532/10, *Rec. num.*, pt 101 ; Trib. UE, 12 mai 2015, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c/ Commission*, aff. T-623/13, *Rec. num.*, pt 64 ; Trib. UE, 13 novembre 2015, *ClientEarth c/ Commission*, aff. jtes T-424/14 et T-425/14, *Rec. num.*, pt 97 ; Trib. UE, 26 avril 2016, *Strack c/ Commission*, aff. T-221/08, *Rec. num.* (extraits), pts 160 et 162-163. Voy. à propos de l'origine de ces présomptions dans les domaines du droit économique : K. LENAERTS, « The Interplay between Regulation No. 1049/2001 on Access to Documents and the Specific EU Regulations in the Field of Competition Law », in D. ARTS, W. DEVROE, R. FOQUÉ et al. (dir.), *Mundi et Europae civis : liber amicorum Jacques Steenbergen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 483-492.

354. Voy. en ce sens : CJUE, 28 juin 2012, *Commission c/ Éditions Odile Jacob*, aff. C-404/10 P, *Rec. num.*, pt 126 ; Trib. UE, 26 mai 2016, *International Management Group c/ Commission*, aff. T-110/15, *Rec. num.*, pt 38 ; Trib. UE, 21 septembre 2016, *Secolux c/ Commission*, aff. T-363/14, *Rec. num.*, pt 50.

355. Voy. en particulier : Trib. UE, 12 mai 2015, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c/ Commission*, aff. T-623/13, *Rec. num.*, pts 105-108.

356. Voy. pour une illustration récente : Trib. UE, ord., 25 mai 2016, *Syndial c/ Commission*, aff. T-581/15, non publiée, confirmée par : CJUE, ord., 9 février 2017, *Syndial c/ Commission*, aff. C-410/16 P, non publiée.

§ 2. – Un activisme également limité du juge lors de l'examen non contradictoire de documents et d'éléments de preuve secrets

De manière exceptionnelle, le juge de l'Union européenne peut statuer sur la base de documents dont seule une des parties principales au litige a connaissance et qu'elle a, le cas échéant, retenus à l'encontre de l'autre partie. Ce juge a progressivement développé un régime dérogatoire général, lui permettant de limiter l'étendue d'un débat contradictoire sur des documents confidentiels pertinents (A). Ce régime est aujourd'hui complété d'un régime spécifique permettant au juge, dans des hypothèses extrêmes, de statuer sur la base de documents entièrement inconnus et nullement discutés par une partie au litige en supprimant le débat sur ces documents (B).

A. *La limitation de l'étendue du débat sur des documents confidentiels pertinents*

Jusqu'à une époque très récente, les règlements de procédure ne permettaient pas aux juridictions de l'Union européenne de soustraire des documents produits par une partie principale et versés au dossier de l'affaire au débat contradictoire par l'autre partie principale. Bien au contraire, tout document produit par une partie devait être transmis à l'autre partie. Tout au plus le juge pouvait-il, dans un premier temps, examiner la nature confidentielle alléguée d'un document produit par une partie sans le communiquer à l'autre partie⁽³⁵⁷⁾. Il ne lui était pas pour autant permis de retenir ce document, dans l'hypothèse où il en aurait confirmé le caractère confidentiel, aux fins de statuer sur le bien-fondé du litige, sans le soumettre au débat contradictoire⁽³⁵⁸⁾.

C'est dans ce contexte réglementaire que, progressivement, les juridictions de l'Union européenne ont dégagé un régime de traitement des preuves sensibles et confidentielles à travers une modulation des exigences du principe du contradictoire⁽³⁵⁹⁾. Ce régime se trouve aujourd'hui

357. Voy. art. 67, § 3, al. 2, RP/T (1991).

358. Conformément au caractère contradictoire de la procédure, tout document transmis au Tribunal par une partie au litige était nécessairement transmis à l'autre partie, en dehors des circonstances exceptionnelles visées à l'article 67 RP/T (1991). Or, ces dernières ne semblaient pas permettre au Tribunal de trancher le litige au fond en prenant en considération un document soustrait à la contradiction : concl. SHARPSTON sous CJUE, 21 décembre 2011, *France c/ People's Mojahedin Organization of Iran*, aff. C-27/09 P, *Rec.*, p. I-13427, pt 183.

359. Voy. la synthèse opérée par K. JÜRIMÄE et P. HECKER, « Preuves et secret : une nouvelle ère... », in A. TIZZANO (dir.), *op. cit.*, pp. 319-335.

codifié à l'article 103 du règlement de procédure du Tribunal⁽³⁶⁰⁾. Sans aller jusqu'à l'exclusion complète de la contradiction, il consiste, selon le cas, en la subordination du débat à la souscription d'un engagement de confidentialité ou en une modulation de son étendue⁽³⁶¹⁾. Face à un document sensible, confidentiel, le juge peut statuer, *avec l'accord des parties*, sur la base de documents produits par une institution de l'Union qui n'ont pas été communiqués à la partie requérante mais que l'avocat de celle-ci a pu consulter, en particulier dans les contentieux économique⁽³⁶²⁾ et de la fonction publique⁽³⁶³⁾. De même, le juge peut statuer sur la base d'un document confidentiel, dont un résumé non confidentiel a pu être consulté et discuté par l'avocat de la partie intéressée⁽³⁶⁴⁾. C'est parfois même dans l'intérêt explicite d'assurer au requérant une protection juridictionnelle effective que le juge estime nécessaire de prendre en considération un document sensible produit par l'institution défenderesse et largement soustrait au débat contradictoire, plutôt que de se contenter d'écarter ce document du dossier faute de pouvoir le transmettre audit requérant⁽³⁶⁵⁾.

Dans ces circonstances, les parties s'accordent sur une limitation du caractère contradictoire de l'instance et un débat contradictoire limité est assuré sur la base des documents non confidentiels ou résumés transmis à l'avocat ou consultés par lui. En ce sens, les dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal précisent que le régime de l'article 103 de ce règlement ne constitue pas une dérogation au contradictoire mais énonce les modalités de ce dernier⁽³⁶⁶⁾. Le Tribunal définit et redéfinit les modalités de la procédure contradictoire de sorte à permettre à la partie « lésée » d'exercer utilement ses droits de la défense⁽³⁶⁷⁾. De surcroît, selon le régime institué devant le Tribunal, celui-ci ne peut prendre en considération les documents et éléments qui ont été soustraits au débat contradictoire⁽³⁶⁸⁾. Si le juge tient compte des besoins de la protection

360. Complété des §§ 227-232 DPE.

361. Voy. à ce propos : G. MUGUET-POULLENNEC et C. CALVI, « Les pouvoirs d'instruction du Tribunal : une panoplie rénovée au service d'une juridiction renforcée », *RLC*, 2016, n° 48, pp. 22-37, spéc. pp. 33-34.

362. Voy. avec des modalités variées : TPI, 13 juillet 2006, *Impala c/ Commission*, aff. T-464/04, *Rec.*, p. II-2289, pts 18-19 ; Trib. UE, ord., 11 juin 2010, *Arkema France c/ Commission*, aff. T-343/08, non publiée. Voy. à ce sujet : S. PAPASAVVAS, *op. cit.*, spéc. pp. 227-231.

363. Voy. en particulier : TFP, 15 avril 2010, *Matos Martins c/ Commission*, aff. F-2/07, non publié, pts 33-40.

364. Voy. en particulier : TFP, 12 mai 2011, *Missir Mamachi di Lusignano c/ Commission*, aff. F-50/09, *Rec. num.*, pts 48-59, 61-63 et 148-156. Le juge a tenu compte de documents classifiés « Restreint UE », dont l'avocat de la partie requérante n'a pu consulter, dans les locaux de la juridiction, qu'un résumé établi par le juge.

365. *Id.*, pt 156.

366. § 228 *in fine* DPE.

367. § 231 *in fine* DPE.

368. § 232 DPE.

juridictionnelle de la partie requérante « lésée » par la limitation du débat, il ne semble pas pour autant se livrer à un activisme renforcé par l'extension de ses pouvoirs d'office et/ou de la notion de moyen d'ordre public. Dans la mesure où un certain débat est organisé, cette conclusion est acceptable. Il pourrait, en revanche, en aller différemment à l'avenir dans l'hypothèse où un document serait entièrement soustrait à tout débat.

B. La suppression exceptionnelle du débat sur des documents confidentiels pertinents

Le contentieux des mesures restrictives a confronté les juridictions de l'Union européenne à la problématique des preuves secrètes retenues à l'encontre des personnes et entités faisant l'objet de telles mesures. Devant le Tribunal, les institutions de l'Union et les États membres excipèrent de la confidentialité des éléments de preuve requis, motif pris de ce que leur divulgation mettrait en cause la sécurité et la sûreté de l'Union et de ses États⁽³⁶⁹⁾. Leur crainte était, en particulier, liée à l'obligation procédurale pour le Tribunal de transmettre ces éléments à la partie requérante, en l'absence de disposition habilitant ce dernier à statuer sur la base de documents dont celle-ci n'aurait pu prendre connaissance et débattre. Confronté à cette problématique, le Tribunal annula de nombreux actes au motif que le Conseil n'avait pas établi la véracité des allégations retenues à l'égard de nombreux requérants. Quant à l'argumentation liée à la confidentialité des éléments de preuve, il estima que le secret ne pouvait lui être opposé⁽³⁷⁰⁾, tout en faisant observer que leur caractère confidentiel pouvait le cas échéant justifier des restrictions s'agissant de la communication de ces éléments à la partie requérante ou à ses avocats⁽³⁷¹⁾.

Pour remédier à cette situation inextricable, la Cour de justice a établi un régime dérogoire. Celui-ci opère « de manière très sophistiquée »⁽³⁷²⁾

369. CJUE, 18 juillet 2013, *Commission e.a. c/ Kadi*, aff. jtes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, *Rec. num.*, pts 117-134 ; CJUE, 28 novembre 2013, *Conseil c/ Fulmen et Mahmoudian*, aff. C-280/12 P, *Rec. num.*, pts 64-74. Voy. déjà s'agissant de la preuve secrète devant le juge national : CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, aff. C-300/11, *Rec. num.*, pts 50 et s.

370. Voy. pour un constat analogue : J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, spéc. p. 573.

371. Voy. notamment : TPI, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c/ Conseil*, aff. T-228/02, *Rec.*, p. II-4665, pts 155 et 158 ; TPI, 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran c/ Conseil*, aff. T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, pts 73 et 75 ; Trib. UE, 21 mars 2012, *Fulmen et Mahmoudian c/ Conseil*, aff. jtes T-439/10 et T-440/10, *Rec. num.*, pt 100 ; Trib. UE, 6 septembre 2013, *Europäisch-Iranische Handelsbank c/ Conseil*, aff. T-434/11, *Rec. num.* (extraits), pt 108.

372. B. BERTRAND, « La particularité du contrôle juridictionnel des mesures restrictives : les "considérations impérieuses touchant à la sûreté ou à la conduite des relations internationales de l'Union et de ses États membres" », *RTDE*, 2015, n° 3, pp. 555-577, sous II.B.1. Les imprécisions de ce régime et les incertitudes de sa mise en pratique quant à la définition des

une conciliation des intérêts et des droits des personnes concernées avec le caractère secret des documents et des renseignements en cause. Sa compatibilité avec les exigences du procès équitable a été discutée⁽³⁷³⁾. Les apports de cette jurisprudence sont, pour l'essentiel, codifiés et « affinés »⁽³⁷⁴⁾ à l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal. Cette disposition s'applique par dérogation à l'article 103 du même règlement⁽³⁷⁵⁾. Son champ n'est pas limité au contentieux des mesures restrictives. La Cour de justice a adopté une disposition analogue aux fins du traitement de tels documents à l'occasion du pourvoi⁽³⁷⁶⁾.

En vertu de ce régime particulier, le juge du fond est appelé à vérifier, dans un premier temps, la pertinence du document ou du renseignement pour le litige et son caractère confidentiel allégué sans, à ce stade, le transmettre à l'autre partie principale⁽³⁷⁷⁾. Dans l'hypothèse où il tiendrait ledit document ou ledit renseignement pour pertinent et endosserait son caractère confidentiel⁽³⁷⁸⁾, il doit, dans un second temps, mettre en balance les intérêts en présence afin de déterminer les modalités et les limites éventuelles d'un débat sur ce document ou ce renseignement⁽³⁷⁹⁾. Ce n'est qu'à défaut de toute autre possibilité de concilier les droits de la défense et les impératifs de sécurité⁽³⁸⁰⁾ et lorsque le document ou le renseignement est indispensable pour statuer sur le litige, que le juge peut très exceptionnellement être conduit à le soustraire à tout débat contradictoire et à appuyer, ainsi, sa décision sur un document ou un

techniques permettant d'assurer cette conciliation ont été soulignées par la doctrine. Outre l'article de B. BERTRAND, voy. notamment : Z. AL-RIKABI, « Kadi II : the Right to Effective Judicial Review triumphs yet again », *European Human Rights Law Review*, 2013, pp. 631-636, spéc. pp. 634-635 ; A. CUYVERS, « "Give me one good reason" : The unified standard of review for sanctions after Kadi II », *CML Rev.*, 2014, pp. 1759-1788, spéc. pp. 1777-1779 ; Ch. ECKES, « EU restrictive measures against natural and legal persons : From counterterrorist to third country sanctions », *CML Rev.*, 2014, pp. 869-905, spéc. pp. 894-895.

373. Voy. en particulier : A. CUYVERS, *op. cit.*, spéc. pp. 1775-1780.

374. Terme emprunté à B. BERTRAND, « La particularité du contrôle juridictionnel des mesures restrictives... », *op. cit.*, sous II.B.2.

375. Comme cela a pu être relevé, « [l]a différence principale entre l'article 103 et l'article 105 [...] réside en ce que l'institution défenderesse conserve la pleine maîtrise de la divulgation ou non du document [dans le contexte de l'article 105], là où l'article 103 permet au juge de divulguer des informations sans l'accord de l'institution » : L. GRZEGORCZYK, « Contentieux des mesures restrictives : le contrôle des faits par le juge de l'Union, entre règles spécifiques et principes transversaux », *RAE*, 2016, n° 3, pp. 479-500, spéc. p. 499 et note n° 139.

376. Art. 190 *bis* RP/C (2012).

377. Art. 105, § 3, RP/T (2015).

378. Dans le cas inverse, la partie qui a produit le document et allégué son caractère confidentiel pourra encore le retirer du dossier. À défaut de retrait, ce document sera transmis à l'autre partie. Voy. art. 105, § 4, RP/T (2015).

379. Art. 105, §§ 5 et 6, RP/T (2015).

380. Telle la communication d'une version non confidentielle du document ou d'un résumé non confidentiel du document secret à l'autre partie.

renseignement non transmis à la partie intéressée. Selon le règlement de procédure du Tribunal, « [l]ors de l'appréciation de ces renseignements ou pièces, [celui-ci] tient compte du fait qu'une partie principale n'a pas pu faire valoir ses observations sur ceux-ci »⁽³⁸¹⁾. En particulier dans le contentieux des mesures restrictives, c'est au regard de ces éléments qu'il lui appartient alors d'apprécier si « la décision [...] repose sur une base factuelle suffisamment solide », en vérifiant « l'exactitude des faits allégués [dans l'exposé des motifs de la décision] »⁽³⁸²⁾.

À la différence d'autres systèmes juridiques, qui ont institué la fonction – critiquée – du « special advocate » chargé de représenter les intérêts du justiciable exclu du débat⁽³⁸³⁾, les juridictions de l'Union européenne ont ainsi opté pour un système qui fait peser sur le juge la charge d'assurer la garantie, sinon la défense, des intérêts dudit justiciable. En d'autres termes, la dérogation au contradictoire devra, en pratique, s'accompagner d'une diligence, voire d'une bienveillance renforcée du juge lors de l'examen des documents secrets, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective à la partie exclue du débat sur ces documents et de rééquilibrer les rapports procéduraux entre les parties au litige. Le juge doit examiner ces documents de manière objective et indépendante, sans égard aux seuls arguments nécessairement lacunaires présentés par la partie intéressée. Il reste à voir à quel point cette diligence le conduira à combler les lacunes du contradictoire par un renforcement de ses pouvoirs d'office.

Certes, la Cour de justice de l'Union européenne recourt parfois à une dimension plus subjective, protectrice des pouvoirs du juge et de la notion de moyen d'ordre public. Ainsi, le contentieux de la fonction publique s'est singularisé par la consécration d'une certaine dimension subjective du moyen d'ordre public. Celle-ci permet de tenir compte du relatif déséquilibre des parties au litige, de la faiblesse du fonctionnaire ou de l'agent vis-à-vis de son employeur. De manière analogue, la Cour de justice a insisté sur le déséquilibre substantiel des relations entre un consommateur et un professionnel afin de définir des obligations incombant au juge national de

381. Art. 105, § 8, RP/T (2015).

382. CJUE, 18 juillet 2013, *Commission e.a. c/ Kadi*, aff. jtes C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, *Rec. num.*, pts 119 et 124 ; CJUE, 28 novembre 2013, *Conseil c/ Fulmen et Mahmoudian*, aff. C-280/12 P, *Rec. num.*, pts 64 et 69.

383. Voy. à ce propos : C. MURPHY, « Secret evidence in EU security law : special advocates before the Court of Justice? », in D. COLE, F. FABBRINI et A. VEDASCHI (ed.), *Secrecy, National security and the Vindication of Constitutional Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. 268-283 ; N. DE BOER, « Secret evidence and due process rights under EU law : ZZ », *CML Rev.*, 2014, pp. 1235-1262, spéc. pp. 1250-1252. Voy. pour une approche comparative : N. FORWOOD, « Closed Evidence in Restrictive Measures Cases : A Comparative Perspective », in K. BRADLEY, N. TRAVERS et A. WHELAN (ed.), *Of Courts and Constitutions. Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 87-109.

la consommation d'intervenir spontanément au soutien de la partie faible au litige, « victime » d'une clause abusive ou d'un manque d'information. Ce secours ponctuel à une partie faible pourrait servir de modèle ou d'inspiration pour un renforcement des pouvoirs d'office du juge de l'Union européenne appelé à examiner des documents soustraits au contradictoire. De même que dans ces deux hypothèses, ne s'agit-il pas, en effet, de rétablir autant que faire se peut l'équilibre entre les deux parties au litige ?

Or, à ce stade, il est également peu probable que l'examen non contradictoire de documents au titre de l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal donne lieu à un tel renforcement des pouvoirs d'office voire à une telle extension de la notion de moyen d'ordre public. En effet, eu égard aux caractéristiques de la procédure contentieuse européenne, le juge ne procèdera sans doute à l'examen de tels éléments de preuve que sur invocation d'un moyen par la partie intéressée, contestant la matérialité ou la qualification des faits qui lui sont reprochés. En d'autres termes, et comme dans le contentieux de l'accès aux documents, l'examen ne sera déclenché qu'au regard des moyens et arguments avancés par la partie intéressée.

Au cours de cet examen, il est peu probable que le juge étende les pouvoirs d'office existants ou la notion de moyen d'ordre public. Il n'est certes pas exclu que le juge tienne d'office compte de considérations de fait ou de droit s'inscrivant dans l'examen d'un tel moyen. Il le fera le cas échéant par analogie avec la jurisprudence relative aux considérations juridiques erronées⁽³⁸⁴⁾. Toutefois, de tels pouvoirs d'office seraient vraisemblablement limités en leur champ et en leurs effets. Le juge pourrait sûrement constater, après consultation des documents, que ceux-ci sont ou ne sont pas de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées et qui sont contestées par la partie intéressée. En revanche, dès lors que sa connaissance et sa maîtrise factuelles sont nécessairement tributaires des éléments avancés par les parties, il est douteux que le juge soit en mesure de remettre lui-même en cause la matérialité des faits allégués et ressortant de ces éléments en l'absence de preuve contraire, voire la légitimité de la preuve⁽³⁸⁵⁾. Seule la partie intéressée exclue du débat serait en mesure de le

384. Voy. en particulier : CJCE, ord., 27 septembre 2004, *UER c/ M6 e.a.*, aff. C-470/02 P, non publiée, pt 69 ; CJCE, ord., 13 juin 2006, *Mancini c/ Commission*, aff. C-172/05 P, non publiée, pt 41 ; CJCE, 21 septembre 2010, *Suède e.a. c/ API et Commission*, aff. jtes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, pt 65. A propos de cette jurisprudence, voy. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2, § 2, B, 1. Des pouvoirs d'office consacrés en l'absence de moyens d'ordre public (pp. 325 et s.).

385. Il a pu être observé que, du fait du « sérieux aménagement au principe du contradictoire » instauré par l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal, « [l]a partie requérante pourrait [...] avoir des difficultés à se prononcer sur la légitimité d'une preuve

faire. Une évolution dans le sens d'un renforcement de l'activisme du juge paraît de ce fait peu réaliste en pratique.

Sous réserve de la pratique judiciaire à venir, il nous paraît, dès lors, que l'examen de documents secrets ne devrait pas donner lieu à un véritable renforcement des pouvoirs d'office du juge ni à l'apparition de nouveaux moyens d'ordre public de garantie du droit substantiel. Le juge doit, cependant, faire preuve d'une certaine bienveillance à l'égard de la partie exclue des débats et d'une diligence renforcée. Du point de vue des pouvoirs d'office du juge, le nouveau régime des preuves secrètes rejoindrait ainsi largement celui de l'examen d'autres documents hors contradictoire.

Par contraste avec certains aspects de l'office du juge européen de la fonction publique et de l'office du juge national, tel que dessiné par la Cour de justice, cette conclusion confirme l'objectivité inhérente à l'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne et des pouvoirs d'office qui l'accompagnent. À défaut de raisonnement systémique fondé sur une analogie avec les pouvoirs d'office du juge national de la consommation voire les pouvoirs d'office du juge européen de la fonction publique, la cohérence intrinsèque au contentieux général de l'Union est assurée. Les pouvoirs d'office qui sont d'ores et déjà reconnus au juge de la légalité en dehors même des moyens d'ordre public et qui sont parfois utilisés de manière constructive ou novatrice devraient néanmoins permettre au juge de l'Union de faire preuve de la diligence nécessaire lors de l'examen des documents entièrement ou partiellement soustraits au débat.

À l'heure actuelle, les rapports entre les limites au débat contradictoire, d'une part, et les moyens d'ordre public voire plus largement les pouvoirs d'office du juge, d'autre part, ne sont ambivalents qu'en apparence. Pour l'essentiel, le relevé d'office va de pair avec l'extension du débat contradictoire. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il peut s'opérer en silence. À l'inverse, la limitation du débat contradictoire impose au juge de faire preuve d'une certaine diligence. Elle ne conduit pas pour autant à un renforcement substantiel des pouvoirs d'office du juge ni à une extension de la notion de moyen d'ordre public.

litigieuse dans les cas où il lui serait transmis un résumé ou une version expurgée de la preuve en cause » (L. GRZEGORCZYK, *op. cit.*, spéc. pp. 499-500). Plus encore, il est permis de douter que le juge puisse, dans l'hypothèse où tout débat contradictoire serait exclu, mettre lui-même cette légitimité en doute.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'extension du débat contradictoire aux moyens d'ordre public relevés d'office par le juge, ainsi qu'à ceux tardivement invoqués par une partie, reflète la recherche d'équilibres au sein de la procédure contentieuse. L'équilibre doit, avant tout, être assuré entre la protection impérative de l'ordre public et l'égalité des parties au nom du procès équitable. Le déséquilibre momentanément causé par l'introduction dérogatoire d'un moyen d'ordre public dans l'instance est ainsi réparé par sa discussion contradictoire entre les parties.

L'équilibre doit, ensuite, être trouvé entre les exigences du débat contradictoire sur les moyens d'ordre public au nom du procès équitable et les exigences d'une bonne administration de la justice, dont notamment l'économie de procédure et la célérité de la justice. Responsabilisé vis-à-vis des parties, le juge est tenu à une obligation de résultat de les entendre. D'étendue raisonnable, cette obligation ne porte que sur les moyens à première vue fondés. Ses modalités pratiques souples devraient inciter le juge à respecter son devoir sans pour autant entraver la bonne marche du procès. Dans cette optique, des exceptions limitées au débat contradictoire sur les moyens d'ordre public sont admises par les textes et par la jurisprudence.

L'équilibre doit, enfin, être établi entre les dérogations les plus intrusives au caractère contradictoire de la procédure contentieuse, en vertu desquelles le juge est exceptionnellement habilité à fonder sa décision sur des documents dont une partie n'a pas pu prendre connaissance, et les droits de la défense de cette dernière. Le souci légitime de protection de la partie « faible » pourrait justifier, dans ces circonstances spécifiques, un renforcement des pouvoirs d'office du juge, voire l'apparition de nouveaux moyens d'ordre public protecteurs. Souhaitable en théorie, cette option ne semble toutefois ni recherchée par les juridictions de l'Union européenne, ni compatible avec la physionomie générale du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union.

À la recherche d'équilibres, l'examen des règles régissant le débat contradictoire sur les moyens d'ordre public a aussi révélé que, malgré l'unité affichée du régime contentieux de ces moyens face aux exigences du contradictoire, des distinctions sont parfois opérées entre les moyens d'ordre public de la procédure juridictionnelle et ceux de fond. Pour l'essentiel, il est ainsi apparu que le débat contradictoire sur les premiers peut plus aisément être limité que celui sur les seconds. La présomption de validité des actes de l'Union européenne et le privilège des institutions défenderesses s'en voient renforcés en même temps que l'unité procédurale des moyens d'ordre public en sort, parfois, contrariée.

CONCLUSION DU TITRE 2

D'une indisponibilité discutée, le moyen d'ordre public exerce une influence ambivalente sur les parties et les rapports entre elles. Indisponible, il est à la fois libérateur et contraignant à leur égard. Libérateur, l'ordre public fait, souvent encore timidement, sauter les verrous des conditions de recevabilité de droit commun des moyens, griefs et arguments. À condition de rester dans les carcans du litige, tel que défini à son début et complété des moyens d'ordre public en sommeil, les parties peuvent librement se prévaloir de ces derniers à tout moment de la procédure. Contraignant, l'ordre public s'impose en même temps aux parties. Celles-ci ne peuvent y renoncer, peuvent se le voir tardivement imposer par une autre partie ou par le juge et ne sauraient y échapper, fut-ce par accord de volontés. Ce double jeu vis-à-vis des parties est caractéristique de *tous* les moyens d'ordre public. Cependant, il ressort à l'heure actuelle d'une lecture constructive d'une jurisprudence encore trop souvent hésitante, voire contradictoire. Il mériterait d'être définitivement consacré et franchement assumé par les juridictions de l'Union européenne.

Par le double jeu vis-à-vis des parties, l'ordre public bouleverse l'équilibre établi entre elles en début du litige et vient perturber le cours du procès. Le juge œuvre au rétablissement de cet équilibre, dans le strict respect des règles d'ordre public. L'équilibre est réparé par le juge lorsque ce dernier tient, exceptionnellement, compte du comportement procédural d'une partie qui a pu contribuer à la naissance du litige, qui ne recourt que tardivement à l'ordre public, voire qui contredit au nom de l'ordre public une position qu'elle a affichée antérieurement. L'équilibre est restauré lorsque le moyen d'ordre public pertinent et déterminant, invoqué tardivement par une partie ou soulevé d'office par le juge, est soumis au débat contradictoire par toutes les parties au litige. L'organisation obligatoire d'un tel débat relève désormais de l'essence même du régime commun à *tous* les moyens d'ordre public. Elle marque une plus grande sensibilité du juge aux droits

BRUYLANT

procéduraux des parties au cours du litige. Il n'en demeure pas moins, toutefois, que l'obligation pour le juge d'organiser un tel débat n'est pas absolue. Sa charge, raisonnable, reflète à cet égard un équilibre satisfaisant entre les exigences parfois antagonistes des droits procéduraux des parties au litige et d'un déroulement régulier et efficace du procès. L'étendue concrète du débat peut varier non seulement en fonction des circonstances d'une affaire à l'autre, mais encore en fonction de la nature des moyens d'ordre public au point de contrarier l'unité procédurale de ces derniers.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Contraignant, le régime des moyens d'ordre public du contentieux relevant de la Cour de justice de l'Union européenne n'en est pas moins transcendé par une relative souplesse. Il reflète le caractère par essence dérogoire, impératif et indisponible de ces moyens, tout en tenant compte de l'intérêt des parties au litige au nom d'une protection juridictionnelle effective et d'une bonne administration de la justice. Œuvre du juge, ce régime est marqué à la fois d'une grande constance et unité, d'un côté, et d'une aussi grande casuistique, de tensions, d'incertitudes, voire de contradictions, de l'autre. En dépit des variations dont la jurisprudence est encore imprégnée dans ce contexte, ce régime est, pour l'essentiel, unifiable. Les contrariétés dont cette unité en construction est encore entachée mériteraient d'être levées et le régime d'être clarifié.

Ce constat s'est imposé lors de l'analyse de ce régime sous l'angle tant des rapports entre ces moyens et le juge que des relations entre ces mêmes moyens et les parties. Vis-à-vis du juge, le régime des moyens d'ordre public est marqué, de longue date, par le relevé d'office. Par dérogation à la passivité postulée du juge de l'Union européenne, celui-ci doit examiner, voire soulever d'office les moyens d'ordre public entrant dans le litige tel que défini par les parties. Si l'examen et le relevé d'office de ces moyens doivent être considérés comme une obligation à la charge du juge, cette obligation n'est pas pour autant absolue. Le juge jouit d'une relative liberté en la matière, qui lui permet de concilier l'impérativité et l'indisponibilité de l'ordre public, d'un côté, avec les exigences d'une bonne administration de la justice et l'intérêt des justiciables, de l'autre. L'obligation pour le juge n'est ainsi ni déraisonnable ni excessive à l'égard des parties au litige.

Vis-à-vis de ces dernières, le régime des moyens d'ordre public produit des effets ambivalents. Tantôt, l'ordre public les libère des contraintes

BRUYLANT

inhérentes aux règles régissant la recevabilité, non des recours, mais des moyens, griefs et arguments. Tantôt, l'ordre public s'impose aux parties sans possibilité pour ces dernières d'y renoncer ou de l'éviter. Il bouleverse ainsi leur égalité et l'équilibre qui s'est instauré entre elles au cours du procès. Dans tous les cas, tout moyen d'ordre public pertinent pour la solution du litige doit être soumis au débat des parties. Cette exigence, de consécration plus récente, tend à rétablir, autant que faire se peut, cet équilibre nécessaire entre les parties. Le principe de passivité du juge se voit ainsi complété d'un principe aujourd'hui renforcé du contradictoire, dont le juge est redevable envers les parties. Ces influences ambivalentes sont, encore une fois, le signe d'une relative souplesse dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect des règles d'ordre public. La prise en compte croissante des droits du justiciable dans la construction progressive du régime des moyens d'ordre public reflète une certaine subjectivisation des règles régissant les procédures contentieuses et d'une procéduralisation de l'office du juge.

CONCLUSION

Le moyen d'ordre public constitue une notion fondamentale du droit du contentieux de l'Union européenne. Il s'est imposé comme une évidence dès les premiers arrêts prononcés par la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Il s'est développé dans la jurisprudence ultérieure des juridictions communautaires, puis de l'Union européenne qui ont progressivement défini son étendue et bâti son régime juridique. L'étude approfondie de cette construction prétorienne a toutefois révélé des tensions et des incertitudes liées à une grande casuistique et à une vision globale défaillante. Il serait toutefois exagéré de se demander, comme le fit naguère Ph. MALAURIE, « si l'ordre public ne varie pas avec la longueur des pieds des magistrats »⁽¹⁾. En effet, malgré l'impression que pourrait laisser un survol rapide de la jurisprudence, il apparaît que, par essence, tant la notion que le régime des moyens d'ordre public du droit du contentieux de l'Union européenne sont marqués d'une constance certaine.

Définir le moyen d'ordre public s'est avéré aussi difficile dans le droit du contentieux de l'Union européenne que dans d'autres disciplines juridiques. À défaut de définition substantielle et abstraite du moyen d'ordre public, notre recherche a été entamée sur la base d'une définition procédurale en guise d'hypothèse de travail. Selon celle-ci, le moyen d'ordre public est celui que le juge qualifie comme tel, relève d'office et déclare recevable en dehors des conditions de recevabilité de droit commun. Au terme de cette analyse, le moyen d'ordre public apparaît comme celui qui tend à la garantie des règles et valeurs essentielles de l'ordre juridique européen. Il poursuit une finalité résolument objective tendant, pour l'essentiel, à la garantie des répartitions des compétences juridictionnelles et décisionnelles, au respect des formes essentielles de toutes procédures, au respect de certains droits fondamentaux d'ordre essentiellement procédural, voire à la sauvegarde de certaines règles substantielles. Dans l'intérêt objectif de la collectivité des justiciables, ce moyen tend ainsi à garantir les équilibres constitutionnels

1. Ph. MALAURIE, *D.*, 1956, pp. 517-522, spéc. p. 522.

inhérents à la construction européenne en assurant le rôle de chaque acteur dans le déroulement régulier des procédures.

Ainsi défini, le moyen d'ordre public irrigue l'ensemble des procédures contentieuses, ce qui nous a conduit à les traiter de concert. Au cours de l'analyse, des distinctions se sont toutefois imposées.

Une distinction a été tracée entre les différentes catégories de moyens d'ordre public et au regard de leur jeu dans les différentes voies de droit. Ainsi, le moyen d'ordre public irradie l'ensemble de la procédure juridictionnelle, au point que les questions liées à la compétence du juge et à la recevabilité des recours, demandes, conclusions, moyens, griefs et arguments, susceptibles d'être portés devant lui, sont par définition promues au rang d'ordre public. Au fond, en revanche, le jeu de l'ordre public est variable et renseigne sur la nature des contentieux et des pouvoirs du juge. En substance, une distinction s'est imposée entre le contrôle objectif de légalité, en ce compris les appréciations de légalité effectuées par le juge du plein contentieux, et l'exercice, par le juge, de ses pouvoirs de pleine juridiction à proprement parler. Le moyen d'ordre public transcende les appréciations de légalité des actes de l'Union. Il met en exergue la nature objective tant du contrôle de légalité que de l'ordre public. Ce dernier œuvre au respect de la légalité européenne, en particulier dans le champ de la légalité externe. Il n'existe de moyen d'ordre public de garantie du droit substantiel, au titre de la légalité interne, qu'à l'état embryonnaire. En revanche, le moyen d'ordre public se fait rare dans la plupart des recours du plein contentieux mettant en cause des intérêts subjectifs. Cette observation met en lumière la nature éminemment fonctionnelle du moyen d'ordre public du droit du contentieux de l'Union. Il intervient là où le juge ne peut autrement agir d'office et peine à se développer là où les pouvoirs du juge sont renforcés. Parallèlement, des pouvoirs d'office se développent là où l'ordre public se fait rare.

Ni la correspondance entre le contrôle objectif et le champ du moyen d'ordre public ni la proportionnalité inverse entre le renforcement des pouvoirs d'office du juge et la réduction du jeu de l'ordre public ne sont, toutefois, parfaites. Ainsi, d'une part, le moyen d'ordre public de fond est absent du contrôle de légalité des actes étatiques par la voie du recours en manquement, en dépit de la nature objective de cette voie. Son absence s'explique au regard d'un strict principe dispositif. D'autre part, le moyen d'ordre public joue son rôle entier dans le contexte du contentieux de la fonction publique alors même que le juge y est investi des pleins pouvoirs pour statuer sur les litiges à caractère pécuniaire.

Ponctuellement, une distinction s'est également imposée entre les juridictions composant la Cour de justice de l'Union européenne. En

particulier, la jurisprudence du Tribunal de la fonction publique s'est singularisée, dès lors que seul ce tribunal a expérimenté une subjectivisation de l'ordre public dans l'intérêt de la protection du fonctionnaire européen en consacrant de nouveaux moyens d'ordre public pris de la méconnaissance du champ d'application de la loi et de la violation des garanties et des droits procéduraux du fonctionnaire. Avec sa dissolution et la réintégration du contentieux de la fonction publique dans les compétences du Tribunal, la pérennité de cette subjectivisation demeure incertaine. L'expérience du Tribunal de la fonction publique permet par ailleurs d'affirmer qu'avec la spécialisation des juges, ceux-ci semblent se sentir plus à l'aise d'étendre la notion de moyen d'ordre public.

En définitive, et l'expérience temporaire du Tribunal de la fonction publique mise à part, l'étude de la notion du moyen d'ordre public a révélé que l'intérêt individuel *du* justiciable n'est presque jamais reflété dans une qualification d'ordre public, par essence objective, tandis que l'intérêt collectif *des* justiciables est sous-jacent à toute qualification d'ordre public.

C'est, en réalité, au stade de la détermination du régime des moyens d'ordre public que le juge tient compte de l'intérêt concret et individuel *du* justiciable partie au litige. En construction et en développement constants depuis les origines de la jurisprudence communautaire, puis de l'Union européenne, ce régime est le reflet de la difficile recherche d'un équilibre entre les exigences de l'indisponibilité et de l'impérativité de l'ordre public, de l'égalité des parties devant le juge et face à l'ordre public, de leur droit à un procès équitable et d'une bonne administration de la justice. La conciliation de ces exigences parfois antagonistes, les variétés inhérentes à l'office du juge⁽²⁾, la casuistique propre à la fonction de juger, conjuguées à la variété des influences à la Cour de justice de l'Union européenne, sont sans doute de nature à expliquer les incohérences et incertitudes jurisprudentielles en la matière. En prenant appui sur les travaux doctrinaux relatifs à des contentieux nationaux, il nous a toutefois paru possible de systématiser cette jurisprudence et d'en dégager, à titre prospectif, un régime commun aux moyens d'ordre public. Son unité, teintée par sa nature foncièrement dérogoire et déduite de la nature résolument impérative et indisponible de l'ordre public, est parfois encore contrariée par la jurisprudence. Elle n'en est pas moins certaine.

D'emblée, l'étude du régime des moyens d'ordre public a permis de « valider » deux aspects fondamentaux de notre hypothèse de travail. En

2. L'office du juge est une question d'équilibre, d'« articulation harmonieuse [de ces] différents offices » du juge, comme l'a en substance exposé le professeur M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in G. CORNU *et al.* (org.), *Jean Foyer auteur et législateur. Leges tulit, jura coduit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, pp. 463-475.

premier lieu, elle tend à confirmer, si besoin en est, la prémisse incontestée selon laquelle le moyen d'ordre public est celui que le juge de l'Union européenne relève d'office. Mais plus encore, il est apparu au terme d'une analyse systématique et finaliste d'une jurisprudence trop erratique que le moyen d'ordre public est celui que ce juge *doit* examiner, voire relever d'office. La consécration d'une telle obligation, qui est d'ores et déjà amorcée par la jurisprudence relative au contrôle du relevé d'office par le juge supérieur et par l'admission du rejet par prétérition, permet de caractériser le relevé d'office des moyens d'ordre public par rapport aux autres pouvoirs d'office confiés au juge. En substance, le juge doit procéder à l'examen de tout moyen d'ordre public pertinent et, si celui-ci est de nature à exercer une influence sur la solution du litige, le relever d'office. Contraignante, cette obligation n'en est pas moins encadrée et s'accommode d'une certaine souplesse. Celle-ci permet, dans une certaine mesure, au juge de tenir compte de l'intérêt concret des parties au litige, en d'autres termes de l'intérêt individuel *du* justiciable.

En second lieu, l'étude du régime des moyens d'ordre public a validé la prémisse selon laquelle le moyen d'ordre public est celui que les parties peuvent soulever en méconnaissance même des règles de droit commun régissant la recevabilité des moyens. En ces deux aspects, la force dérogatoire de l'ordre public s'exerce sans distinction sur l'ensemble des moyens d'ordre public, à ceci près qu'un régime extraordinaire, d'intérêt plus théorique que pratique, se dessine en faveur de l'inexistence juridique.

Le régime du moyen d'ordre public ne se résume, toutefois, pas à cette force dérogatoire quant à son introduction dans les débats, en particulier dans ses rapports avec les parties au litige. Ainsi, tout en déliant les parties des contraintes inhérentes à certaines conditions de recevabilité, l'ordre public s'impose à elles. Celles-ci ne peuvent en disposer, le contourner, le taire, l'éviter. En cela, le caractère objectif du moyen d'ordre public trouve un prolongement au stade de son régime contentieux. Parallèlement, ce régime comporte une dose de subjectivité. Dans le sillage d'une procéduralisation croissante de l'office du juge de l'Union européenne et d'une prise de conscience grandissante des exigences d'un procès équitable et, en particulier, contradictoire, un courant jurisprudentiel récent impose au juge d'entendre les parties sur tout moyen d'ordre public pertinent et décisif qu'il s'apprête à relever d'office ou qui est tardivement soulevé par une partie. C'est ainsi au stade de la détermination du régime des moyens d'ordre public que la jurisprudence récente tend à assurer un équilibre entre l'objectivité du moyen d'ordre public et la subjectivité de l'intérêt du justiciable.

En somme, d'une relation binaire, entre le juge et la règle d'ordre public, dont la solution s'impose aux parties à travers le relevé d'office dévoilé dans la décision mettant fin à l'instance, le moyen d'ordre public se trouve aujourd'hui dans une relation triangulaire mettant en rapport la règle d'ordre public, le juge et les parties.

BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros des pages)

I.	Droit de l'Union européenne	781
A.	Éléments de bibliographie générale en droit de l'Union européenne	781
1.	Généralités	781
2.	Questions choisies	783
a)	Attribution, exercice et délégations des compétences de l'Union européenne, actes de l'Union et procédures décisionnelles	783
b)	Union de droit, protection des droits fondamentaux, adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	788
c)	Droit de l'Union européenne et droits nationaux, rapports entre systèmes juridiques et juridictionnels, autonomie procédurale	790
–	Généralités	790
–	Aspect spécifique : le relevé d'office du droit de l'Union européenne par le juge national	793
d)	Ordre public	794
–	Digression : l'ordre public en droits interne, européen et international	794
–	L'ordre public en droit de l'Union européenne	795
B.	Contentieux de l'Union européenne	796
1.	Généralités	796
2.	Architecture juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne	801
a)	Évolution de l'architecture juridictionnelle	801
b)	Les juridictions composant la Cour de justice de l'Union européenne et les rapports entre elles	802
c)	Rôle de l'avocat général	803
3.	Voies de droit	803
a)	Voies de droit non contentieuses	803
–	Renvoi préjudiciel	803
–	Procédure d'avis consultatif	806
–	Réexamen	807
b)	Voies de droit contentieuses	807
–	Recours en manquement et « manquement sur manquement »	807
–	Recours en annulation	809
–	Exception d'illégalité	811

BRUYLANT

–	Recours en carence	812
–	Recours en indemnité	812
–	Recours des fonctionnaires et agents de l'Union européenne	814
–	Contentieux contractuel, clause compromissoire	815
–	Contentieux interétatique	816
–	Pourvoi	816
–	Référé et mesures provisoires	816
–	Intervention et tierce opposition	817
4.	Approche matérielle des voies de droit : questions spécifiques	818
a)	Contentieux de la base juridique	818
b)	Contentieux de la propriété intellectuelle	818
c)	Contentieux et procédures juridictionnelles en matière de PESC et d'espace de liberté, de sécurité et de justice	819
d)	Contentieux des amendes pour violation du droit de la concurrence	820
5.	Questions choisies de procédure	822
a)	Procédure contentieuse et règlements de procédure	822
b)	Transparence, contradictoire et délai raisonnable de la procédure contentieuse	824
c)	Principes régissant la procédure, moyens d'ordre public (y compris inexistance juridique) et relevé d'office	825
d)	Instruction, preuve et confidentialité	826
6.	Décisions de justice	827
a)	Motivation, style et rédaction des arrêts	827
b)	Portée des arrêts : autorité de la chose jugée, précédents et revirements	828
c)	Dépens	829
II.	Éléments de bibliographie de droit processuel, de théorie générale du procès, de contentieux internes et internationaux	829

I. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

A. Éléments de bibliographie générale en droit de l'Union européenne

1. Généralités⁽¹⁾

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires, commentaires

- ARNULL A., *The European Union and its Court of Justice*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2006, 699 p.
- BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, 1180 p.
- BLUMANN C. et DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, 922 p.
- BOULOUIS J. et CHEVALLIER R.-M., *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1994, t. 1, 434 p.
- BOULOUIS J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, 407 p.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A. et PICOD F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 2 tomes, 1106 p. et 837 p.
- CATALANO N., *Manuel de droit des Communautés européennes*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1964, 663 p.
- CONSTANTINESCO V. et al. (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, 1648 p.
- DUBOIS L. et BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2015, 878 p.
- GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe : matières civile et commerciale*, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ – Lextenso éd., 2015, 887 p.
- GEIGER R., KHAN D.-E. et KOTZUR M., *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Kommentar*, 5^e éd., Munich, Beck, 2010, 1131 p.
- ISAAC G. et BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2012, 768 p.
- JACQUÉ J. P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015, 816 p.
- JOLIET R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Faculté de droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1981, 302 p.
- MANIN Ph., *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, 2005, 575 p.
- PERTEK J., *Droit des institutions de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, 499 p.
- PESCATORE P., *Le droit de l'intégration*, Leiden – Genève, Sijthoff – Institut universitaire de hautes études internationales, 1972, 99 p.
- PINGEL I. (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle – Paris – Bruxelles, Helbing Lichtenhahn – Dalloz – Bruylant, 2010, 2236 p.
- REUTER P., *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, LGDJ, 1953, 320 p.
- RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 1464 p.

1. Compte tenu de la faible utilisation des ouvrages en droit matériel pour les besoins de la présente thèse, le choix a été fait de ne pas recourir à la division, classique, entre le droit matériel et le droit institutionnel de l'Union européenne, mais plutôt d'identifier certaines questions de droit dont l'examen s'imposait aux fins de cette thèse.

SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., Paris, PUF, 2001, 779 p.

VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, 870 p.

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis, Paris, Dalloz, 2002, 901 p.

AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 1356 p.

AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, 441 p.

BARBATO J.-Ch. et MOUTON J.-D. (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 332 p.

BAUDENBACHER C. et al. (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 798 p.

BERROD F., GERKRATH J., KOVAR R. et al. (coord.), *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 934 p.

BERTRAND B. (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 442 p.

BERTRAND B., PICOD F. et ROLAND S. (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 829 p.

CAPOTORTI F. et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, 869 p.

COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. et al. (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, 787 p.

COLNERIC N. et al. (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, 648 p.

CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. et SIMON D. (dir.), *Le Traité de Nice. Premières analyses*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 266 p.

DE SCHUTTER O. et NIHOUL P. (coord.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, 405 p.

DE WALSCHÉ A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1030 p.

DEMARET P., GOVAERE I. et HANF D. (ed.), *European Legal Dynamics. Dynamiques juridiques européennes*, Bruxelles, Peter Lang, 2007, 571 p.

Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis, Paris, La Documentation française, 2000, 207 p.

DUE O., LUTTER M. et SCHWARZE J. (ed.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, 2 vol., 1742 p.

Festschrift til Ole Due. Liber amicorum, Copenhague, Gad, 1994, 424 p.

GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J. (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, 1193 p.

KESSEDIAN C. (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, 277 p.

Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Éd. Apogée, 2006, 830 p.

LEANZA U. et al. (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, 1677 p.

- MAGNETTE P. (dir.), *La Grande Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2004, 403 p.
- MASCLET J.-C. et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, 937 p.
- Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 1972, 3 vol., 621 p., 976 p. et 755 p.
- PHILIP Ch. et SOLDATOS P. (dir.), *L'Union européenne de l'an 2000 : défis et perspectives*, Montréal, Université de Montréal, 1997, 330 p.
- PICOD F. (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 186 p.
- POIARES MADURO M. et AZOULAI L. (ed.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart, 2010, 512 p.
- POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 441 p.
- Réalisations et défis de l'Union européenne. Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 609 p.
- RIDEAU J. (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, 276 p.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. et al. (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 660 p.
- SCHWARZE J. (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 364 p.
- VANDERSANDEN G. et DE WALSCHÉ A. (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, 659 p.
- VON DER GROEBEN H., SCHWARZE J. et HATJE A. (ed.), *Europäisches Unionsrecht*, 7^e éd., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, 4 vol., 2128 p., 2252 p., 1872 p. et 2120 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BEAUCILLON Ch., *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 712 p.
- BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p.
- BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 657 p.
- PESCATORE P., *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1006 p.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, 2^e éd., Oxford – New York, OUP, 2006, 591 p.

2. Questions choisies

- a. Attribution, exercice et délégations des compétences de l'Union européenne, actes de l'Union et procédures décisionnelles

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- BLANQUET M. (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 344 p.
- COUZINET J.-F. (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Études de l'IREDE, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 306 p.
- DELPÉRÉE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 2002, 538 p.

- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 300 p.
- NEFRAMI E. (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 438 p.
- PÉRALDI LENEUF F. (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 209 p.
- PICOD F. (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 277 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- AZOULAI L., *Les garanties procédurales en droit communautaire. Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, thèse, Florence, IUE, 2000, 636 p.
- BERGSTRÖM C. F., *Comitology. Delegation of powers in the European Union and the committee system*, Oxford, OUP, 2005, 391 p.
- BLUMANN C., *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, 175 p.
- BÖRNER B., *Die Entscheidungen der Hohen Behörde. Eine Studie zum supranationalen Verwaltungsprozeß*, Tübingen, Mohr, 1965, 225 p.
- BOSKOVITS K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1999, 876 p.
- CASTOR C., *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 552 p.
- CHEVALIER É., *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 538 p.
- CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p.
- CURTIN D., *Executive Power of the European Union. Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford, OUP, 2009, 345 p.
- GAUTIER Y., *La délégation en droit communautaire*, thèse, Strasbourg, 1995, 538 p.
- GUILLARD Ch., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 619 p.
- GUILLLOUD-COLLAT L., *L'action normative de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 310 p.
- JORDA J., *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 687 p.
- KRAUSSER H.-P., *Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags*, Berlin, Duncker und Humblot, 1991, 190 p.
- LASSALLE J., *Le principe de bonne administration en droit communautaire*, thèse, Paris II, 2008, 811 p.
- LE BOT F., *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'Union européenne*, thèse, Paris II, 2012, 586 p.
- LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.
- LOUIS J.-V., *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, 517 p.
- MARCIALI S., *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 880 p.
- MARTI G., *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 803 p.
- MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, Éd. L'Harmattan, 2003, 704 p.

NÖHMER S., *Das Recht auf Anhörung im europäischen Verwaltungsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 392 p.

ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs. Recherches sur la distribution des pouvoirs législatif et exécutif dans la Communauté*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 722 p.

TRIANTAFYLLOU D., *Des compétences d'attribution au domaine de la loi. Étude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 432 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

AZOULAI L. et CLÉMENT-WILZ L., « Le principe de bonne administration », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 671-697

BARAV A., « Le principe de subsidiarité et sa mise en œuvre », in PHILIP Ch. et SOLDATOS P. (dir.), *L'Union européenne de l'an 2000 : défis et perspectives*, Montréal, Université de Montréal, 1997, pp. 113-133

BERROD F. et MESTRE Ch., « L'incidence des considérations organiques sur la distinction entre les actes délégués et les actes d'exécution », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 79-93

BERTRAND B., « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs : le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 21-37

BERTRAND B., « Majorité simple, majorité absolue, majorité qualifiée », in PICOD F. (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 81-104

BLANC D., « La fonction législative communautaire : la loi concurrencée », in PÉRALDI LENEUF F. (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 45-63

BLUMANN C., « À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués », in COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. et al. (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 127-144

BLUMANN C., « Comitologie et administration indirecte », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 139-158

BLUMANN C., « La fonction législative dans l'Union "modifiée" », in BLANQUET M. (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 31-59

BLUMANN C., « La légistique dans le système de l'Union européenne : quelle nouvelle approche ? », in PÉRALDI LENEUF F. (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 7-26

BONICHOIT J.-C., « Le silence de l'administration communautaire – Le silence est-il d'or en droit de l'Union ? », in TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 117-129

CHAMON M., « EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea », *CML Rev.*, 2011, pp. 1055-1075

CHAMON M., « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 541-574

CHAMON M., « The dividing line between delegated and implementing acts, part two : The Court of Justice settles the issue in *Commission v. Parliament and Council (Visa reciprocity)* », *CML Rev.*, 2015, pp. 1617-1634

CONSTANTINESCO V., « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, pp. 481-491

- CONSTANTINESCO V., « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45
- CONSTANTINESCO V., « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, n° 2, pp. 305-317
- CONSTANTINESCO V., « Who's Afraid of Subsidiarity ? », *YEL*, 1991, pp. 33-55
- CONSTANTINESCO V. et MICHEL V., « Compétences de l'Union européenne », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2011 (actualisation 2017)
- DE BÚRCA G., « The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor », *Journal of Common Market Studies*, 1998, n° 2, pp. 217-235
- DEBARD Th., « Le principe de subsidiarité », in PHILIP Ch. et SOLDATOS P. (dir.), *L'Union européenne de l'an 2000 : défis et perspectives*, Montréal, Université de Montréal, 1997, pp. 97-112
- DÉRO-BUGNY D., « Agences européennes », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 245, 2016
- DOMESTICI MET A., « Les Parlements nationaux et le contrôle du respect du principe de subsidiarité », *RMCE*, 2009, pp. 88-96
- DUBOS O., « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », in NEFRAMI E. (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 293-314
- FERAL P.-A., « Retour en force du principe de subsidiarité dans le traité constitutionnel : de nouvelles responsabilités pour les parlements nationaux et pour le comité des régions ? », *RMCE*, 2004, pp. 496-499
- GAUDIN H., « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés Européennes et la subsidiarité », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 10-27
- GAUTRON J.-C., « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? », *RAE*, 1998, n°s 1-2, pp. 3-8
- GEORGOPOULOS T., « Doctrine de séparation des pouvoirs et intégration européenne », in BLANQUET M. (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-30
- GIORGI F., « Le pouvoir constituant européen, "l'arlésienne" du constitutionnalisme européen ? Quelques réflexions à propos de l'arrêt *Pringle* », in KRONENBERGER V., D'ALESSIO M. T. et PLACCO V. (coord.), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 263-278
- GOUILLOUD-COLLAT L., « Le principe majoritaire et les coopérations renforcées », in PICOD F. (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 155-177
- GRARD L., « Le contrôle des actes des agences de régulation : analyse comparée », in PÉRALDI LENEUF F. (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 137-159
- GUILLERMIN G., « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, pp. 319-346
- GOUILLOUD-COLLAT L., « Actes non législatifs », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 191-2, 2015
- GOUILLOUD-COLLAT L., « L'exégèse des articles 290 TFUE et 291 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne : le juge précise, complète et modifie sa jurisprudence », *RAE*, 2015, n° 3, pp. 575-582
- HEN Ch., « La motivation des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1977, n° 1, pp. 49-91
- JACQUÉ J. P., « L'éternel retour. Réflexion sur la comitologie », in VANDERSANDEN G. et DE WALSCHÉ A. (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 211-224

- JACQUÉ J. P., « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures », in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 249-256
- JACQUÉ J. P., « Le vote majoritaire au Conseil de l'Union européenne », in PICOD F. (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 105-114
- JACQUÉ J. P., « The principle of institutional balance », *CML Rev.*, 2004, pp. 383-391
- KOHLER Ch. et ENGEL J.-Ch., « Le choix de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, n° 1, étude 1, pp. 5-10
- LABOUZ M.-F., BURGORGUE-LARSEN L. et DAUPS T., « Le Comité des régions : "gardien de la subsidiarité" ? », *Europe*, 1994, n° 10, chron. 7, pp. 1-14
- LE TALLEC G. et EHLERMANN C.-D., « La motivation des actes des Communautés européennes », *RMC*, 1966, pp. 179-187
- LENAERTS K., « Regulating the regulatory process : "delegation of powers" in the European Community », *E.L.Rev.*, 1993, n° 1, pp. 23-49
- LENAERTS K., « Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community », *CML Rev.*, 1991, n° 1, pp. 11-35
- LENAERTS K. et VAN YPERSELE P., « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du traité CE », *CDE*, 1994, n° 1-2, pp. 3-85
- LENAERTS K. et VANHAMME J., « Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process », *CML Rev.*, 1997, pp. 531-569
- LENAERTS K. et VERHOEVEN A., « Towards a Legal Framework of Executive Rule-Making in the EU ? The Contribution of the New Comitology Decision », *CML Rev.*, 2000, pp. 645-686
- LOUIS J.-V., « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in DE WALSCHÉ A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 283-305
- MARTUCCI F., « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », in KESSÉDJIAN C. (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 21-40
- NEFRAMI E., « Le renouveau du règlement : acte de base / acte d'exécution », in PÉRALDI LENEUF F. (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-43
- PESCATORE P., « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *CDE*, 1978, n° 4, pp. 387-406
- RIDEAU J., « La fonction législative dans les Communautés européennes », *RAE*, 1995, n° 1, pp. 63-82
- RITLÉNG D., « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 27-51
- RITLÉNG D., « La délégation du pouvoir législatif de l'Union européenne », in COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. et al. (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 559-576
- RITLÉNG D., « La nouvelle typologie des actes de l'Union. Un premier bilan critique de son application », *RTDE*, 2015, n° 1, pp. 7-20
- RITLÉNG D., « Les catégories des actes de l'Union. Réflexions à partir de la catégorie d'acte législatif », in BERTRAND B. (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 155-174
- RITLÉNG D., « Motivation », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 693-700

- RITLENG D., « The dividing line between delegated and implementing acts : The Court of Justice sidesteps the difficulty in *Commission v. Parliament and Council (Biocides)* », *CML Rev.*, 2015, pp. 243-258
- SCHMITTER C., « (Principe de l')Équilibre institutionnel », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 473-489
- SCHOCKWEILER F., « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *CDE*, 1989, n^{os} 1-2, pp. 3-40
- SIMON D., « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, pp. 155-176
- STROZZI G., « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, 1994, n^o 3, pp. 373-390
- VAN GERVEN W., « Les principes de "subsidiarité, proportionnalité et coopération" en droit communautaire européen », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1281-1292
- VANDERSANDEN G., « Considérations sur le principe de subsidiarité », in *Mélanges Velu*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 193-210
- VERHOEVEN J., « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in DELPÉRÉE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 2002, pp. 375-385
- WIEACKER H.A., « Die Lehre vom Verwaltungshandeln. Les actes administratifs », in CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 489-495
- ZILLER J., « Le principe de subsidiarité », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 527-542
- ZWART T., « La poursuite du père Meroni ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 159-173

b. Union de droit, protection des droits fondamentaux, adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁽²⁾

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- MASCLET J.-C. et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, 937 p.
- RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, 515 p.
- SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- GRZYBEK P., *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 225 p.
- TINIÈRE R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p.

2. En particulier cette partie de la bibliographie ne prétend nullement à l'exhaustivité.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BERRAMDANE A., « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », in *Territoires & liberté : Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 157-198
- BERROD F., « Plaidoyer pour une Union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », in COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 81-101
- DAUSES M. A., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, n° 3, pp. 401-424
- DUBOUT E., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2015, n° 1, pp. 73-112
- IDOT L., « Les droits de la défense », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 213-251
- JACQUÉ J. P., « Pride and/or prejudice ? : les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *CDE*, 2015, n° 1, pp. 19-45
- LABAYLE H., « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte? », *RFDA*, 2015, n° 1, pp. 3-22
- MOLNIER J., « D'un traité l'autre : les principes fondateurs de l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 439-455
- MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477
- PERNICE I., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 », *CDE*, 2015, n° 1, pp. 47-72
- PICOD F. et RIDEAU J., « L'avis 2/13 : morceaux choisis », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 7-10
- PICOD F., « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *JCP G*, 2015, n° 6, pp. 230-234
- PICOD F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 517-545
- RIDEAU J., « L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC. "Les sages se rebiffent" », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 29-43
- RIDEAU J., « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in RIDEAU J., GREWE C., BALMOND L. et ARCARI M. (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Équilibres et déséquilibres de la balance*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 87-211
- RIDEAU J., « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 399-427
- SIMON D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, 2015, n° 2, pp. 4-9
- SIMON D., « La Communauté de droit », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 85-123

SUDRE F., « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », in RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 207-230

SZYMACZAK D., « L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 : de l'art d'être contre-productif », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 11-18

- c. Droit de l'Union européenne et droits nationaux, rapports entre systèmes juridiques et juridictionnels, autonomie procédurale

Généralités

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

BARAV A., *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactyl., Strasbourg, 1983, 612 p.

DOUGAN M., *National Remedies before the European Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2004, 418 p.

DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.

ELIANTONIO M., *Europeanisation of Administrative Justice ? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Groningen/Amsterdam, Europa Law Publishing, 2009, 416 p.

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 1356 p.

Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis, Paris, La Documentation française, 2000, 207 p.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 300 p.

SCHWARZE J. (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 364 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

ABRAHAM R., « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *REDP*, 1997, n° 3, pp. 577-593

AUBY J.-B., « About Europeanization of Domestic Judicial Review », *REALaw*, 2009, n° 2, pp. 105-134

AUBY J.-B., « Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 189-192

AZOU LAI L., « La protection juridique en matière d'exécution nationale du droit communautaire », in SCHWARZE J. (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 323-336

BARAV A., « 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, pp. 1-20

BARAV A., « Le juge et le justiciable », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Giuffrè, 1998, vol. II, pp. 1-74, réimpr. in *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne. Recueil d'études*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 177-235

BARAV A., « Les effets du droit communautaire directement applicable », *CDE*, 1978, n°s 2-3, pp. 265-286

- BERROD F., « Plaidoyer pour une Union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », in COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. *et al.* (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 81-101
- BERTRAND B., « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge : vers une complétude des compétences du juge national ? », *RFDA*, 2011, pp. 367-376
- BERTRAND B. et SIRINELLI J., « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 565-593
- BLUMANN C., « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*, 2007, n° 30, pp. 13-20
- BRENNER C., « Construction européenne et droit du procès », in HEUZÉ V. et HUET J. (dir.), *Construction européenne et État de droit*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2012, pp. 151-160
- BRENNER C., « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie processuelle », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 175-187
- BRIDGE J., « Procedural Aspects of the Enforcement of European Community law through the Legal Systems of the Member States », *E.L.Rev.*, 1984, n° 1, pp. 28-42
- CARANTA R., « Judicial protection against Member States : a new *jus commune* takes shape », *CML Rev.*, 1995, pp. 703-726
- CHITI M. P., « Towards a Unified Judicial Protection in Europe ? », *REDP*, 1997, pp. 553-573
- COUTRON L., « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux-semblant ? », *RAE*, 2005, n° 4, pp. 657-686
- COUTRON L., « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter », *RTDE*, 2009, n° 1, pp. 69-90
- DE BOER N., « Secret evidence and due process rights under EU law : ZZ », *CML Rev.*, 2014, pp. 1235-1262
- DELICOSTOPOULOS Y., « L'influence du droit européen sur les pouvoirs du juge judiciaire national », *Justices*, 1997, n° 6, pp. 117-133
- DUBOS O., « La violation du droit communautaire par une juridiction nationale : *quis custodiet custodiet ? Custodiet ipsi, scilicet...* », *JCP A*, 2004, n° 43, p. 1384
- DUBOS O., « The Origins of the Proceduralisation of EU Law : a Grey Area of European Federalism », *REALaw*, 2015, n° 1, pp. 7-25
- DUBOIS L., « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques », in BORGETTO M. (coord.), *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 443-452
- ELIANTONIO M., « Europeanisation of Administrative Justice ? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England », *REDP*, 2010, n° 3, pp. 681-733
- GIRERD P., « Les principes d'équivalence et d'effectivité – encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE*, 2002, n° 1, pp. 75-102
- HIMSWORTH Ch., « Things Fall Apart : The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited », *E.L.Rev.*, 1997, n° 4, pp. 291-311
- HOSKINS M., « Tilting the balance : supremacy and national procedural rules », *E.L.Rev.*, 1996, n° 5, pp. 365-377
- HUGLO J.-G., « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 490, 2012, n° 23
- IDOT L., Note sous l'arrêt *Eco Swiss*, *Revue de l'arbitrage*, 1999, n° 3, pp. 631-653
- JANS J. H. et MARSEILLE A. T., Note sous l'arrêt *van der Weerd*, *CML Rev.*, 2008, pp. 853-862

- KAKOURIS N. C., « Existe-t-il une “autonomie” procédurale judiciaire des États membres ? », in *État – Loi – Administration. Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1998, pp. 159-179
- KOMNINOS A. P., Note sous l'arrêt *Eco Swiss*, *CML Rev.*, 2000, pp. 459-478
- KOVAR R., « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE*, 1977, n° 1, pp. 230-244
- LE BARBIER-LE BRIS M., « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale : les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éd. Apogée, 2006, pp. 419-457
- LENAERTS K., « The Decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in LEANZA U. et al. (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1057-1085
- MEHDI R., « Le contentieux administratif », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 143-175
- POTOCKI A., « L'organisation des juridictions communautaires est-elle porteuse d'enseignements pour les juridictions nationales ? », in GUINCHARD S. et PLUYETTE G. (coord.), *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 109-119
- RIDEAU J., « La responsabilité de la puissance publique », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. Mélanges en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 97-121
- RIDEAU J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903
- RITLENG D., « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in PICHÉRAL C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Limal – Bruxelles, Anthemis – Nemesis, 2012, pp. 103-135
- SIRINELLI J., « L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1223-1248
- SMITS C., « Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des États membres », in VANDERSANDEN G. et DE WALSCHÉ A. (dir.), *Mélanges Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 409-442
- SZYSZCZAK E. et DELICOSTOPOULOS J., « Intrusion into National Procedural Autonomy : The French Paradigm », *E.L.Rev.*, 1997, pp. 141-149
- TRIDIMAS T., « Liability for breach of Community Law : growing up and mellowing down ? », *CML Rev.*, 2001, pp. 301-332
- TURNER Sh., « Challenging EC law before a national court : a further restriction of the rights of natural and legal persons ? », *Irish Journal of European Law*, 1995, pp. 68-87
- VAN GERVEN W., « Bridging the gap between Community and national laws : towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies ? », *CML Rev.*, 1995, pp. 679-702
- WATHELET M. et VAN RAEPENBUSCH S., « 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, n°s 1-2, pp. 13-60
- WIDDERSHOVEN R.J.G.M., « L'influence du droit européen sur le droit public néerlandais », in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 919-943

Aspect spécifique : le relevé d'office du droit de l'Union européenne par le juge national

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BAZIN E., « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.*, 2008, p. 125
- BENOÎT-ROHMER F., « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA*, 25 octobre 1996, n° 129, pp. 23-32
- BERROD F., « Arrêts "Peterbroeck" et "Van Schijndel". Pouvoir du juge national d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire », *RMUE*, 1996, n° 1, pp. 200-204
- BOUVERESSE A., « La fraude fiscale et le relevé d'office », *Europe*, 2014, n° 4, comm. 174
- CANIVET G. et HUGLO J.-G., « 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, n° 4, chron. 4, pp. 1-4
- CAZET S., « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, 2009, n° 7, étude 7, pp. 4-8
- CLAUSEN F., « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national », *ADUE*, 2012, pp. 215-242
- CROZE H., « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation », *Procédures*, 2008, comm. 80
- EBERS M., « From *Océano* to *Asturcom* : Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Judicata », *European Review of Private Law*, 2010, n° 4, pp. 823-846
- ELIANTONIO M., « The Application of EC Law *Ex Officio* – Some News From the Italian Administrative Court », *REALaw*, 2008, n° 2, pp. 101-111
- EREĆIŃSKI T., « When must national judges raise European law issues on their own motion ? », *ERA-Forum*, 2011, n° 4, pp. 525-529
- HEUKELS T., Note sous les arrêts *Van Schijndel* et *Peterbroeck*, *CML Rev.*, 1996, pp. 337-353
- MOLLARD Ph., « Quand le juge national doit-il soulever d'office des questions de droit européen ? », *ERA-Forum*, 2011, n° 4, pp. 537-543
- Ó CAOIMH A., « Issues of EU Law Raised by National Courts of their Own Motion », in CARDONNEL P., ROSAS A. et WAHL N. (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Perilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 123-138
- PAISANT G., « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G*, 2009, n° 42, pp. 33-37
- POISSONNIER G. et TRICOIT J.-Ph., Note sous l'arrêt CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion et Godard*, aff. C-429/05, *Rec.*, p. I-8017, *GP*, 13 décembre 2007, pp. 11-16
- POISSONNIER G., « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *D.*, 2009, n° 34, pp. 2313-2315
- POISSONNIER G., « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats, conc., consom.*, 2009, étude 5
- POISSONNIER G., « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.*, 2008, pp. 1285-1291
- PRECHAL S. et SHEKOPLYAS N., « National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond », *European Review of Private Law*, 2004, pp. 589-611
- RIDEAU J., « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.*, 1974, chron., pp. 147-156
- RIGAUX A. et SIMON D., *Europe*, 1996, n° 2, comm. 57

BRUYLANT

- SCHEBESTA H., « Does the National Court Know European Law ? A Note on *Ex Officio* Application After *Asturcom* », *European Review of Private Law*, 2010, n° 4, pp. 847-880
- SIMON D., « Modalités du relevé d'office », *Europe*, 2007, n° 8, comm. 199
- STUYCK J., Note sous les arrêts *Pannon* et *Asturcom*, *CML Rev.*, 2010, pp. 879-898
- TRSTENJAK V. et BEYSEN E., « European Consumer Protection Law : *Curia Semper Dabit Remedium* ? », *CML Rev.*, 2011, pp. 95-124
- VERDURE Ch., « La portée de l'office du juge national en droit de la consommation de l'Union européenne : examen au regard de la réglementation des clauses abusives », *ADUE*, 2012, pp. 331-342

d. Ordre public

Digression : l'ordre public en droits interne, européen et international

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éd. Cujas, 2013, 342 p.
- POLIN R. (dir.), *L'ordre public*, Paris, PUF, 1996, 116 p.
- REDOR M.-J. (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 436 p.
- REVEY Th. (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, 111 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BERNARD P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, 286 p.
- BERTRAND Ch., *La notion d'ordre public en matière de nullité*, Lille, Impr. centrale du Nord, 1939, 118 p.
- MALAUURIE Ph., *L'ordre public et le contrat (Étude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims, Matot-Braine, 1953, 278 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *CDE*, 2000, n°s 5-6, pp. 657-718
- BASÉDOUR J., « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 55-74
- CATALA P., « À propos de l'ordre public », in GUINCHARD S. et PLUYETTE G. (coord.), *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 511-522
- HEURTÉ A., « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RDP*, 1953, pp. 615-648
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., « L'ordre public en droit privé interne », in MATTER P. (dir.), *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, pp. 381-401
- PICARD É., « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in REDOR M.-J. (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-61
- SUDRE F., « Existe-t-il un ordre public européen ? », in TAVERNIER P. (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39-80

L'ordre public en droit de l'Union européenne

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- JEANEAU A., *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, 495 p.
- PICHERAL C., *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001, 426 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BERRAMDANE A., « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », in *Territoires & liberté : Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 157-198
- BLUMANN C., « La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau du Traité CE », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 13-25
- BOUHIER V., « Vers un ordre public européen de l'énergie ? », *RAE*, 2009/2010, n° 4, pp. 749-762
- BOUTARD-LABARDE M.-Ch., « L'ordre public communautaire », in REVET Th. (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 83-88
- CASTILLO M. et CHEMAIN R., « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in REDOR M.-J. (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 133-166
- DRUESNE G., « La réserve d'ordre public de l'article 48 du traité de Rome (Interprétation communautaire et implications en droit français) », *RTDE*, 1976, n° 2, pp. 229-258
- FRANÇOIS S., « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », in KESSEDIAN C. (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 223-242
- GAUTIER M., « L'ordre public », in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 317-329
- GAUTIER Y., « Ordre public », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2004 (actualisation 2016)
- JORGE M., « La construction de l'ordre public social européen », *JCP G*, 1997, doct., 4059
- KARYDIS G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, 2002 n° 1, pp. 1-26
- LYON-CAEN G., « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 693-705
- MOSLER H., « Der "gemeinschaftliche ordre public" in europäischen Staatengruppen », *Revista española de derecho internacional*, 1968, pp. 523-535
- PICARD É., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 55-75
- PICHERAL C., « L'ordre public dans les droits européens », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éd. Cujas, 2013, pp. 103-115
- PICHERAL C., « L'ordre public écologique en droit communautaire », in BOUTELET M. et FRITZ J.-C. (dir.), *L'ordre public écologique. Towards an ecological public order*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 107-129
- POILLOT-PERUZZETTO S., « Ordre public et droit communautaire », *D.*, 1993, pp. 177-182
- RACINE J.-B., « La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage », *RAE*, 2005, n° 2, pp. 227-239
- SIMON D., « Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt Rutili », *RMC*, 1976, pp. 201-223

WAELEBROECK D. et BOUCKAERT J., « (Exception de l')ordre public », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 733-739

B. Contentieux de l'Union européenne

1. Généralités

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires, commentaires

ARNULL A., *The European Union and its Court of Justice*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2006, 699 p.

BOULOUIS J. et CHEVALLIER R.-M., *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1994, t. 1, 434 p.

BOULOUIS J., DARMON M. et HUGLO J.-G., *Contentieux communautaire*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 435 p.

LECOURT R., *L'Europe des juges*, réimpr. de l'ouvrage publié chez Bruylant en 1976, Bruxelles, Bruylant, 2008, 321 p.

LECOURT R., *Le juge devant le marché commun*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, 1970, 69 p.

LENAERTS K., MASELIS I. et GUTMAN K., *EU Procedural Law*, Oxford, OUP, 2014, 890 p.

LOTARSKI J., *Droit du contentieux de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014, 227 p.

MANIN Ph., *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, 2005, 575 p.

RIDEAU J. et PICOD F., *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p.

VANDERSANDEN G. et BARAV A., *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, 722 p.

WATHELET M., *Contentieux européen*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, 969 p.

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

BERTRAND B., COUTRON L. et IDOUX P. (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, 427 p.

CARDONNEL P., ROSAS A. et WAHL N. (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 488 p.

CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, 687 p.

CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1994, vol. I, 177 p.

CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1995, vol. II, 147 p.

COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 320 p.

KRONENBERGER V., D'ALESSIO M. T. et PLACCO V. (coord.), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 635 p.

La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire, Bruxelles, Bruylant, 1997, 643 p.

LOUIS J.-V. et al., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, 666 p.

BRUYLANT

- MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, 595 p.
- MBONGO P. et VAUCHEZ A. (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 258 p.
- MEHDI R. (dir.), *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, 142 p.
- PICHERAL C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Limal – Bruxelles, Anthemis – Nemesis, 2012, 342 p.
- PICOD F. (dir.), *Jurisprudence de la CJUE, 2014. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 891 p.
- PICOD F. (dir.), *Jurisprudence de la CJUE, 2015. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 979 p.
- PICOD F. (dir.), *Jurisprudence de la CJUE, 2016. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 876 p.
- RENGELING H.-W., MIDDEKE A. et GELLERMANN M. (ed.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3^e éd., Munich, Verlag C.H. Beck, 2014, 929 p.
- RIDEAU J. (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p.
- TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 754 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BARAV A., *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne. Recueil d'études*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 537 p.
- BEHR G., *Development of judicial control of the European Communities*, La Haye – Boston – Londres, Martinus Nijhoff, 1981, 822 p.
- BEHR G., *Judicial Control of the European Communities*, Londres, Stevens, 1962, 268 p.
- BECKER P., *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*, Hambourg, Hansischer Gildenverlag, 1963, 148 p.
- BERROD F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p.
- BERTRAND B., *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p.
- COLIN J.-P., *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1966, 544 p.
- COUTRON L., *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p.
- FERRIERE G., *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1968, 143 p.
- GAUDIN H., *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*, thèse, Bordeaux I, 1994, 565 p.
- GUIOT F.-V., *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 1007 p.
- LASOK K. P. E., *Lasok's European Court Practice and Procedure*, 3^e éd., Haywards Heath, Bloomsbury, 2017, 1780 p.
- LASOK K. P. E., *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, 2^e éd., Londres – Dublin – Edinburgh, Butterworths, 1994, 739 p.
- LASOK K. P. E. et MILLETT T., *Judicial Control in the EU : procedures and principles*, Richmond, Richmond, 2004, 431 p.

BRUYLANT

- Plouvier L., *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 310 p.
- SCHERMERS H. G. et Waelbroeck D. F., *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., La Haye – Londres – New York, Kluwer Law International, 2001, 889 p.
- SIMON D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.
- Tinière R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p.
- Valentine D. G., *The Court of Justice of the European Communities*, Londres – New Jersey, Stevens – Rothman, 1965, vol. 1, 601 p.
- Van Reepinghe Ch. et Orianne P., *La Procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles – Paris, Larcier – Dalloz, 1961, 181 p.
- Von Bardeleben É., Donnat F. et Siritzky D., *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La Documentation française, 2012, 325 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- Arnulf A., « Does the Court of justice have inherent jurisdiction ? », *CML Rev.*, 1990, pp. 683-708
- Azoulai L., « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in Mbongo P. et Vauchez A. (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 153-169
- Azoulai L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 1, pp. 29-45
- Azoulai L., « The Judge and the Community's Administrative Governance », in Joerges Ch. et Dehousse R. (ed.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, OUP, 2002, pp. 109-137
- Barav A., « Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes », in Rideau J. (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 191-216
- Barents R., « EU Procedural Law and Effective Legal Protection », *CML Rev.*, 2014, pp. 1437-1462
- Bertrand B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n° 2, pp. 329-354
- Bertrand B. et Sirinelli J., « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in Auby J.-B. et Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 565-593
- Blumann C., « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in Boutayeb C. (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet. Liber amicorum discipulorumque*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 439-461
- Bouveresse A., « La Cour de justice de l'Union européenne : gardienne de ses pouvoirs », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 109-123
- Broussy E., Donnat F. et Lambert Ch., « Chronique de jurisprudence communautaire. Composition de la juridiction et droit à un procès équitable », *AJDA*, 2008, n° 28, pp. 1533-1534
- Catalano N., « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTDE*, 1966, n° 3, pp. 371-382
- Coutron L., « La protection juridictionnelle de l'État adhérent », in Bosse-Platière I. et Rapoport C. (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 141-158
- Coutron L., « La régulation des compétences juridictionnelles en droit de l'Union européenne », in Bertrand B., Coutron L. et Idoux P. (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 99-149

BRUYLANT

- COUTRON L., « La revalorisation du juge », *Ann. dr. eur.*, 2006, pp. 143-175
- COUTRON L., « Les recours formés par les États mis en minorité », in PICOD F. (dir.), *Le principe majoritaire en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 227-254
- COUTRON L., « Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen. Rapport introductif », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1-25
- DE LAUBADÈRE A., « Traits généraux du contentieux administratif des Communautés européennes », *RCADI*, 1964, t. 111, pp. 527-601
- DEGAN V. D., « Procédés d'interprétation tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Exposé comparatif avec la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 189-227
- GAND J., « Composition, organisation, fonctionnement et rôle de la Cour », in GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J. (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 295-308
- GAUDIN H., « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 209-222
- GENCARELLI B., « Pédagogie judiciaire et bienveillance », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-47
- JACQUÉ J. P., « Quelques réflexions sur le contentieux interinstitutionnel », in EPINEY A., HAAG M. et HEINEMANN A. (dir.), *Le défi des frontières. Mélanges en l'honneur de Roland Bieber*, Baden-Baden – Zurich – St Gall, Nomos Verlagsgesellschaft – DikeVerlag, 2007, pp. 338-355
- JAEGER M., « Les voies de recours sont-elles des vases communicants ? », in RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. et al. (dir.), *Mélanges en hommage à F. Schockweiler*, 1999, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 233-253
- L'HUILLIER J., « Une conquête du droit administratif français : Le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *D.*, 1953, chron., pp. 63-66
- LAGRANGE M., « Les actions en justice dans le régime des Communautés européennes », *SEW*, 1962, pp. 81-107
- LENAERTS K., « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, n° 3, pp. 487-528
- LENAERTS K., « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *CDE*, 2009, n° 5-6, pp. 711-745
- LOUIS J.-V., « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in DE WALSCHE A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 283-305
- MEHDI R., « Pédagogie et sécurité juridique », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 77-107
- PESCATORE P., « Article 164 », in CONSTANTINESCO V. et al. (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 941-971
- PESCATORE P., « Jusqu'où le juge peut-il aller trop loin ? », in *Festskrift til Ole Due. Liber amicorum*, Copenhagen, Gad, 1994, pp. 299-338
- PESCATORE P., « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 520-553
- PESCATORE P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, n° 2, pp. 337-359, réimpr. in *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 527-552

- PICHERAL C., « Rapport introductif. Du maniement du droit au procès équitable par la Cour de justice de l'Union européenne », in PICHERAL C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Limal – Bruxelles, Anthemis – Nemesis, 2012, pp. 3-38
- PICOD F., « Doctrine et pouvoir juridictionnel », in PICOD F. (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 145-160
- PICOD F., « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in MASCLET J.-C. et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 907-920
- PICOD F., « L'étendue du contrôle sur l'activité communautaire d'exécution », in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 89-108
- PICOD F., « Le développement de la juridictionnalisation », in RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-286
- PICOD F., « Recevabilité », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 886-895
- POUVIER L., « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379
- PREK M. et LEFÈVRE S., « The EU Courts as “national” courts : National law in the EU judicial process », *CML Rev.*, 2017, pp. 369-402
- RIDEAU J., « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme », in SUDRE F. et LABAYLE H. (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 399-427
- RIGAUX F., « Le pouvoir d'appréciation de la Cour de justice des Communautés à l'égard des faits », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, t. 2, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 1972, pp. 365-381
- RITLÉNG D., « Moyens de recours », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 700-720
- RITLÉNG D., « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans du droit communautaire*, t. 2, Toulouse, Presses universitaires des sciences sociales, 2004, pp. 735-772
- SIMON D., « La légitimité du juge communautaire », in DARCY G., LABROT V. et DOAT M. (dir.), *L'office du juge*, Paris, Les colloques du Sénat, 2008, pp. 447-468
- SIMON D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE*, 1998, n° 1-2, pp. 84-94
- SIMON D., « Les “notions autonomes” en droit de l'Union », in KADA N. (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 93-106
- TOTH A., « Is Subsidiarity Justiciable ? », *E.L.Rev.*, 1994, n° 3, pp. 268-285
- VANDERSANDEN G., « Mais où est la Cour de justice d'antan ? », in MAGNETTE P. (dir.), *La Grande Europe*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 237-246
- WAELEBROECK M., « Les compétences de la Cour de justice », *RCJB*, 1971, pp. 513-581
- WEBER A., « Die Kontrolle kompetenzwidriger Gemeinschaftsakte », in RENGELING H.-W. (ed.), *Europäisierung des Rechts*, Cologne, Heymann, 1996, pp. 21-33

2. Architecture juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne

a. Évolution de l'architecture juridictionnelle

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

DONY M. et BRIBOSIA E. (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, 289 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

ALEMANN A. et PECH L., « Thinking justice outside the docket : a critical assessment of the reform of the EU's Court system », *CML Rev.*, 2017, pp. 129-176

BARENTS R., « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *CML Rev.*, 2010, pp. 709-728

BOCQUILLON F., « Les conséquences de la réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne sur le contentieux de la fonction publique », *JDE*, 2017, pp. 218-224

CHAVRIER M., « La Cour de justice après le traité d'Amsterdam : palingénésie ou palinodies ? », *RMCE*, 2000, pp. 542-550 et 620-629

JACOBS F. G., « The Judicial System of the European Union : Some Suggestions for the Future », in LEANZA U. et al. (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1041-1055

KAPTEYN P. J. G., « Reflections on the Future of the Judicial System of the European Union after Nice », *YEL*, 2001, pp. 173-190

LENAERTS K., « La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne : quel angle d'approche adopter ? », in DONY M. et BRIBOSIA E. (dir.) *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 49-64

LOUIS J.-V., « La fonction juridictionnelle. De Nice à Rome... et au-delà », in DE SCHUTTER O. et NIHOUL P. (coord.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 119-140

PICOD F., « La Cour de justice et les perspectives ouvertes par la Constitution européenne », *RAE*, 2006, n° 2, pp. 233-243

RIGAUX A. et SIMON D., « La réforme du système juridictionnel communautaire. Bilan et perspectives », in CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. et SIMON D. (dir.), *Le Traité de Nice. Premières analyses*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 133-172

RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., « L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne », *CDE*, 1999, n° 3-4, pp. 275-281

RUIZ-JARABO D., « La réforme de la Cour de justice opérée par le Traité de Nice et sa mise en œuvre future », *RTDE*, 2001, n° 4, pp. 705-725

TIZZANO A., « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 499-516

TIZZANO A., « La Cour de justice et l'Acte unique européen », in CAPOTORTI F. et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 691-727

VANDERSANDEN G., « Le système juridictionnel après Nice », *CDE*, 2003, n° 1-2, pp. 3-15

VESTERDORF B., « The Community Court System ten years from now and beyond : challenges and possibilities », *E.L.Rev.*, 2003, n° 3, pp. 303-323

WAELEBROECK D., « Vers une nouvelle architecture judiciaire européenne ? », *CDE*, 2000, n° 1-2, pp. 3-7

- b. Les juridictions composant la Cour de justice de l'Union européenne et les rapports entre elles

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- JUNG H., *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 175 p.
- KIRSCHNER H. et KLÜPFEL K., *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. Aufbau, Zuständigkeiten, Verfahren*, 2^e éd., Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1998, 316 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BOCQUILLON E., « Tribunal. Composition. Organisation et fonctionnement. Compétences », *J.-Cl. Europe Traité*, 2017
- BOUVERESSE A., « Tribunal de l'Union européenne », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2013
- CHAMBERT A.-G., « Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (TFPUE). Composition. Organisation. Compétences », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 320, 2012
- CLAUSEN F., « De la répartition des compétences entre le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique : entre ordre public et discrétion du juge », *RAE*, 2014, n° 3, pp. 613-621
- COUTRON L. et ROLIN F., « Les initiatives jurisprudentielles du Tribunal », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 511-531
- DAUSES M. A., « Verfahrenskonkurrenzen bei gleichzeitiger Anhängigkeit verwandter Rechtssachen vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1999, n° 11, pp. 325-331
- FARTUNOVA M., « Le dialogue des juges : les interactions entre le TPICE et la Cour », in MBONGO P. et VAUCHEZ A. (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 31-52
- GAND J., « Composition, organisation, fonctionnement et rôle de la Cour », in GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J. (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 295-308
- JOLIET R. et VOGEL W., « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RMC*, 1989, n° 329, pp. 423-431
- KLINKE U., « Quelques réflexions à propos de la relation entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 239-253
- LENAERTS K., « 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, n°s 3-4, pp. 323-411
- LENAERTS K., « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes : genèse et premiers pas », *JT*, 1990, pp. 409-415
- MAHONEY P., « Le Tribunal de la fonction publique : avantages et inconvénients d'une instance juridictionnelle spécialisée », *RUDH*, 2011, n°s 1-3, pp. 11-16
- NEFRAMI E., « Le Tribunal, juge de deuxième instance », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 419-431
- PICOD F., « Cour de justice. Composition. Organisation. Compétences », *J.-Cl. Europe Traité*, 2013
- VAN DER WOUDE M., « Le Tribunal de première instance. "Les trois premières années" », *RMUE*, 1992, n° 3, pp. 113-157
- VAN RAEPENBUSCH S., « Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, huit ans après sa création. Quelques réflexions parfois peu conformistes », in LEANZA U. et al. (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1275-1294
- VANDERSANDEN G., « Le Tribunal de la fonction publique européenne : un nouveau regard », in *Réalisations et défis de l'Union européenne. Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 385-408

c. Rôle de l'avocat général

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

CLÉMENT-WILZ L., *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1092 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

BARAV A., « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, 1974, n° 4, pp. 809-826

BENOÎT-ROHMER F., « L'affaire *Emesa Sugar* : l'institution de l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence *Vermeulen* de la Cour européenne des droits de l'homme », *CDE*, 2001, n° 3-4, pp. 403-426

BENOÎT-ROHMER F., « Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable », *RTDE*, 2001, n° 4, pp. 727-741

CLÉMENT-WILZ L., « Accord et faux-semblant entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg : le respect des exigences du procès équitable », *RAE*, 2009/2010, n° 1, pp. 115-127

DARMON M., « La fonction d'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 75-81

FENNELLY N., « Reflections of an Irish Advocate General », *IJEL*, 1996, pp. 5-19

GORI P., « L'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1976, n° 4, pp. 375-393

HUGLO J.-G., « Droits fondamentaux et ordre juridique communautaire. À propos de deux décisions récentes », *GP*, 2000, III, Doct., pp. 993-996

LÉGER Ph., « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in TEYSSIE B. et al. (dir.), *L'honnête homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyér*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-278

RUÍZ-JARABO COLOMER D. et LÓPEZ ESCUDERO M., « L'institution de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. et al. (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 523-550

SIMON D., « Avocats généraux », *Europe*, 2000, n° 4, comm. 90

SPIELMANN D., « L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire », *RTDH*, 2000, pp. 585-615

TRIDIMAS T., « The Role of the Advocate General in the Development of Community Law : Some Reflections », *CML Rev.*, 1997, pp. 1349-1387

3. Voies de droit

a. Voies de droit non contentieuses

Renvoi préjudiciel

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

COUTRON L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 512 p.

SIMON D. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne 3. Renvoi préjudiciel. Recours en manquement*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, 385 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- ANDERSON D. W. K., *References to the European Court*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, 532 p.
- BARAV A., *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 283 p.
- COUTRON L., *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p.
- FERRIÈRE G., *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1968, 143 p.
- NAÔMÉ C., *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, 377 p.
- PERTEK J., *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 357 p.
- PERTEK J., *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire. Coopération entre CJCE et juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, 238 p.
- TOMUSCHAT Ch., *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften*, Cologne – Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1964, 226 p.
- VANDERSANDEN G., *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 174 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ADAM S., « Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union. Note sur l'avis 1/09 de la Cour de justice », *CDE*, 2011, n° 1, pp. 277-302
- ALEXANDER W., « La recevabilité des renvois préjudiciels dans la perspective de la réforme institutionnelle de 1996 », *CDE*, 1995, n°s 5-6, pp. 561-576
- BARAV A., « Déviation préjudicielle », in *Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Études en honneur à Jean Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 227-247
- BARAV A., « Imbroglia préjudiciel – À propos des arrêts de la Cour de justice dans l'affaire Foglia C. Novello », *RTDE*, 1982, pp. 431-483, réimpr. in *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97-160
- BARAV A., « Le renvoi préjudiciel communautaire », *Justices*, 1997, n° 6, pp. 1-14
- BARAV A., « Transmutations préjudicielles », in COLNERIC N. et al. (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 621-635, réimpr. in *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 19-36
- BEHR G., « Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *CDE*, 1975, n° 4, pp. 380-424
- BEHR G., « The Rambling Ghost of "Cohn-Bendit" : Acte Clair and the Court of Justice », *CML Rev.*, 1983, pp. 439-472
- BEHR G., « The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty », *CML Rev.*, 1988, pp. 667-691
- BERGERÈS M.-Ch., « La reformulation des questions préjudicielles en interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes », *D.*, 1985, pp. 155-162
- CHENEVIÈRE C., « L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris », *CDE*, 2004, n°s 5-6, pp. 567-589
- CLÉMENT-WILZ L., « Le renvoi préjudiciel près la Cour de justice est-il menacé ? », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 69-80
- COUTRON L., « L'arrêt *Schul* : une occasion manquée de revisiter la jurisprudence *Foto-Frost* ? », *RTDE*, 2007, n° 3, pp. 491-511

- COUTRON L., « L'irénisme des Cours européennes. Rapport introductif », in COUTRON L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 14-58
- COUZINET J.-F., « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1976, n° 4, pp. 648-690
- DAIG H.-W., « Aktuelle Fragen der Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung von Rechtsprechung und Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften », *Europarecht*, 1968, n° 3, pp. 259-294, et n° 4, pp. 371-388
- GAUDET M., « La coopération judiciaire, instrument d'édification de l'ordre juridique communautaire », in VON CAEMMERER E., SCHLOCHAUER H.-J. et STEINDORFF E. (ed.), *Festschrift für Walter Hallstein*, Francfort sur le Main, P. Raymann, 1966, pp. 202-225
- GIRERD P., « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », *RDTE*, 1999, n° 2, pp. 239-260
- GOFFIN L., « De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes des institutions communautaires », *CDE*, 1990, n°s 1-2, pp. 216-226
- KOOPMANS T., « La procédure préjudicielle – victime de son succès ? », in CAPOTORTI F. et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347-357
- KORNEZOV A., « The new format of the *acte clair* doctrine and its consequences », *CML Rev.*, 2016, pp. 1317-1342
- KOVAR R., « L'évolution de l'article 177 du traité CE », in VANDERSANDEN G. (dir.), *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1994, pp. 35-57
- LENAERTS K., « La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel », *CDE*, 1983, n° 4, pp. 471-500
- LIPSTEIN K., « *Foglia v. Novello* – Some Unexplored Aspects », CAPOTORTI F. et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 373-385
- MERTENS DE WILMARS J., « Annulation et Appréciation de Validité dans le Traité CEE : Convergence ou divergence ? », in GREWE W. G., RUPP H. et SCHNEIDER H. (ed.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1981, pp. 283-300
- PECHO P. et MICHEL F., « Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 26 juin 2007 : "Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a." », *RDUE*, 2007, n° 4, pp. 907-928
- PESCATORE P., « Article 177 », in CONSTANTINESCO V. et al. (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 1073-1122
- PICOD F. et RIDEAU J., « Renvoi préjudiciel », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2006 (actualisation 2013)
- PICOD F., « La coopération juridictionnelle », in AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne : carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 199-232
- RIGAUX A., « Du "relevé d'office" dans le cadre du renvoi préjudiciel... », *Europe*, 1999, n° 4, comm. 137
- VANDERSANDEN G., « La procédure préjudicielle : À la recherche d'une identité perdue », in DONY M. (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. I, pp. 619-648
- WEITZEL L., « La reformulation de la question préjudicielle », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1994, vol. I, pp. 83-97

Procédure d'avis consultatif

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

ADAM S., *La procédure d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 668 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

ADAM S., « L'examen de l'admissibilité d'une demande d'avis, aux confins de l'effectivité du contrôle préventif et de l'équilibre institutionnel », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 19-28

ADAM S., « Quelques réflexions sur les relations entre les procédures *a priori* et *a posteriori* d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l'"accord PNR" », *CDE*, 2006, n°s 5-6, pp. 657-696

BIEBER R., « Les limites matérielles à la révision des traités établissant les Communautés européennes », *RMC*, 1993, pp. 343-350

BOULOUIS J., « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, 1992, vol. 235, 80 p.

BOULOUIS J., « Les avis de la Cour de justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *RTDE*, 1992, n° 3, pp. 457-463

CHARPENTIER J., « Le contrôle par la Cour de justice de la conformité au traité des accords en vigueur conclu par la Communauté », *RMCUE*, 1997, pp. 413-421

CHRISTIANOS V., « La compétence consultative de la Cour de justice à la lumière du traité sur l'Union européenne », *RMCUE*, 1994, pp. 37-44

CONSTANTINESCO V. et SIMON D., « Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes », *RTDE*, 1975, n° 3, pp. 432-469

DA CRUZ VILAÇA J. L. et PIÇARRA N., « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE*, 1993, n° 3, pp. 3-37

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « L'EEE sous le regard des juges de la CJCE », *RMC*, 1992, pp. 603-612

GRAY Ch., « Advisory Opinions and the European Court of Justice », *E.L.Rev.*, 1983, n° 1, pp. 24-39

HUGLO J.-G., « Lincompatibilité de l'accord sur l'EEE au regard du traité de Rome », *GP*, 18-19 mars 1992, pp. 4-7

KARAGIANNIS S., « L'expression "accord envisagé" dans l'article 228 § 6 du traité CE », *CDE*, 1998, n°s 1-2, pp. 105-136

KHEITMI R., « La fonction consultative de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 3, pp. 553-594, et n° 4, pp. 759-798

KOVAR R., « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne », in BARDONNET D. *et al.* (coord.), *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 357-377

LERAY E. et POTTEAU A., « Réflexions sur la cohérence du système de contrôle de la légalité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *RTDE*, 1998, n° 4, pp. 535-571

RIDEAU J., « Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux », *RGDIP*, 1990, pp. 289-413

Réexamen

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- AFROUKH M., « Le réexamen devant les cours européennes », *RAE*, 2011, n° 1, pp. 139-157
- FARDET Ch., « Le "réexamen" des décisions du Tribunal de première instance », *RMCE*, 2004, pp. 184-193
- GATTINARA G. et PAPPALARDO F., « L'arrêt *Strack* de la Cour de justice et les contours du réexamen », *RAE*, 2013, n° 3, pp. 571-580
- JOHANSSON M., « The ECJ Decides the First Case Under the Article 256(2) TFEU Review Procedure », *E.L.Rep.*, 2010, n° 6, pp. 195-202
- JUNG H., « Une nouvelle procédure devant la Cour : le réexamen », in BAUDENBACHER C. *et al.* (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 191-218
- PINGEL I., « La procédure de réexamen en droit de l'Union européenne », *RUE*, 2011, pp. 532-536
- RIGAUX A., « Atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'UE », *Europe*, 2015, n° 11, comm. 418
- RIGAUX A., « La Cour tranche pour la première fois sur le fond une procédure de réexamen », *Europe*, 2010, n° 2, comm. 63
- TIZZANO A. et IANNUCELLI P., « Premières applications de la procédure de "réexamen" devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, pp. 733-754
- VON BARDELEBEN É., « La procédure de réexamen, instrument d'une application prétorienne audacieuse des directives aux institutions européennes (Commentaire de l'arrêt CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-579/12 RX-II, *Commission c/ Guido Strack*) », *RTDE*, 2014, n° 1, pp. 111-132

b. Voies de droit contentieuses

Recours en manquement et « manquement sur manquement »

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- FERRIÈRE G., *Le contrôle de la légalité des actes étatiques par la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1968, 143 p.
- HEIN D., *Die Inzidentkontrolle sekundären Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof. Dargestellt am Beispiel der Prüfung von Richtlinien im Vertragsverletzungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 302 p.
- MATERNE T., *La procédure en manquement d'État : guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, 427 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- AMPHOUX J., « Recours en constatation des manquements des États. Les traités C.E.E. et Euratom », in GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J. (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 379-389
- BARAV A., « Failure of Member States to fulfil their obligations under Community law », *CML Rev.*, 1975, pp. 369-383
- BLANC D., « Les procédures du recours en manquement, le traité, le juge et le gardien : entre unité et diversité en vue d'un renforcement de l'Union de droit », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 429-461
- CAHIER Ph., « Le recours en constatation de manquements des États membres devant la Cour des Communautés européennes », *CDE*, 1967, n° 2, pp. 123-162

- CAHIER Ph., « Les articles 169 et 171 du Traité instituant la Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *CDE*, 1974, n^{os} 1-2, pp. 3-38
- CALVET H., « Manquement (Recours en constatation de) », *Rép. communautaire Dalloz*, 1992, 25 p.
- CANDELA CASTILLO J. et MONGIN B., « Les infractions au droit communautaire commises par les États membres : quelques apports clés de la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière de manquement », *RMCUE*, 1996, pp. 51-58
- CLÉMENT-WILZ L., « Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général. Observations sur l'affaire *Commission c/ France*, arrêt du 12 juillet 2005 », *CDE*, 2005, n^{os} 5-6, pp. 725-748
- COUTRON L., « Lisbonne, la crise économique et le manquement sur manquement : première démarque sur les sanctions pécuniaires ! », *RTDE*, 2013, n^o 3, pp. 321-325
- DE BELLESCIZE D., « L'article 169 du traité de Rome, et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des États membres », *RTDE*, 1977, n^o 2, pp. 173-213
- KILBEY I., « The interpretation of Article 260 TFEU (ex 228 EC) », *E.L.Rev.*, 2010, n^o 3, pp. 370-386
- KOVAR R., « La Commission, gardienne des traités », in *La Commission des Communautés Européennes et l'élargissement de l'Europe*, Bruxelles, Institut d'Études Européennes, 1974, pp. 9-83
- KOVAR R., « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 143-176
- LOUIS J.-V., « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », in CAPOTORTI F. et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 387-409
- LOUIS J.-V., « Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation de manquements », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicusque in honorem egregii professoris edita*, Paris, LGDJ, 1972, t. 2, pp. 225-239
- MASSON B., « "L'obscur clarté" de l'article 228 § 2 CE », *RTDE*, 2004, n^o 4, pp. 639-668
- NAFILYAN G., « La position des États membres et les recours en manquement des articles 169 C.E.E. et 141 C.E.E.A. », *RTDE*, 1977, n^o 2, pp. 214-243
- POUVIER L., « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379
- PRETE L. et SMULDERS B., « The coming of age of infringement proceedings », *CML Rev.*, 2010, pp. 9-61
- RIGAUX A., « Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul des sanctions pécuniaires », *Europe*, 2005, n^o 10, étude 10, pp. 9-12
- THEODOSSIOU M. A., « An analysis of the recent response of the Community to non compliance with Court of Justice judgments : Article 228(2) E.C », *E.L.Rev.*, 2002, n^o 1, pp. 25-46
- VAN RIN Th., « Les sanctions pécuniaires de l'article 260 TFUE : 5 ans après le traité de Lisbonne », *CDE*, 2015, n^{os} 2-3, pp. 557-589
- VAN RIN Th., « Non-exécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres », *CDE*, 2008, n^{os} 1-2, pp. 83-122

Recours en annulation

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BONAERT A. *et al.*, *Fragen der Nichtigkeit- und Untätigkeitsklagen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl im Lichte der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaften*, Francfort sur le Main, Vittorio Klostermann, 1961, 136 p.
- CASSIA P., *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, 1045 p.
- DAIG H.-W., *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und der Schlußanträge der Generalanwälte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 345 p.
- DONNAT F., *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, LGDJ, 2008, 243 p.
- MARIATTE F. et RITLENG D., *Contentieux de l'Union européenne. Annulation. Exception d'illégalité*, Paris, Lamy, 2011, 390 p.
- RITLENG D., *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, 725 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ADAM S., « Quelques réflexions sur les relations entre les procédures *a priori* et *a posteriori* d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l'"accord PNR" », *CDE*, 2006, n° 5-6, pp. 657-696
- AL-RIKABI Z., « Kadi II : the Right to Effective Judicial Review triumphs yet again », *European Human Rights Law Review*, 2013, pp. 631-636
- ARNULL A., « Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EEC Treaty », *CML Rev.*, 1995, pp. 7-49
- BARAV A., « Direct and Individual Concern : An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court », *CML Rev.*, 1994, pp. 191-198
- BEHR G., « Direct and indirect judicial control of Community acts in practice : The relation between articles 173 and 177 of the EEC Treaty », in *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 91-111
- BOUVERESSE A., « Médicaments », *Europe*, 2010, n° 11, comm. 365
- BOUVERESSE A., « Recevabilité et moyens d'annulation », *Europe*, 2013, n° 6, comm. 257
- CANEDO M., « L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire », *RTDE*, 2000, n° 3, pp. 451-510
- CASSIA P., « Quelles perspectives pour la recevabilité du recours en annulation des particuliers ? », *D.*, 2002, pp. 2825-2830
- CASSIA P. et SAULNIER-CASSIA E., « La violation des formalités substantielles dans le recours en annulation de l'article 263 TFUE : vers une diffusion, dans les ordres juridiques nationaux, de la jurisprudence européenne relative aux vices de forme et de procédure ? », in KADA N. (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 149-163
- CATALANO N., « Les voies de recours ouvertes aux personnes physiques ou morales contre les actes non réglementaires de la Commission C.E.E. », *SEW*, 1965, pp. 525-566
- COMBREXELLE J. D., « Cour de justice – Recours en annulation – Cas d'ouverture – Arrêts statuant sur des recours en annulation », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 331, 1993
- COUTRON L., « L'héritage de l'arrêt UPA », *AJDA*, 2014, n° 10, pp. 548-556

- COUTRON L., « Premières précisions sur la clause “Jégo-Quéré” », *RAE*, 2012, n° 1, pp. 163-169
- CUYVERS A., « “Give me one good reason” : The unified standard of review for sanctions after Kadi II », *CML Rev.*, 2014, pp. 1759-1788
- CUYVERS A., Note sous CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, *CML Rev.*, 2008, pp. 1487-1505
- DE LAUBADÈRE A., « Contribution à l'étude de l'accès des personnes privées aux juridictions internationales : le recours des entreprises pour détournement de pouvoir contre les mesures générales édictées par la Haute Autorité de la C.E.C.A. », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 328-345
- DUBUISSON F. et POISSONNIER G., « La question du Sahara occidental devant le Tribunal de l'Union européenne : une application approximative du droit international relatif aux territoires non autonomes », *JDI*, 2016, n° 2, var. 3
- FROMONT M., « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, n° 1, pp. 47-65
- GUIOT F.-V., « L'affaire *Inuit* : une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE », *RTDE*, 2014, n° 2, pp. 389-408
- JACQUÉ J. P., « Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies “Merci Monsieur le Professeur” », *L'Europe des libertés*, 2005, n° 19
- JACQUÉ J. P., « Les Verts v The European Parliament », in POIARES MADURO M. et AZOULAI L. (ed.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart, 2010, pp. 316-323
- JACQUÉ J. P., Note sous Partie écologiste Les Verts c/ Parlement européen, *RTDE*, 1986, n° 3, pp. 500-511
- KOVAR R. et BARAV A., « Variations nouvelles sur un thème ancien : les conditions du recours individuel en annulation dans la CEE. À propos du cas d'un acte pris sous l'apparence d'un règlement », *CDE*, 1976, n° 1, pp. 73-109
- MARCIALI S., « Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales. Quelques réactions à l'arrêt CJCE du 18 janvier 2007, *PKK et KNK/Conseil de l'Union européenne*, aff. C-229/05 », *RMCE*, 2007, pp. 379-389
- MEHDI R., « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », *RTDE*, 2003, n° 1, pp. 23-50
- MEISSE É., « Conditions de recevabilité du recours en annulation », *Europe*, 2007, n° 7, comm. 174
- MEISSE É., « La recevabilité du recours et l'article 34 de la CEDH », *Europe*, 2007, n° 3, comm. 82
- MERTENS DE WILMARS J., « Annulation et Appréciation de Validité dans le Traité CEE : Convergence ou divergence ? », in GREWE W. G., RUPP H., SCHNEIDER H. (ed.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1981, pp. 283-300
- MICHEL V., « Accord CE/Suisse », *Europe*, 2010, n° 11, comm. 388
- MICHEL V., « Accord CE/Suisse », *Europe*, 2013, n° 5, comm. 231
- MOLINIER J., « Le contrôle juridictionnel et ses limites : à propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », in RIDEAU J. (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 77-98
- PETERSEN E., « L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1966, n° 2, pp. 256-266
- RASMUSSEN H., « Why is Article 173 Interpreted Against Private Plaintiffs ? », *E.L.Rev.*, 1980, n° 2, pp. 112-127

- RASQUIN G. et CHEVALLIER R.-M., « L'article 173, alinéa 2 du Traité CEE », *RTDE*, 1966, n° 1, pp. 31-46
- RIDEAU J., « Recours en annulation. Cas d'ouverture, pouvoirs du juge de l'annulation, contenu, effets et exécution des arrêts d'annulation », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 331, 2015
- RIDEAU J., « Recours en annulation. Conditions de recevabilité », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 330, 2015
- RIDEAU J., « Réflexions sur la jurisprudence *Kadi et Yusuf/Al Barakaat*. Quand le Professeur retourne à l'école... de droit », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 489-510
- RITLENG D., « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA*, 1999, n° 9, pp. 645-657
- RITLENG D., « Neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-228
- SCHOCKWEILER F., « La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire », *AJDA*, 1990, n° 6, pp. 435-443
- SIMON D., « Article 263 TFUE. Recours individuels contre des actes réglementaires : première application de l'article 263, alinéa 4 TFUE », *Europe*, 2011, n° 11, comm. 388
- SIMON D., « Délai de recours », *Europe*, 2013, n° 6, comm. 256
- SIMON D., « Une décision intéressante du point de vue procédural, à la fois sur le terrain de la computation des délais de recours et sur la technique du "recours manifestement fondé" au sens de l'article 132 du règlement de procédure », *Europe*, 2016, nos 8-9, comm. 269
- SIMON D., « Une théorie de l'intensité du contrôle juridictionnel est-elle possible ? », *Europe*, 2002, n° 4, chron. n° 4
- SIMON D. et MARIATTE F., « Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? À propos des arrêts *Yusuf, Al Barakaat International Foundation et Kadi* du 21 septembre 2005 », *Europe*, 2005, n° 12, étude 12, pp. 6-12
- SIMON D. et RIGAUX A., « Le Tribunal et le droit international des traités : un arrêt déconcertant... », *Europe*, 2016, n° 2, étude 1
- VANDERSANDEN G., « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *CDE*, 1996, nos 5-6, pp. 535-552
- VERELLEN T., « Het procedurele aspect : een niet al te elegante omgang met de ontvankelijkheidsvereisten van artikel 263 VWEU », *SEW*, 2016, pp. 184-186
- WAELEBROECK M. et SPELTDOORN O., « Annulation (Recours en) », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2000 (actualisation 2013)
- WEBER Y., « La preuve du détournement de pouvoir devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 3, pp. 507-552

Exception d'illégalité

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- COUTRON L., *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p.
- HEIN D., *Die Inzidentkontrolle sekundären Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof. Dargestellt am Beispiel der Prüfung von Richtlinien im Vertragsverletzungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 302 p.
- MARIATTE F. et RITLENG D., *Contentieux de l'Union européenne. Annulation. Exception d'illégalité*, Paris, Lamy, 2011, 390 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BARAV A., « The exception of illegality in Community law : a critical analysis », *CML Rev.*, 1974, pp. 366-386
- BEER G., « Judicial Remedy of private parties against normative acts of the European Communities : the role of exception of illegality », *CML Rev.*, 1966, pp. 7-31
- BUSSE Ch., « Art. 241 EG in der Rechtsprechung des EuGH. Eine kritische Würdigung », *EuZW*, 2002, n° 23, pp. 715-720
- DUBOIS P., « L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1978, n° 4, pp. 407-439
- LOUIS J.-V., « De l'exception d'illégalité dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes », *Revista de derecho. Jurisprudencia y administración*, 1967, pp. 109-122
- SINANIOTIS D., « The Plea of Illegality in EC Law », *European Public Law*, 2001, pp. 103-125
- WAELEBROECK M., « Le contrôle incident de la légalité des actes communautaires », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 135-141
- WAELEBROECK M. et SPELTDOORN O., « Exception d'illégalité », *Rép. Dalloz Droit européen*, 1999 (actualisation 2009)

Recours en carence

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BONAERT A. et al., *Fragen der Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl im Lichte der Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaften*, Francfort sur le Main, Vittorio Klostermann, 1961, 136 p.
- CAZET S., *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 675 p.
- DAIG H.-W., *Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und der Schlußanträge der Generalanwälte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 345 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BARAV A., « Carence (Recours en -) », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 157-161
- BARAV A., « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *RTDE*, 1975, n° 1, pp. 53-71, réimpr. in *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne. Recueil d'études*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 239-260
- DONY M. et RONSE Th., « Réflexions sur la spécificité du recours en carence », *CDE*, 2000, n° 5-6, pp. 595-636
- SOLDATOS P., « L'introuvable recours en carence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1969, n° 3, pp. 313-334

Recours en indemnité

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- CONSTANTINESCO L.-J., *Les problèmes résultant de la responsabilité extracontractuelle concomitante de la Communauté et d'un État membre*, Luxembourg, Office communautaire des publications, 1980, 70 p.

FAVRET J.-M., *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, 427 p.

FINES F., *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, 1990, 501 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

BARAV A., « "Injustice normative" et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne », *CDE*, 1977, n° 4, pp. 439-457, réimpr. in *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne. Recueil d'études*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 299-318

BOUVERESSE A., « Autonomie et systématique des contentieux », *Europe*, 2013, nos 8-9, comm. 339

BROYELLE C., « L'imputation de la responsabilité dans les situations d'exécution nationale du droit communautaire », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHERE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1035-1044

COUTRON L. et PICOD F., « La responsabilité de l'Union européenne du fait de son activité administrative », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHERE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 255-290

COUTRON L., « L'effet boomerang de la jurisprudence *Gascogne* (Quand la Cour de justice doit répondre devant le Tribunal des actions en responsabilité pour violation du délai raisonnable de jugement) », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 145-157

COUTRON L., « La réorientation du contentieux du délai raisonnable de jugement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1667-1695

COUTRON L., « Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM. Note sous CJCE, 8 septembre 2008, FIAMM, aff. jointes n° C-120/06 et C-121/06 », *RFDA*, 2009, n° 2, pp. 329-342

CUJO E., « L'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation. Évolutions jurisprudentielles », *RMC*, 1999, pp. 414-420

DU BAN B., « Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté », *CDE*, 1977, n° 4, pp. 397-434

GOFFIN L., « Recours en indemnité », in GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J. (dir.), *Les nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 333-339

GRAFFIN T., « La responsabilité extra-contractuelle de la Communauté européenne après l'arrêt *Bergaderm* », *RAE*, 2001/2002, n° 7, pp. 862-874

HARDING Ch., « The choice of Court problem in cases of non-contractual liability under EEC law », *CML Rev.*, 1979, pp. 389-406

HUGLO J.-G., « Recours en indemnité. Nature et fondement. Conditions de recevabilité », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 370, 2010

PERNICE I., « Le recours en indemnité », *CDE*, 1995, nos 5-6, pp. 641-660

RITLENG D., « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », in MASCLET J.-C. et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 921-932

SCHOCKWEILER F., « Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *RTDE*, 1990, n° 1, pp. 27-74

SMITS C., « Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des États membres », in VANDERSANDEN G. et DE WALSCHE A. (dir.), *Mélanges Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 409-442

- TRIDIMAS T., « Liability for breach of Community Law : growing up and mellowing down ? », *CML Rev.*, 2001, pp. 301-332
- VERANNEMAN K., « Déterminer la compétence du juge de l'Union face à la nature non contractuelle ou contractuelle d'une action en responsabilité : la Cour de justice définit la méthode », *RAE*, 2013, n° 2, pp. 399-404
- WATHELET M. et VAN RAEPENBUSCH S., « 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, n°s 1-2, pp. 13-60
- ZAMPINI F., « Le recours en indemnité, remède adéquat en cas de non-respect d'un délai de jugement raisonnable par le juge de l'Union européenne. De l'abandon de la jurisprudence *Baustahlgewebe*... à la fin de la réduction des amendes pour violation du délai raisonnable de la procédure administrative ? », *RTDE*, 2014, n° 2, pp. 291-308

Recours des fonctionnaires et agents de l'Union européenne

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- GOVAERE I. et VANDERSANDEN G. (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 212 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- DALLE-CRODE S., *Le fonctionnaire communautaire. Droits, obligations et régime disciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 676 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BOCQUILLON F., « Les conséquences de la réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne sur le contentieux de la fonction publique », *JDE*, 2017, pp. 218-224
- BONI S., « La procédure devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : principales innovations introduites par son règlement de procédure », *CDE*, 2007, n°s 5-6, pp. 733-775
- COUTRON L., « Inapplicabilité de la règle de concordance entre la réclamation et le recours aux exceptions d'illégalité soulevées dans le contentieux des fonctionnaires », *RTDE*, 2014, n° 4, pp. 908-909
- GERVASONI S., « Le procès devant le juge communautaire de la fonction publique : quelles réminiscences françaises ? », in DE WALSCHE A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 903-926
- GERVASONI S., « Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : cinq ans de jurisprudence », *CDE*, 2010, n°s 5-6, pp. 731-790
- GERVASONI S., « Les valeurs de la fonction publique de l'Union européenne : éclairage jurisprudentiel », in POTVIN-SOLIS L. (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 171-194
- MAHONEY P., « Conclusion générale », in GOVAERE I. et VANDERSANDEN G. (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 195-212
- MASSON A., CADOR V. et PETRLIK D. (dir.), « Application du droit de l'Union européenne par le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (juillet 2012-juillet 2013) », *Europe*, 2014, n° 1, chron. 1
- ORZAN M. F., « La phase précontentieuse dans le domaine de la fonction publique européenne, à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal de l'Union européenne », *RAE*, 2014, n° 3, pp. 581-589

- PLOUVIER L., « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379
- TAGARAS H., « Le Tribunal de la fonction publique et la question des dépens », in DE WALSCHÉ A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 971-1001
- VAN RAEPENBUSCH S., « L'apport jurisprudentiel du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », in GOVAERE I. et VANDERSANDEN G. (dir.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 141-185
- VAN RAEPENBUSCH S., « Le contentieux de la fonction publique européenne », *CDE*, 1992, n° 5-6, pp. 565-602
- VAN RAEPENBUSCH S., « Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, huit ans après sa création. Quelques réflexions parfois peu conformistes », in LEANZA U. et al. (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 1275-1294
- VAN RAEPENBUSCH S., « Proceedings Relating to the European Public Service », in PAPPAS S. A. (ed.), *Current Trends and Developments in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities : Annual Report*, Maastricht, EIPA, 1994, vol. 1, pp. 93-131
- VAN RAEPENBUSCH S., « Quelques réflexions sur le règlement amiable des litiges portés devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », *RAE*, 2013, n° 2, pp. 291-298
- VAN RAEPENBUSCH S. et SABA P., « Contentieux de la fonction publique de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 199-2, 2007 (mise à jour 2009)
- VANDERSANDEN G., « Le contentieux de la fonction publique de l'Union européenne : décision judiciaire ou règlement amiable ? », *CDE*, 2010, n° 5-6, pp. 569-585
- VANDERSANDEN G., « Le Tribunal de la fonction publique européenne : un nouveau regard », in *Réalisations et défis de l'Union européenne. Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 385-408
- VANDERSANDEN G., « Propositions d'amélioration du régime des voies de recours en matière de fonction publique communautaire », in DEMARET P., GOVAERE I. et HANF D. (ed.), *European Legal Dynamics. Dynamiques juridiques européennes*, Bruxelles, Peter Lang, 2007, pp. 161-170

Contentieux contractuel, clause compromissoire

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BERNARD E., « Clause compromissoire. L'existence de clauses compromissoires au sein des contrats conclus par la Communauté européenne soulève à la fois des questions de compétence et de fond », *Europe*, 2005, n° 5, comm. 153
- LEBON L., « Quelle responsabilité contractuelle de l'Union européenne », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 127-141
- MARTI G., « L'office du juge communautaire dans le contentieux des contrats », *RFDA*, 2011, n° 3, pp. 601-609
- NEFRAMI E., « Le contentieux des clauses compromissoires », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 561-581
- RITLÉNG D., « Les contrats de l'administration de l'Union européenne », in AUBY J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 219-238
- VERANNEMAN K., « Déterminer la compétence du juge de l'Union face à la nature non contractuelle ou contractuelle d'une action en responsabilité : la Cour de justice définit la méthode », *RAE*, 2013, n° 2, pp. 399-404

Contentieux interétatique

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- AFROUKH M. et COUTRON L., « La compétence – exagérément ? – exclusive de la Cour de justice pour l'examen des recours interétatiques », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 45-68
- BARAV A., « Article 182 », in CONSTANTINESCO V. *et al.* (dir.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 1151-1153

Pourvoi

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BÖLHOFF C., *Das Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Verfahren, Prüfungsumfang und Kontrolldichte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, 259 p.
- LANGNER O., *Der Europäische Gerichtshof als Rechtsmittelgericht. Der Prüfungsumfang im europäischen Rechtsmittelverfahren*, Francfort (Main), Peter Lang, 2003, 255 p.
- NAÔMÉ C., *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, 264 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- CADIET L. et GUINCHARD S., « Le double degré de juridiction », *Justices*, 1996, n° 4, pp. 1-8
- COUTRON L., « De l'irruption du droit national dans le cadre du pourvoi », *RTDE*, 2012, n° 1, pp. 170-175
- DA CRUZ VILAÇA J. L., « Le contrôle de la Cour sur pourvoi en matière de concurrence : quelques réflexions à propos d'affaires récentes », in TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 203-214
- FRIDEN G., « Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance », *RAE*, 2000, n° 3, pp. 231-238
- LENAERTS K., « 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, nos 3-4, pp. 323-411
- MEHDI R., « L'aspect européen », *Justices*, 1996, n° 4, pp. 51-71
- NEFRAMI E., « Le Tribunal, juge de deuxième instance », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 419-431
- RIDEAU J. et PICOD F., « Le pourvoi sur les questions de droit », *RMCUE*, 1995, n° 392, pp. 584-601
- SONELLI S., « Appeal on points of law in the Community system – a review », *CML Rev.*, 1998, pp. 871-900
- WÄGENBAUR B., « Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren », *EuZW*, 1995, n° 7, pp. 199-203
- WATHELET M. et VAN RAEPENBUSCH S., « Le contrôle sur pourvoi de la Cour de justice des Communautés européennes, dix ans après la création du Tribunal de première instance », in RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C. *et al.* (dir.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 605-633

Référé et mesures provisoires

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BARBIER DE LA SERRE É., « Les offices du juge des référés communautaire », in BAUDENBACHER C. *et al.* (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 237-267

BRUYLANT

- BORCHARDT G., « The award of interim measures by the European Court of Justice », *CML Rev.*, 1985, pp. 203-236
- CASTILLO DE LA TORRE F., « Interim measures in Community Courts : recent trends », *CML Rev.*, 2007, pp. 273-353
- DA CRUZ VILAÇA J.-L., « La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Giuffrè, 1998, vol. II, pp. 257-306
- DAVID É., « Référé », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2013
- DE SCHUTTER O., « Les mesures provisoires devant la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux », in COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F. (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2005, pp. 93-130
- JAEGER M., « Le référé devant le Tribunal de l'Union européenne : réflexions sur 20 années de jurisprudence », *RAE*, 2009/2010, n° 3, pp. 373-388
- JOLIET R., « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rivista di Diritto europeo*, 1992, pp. 253-284
- KAUFF-GAZIN F., « Sursis à exécution en matière extracontractuelle », *Europe*, 2008, n° 3, comm. 78
- MEHDI R., « Le juge communautaire et l'urgence », in RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2003, pp. 57-103
- PASTOR B. et VAN GINDERACHTER E., « La procédure en référé », *RTDE*, 1989, n° 4, pp. 561-621
- PICOD F., « Référé devant la Cour de justice de l'Union européenne », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 390, 2014
- RIDEAU J. et PICOD F., « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *JTDE*, 1995, n° 20, pp. 121-129
- VAN GINDERACHTER E., « Référé », in BARAV A. et PHILIP Ch. (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 911-920
- VANDERSANDEN G., « Article 179 », in LOUIS J.-V. et al., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, pp. 309-371

Intervention et tierce opposition

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- NISSEN H.-O., *Die Intervention Dritter im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Instituten der Drittbeteiligung vor deutschen und französischen Zivil- und Verwaltungsgerichten*, Berlin, Duncker & Humblet, 2001, 284 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- DE SCHUTTER O., « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », in RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 85-104
- MATERNE T., « La procédure en intervention devant la Cour de justice de l'Union européenne », *CDE*, 2013, n° 1, pp. 77-131
- MONGIN B., « L'intervention des tiers dans des litiges pendants devant la Cour de justice des Communautés européennes (La jurisprudence récente) », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1995, vol. II, pp. 17-31

- MUGUET-POULLENNEC G. et DOMENICUCCI D., « L'intervention devant le Tribunal après l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure : entre droit d'ingérence et urgence judiciaire », *RLC*, 2015, n° 45, pp. 61-71
- PICOD F., « L'intervention devant les juridictions communautaires », in DECAUX E. et PETTI Ch. (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant – Nemesis, 2009, pp. 75-96
- PINGEL I., « Tierce opposition », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2016
- VANDERSANDEN G., « Le recours en intervention devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDE*, 1969, n° 1, pp. 1-27
- VANDERSANDEN G., « Le recours en tierce opposition devant la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1969, n° 6, pp. 666-682
- VANDERSANDEN G., « Tierce opposition », *Rép. Dalloz Droit communautaire*, 1992

4. Approche matérielle des voies de droit : questions spécifiques

a. Contentieux de la base juridique

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- EMILIOU N., « Opening Pandora's Box : the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice », *E.L.Rev.*, 1994, n° 5, pp. 488-507
- HELISKOSKI J., « Small arms and light weapons within the Union's pillar structure : an analysis of Article 47 of the EU Treaty », *E.L.Rev.*, 2008, n° 6, pp. 898-912
- JACQUÉ J. P., « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures », in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 249-256
- JACQUÉ J. P., « Quelques réflexions sur le contentieux interinstitutionnel », in EPINEY A., HAAG M. et HEINEMANN A. (dir.), *Le défi des frontières. Mélanges en l'honneur de Roland Bieber*, Baden-Baden – Zurich – St Gall, Nomos Verlagsgesellschaft – DikeVerlag, 2007, pp. 338-355
- KOHLER Ch. et ENGEL J.-Ch., « Le choix de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, n° 1, étude 1, pp. 5-10
- NEFRAMI E., « Le contentieux de la base juridique sous l'angle de l'article 47 du traité sur l'Union européenne », in MASCLÉ J.-C. et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 891-906
- PETER B., « La base juridique des actes en droit communautaire », *RMCUE*, 1994, n° 378, pp. 324-333
- WACHSMANN A., « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, 1993, n° 1, pp. 1-5

b. Contentieux de la propriété intellectuelle

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BARAZZA S., « Trade marks : Interpretation and application of national law in Community trade mark invalidity proceedings », *JIPLP*, 2014, n° 10, pp. 790-793
- COUTRON L., « L'argument fondé sur le droit national : un argument de droit devant l'OHMI et le juge de l'Union ? », *RTDE*, 2014, n° 4, pp. 912-913
- MENGOZZI P., « Le contrôle des décisions de l'OHMI par le Tribunal de première instance et la Cour de justice dans le contentieux relatif aux droits de la propriété industrielle », *RDUE*, 2002, n° 2, pp. 315-333

c. Contentieux et procédures juridictionnelles en matière de PESC et d'espace de liberté, de sécurité et de justice

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BARBATO J.-Ch., « Le maintien du caractère intergouvernemental de la politique étrangère de sécurité et de défense », in LAMBLIN-GOURDIN A.-S. et MONDIELLI É. (dir.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 385-406
- BERROD F., « De la responsabilité en matière de Justice et Affaires intérieures : systématique des contentieux. Vent de Guantanamo annoncé sur le plateau du Kirchberg, ou les effets pervers du principe d'attribution des compétences », *Europe*, 2004, n° 8-9, comm. 277
- BERTRAND B., « La particularité du contrôle juridictionnel des mesures restrictives : les "considérations impérieuses touchant à la sûreté ou à la conduite des relations internationales de l'Union et de ses États membres" », *RTDE*, 2015, n° 3, pp. 555-577
- BLUMANN C., « La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 nouveau du Traité CE », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 13-25
- BOSSE-PLATIERE I., « La contribution de la Cour de justice des Communautés européennes à la cohérence de l'Union européenne », *RTDE*, 2009, n° 3, pp. 573-600
- BOSSE-PLATIERE I., « Procédure de conclusion des accords internationaux dans le domaine de la PESC : quand la Cour se fait équilibriste », *RTDE*, 2014, n° 3, pp. 740-745
- CHENEVIÈRE C., « L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris », *CDE*, 2004, n° 5-6, pp. 567-589
- CURTI GIALDINO C., « Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam », *RMUE*, 1998, n° 2, pp. 89-124
- DASHWOOD A., « Article 47 TUE and the relationship between first and second pillar competences », in DASHWOOD A. et MARESCEAU M. (dir.), *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 70-103
- DAVID É., « Le contrôle judiciaire des sanctions individuelles prises par l'UE dans le cadre de la lutte contre le terrorisme », in DE WALSCHE A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 441-460
- ECKES Ch., « EU restrictive measures against natural and legal persons : From counterterrorist to third country sanctions », *CML Rev.*, 2014, pp. 869-905
- FORWOOD N., « Closed Evidence in Restrictive Measures Cases : A Comparative Perspective », in BRADLEY K., TRAVERS N. et WHELAN A. (ed.), *Of Courts and Constitutions. Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 87-109
- GARBAGNATI KETVEL M., « The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy », *International & Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 77-120
- GIRERD P., « L'article 68 CE : un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines », *RDTE*, 1999, n° 2, pp. 239-260
- GRZEGORCZYK L., « Contentieux des mesures restrictives : le contrôle des faits par le juge de l'Union, entre règles spécifiques et principes transversaux », *RAE*, 2016, n° 3, pp. 479-500
- HELISKOSKI J., « Small arms and light weapons within the Union's pillar structure : an analysis of Article 47 of the EU Treaty », *E.L.Rev.*, 2008, n° 6, pp. 898-912
- JACQUÉ J. P., « La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures », in DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A. (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 249-256

- LABAYLE H., « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union européenne dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE*, 2006, n° 1, pp. 1-46
- LABAYLE H., « La Cour de justice et l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice », in MEHDI R. (dir.), *L'avenir de la justice communautaire. Enjeux et perspectives*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 59-81
- MICHEL V., « De la signification procédurale de la PESC », *Europe*, 2014, n°s 8-9, comm. 354
- MICHEL V., « Du statut contentieux de la mission Eulex Kosovo », *Europe*, 2016, n° 1, comm. 27
- NEFRAMI E., « Le contentieux de la base juridique sous l'angle de l'article 47 du traité sur l'Union européenne », in MASCLÉ J.-C. et al. (dir.), *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 891-906
- RIDEAU J., « Lincompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC. "Les sages se rebiffent" », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 29-43
- RIDEAU J., « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in RIDEAU J., GREWE C., BALMOND L. et ARCARI M. (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Équilibres et déséquilibres de la balance*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 87-211
- TRIDIMAS T. et GUTTIÈREZ-FONS J., « EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism : The Judiciary in Distress », *Fordham International Law Journal*, 2008, pp. 660-730
- VAN ELSUWEGE P., « Upholding the rule of law in the Common Foreign and Security Policy : H v. Council », *CML Rev.*, 2017, pp. 841-858
- VANDERSANDEN G., « Le traité de Lisbonne et le contentieux de la politique étrangère et de sécurité commune », in COHEN-JONATHAN G., CONSTANTINESCO V., MICHEL V. et al. (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 671-697

d. Contentieux des amendes pour violation du droit de la concurrence

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- GIACOBBO-PEYRONNEL V. et VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 679 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- BERNARDEAU L. et CHRISTIENNE J.-Ph., *Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Bruxelles, Larcier, 2013, 1184 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ARABADJEV A., « Unlimited jurisdiction : what does it mean today ? », in CARDONNEL P., ROSAS A. et WAHL N. (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford et Portland Oregon, Hart Publishing, 2012, pp. 383-402
- BARBIER DE LA SERRE É., « Absence d'exercice de la pleine juridiction d'office à la hausse », *RLC*, 2009, n° 20, pp. 77-78
- BARBIER DE LA SERRE É., « Caractère accessoire de la pleine juridiction en matière d'amendes », *RLC*, 2006, n° 8, p. 103
- BARBIER DE LA SERRE É., « Compétence de pleine juridiction », *RLC*, 2008, n° 15, pp. 84-85
- BARBIER DE LA SERRE É., « Exercice subsidiaire de la pleine juridiction en matière d'amendes », *RLC*, 2005, n° 5, p. 31

- BARBIER DE LA SERRE É., « Inexistence en droit communautaire d'un "recours de pleine juridiction" autonome », *RLC*, 2005, n° 2, pp. 76-77
- BARBIER DE LA SERRE É., « Le principe dispositif et la pleine juridiction », *RLC*, 2007, n° 11, p. 85
- BARBIER DE LA SERRE É., « Portée d'un arrêt d'annulation sur la situation de la société mère », *RLC*, 2013, n° 35, pp. 96-97
- BARBIER DE LA SERRE É., « Un arrêt important sur la notion d'infraction complexe », *RLC*, 2008, n° 15, pp. 24-26
- BARBIER DE LA SERRE É. et LAGATHU E., « The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings : Faster, Higher, Harsher », *JECLAP*, 2013, n° 4, pp. 325-344
- BARBIER DE LA SERRE É. et LAGATHU E., « The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings : On the Road to Consistency », *JECLAP*, 2014, n° 6, pp. 400-420
- BERNARDEAU L., « Like mother, like daughter, (sauf) en droit de la concurrence ? », *RLC*, 2015, n° 42, pp. 74-83
- BONI S., « Dans quelle mesure et dans quelles conditions une société mère peut-elle profiter de l'issue favorable du recours introduit par sa filiale ? », *RAE*, 2013, n° 1, pp. 131-138
- BOSCO D., « La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union quant aux amendes prononcées par la Commission européenne en matière de concurrence », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 235-257
- CHEYNEL B., « La "coresponsabilité" en droit européen de la concurrence », *RAE*, 2015, n° 4, pp. 621-630
- CHEYNEL, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », in GIACOBBO-PEYRONNEL V. et VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 251-271
- CHRISTIANNE J.-Ph., « Tendances en matière de mesures correctives et de sanctions », in GIACOBBO-PEYRONNEL V. et VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 273-308,
- COURNOT M., « L'interdiction de statuer *ultra petita* s'applique-t-elle au juge de l'amende ? », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 111-126
- COUTRON L., « Le ferme refus de la Cour de justice de réformer l'office du Tribunal dans le contentieux concurrentiel », *RTDE*, 2012, n° 1, pp. 182-185
- EXPERT H. et POULLET C., « La compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence : complément ou accessoire du contrôle de légalité ? », in GIACOBBO-PEYRONNEL V. et VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 545-592
- FORRESTER I., « A Bush in Need of Pruning : The Luxuriant Growth of Light Judicial Review », *European Competition Law Annual*, 2009, pp. 407-452
- FORRESTER I., « A challenge for Europe's judges : the review of fines in competition cases », *E.L.Rev.*, 2011, n° 2, pp. 185-207
- GERADIN D. et PETIT N., « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *RTDE*, 2005, n° 4, pp. 795-837
- HENRY D., « Les amendes de la Commission en droit de la concurrence face à la censure du juge européen », *CDE*, 2006, nos 1-2, pp. 35-66
- IDOT L., « Cartels et motivation des décisions », *Europe*, 2016, n° 2, comm. 60
- IDOT L., « Conséquences d'une annulation partielle d'une décision », *Europe*, 2013, n° 3, comm. 134

- JAEGER M., « The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments : Towards the Marginalisation of the Marginal Review ? », *JECLAP*, 2011, n° 4, pp. 295-314
- KIENAPFEL Ph., « EuG : Choline Chloride – The dawning of a new era ? », *ÖZK aktuell : Österreichische Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht*, 2008, n° 32, pp. 32-36
- LEGAL H., « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Concurrences*, 2005, n° 2, pp. 1-2
- MARTINEZ N., « L'autorité absolue de la chose jugée : une autre lecture de l'arrêt *Tomkins* ? Une analyse du lien entre ce qui est jugé dans des instances distinctes, réalisée à partir du cas particulier de la responsabilité des sociétés mères au titre du comportement infractionnel de leurs filiales », *RAE*, 2014, n° 2, pp. 383-389
- MENGOZZI P., « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », in BAUDENBACHER C. et al. (dir.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 219-236
- MUGUET-POULLENNEC G., DOMENICUCCI D. et HOSEINIAN F., « Sanctions prévues par le règlement n° 1/2003 et droit à une protection juridictionnelle effective : les leçons des arrêts *KME* et *Chalkor* de la CJUE », *RLC*, 2012, n° 32, pp. 57-78
- PLOUVIER L., « Le contentieux de la pleine juridiction devant la Cour de justice des Communautés européennes », *RMC*, 1973, pp. 365-379
- POLZIN M., « Die Erhöhung von Kartellbußgeldern durch den Unionsrichter », *WuW*, 2011, n° 5, pp. 454-462
- PREK M. et LEFÈVRE S., « Competition litigation before the General Court : quality if not quantity ? », *CML Rev.*, 2016, pp. 65-90
- VESTERDORF B., « The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction : What Does it Mean in Practice ? », *Global Competition Policy*, juin 2009, n° 2, pp. 1-7
- WAELEBROECK D. et WAELEBROECK M., « Article 172 », in LOUIS J.-V. et al., *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE. La Cour de justice, les actes des institutions*, vol. 10, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1993, pp. 89-95
- WAHL N., « Enjeu et limites actuelles de la jurisprudence relative à la compétence de pleine juridiction conférée au juge de l'Union en matière de concurrence », in TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 727-740

5. Questions choisies de procédure

a. Procédure contentieuse et règlements de procédure

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires, commentaires

- LASOK K. P. E. et MILLETT T., *Judicial Control in the EU : procedures and principles*, Richmond, Richmond, 2004, 431 p.
- LASOK K. P. E., *Lasok's European Court Practice and Procedure*, 3^e éd., Haywards Heath, Bloomsbury, 2017, 1780 p.
- LASOK K. P. E., *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, 2^e éd., Londres – Dublin – Edinburgh, Butterworths, 1994, 739 p.
- RIDEAU J. et PICOD F., *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, 914 p.
- VAN REEPINGHEN Ch. et ORIANNE P., *La Procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, Bruxelles – Paris, Larquier – Dalloz, 1961, 181 p.
- WÄGENBAUR B., *Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, Munich – Oxford – Baden-Baden, Beck – Hart – Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, 921 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ANDOVÁ K. et VON BARDELEBEN É., « La refonte du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne : pour une efficacité juridictionnelle renforcée », *Europe*, 2015, n° 7, pp. 5-10
- BONI S., « La procédure devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne : principales innovations introduites par son règlement de procédure », *CDE*, 2007, n°s 5-6, pp. 733-775
- CHAVRIER H., « Plaider un recours direct devant la Cour de justice », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, vol. I, Maastricht, IEAP, 1994, pp. 11-19
- CHAVRIER H., « Soulever une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1995, vol. II, pp. 1-15
- CHRISTIANOS V. et PICOD F., « Les modifications récentes du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *D.*, 1991, chron., pp. 273-282
- CONDINANZI M., « Le nouveau cadre réglementaire de la Cour de justice de l'Union européenne. Un moyen suffisant pour répondre aux défis ? Des défis suffisamment importants pour justifier une réponse ? », in LEANZA U. et al. (coord.), *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, vol. II, pp. 943-964
- CONDINANZI M., « Le règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, vol. I, Maastricht, IEAP, 1994, pp. 39-54
- COUTRON L., « Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgence peut attendre ! », *RTDE*, 2013, n° 2, pp. 293-304
- DE SOTO J., « Prozeßvoraussetzungen. Les exceptions et fins de non-recevoir (Rapport général) », in CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 48-59
- DITTERT D., « Die neue Verfahrensordnung des EuGH », *EuZW*, 2013, n° 19, pp. 726-732
- GAUDISSERT M.-A., « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *CDE*, 2012, n° 3, pp. 603-669
- GENESTE B., « Plaider devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1994, vol. I, pp. 55-69
- HUBEAU F., « Changements des règles de procédure devant les juridictions communautaires de Luxembourg. Commentaire du règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes et des modifications du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1991, n°s 5-6, pp. 499-530
- IANNUCELLI P., « La réforme des règles de procédure de la Cour de justice », *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, pp. 107-132
- KLINKE U., « Suspension de l'instance et réouverture de la procédure orale », in CHRISTIANOS V. (dir.), *Évolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, IEAP, 1995, vol. II, pp. 101-130
- KNAUB G., « La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RTDE*, 1967, n° 2, pp. 269-318
- LOUTERMAN D. et FEBVRE M., « Les incidents de procédure au sens de l'article 91 du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes », *GP*, 1989, 1, doct. 276
- PICOD F., « Cour de justice (Procédure) », *Rép. Dalloz Droit européen*, 2016

- PLENDER R., « Procedure in the European Courts : Comparison and Proposals », *RCADI*, 1997, t. 267, pp. 9-343
- POILVACHE F., « Le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes après les modifications du 15 mai 1991 », *JTDE*, 1992, pp. 337-340
- RIDEAU J., « Cour de justice. Procédure générale », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 270, 2010 (mise à jour 2014)
- RIDEAU J., « Cour de justice. Procédures particulières », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 280, 2010 (mise à jour 2012)
- ROSAS A., « L'organisation des audiences de plaidoiries », in TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 527-543
- b. Transparence, contradictoire et délai raisonnable de la procédure contentieuse
- Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts*
- BARBIER DE LA SERRE É., « Principe du contradictoire devant le Tribunal », *RLC*, 2010, n° 23, pp. 84-86
- BOHLER A., « Quel remède effectif, en droit de l'Union, aux violations du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable ? », *RLC*, 2014, n° 40, pp. 104-110
- CLAUSEN F., « Le juge et le délai raisonnable », *RAE*, 2012, n° 2, pp. 451-458
- COUTRON L., « L'effet boomerang de la jurisprudence *Gascogne* (Quand la Cour de justice doit répondre devant le Tribunal des actions en responsabilité pour violation du délai raisonnable de jugement) », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 145-157
- COUTRON L., « La réorientation du contentieux du délai raisonnable de jugement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1667-1695
- DA CRUZ VILAÇA J. L., « Le contrôle de la Cour sur pourvoi en matière de concurrence : quelques réflexions à propos d'affaires récentes », in TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 203-214
- DOMENICUCCI D. et MUGUET-POULLENNEC G., « À la recherche du temps perdu : du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable ou des difficultés de passer de la prévention à la guérison », in GIACOBBO-PEYRONNEL V. et VERDURE Ch. (dir.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne. Questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 623-665
- IDOT L., Note sous l'arrêt CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, *Europe*, 1999, n° 2, comm. 79
- LEGAL H., « Commentaire », in RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, pp. 67-70
- PICOD F., « La transparence dans les procédures juridictionnelles », in RIDEAU J. (dir.), *La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 147-174
- PINGEL I., « Le principe du contradictoire devant la Cour de justice des Communautés européennes », in RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, pp. 51-66
- SIMON D., obs. sous l'arrêt CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe c/ Commission*, aff. C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, *Europe*, 1999, n° 2, comm. 57
- SUDRE F., *RTDH*, 1999, pp. 487-493

- c. Principes régissant la procédure, moyens d'ordre public (y compris inexistence juridique) et relevé d'office

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- FASSELLT-ROMMÉ U., *Parteiherrschaft im Verfahren vor dem EuGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, 181 p.
- GÜNTHER W., *Die Präklusion neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1970, 149 p.
- MÖLLER D., *Die Klageänderung im Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, thèse, Bonn, 1976, 229 p.
- SACHS B., *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 274 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ANNACKER C., « Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG », *EuZW*, 1995, n° 22, pp. 755-761
- BARENTS R., « EU Procedural Law and Effective Legal Protection », *CML Rev.*, 2014, pp. 1437-1462
- BEHR G., « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure (Rapport général) », in CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 77-120
- BERGERÈS M.-Ch., « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTDE*, 1989, n° 3, pp. 393-437, et n° 4, pp. 647-683
- BOULOUIS J., « Cour de justice des Communautés européennes du charbon et de l'acier (Note sous les arrêts de la Cour, 1957-1958) », *AFDI*, 1958, pp. 309-324
- BOUVERESSE A., « Incompétence relevée d'office », *Europe*, 2015, n° 6, comm. 221
- BRINKHORST L. J. et VERUGSTRAETE I. M., Note sous l'arrêt du 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, aff. jtes 6 et 11/69, *CML Rev.*, 1970, pp. 483-489
- CAHIER Ph., Note sous l'arrêt de la CJCE du 10 décembre 1969, aff. jtes 6 et 11/69, *CDE*, 1970, n° 5, pp. 576-584
- CASTILLO DE LA TORRE F., « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE*, 2005, nos 3-4, pp. 395-463
- COURNOT M., « L'interdiction de statuer *ultra petita* s'applique-t-elle au juge de l'amende ? », *RAE*, 2015, n° 1, pp. 111-126
- EVERLING U., « Überlegungen zum Verfahren vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften », in COLNERIC N. et al. (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 537-550
- EXPERT H. et POULLET C., « La production de moyens nouveaux et l'adaptation des conclusions et des moyens devant le juge de l'Union », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 89-129
- GÖTZ V., « Verwaltungsrechtsschutz durch Entscheidung über einzelne schriftlich vorgebrachte Klagegründe – Zum Rechtsschutzmodell der europäischen Gerichtsbarkeit », in EBERLE C.-E., IBLER M. et LORENZ D. (ed.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2002, pp. 69-79

- KALOGEROPOULOS A., « Éléments de l'application de la théorie de l'inexistence des actes juridiques en droit communautaire », in *État – Loi – Administration, Mélanges Ep. Spiliotopoulos*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1998, pp. 181-201
- KORSCH H., « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure », CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 122-135
- LENAERTS K., « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in VANDERSANDEN G. et DE WALSCHÉ A. (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, vol. 1, pp. 241-261
- MARTIN Th., « Le relevé d'office par le juge européen : le moyen tiré de la violation des droits de la défense est-il d'ordre public ? », *CDE*, 2016, n° 2, pp. 523-539
- MATHILSEN P., « Nullité et annulabilité des actes des institutions européennes », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch. Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, t. 2, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 1972, pp. 271-283
- MATTHIES H., « Prozeßmaximen. Les principes qui régissent la procédure », in CARSTENS K. et BÖRNER B. (dir.), *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Congrès européen de Cologne du 24 au 26 avril 1963*, Cologne – Berlin – Bonn – Munich, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 136-140
- MEHDI R., « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119
- MICHEL V., « Droits de la défense et moyen d'ordre public », *Europe*, 2010, n° 2, comm. 59
- RITLENG D., « De l'inexistence de l'inexistence », *Europe*, 1999, n° 10, comm. 327
- VAN EMPPEL M., « L'acte public inexistant et le droit communautaire », *CDE*, 1971, n° 3, pp. 251-283
- VESTERDORF B., « Le relevé d'office par le juge communautaire », in COLNERIC N. et al. (dir.), *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, 2003, pp. 551-568

d. Instruction, preuve et confidentialité

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- FARTUNOVA M., *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 733 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BONICHOT J.-C., « Le juge et les motifs couverts par le secret : un nouveau challenge pour la Cour de justice ? », in BERTRAND B., PICOD F. et ROLAND S. (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 573-583
- BONTINCK G. et SNELS T., « Business Secrets and Confidential Information in Proceedings pursuant to Articles 101 and 102 TFEU », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, n° 3, pp. 547-578
- DE BOER N., « Secret evidence and due process rights under EU law : ZZ », *CML Rev.*, 2014, pp. 1235-1262
- FORWOOD N., « Closed Evidence in Restrictive Measures Cases : A Comparative Perspective », in BRADLEY K., TRAVERS N. et WHELAN A. (ed.), *Of Courts and Constitutions. Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 87-109

- JÜRIMÄE K. et HECKER P., « Preuves et secret : une nouvelle ère... », in TIZZANO A. (dir.), *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 319-335
- LENAERTS K., « The Interplay between Regulation No. 1049/2001 on Access to Documents and the Specific EU Regulations in the Field of Competition Law », in ARTS D., DEVROE W., FOQUÉ R. et al. (dir.), *Mundi et Europae civis : liber amicorum Jacques Steenbergen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 483-492
- MEHDI R., « La preuve devant les juridictions communautaires », in RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, pp. 165-181
- MUGUET-POULLENNEC G. et CALVI C., « Les pouvoirs d'instruction du Tribunal : une panoplie renouvelée au service d'une juridiction renforcée », *RLC*, 2016, n° 48, pp. 22-37
- MURPHY C., « Secret evidence in EU security law : special advocates before the Court of Justice? », in COLE D., FABBRINI F. et VEDASCHI A. (ed.), *Secrecy, National security and the Vindication of Constitutional Law*, Cheltenham – Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. 268-283
- PAPASAVVAS S., « The Impact of Confidentiality Issues on Proceedings before the CFI », in KANNINEN H., KORJUS N. et ROSAS A. (dir.), *EU Competition Law in Context. Essays in Honour of Virpi Tiili*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 221-232

6. Décisions de justice

a. Motivation, style et rédaction des arrêts

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- PESCATORE P., *Vade-mecum. Recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, 3^e éd., 1985, réimpr. Bruxelles, Bruylant, 2007, 317 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BERTRAND B., « La Cour de justice et l'hypothèse », *CDE*, 2013, n° 2, pp. 445-490
- BERTRAND B., « Le standard de bonne administration de la justice en droit de l'Union européenne », *RAE*, 2014, n° 1, pp. 99-118
- CHARRIER C., « *Lobiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, n°s 1-2, pp. 79-105
- CLAUSEN F., « Économies de procédure et motifs surabondants », in BERTRAND B., COUTRON L. et IDOUX P. (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 185-238
- COUTRON L., « La pratique de la motivation par la Cour de Justice de l'Union européenne », *RLDC*, 2012, n° 89, pp. 74-76
- COUTRON L., « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTDE*, 2009, n° 4, pp. 643-675
- DUBOS O., « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 183-207
- DUE O., « Pourquoi cette solution ? De certains problèmes concernant la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », in DUE O., LUTTER M. et SCHWARZE J. (ed.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, vol. 1, pp. 273-282
- EVERLING U., « Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities », in *Festschrift til Ole Due. Liber amicorum*, Copenhagen, Gad, 1994, pp. 55-74

- GENEVOIS B., « La motivation et le style des décisions juridictionnelles », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 109-123
- LAMBERT Ch., « La motivation et le style des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 173-182
- MADDALON P., « La motivation des décisions des juridictions communautaires », in RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pp. 135-155
- PUISSOCHET J.-P., « Le délibéré de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Au carrefour des droits : mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 121-132
- RITLENG D., « La motivation des arrêts de la Cour de justice et la bonne administration de la justice. Quelques réflexions sur un couple improbable », in BERTRAND B., COUTRON L. et IDOUX P. (dir.), *L'ambivalence de la bonne administration de la justice*, Montpellier, Éd. du CREAM, 2017, pp. 241-264
- SIMON D., « Quelques réflexions sur l'art de rédiger les jugements... », *Europe*, 2008, n° 10, comm. 303
- TRUCHOT L., « La motivation et le style des décisions juridictionnelles du Tribunal de l'Union européenne », in COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 159-172

b. Portée des arrêts : autorité de la chose jugée, précédents et revirements

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- CARPANO É. (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 427 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- POUVIER L., *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 310 p.
- TURMO A., *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 581 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- ARNULL A., « Owning up to fallibility : precedent and the Court of justice », *CML Rev.*, 1993, pp. 247-266
- BARBIER DE LA SERRE É., « Portée d'un arrêt d'annulation sur la situation de la société mère », *RLC*, 2013, n° 35, pp. 96-97
- BERTRAND B., « La Cour de justice et l'hypothèse », *CDE*, 2013, n° 2, pp. 445-490
- BERTRAND B., « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, n° 4, pp. 741-770
- MARTINEZ N., « L'autorité absolue de la chose jugée : une autre lecture de l'arrêt *Tomkins* ? Une analyse du lien entre ce qui est jugé dans des instances distinctes, réalisée à partir du cas particulier de la responsabilité des sociétés mères au titre du comportement infractionnel de leurs filiales », *RAE*, 2014, n° 2, pp. 383-389
- MEHDI R., « Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire », in *L'intégration européenne au XXI^e siècle. Mélanges en hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 113-136

- SCHOCKWEILER F., « L'exécution des arrêts de la Cour », in CAPOTORTI F. et al. (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 613-635
- SIMON D. et RIGAUX A., « Le "précédent" dans la jurisprudence du juge de l'Union », in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 547-578
- TRIDIMAS T., « Precedent and the Court of Justice. A Jurisprudence of Doubt ? », in DICKSON J. et ELEFThERiADIS P. (ed.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 307-330

c. Dépens

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- MAIL-FOUILLEUL S., *Les dépens dans le contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 549 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- BIERRY M. et DAL FERRO A., « The practice followed by the Court of justice with regard to costs », *CML Rev.*, 1987, pp. 509-539
- FIEBIG A., « The indemnification of costs in proceedings before the European Courts », *CML Rev.*, 1997, pp. 89-134
- MATERNE T., « Les dépens dans le contentieux en droit de l'Union européenne : aperçu de jurisprudence récente », in MAHIEU S. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 131-151
- TAGARAS H., « Le Tribunal de la fonction publique et la question des dépens », in DE WALSCHÉ A. (coord.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 971-1001

II. ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE DE DROIT PROCESSUEL, DE THÉORIE GÉNÉRALE DU PROCÈS, DE CONTENTIEUX INTERNES ET INTERNATIONAUX

Ouvrages généraux, manuels, traités, dictionnaires, commentaires

- ALIBERT R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391 p.
- AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 p.
- CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.
- CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, 997 p.
- CHAINAIS C., FERRAND F. et GUINCHARD S., *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, 1770 p.
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 1540 p.
- CORNU G. / Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2016, 1101 p.
- DEBBASCH Ch., *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962, 467 p.
- DEBBASCH Ch. et RICCI J.-C., *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2001, 1018 p.
- DRAGO R. et AUBY J.-M., *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1984, t. II, 718 p.

BRUYLANT

- GOHIN O., *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, 542 p.
- GUINCHARD S. et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017, 1515 p.
- LAFERRIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1896, t. 1, 724 p.
- ODENT R., *Contentieux administratif*, t. 1, réimpr. des Cours du droit de 1981, Paris, Dalloz, 2007, 1051 p.
- SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2015, 626 p.
- SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, t. III, *Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991, 1358 p.

Ouvrages collectifs, mélanges, actes de colloque

- CADIET L. et al. (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, 497 p.
- COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, 1105 p.
- DARCY G., LABROT V. et DOAT M. (dir.), *L'office du juge*, Paris, Les colloques du Sénat, 2008, 544 p.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Boccard, 1928, t. 2, 888 p.
- Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 534 p.
- FLISE L. et JEULAND E. (dir.), *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des 5^{es} rencontres de procédure civile*, Paris, IRJS Éditions, 2015, 161 p.
- GOURDOU J., LECUQ O. et MADEC J.-Y. (dir.), *Le principe du contradictoire dans le procès administratif*, Paris, L'Harmattan, 2010, 196 p.
- GUINCHARD S. et PLUYETTE G. (coord.), *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, 708 p.
- Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, 523 p.
- KADA N. (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, 2015, 303 p.
- Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, 2 vol., Paris, LGDJ, 1974, 858 p.
- RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, 198 p.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

- AKOUN É., *Les moyens d'ordre public en contentieux administratif*, Paris, Mare et Martin, 2017, 742 p.
- ASCENSI L., *Du principe de la contradiction*, Paris, LGDJ, 2006, 519 p.
- AUBY J.-M., *L'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pedone, 1951, 351 p.
- DEBOUY Ch., *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, PUF, 1980, 528 p.
- EUDIER F., *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse dactyl., Rouen, 1994, 565 p.
- FRISON-ROCHE M.-A., *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988, 387 p.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321 p.
- GOHIN O., *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1988, 495 p.
- MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, 2001, 466 p.
- METOU B. M., *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 623 p.

- MINIATO L., *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008, 456 p.
- MOTULSKY H., *Écrits. Études et notes de procédure civile*, t. 1, Paris, Dalloz, 1973, 392 p.
- MOUSSÉ J., *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 828 p.
- NORMAND J., *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, 526 p.
- RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme. Contentieux européen*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2010, 478 p.
- VIZIOZ H., *Études de procédure*, Bordeaux, Éd. Bière, 1956, 667 p.
- WEIL P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, JOUVE & Cie, 1952, 275 p.

Articles, contributions à des ouvrages collectifs, commentaires d'arrêts

- AMRANI-MEKKI S., « Les catégories de *Common Law* et de *Civil Law* à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 157-173
- APCHAIN H., « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, pp. 587-590
- AUBY J.-M., « L'«*ultra petita*» dans la procédure contentieuse administrative », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 267-282
- BARADUC É., « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 5-18
- BÉNABENT A., « L'article 16 du Nouveau code de procédure civile, version 1981 », *D.*, 1982, chron., pp. 56-57
- BÉNABENT A., « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP G*, 1977, I, 2849
- BERLIA G., « Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs », *RDP*, 1941, pp. 373-401
- BLÉRY C., « Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », in CADIET L. et al. (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 111-124
- BLÉRY C., « Principes directeurs du procès. Office du juge. Fondement des prétentions litigieuses », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 500-35, 2015
- BLÉRY C. et RASCHEL L., « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Procédures*, 2012, n° 3, dossier 4
- BOLARD G., « Le moyen contraire aux précédentes écritures », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, pp. 51-57
- BOLARD G., « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 43-50
- BOLARD G., « Les juges et les droits de la défense », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 49-70
- BOLARD G., « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G*, 28 juillet 1993, I, 3693
- BONÉ J., *JCP G*, 1980, II, 19288
- CADIET L., « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 71-110

- CHAINAIS C., « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », in FLISE L. et JEULAND E., *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des 5^{es} rencontres de procédure civile*, Paris, IRJS Éditions, 2015, pp. 9-34
- CHAPUS R., « De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile », *études et documents du Conseil d'État*, 1977-1978, pp. 11-65
- CHAPUS R., « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, n° 1, pp. 3-17
- CHAPUS R., « Marcel Waline et la théorie du contentieux administratif », *RDP*, 2002, pp. 947-953
- CLAUDO A., « Moyens d'ordre public et garantie des droits des administrés », *LPA*, 2009, pp. 3-14
- CORNU G., « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 83-100
- DARCY G., « Regard elliptique sur l'office du juge », in DEGUERGUE M. et FONBAUSTIER L. (dir.), *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, pp. 287-300
- DE BÉCHILLON D. et TERNEYRE Ph., « Contrats administratifs (contentieux des) », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2000 (actualisation 2015)
- DESHAYES O., « L'office du juge à la recherche de sens », *D.*, 2008, pp. 1102-1109
- DORSNER-DOLIVET A. et BONNEAU Th., « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, pp. 59-66
- DUPICOT J., « L'adage *Da mihi factum, Dabo tibi jus* », in BARRET O., COLLART DUTILLEUL F. et SAVAUX É. (coord.), *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 425-439
- FAVRET J.-M., « La "bonne administration de la justice" administrative », *RFDA*, 2004, n° 5, pp. 943-952
- FERRAND F., « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henry Motulsky », *Procédures*, 2012, n° 3, pp. 36-47
- FERRAND F., « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 249-266
- FLAUSS J.-F., « Le pouvoir d'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la recevabilité des requêtes individuelles (1998-2004) », in SALERNO F. (dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 14. Actes du colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 57-84
- FLÉCHEUX G., « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 149-165
- FRICERO N., « Le droit à une procédure civile contradictoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2016, n° 106, pp. 381-393
- FRISON-ROCHE M.-A., « Les offices du juge », in CORNU G. et al. (org.), *Jean Foyer auteur et législateur. Leges tulit, jura coduit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, pp. 463-475
- GABARDA O., « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2006, n° 1, pp. 153-184
- GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J., « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international. Actes du 2^e colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme (Vienne, 18-20 octobre 1965)*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 155-251
- GUINCHARD S., « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in CLOSSET-MARCHAL G. et al. (coord.), *Mélanges J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 201-248

- GUINCHARD S., « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, pp. 91-130
- HABSCHIED W., « Les grands principes de la procédure civile : nouveaux aspects », in *Scritti in onore di Elio Fazzalari. Volume secondo. Diritto processuale generale*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, pp. 3-14
- HAÏM V., « Jugement », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2015 (actualisation 2016)
- HAÏM V., « Recours de pleine juridiction », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2011 (actualisation 2014)
- HÉRON J., « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 131-147
- HEURTÉ A., « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *RDP*, 1953, pp. 615-648
- HILAIRE J., « Propos sur l'office du juge », in CONSTABLE G. et ROUCHE M. (dir.), *Auctoritas. Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*, Paris, PUPS, 2006, pp. 779-801
- JACQUÉ J. P., « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 229-246
- JAHEL S., « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 723-730
- JÈZE G., « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, pp. 667-695
- JOLOWICZ J. A., « Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure », *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 281-295
- JOLOWICZ J. A., « *Da mihi factum dabo tibi jus* : a problem of demarcation in English and French law », in *Multum non multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Müller, 1980, pp. 79-99
- KERAMEUS K. D., « Observations comparatives sur l'ordre public en procédure civile », in JAUFFRET-SPINOSI C. et DE LAMBERTERIE I. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Société de législation comparée, 1999, pp. 293-301
- KERNALEGUEN F., « Choses jugées entre elles (Variations sur une harmonie bien tempérée) », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à J. Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 261-274
- LAGARDE X., « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 2001, n° 15, pp. 745-751
- LAMARQUE J., « Le procès du procès », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 149-180
- LE BARS Th., « Autorité positive et autorité négative de chose jugée », *Procédures*, 2007, n° 7-8, étude 12
- LE BARS Th., « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in CACHARD O. et HENRY X. (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Gobeaux*, Paris, Dalloz – LGDJ, 2009, pp. 319-329
- LÉONARD D., « La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d'office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 495-514
- MAGENDIE J.-C., « Loyauté, dialogue, célérité. Trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice... », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 329-339
- MALAUURIE Ph., *D.*, 1956, pp. 517-522

- MANIN P., « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *JCP G*, 1946, I, 542
- MARTIN R., « De la contradiction à la vérité judiciaire », *GP*, 30 avril 1981, doct., pp. 209-210
- MARTIN R., « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 1996, chron., pp. 20-21
- MARTIN R., « Sur la notion de moyen », *JCP G*, 1976, I, 2768
- MEYNAUD A., « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA*, 2013, n° 5, pp. 1029-1040
- MOREAU J., « Inexistence », *Rép. Dalloz Contentieux administratif*, 2002 (actualisation 2013)
- MOTULSKY H., « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.*, 1972, chron. 9, réimpr. in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 275-304
- MOTULSKY H., « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, chron. 235, réimpr. in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 101-129
- MOTULSKY H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : Le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, pp. 175-200, réimpr. in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, t. I, Paris, Dalloz, 1973, pp. 60-84
- NORMAND J., « Le juge et le fondement du litige », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, pp. 595-625
- NORMAND J., « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD civ.*, 1996, pp. 689-700
- NORMAND J., « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 337-350
- NORMAND J., « Les tribulations du principe de la contradiction, ou quand un article 16 chasse l'autre... », *RTD civ.*, 1980, pp. 146-150
- NORMAND J., « Office du juge et principe de la contradiction », *RTD civ.*, 1977, pp. 180-184
- PAILLET M. (actualisation par E. BREEN), « Recours en responsabilité », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1124, 2008 (mise à jour 2009)
- PAILLET M., « Brèves observations sur l'office du juge administratif français », in *Liber Amicorum Darcy. Détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 629-643
- PARODI C., « L'esprit général et les innovations du Nouveau code de procédure civile », *Rép. Defrénois*, 1973
- PELLISSIER G., « Régime général des recours de plein contentieux », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 1122, 2011
- PERROT R., « Moyen relevé d'office et principe du contradictoire », *RTD civ.*, 1976, pp. 826-828
- PISSALOUX J.-L., « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP*, 1999, n° 3, pp. 781-828
- RAYNAUD P., « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, pp. 715-734
- REY J.-L., « Les moyens d'ordre public en appel », *AJDA*, 2003, pp. 118-125
- RIALS S., « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 3-20
- ROBERT J., « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, pp. 117-132

- SCHWARTZ R., « Un perfectionnement du caractère contradictoire de la procédure contentieuse », *AJDA*, 1992, doct., pp. 203-204
- SEILLER B., « L'autorité absolue conférée – un peu vite ? – aux déclarations d'illégalité d'actes administratifs. Note sous CE, 28 décembre 2001, *Syndicat CNT des PTE de Paris e.a.* », *AJDA*, 2002, pp. 542-548
- STORME M., « Le juge et son panier », in CADIET L. et al. (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 473-476
- TAORMINA G., « Réflexions sur l'ordre public et les moyens relevés d'office par le juge, à propos de l'article L. 141-4 du Code de la consommation », in DAURY-FAUVEAU M., HÉNOT F. et LEFEBVRE J. (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman. Les frontières du droit*, Amiens, Éd. CEPRISCA, 2014, pp. 281-293
- TARZIA G., « Le juge et la conduite du procès civil dans les pays de la Communauté européenne », *Annales de droit de Louvain*, 1993, pp. 521-532
- TARZIA G., « Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne », *RIDC*, 1981, pp. 789-800
- VAN COMPERNOLLE J., « Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », in CADIET L. et al. (coord.), *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 477-483
- VAN COMPERNOLLE J., « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 413-424
- VAN DROOGHENBROECK J.-F., « La loyauté procédurale au-dessus de l'ordre public. L'irrecevabilité du moyen renégat devant la Cour de cassation de Belgique », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 425-436
- VAN HOECKE M., « L'activisme du juge. Rapport national belge », in STORME M. (dir.), *Rôle et organisation de magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines. IX^e congrès mondial de droit judiciaire*, Antwerpen, Kluwer, 1992, pp. 177-200
- VIATTE J., « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *GP*, 2-3 janvier 1980, doct., pp. 4-6
- VIGOUROUX Ch., « La contradiction : Principe et pratique du juge administratif », in COULON J.-M. (dir.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 571-584
- VINCENT J., « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, pp. 303-341
- WALINE M., « Vers un reclassement des recours du contentieux administratif », *RDP*, 1935, pp. 205-236
- WEIL P., « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.*, 1958, chron., p. 56
- WHITTAKER S., « Who Determines What Civil Courts Decide ? Private Rights, Public policy and EU Law », *Oxford University Legal Research Paper Series*, n° 46, 2012, 50 p.
- WIEDERKEHR G., « Droits de la défense et procédure civile », *D.*, 1978, chron., pp. 36-38
- WOEHLING J.-M., « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs », in SCHWARZE J. (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 299-322
- YOLKA Ph., « La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ? », *AJDA*, 2005, p. 233

INDEX

(Les numéros renvoient aux numéros des pages)

A

Accès aux documents : 106, 134, 200, 671, 757-760, 766

Acte attaquant : 78, 84, 86, 111, **132-135**, 141, 196, 460, 483, 497, 517, 528, 573, 609, 611, 645, 647-648, 656, 671-673, 676, 720

Acte clair : 522-523

Acte faisant grief : 107-108, 133, 138, 196, 202, 206-207, 214, 216, 219, 223-225, 234-235, 239, 243, 254, 418, 462, 528, 593, 653, 655

Acte non justiciable : 80-84, 131, 517-520, 534-536

Acte préparatoire : 114, 133, 206, 529, 645

Acte purement confirmatif : 111-112, 199, 663

Acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution : 144, 573-574, 667

Adaptation des conclusions : 115-117, 119, 129, 135, 501, 606, 650, 664, 713

Affaires pilotes : 727, 730-732

Affectation individuelle et directe : 130, **143-147**, 483-484, 499-500, 532, 549, 573-574, 626, 667, 717, 720

Annulation partielle : 87-88, 111, 113, 220, 240, 304, 362, 368, 379-380, 395, 403-404, 410, 517, **541-546**, 555, 570, 577

Authentification : 221-222, 281, 293, 462, 565, 610, 619

Autonomie procédurale : 35-37, 279

Autorité de la chose jugée : 103, **120-121**, 129, 281, **300-309**, 331, 364, 461, 463, 500, 504, 610

Avis : 44-46, 71, 221, 521, 534

B

Base juridique : 144, 168, 170, 181, 186, 188, **190-191**, 193-194, 197, 220, **226-231**, 259, 303, 320, 322-323, 389, 445, 535-536

Base légale. Voy. Base juridique

Boehringer (jurisprudence dite) : 497, 514, **524-533**, 575-576, 635, 639

Bonne administration : 120, 179, 204, 235, 245, 248-249, 253, 255, 281-282, 652, 662, 676

Bonne administration de la justice : 31, 55, 102-103, **122-130**, 149, 160, 255, 429, 444, 467, 492, 509, 514, **524-533**, 571, 583, 586, 588, 592, 641, 684, 690, 696, 699-700, 706-707, 712-714, 719, 722, 727, 732, **767-768**, 771-772, 775

C

Capacité à ester en justice : 142, 669-670

Carence : 43, 52, 72-73, 80, 95, 105, 126-127, 135-138, 140, 146-147, 181, 275, 277, 323, 447, 458, 495, 497, 602-603, 663

BRUYLANT

Cas fortuit : 108-109, 739-740

Cause du litige : 118, 127-129, 594-596, 598-599

CECA : 21, 52, 75, 88, 135, 142, 144, 152, 154-155, 167, 169-171, 186, 193, 216, 230, 237, 270, 274, 276, 424, 436, 495, 548-551

Chambre de recours (EUIPO) : 41, 85-86, 106-107, 136, 186, 189-191, 217, 224, 239-240, 265-266, 271, 294, 331, 341, 384-388, 390-391, 445, 496, 503, 545, 581, 603-604, 640, 663, 704, 747

Clarté des écritures : 119, **122-126**, 128, 150, **156-158**, 306, 606, 609, 611, 614, 616, 649, 718

Clause compromissoire : 43, 52, **77-79**, 92, 136, 338, 368, 529, 665-666.
Voy. également **responsabilité contractuelle**

Clauses abusives : 38, 279, 442, 473, 568, 661, 695-696, 766

Collégialité : 201-202, 221-222

Commission de recours : 86, 190, 555-556, 578, 654, 671

Compétence déléguée : 123, 184, 188-200, 204, 567

Compétence d'exécution : 166, 187, 188, 189, 220

Compétence du juge. Voy. Incompétence du juge

Composition irrégulière

- d'un jury de concours : 252
- du Tribunal : 66, 250-251, 462, 658-659, 706

Compromis : 43, 72, 77

Conclusions nouvelles : **117-119**, 592, 604, 621-622, 726

Concordance

- agences : 126
- carence : 126, 603

– fonction publique : 86, **126-128**, 215, 226, 321, 483-484, 501, 551, **593-602**, 613, 617, 656, 666

– manquement : 126-127, **151-156**, 159, 237, 275, 286, 602

– propriété intellectuelle : 85-86, 126, 603, 611

– référé : 97

Condamnation d'office au paiement d'une indemnité : 243, 356-360, 405, 411, 413, 416-418, 444, 709

Confiance légitime : 271, 350, 408, 417, 671

Confidentialité : 749-751, 757-767

Connexité : 173, 242, 300, 302, 306-309, 531, 540, 705, 714, 721, 727-730, 745

Considérations juridiques erronées : 314, 325-332, 422, 711, 766

Consultation obligatoire : 155, 187, 220, 230, 236-238, 270, 552

Contentieux contractuel. Voy. Clause compromissoire, responsabilité contractuelle

Contournement (des règles d'ordre public) : 76, 113-114, 161, 642, 648, 650, 652, 661-668

Contradiction des motifs : 212-213, 386, 544

Contradictoire. Voy. Principe du contradictoire

Contra petita : 411, 556

Contrôle restreint : 88-90, 180, 219, 353, 711

D

Débat contradictoire. Voy. Principe du contradictoire

Décision implicite de rejet : 106-107, 131, 135, 495, 600

Défaut. Voy. Procédure par défaut

Défaut de base juridique : 168, 171, 188, 191

Délai de la procédure précontentieuse : 106-109, 111, 137, 497, 600, 613, 662, 718, 720, 737

Délai de procédure : 103-104, 106, 110, 114-118, 458, 606, 618, 641, 650, 713, 731, 739, 754-755

Délai de recours

- délai de forclusion : **103-109**, 111-114, 116, 119, 133-134, 138-139, 141, 147, 275, 281, 317, 437-438, 453, 458-459, 497, 501, 504, 512, 515, 526, 545, 563, 568, 573, 623, **643-645**, 647-648, 655-656, **662-664**, 670-671, 713, 718, 739-740
- délai de prescription : 104, **108-111**, 355, 439, 655

Délai raisonnable. Voy. Durée des procédures

Délai légal d'adoption des actes

- forclusion : 167, 186, 223, 487, 718, 742
- prescription : 187, 223, 247, 285, 305, 503, 579, 717-718, 728
- *comp.* Durée des procédures

Délibéré : 450, 493, 572, 593, 620, 709, 722-726, 738

Demandes nouvelles. Voy. Conclusions nouvelles

Dénaturation des faits ou preuves : 78, 98, 262, 264, 267-268, 389, 474

Dépens : 443, 516, 542, 556, 601, 657, 668, **672-681**

Détournement de pouvoir : 63, 257, 259, 261, **273-277**, 293, 549, 551

Détournement de procédure. Voy. Détournement de pouvoir

Droit d'être entendu : 92, 235-245, 278, 282, 717

Droits de la défense : 66, 125, 137, 149-160, 163, 174, 224, 226, **235-245**, 247-248, 252, 254-255, 281, 349, 354, 367, 412-413, 465, 502, 540-541, 551, 553, 558, 576, 588, 592, 604, 620-621, 631-632, 684-686, 694, 698, 700, 703-706, 708, 710, 712, 714, 718, 726, 739-740, 762, 764, 768

Droits fondamentaux : 26, 237, 271-272, 281, 283-287, 329, 424, 516, 519, 632, 648, 652, 662, 664, 773

Durée des procédures

- procédure administrative : 223, 246-248, 282, 359-361, 365, 417, 503. *Comp.* Délai légal d'adoption des actes
- procédure juridictionnelle : 248-249, 251, 361-365, 474

E

Économie de procédure : 100, 125, 130, 306, 341, 368, 381, 397, 444, 454, 514, **524-533**, 571, 575, 583, 586, 606, 651-652, 656, 662, 664, 684, 699, 730, 733-748, 750-752, 768

Égalité des armes : 56, 429, 466, 468, 472, 600, 683, 706

Égalité de traitement : 270-272, 320, 345, 352, 376, 392, 395, 400, 410, 601

Équilibre institutionnel : 84, 163-164, 184-207, 218-228, 234, 236-237, 253, 255, 350, 513, 648

Équité : 99, 335, 340, 345-346, 366, 376-377, 400, 572, 664, 668, 673-675, 680-681, 690, 695

Erreur d'appréciation : 181, **262-267**, 269, 272, 314, 330-331, 368, 385-386, 388, 580

Erreur de base juridique : 144, 181, **190-191**, **226-231**, 259, 389, 445

Erreur de droit : 65, 102, 200, 262, **268-273**, 294, 299-331, 357, 377, 380, 388,

475-476, 478-481, 484, 486-487, 496-497, 503, 561, 565, 573, 577-578, 599, 619, 628, 690

Erreur excusable : 108-109, 671, 739

Erreur manifeste. Voy. Erreur d'appréciation

Évocation : 377, 387, 390, 452, 477, 484, 674, 699-701

Exception de détournement de procédure : 112-113, 275

Exception d'illégalité : 44, 52, 82, 87, 112, 114, 124, 128, 135-136, 147, 167, **169-171**, 185, **193-198**, 215, 218, 275, 291, 294, **296-299**, 310, **316-324**, 332, 445, 501, 504, 515-516, 531, 535, 541, 553, 595-596, 598, 643, 666

Exception d'irrecevabilité : 68, 115, 117, 438, 501, 591, 605-606, 608, 650, 657, 677-678, 688, 693, 701, 740, 752

F

Fait nouveau substantiel : 109, 662

Faute de service : 243, 349, 353, 356-358, 417

Fin de non-recevoir

- d'ordre public : 67-161
- notion : 67
- relevé d'office : 436-439

Fonction publique : 53, 86, 88, 91, **94-96**, 101, 105-107, 109, 111-114, 119, 127-128, 133, 136-137, 140, 192, 198, **203-207**, 215, 219, **225-226**, 234, 239, 243, 247, 253-254, 310, 313, 315, 321-342, **348-349**, 353, **356-359**, 362, 370, 382, 402, 404, 411, 413, **416-418**, 440, 442, 458, 483, 485, 490, 497, 506, 547, 551, **593-602**, 661-663, 666, 672, 676-677, 705, 765

Force majeure : 108-109, 739-740

Fumus boni juris : 125, 448, 567, 756

I

Illégalité subjective par nature : 237, 241, 704-706

Immutabilité du litige : 119, 591-622, 624-625, 627-630, 641, 655, 664

Impartialité de l'auteur de l'acte : 249, 251-252, 613

Impartialité du Tribunal : 249-251, 706

Incompétence du juge : 23, 47, 49, **68-100**, 130-131, 134, 138, 161, 256, 275, 377, 401, 439, 442, 451, 457, 469, 475, 481-482, 491, 494, 496, **510-514**, **517-525**, 528-529, **533-538**, 542, 548, 552, 572, 582, 586, 589, 591, 600, 605-606, 611, 621, 626, 631, 642, 648, 650-652, 666, 678, 698, 716, **734-741**, 752, 774

Incompétence d'un État membre : 172-174, 540

Incompétence manifeste du juge : 44, 49, 73, 438-439, 448-449, 454, 542, 560, 689, 692, **734-741**, 746, 754-755

Incompétence (moyen de légalité) : 34, 63, **164-207**, 221, 223, 226, 230-233, 254, 291, 293, 298, 314, 319, 323-324, 348, 445, 461, 477, 486, 538, 551, 555-556, 563, 567, 570, 578, 596-597, 609-613, 626, 644, 648, 654-656, 717, 728, 747

Indépendance du Tribunal : 250, 251, 706

Inexistence juridique : 132, **169-171**, 200, 210, 222, **289-299**, **514-524**, 532-533, 546, 561, 565, 604, 612, **642-647**, **673-674**, 744, 776

Infra petita : 125, 158, 224, 432

Injonction. Voy. Pouvoir d'injonction

Intérêt à agir : 68, **139-142**, 148-149, 453, 459, 501, 539, **554-558**, 573, 609, 610-611, 721

Intervention : 44, 115-117, 123, 139-140, 148, 591, 605-606, 618, **633-642**, 650, 658, 731, **749-754**

Irrecevabilité manifeste : 44, 49, 97, 119, 438-439, 448-449, 542, 560, 564, 568, 687, 689, 692, **734-741**, 745-746, 753, 755-756

Iura novit curia : 31, 40, 56, 326, 562, 711

J

Juge national : 33-41, 47, 49, 72-79, 92, 145, 278-279, 283, 316, 322, 407-408, 412, 441-442, 467, 473, 517-518, 522-523, 551, 568, 615, 661, 667, 695-696, 763, 765, 767

L

Langue de procédure : 660

Légalité (principe de) : 290, 663

Libertés de circulation : 26, 71, 271, 283, 287

Lien de causalité : 124, 342, 370-371

Litige en état d'être jugé : 488, 562, 701

Litige (notion) : 432, 633, 639, 712, 752

Litispendance : 121-122, 128-130, 459, 664

Loyauté procédurale : 58, 119, 592, 666-667, 675, 684

M

Manquement : 24, 43, 52, 72-73, **76-77**, 86, 101, 125, 127, 134, 136-137, 142, 149-161, **169-171**, 237, 275, 286, 293, **296-298**, 323, 339-340, 366, 440, 447, 470, 499, 504, 518, 539, **540-541**, 546, 553, 602, 636, 729, 774

Manquement sur manquement : 52, 121, 152, 154, 173, 337-340, 383, 402, 413-416, 547, 710

Méconnaissance du champ d'application de la loi : 58, **190-191**, 204, 226,

231-234, 259, 279, **310-316**, 326-327, 332, 424, 453, 461, 463, 479, 485, 490, 564, 610, 613, 717, 775

Mesures d'instruction : 369, 371, 432, 443, 562, 564-565, 567, 619, 754, 758

Mesures d'organisation de la procédure : 117, 371, 432, 443, 562, 564-565, 567, 618-619, 655, 693, 715-721, 726, 738, 747, 754

Motifs surabondants : 224, 239, 247, 287, 316, 320, 373, 387, 479, 486, 524, 545, 553, 573, 577, 580, 598, 643, 669

Motivation. Voy. Obligation de motivation, motivation des décisions de justice

Motivation des décisions de justice : 211, 214, 295, 392, 398, 400, 492-493, 504, 526-528, 530, 574, 610, 645, 740, 745

Moyen d'ordre public

- absolu ou relatif : 461, 463
- de fond : 163-254, 259-333, 336-382, 436, 440-442, 450-451, 453, 455, 460-465, 470, 482, 485-487, 494, 502-507, 510-582
- de fond à fonction procédurale : 163-210, 212-254
- de garantie du droit substantiel (légalité) : 257-333
- de la pleine juridiction : 258, 336-382, 399, 401, 490, 505-506, 556-558, 581-582
- de la procédure juridictionnelle : 67-161, 436-439, 442, 450-451, 453-460, 482-485, 487, 494-498, 500-502, 510-533, 542, 560, 566, 572-576, 608-609, 612, 614, 667, 708, 720, 744, 746-747, 755-757, 768
- qui ne se prête pas à discussion : 707, 729, 733, 744, 745, 746, 747, 748

Moyen (notion) : 23, 24, 375

Moyens nouveaux : 99, 114-115, **117-119**, 124, 156, **158-159**, 187, 206, 240, 242, 308, 359, 367, 373, 440, 453, 504, 525, 551, 553, 592, 594, 600, **604-622**, 624-625, 627-630, 641, 679, 683, 688, 713, 716, 719, 725, 745

Moyens opérants/inopérants : 35, 205, 229, 316, 337-338, 340, 347, 349, 358, 362, 365, 397, 417, 423, 449, 477, 479-480, 484, 502-503, 538, 540, 546, 557, 570-571, 707

Moyens tardifs. Voy. Moyens nouveaux

N

Ne infra petita. Voy. Infra petita

Ne ultra petita. Voy. Ultra petita

Non-lieu : 47, 80, 141, 453, 497, 580, 618, 626, 691-693

Notification : 186, 222-223, 563, 663

O

Obiter dictum : 37, 363-364, 387

Objet du litige : 23, 85, 97, 99, 103, 118-119, 123-124, 126-127, 129, 135, 142, 146, 148-149, 152-154, 158-159, 180, 207, 244, 306, 337, 357-358, 370, 401, 404, 418, 474, 477, 484, 540, 542, 546, 552, 554, 556, 569, 594, 603, 622, 626, 635, 654, 691, 759

Objet du recours. Voy. Objet du litige

Obligation : 575

Obligation de motivation : 181, **209-218**, 228, 240, 248, 251, 261-264, 269, 281-282, 291-293, 295, 320, 347-350, 374-375, 386, 392, 398, 400, 451, 453, 461-465, 477-478, 493, 502, 504, 507, 526, 534, 537, 544, 550, 561, **569-570**, **576-577**, **579-581**, **597-599**, 609-**613**, 619, 623-**624**, **626-629**, 651, 653, 655-657, 693, 703, 717-719, 745, **748**

Omission de statuer : 105, 224

Opposition : 44, 105-106, 287, 384, 449, 454, 650, 754-755

Ordonnance d'incompétence manifeste. Voy. incompétence manifeste

Ordonnance d'irrecevabilité manifeste. Voy. irrecevabilité manifeste

Ordonnance de bien-fondé manifeste : 732, 734, 741-744, 747-748

Ordre public

- CEDH : 31-32, 284
- de direction : 441-442
- définition : 24-27
- de protection : 441-442, 661
- économique : 27, 283

P

Partie défenderesse

- EUIPO : 149
- identification : 122-123, 134, 142
- qualité : 80, 139, 142

Passivité du juge : 31, 41, 44, 197, 325, 368, 430, 433, 436, 442, 479, 481, 507, 585, 615, 683, 696, 771-772. **Voy. également principe dispositif, ultra petita**

PESC : **81-82**, 328, 330, **519-521**, 529, **534-538**, 582, 626, 670, 678, 713

Pleine juridiction : 52, 63, 85, 99, 170-171, 256-258, 304, 306-307, 333, **335-419**, 421-422, 425, 440, 490, 502, **505-506**, 539, **547-548**, 554, **556-558**, 576, **581-582**, 709-710, 720, 774

Pourvoi : 43, 45, 52, 65-66, 68, 78-79, 82-83, **90-91**, 95-96, **98-102**, 105, 115-118, 121, 125, 127, **136**, **140**, 145, **147**, 163, 180, **190**, **192**, **195-196**, 199, **211**, 215, **224**, 233, 240, 243-244, 246, **248**, **250**, 256, 261-262, **266-268**, 273, 281, **294-295**, 299, **301**, 303, 306, **316**, 328, 331, 349, **358-359**, **361-365**, 368, 370, **376-378**, 380, 387-388, **390**, 393-394, **399-400**,

- 410, 438, 440, **445**, 447, 450-454, 457-458, 460, 468-469, 472, **474-479**, 481-489, 491-492, 497-498, 501, **503-504**, **513**, 515, 519, **526**, 530, 532, 538, 544-545, 556, 561, 565, **567-568**, 571, 573, **575**, **578**, 580, 585, 595-596, 598-599, 604-606, 609-610, 619, **621-622**, **624-625**, **627-630**, 634, **639**, **641**, 644, 646, **650-651**, 655, **658-659**, **670**, 692-693, **697-706**, 713, 716, **719**, 728, 730, 732, **734-745**, 748, 764
- Pouvoir de réformation** : 88, 136, 340-341, 344, 347-348, 360, 366, 389-391, 398-399, 401-406, 505, 547, 640, 710
- Pouvoir d'injonction** : 86-88, 611
- Pouvoirs d'office**
- confidentialité : 757, 758-767
 - contrôle de légalité : 264-265, 304, 309, 314, 325-332, 445, 710-711
 - fonction publique : 356-358, 413, 416-418, 444, 581-582, 709, 711-712
 - gestion procédurale : 443-444
 - manquement sur manquement : 413-416, 547, 710
 - pourvoi : 445
 - procédure d'avis : 45-46
 - propriété intellectuelle : 264-265, 383-391, 444-445, 711
 - recours contre les sanctions : 353, 379, 383, 391-412, 444, 547, 556-558, 581-582, 709-710, 712
 - recours en indemnité : 547
 - réexamen : 44-45
 - renvoi préjudiciel : 46-50
- Préjudice** : 74, 82-83, 93, 124, 128, 341-342, 349, 357-359, 361, 370-371, 373, 416, 418, 595, 626, 664
- Présomption de légalité** : 219, 290, 301, 768
- Prétérition. Voy. Rejet par prétérition**
- Preuve** : 79, 85, 98, 106, 113, 115, 141-142, 180, 262, 264, 267-268, 347, 371, 375, 387, 393-394, 468, 496, 562, 567, 580, 592, 603, 620, 655, 669, 685, 687, 690, 694, 737, 752, 757, 760, 761-767
- Principe d'effectivité** : 36-37, 279, 615
- Principe d'équivalence** : 36-37, 279
- Principe de proportionnalité. Voy. Proportionnalité**
- Principe de subsidiarité. Voy. Subsidiarité**
- Principe dispositif** : 31, 39, 41, 44, 49, 56, 354, 367, 375, 419, 432, 439-441, 479, 569, 592, 774. **Voy. également passivité du juge, ultra petita**
- Principe du contradictoire** : 119, 150, 239, 240, 349, 367, 404, 410, 412, 430-431, 468, 491, 558, 562, 575, 588, 679, 681, **683-768**
- Principes généraux** : 271-272, 281, 338
- Procédure accusatoire** : 431
- Procédure contradictoire. Voy. Principe du contradictoire**
- Procédure d'opposition. Voy. Opposition**
- Procédure d'avis. Voy. Avis**
- Procédure de réexamen. Voy. Réexamen**
- Procédure de révision. Voy. Révision**
- Procédure inquisitoire** : 431-432
- Procédure par défaut** : 287, 447-448, 454, 618, 650, 754-755
- Procédure précontentieuse**
- agences : 86, 132, 134, 555, 603, 654
 - carence : 126-127, 136-138, 602-603
 - fonction publique : 86, 107-109, 111, 113, 126-128, 136-138, 195, 321, 418, 593-596, 600-601, 655-656, 676, 720, 737
 - manquement : 126, 136-137, **151-156**, 158-159, 174, 275, 541, 602
 - propriété intellectuelle : 602-603

Procès équitable : 56, 235, 239, 245, 248-251, 253, 267, 361, 468, 488, 492, 588, 652, 662, 664, 683-684, 686, 694-695, 706, 708, 738, 764, 768, 775-776

Proportionnalité : 165, 177-178, 180-184, 271-272, 346, **352-353**, 376-377, 392, 394, 400, 417, 484, 486, 549

Propriété intellectuelle : 41, 85, 106, 115, 136, 148-149, 217, 264-266, 294, 340, 347, 366, **383-391**, 401, 419, 440, 444-445, 457, 464, 503, 547, 581, 602-604, 606, 611, 634, 640-641, 651, 711, 719, 747, 754

Protection juridictionnelle effective : 56, 79, 81, 84, 99, 100, 130, 145, 239, 251, 277, 317, 321, 351, 353, 361, 521, 552, 595, 652, 662, 664, 669, 670, 672, 688, 739, 762, 765, 771

Publication des actes de l'Union : 222

Q

Qualification juridique erronée : 262, 264, 267-268, 272, 445, 727

Qualité pour agir : 130, 133, 136, 139-140, **142-149**, 237, 452, 459-460, 477, 483, 495, 499-500, 515, 532-533, 539, **548-553**, 558, 563, 573-574, 583, 585, 591, 611-612, 624, 627, **630-633**, 642, 645-646, 648, 655-656, 663, 667, 670, 717, 720

R

Rapport d'audience : 619, 718

Rapport préalable : 715, 726

Recours contre les sanctions : 53, 336, 340-341, 343-348, 351-353, 360-361, 364, 366, 373-383, 391-412, 440, 554, 556-558

Recours en carence. Voy. Carence

Recours en indemnité. Voy. Responsabilité extra-contractuelle

Recours en manquement. Voy. Manquement

Réexamen : 44-45, 95, 102, 326, 343, 453, 474, 487-492, 585, 698, 700-701, 704

Référé : 44, 86, 96-98, 124-126, 448-449, 567, 754-756

Reformatio in pejus : 407-408, 557

Réformation. Voy. Pouvoir de réformation

Régularisation des actes de procédure : 116, 125, 606

Rejet par prétérition : 199, 435, 465, 471-472, **492-508**, 513, 532-533, 538, 570, 575, 585, 611, 614, 621, 657, 707-709, 712-713, 731, 734, 776

Relevé d'office (moyen d'ordre public)

– contrôle sur pourvoi : 223, 472, 474-479, 482-487, 492, 498, 567, 585, 622, 624, 627

– contrôle sur réexamen : 474, 487-492, 585

– encadrement : 509-583, 585

– fondements : 436-442

– habilitation : 436-454, 507

– obligatoire : 431-583, 585-586

– pouvoirs d'office (distinction) : 31, 443-446

Relevé d'office (moyen ordinaire) :

197, 325, 328-332, 441, 445-446, 463, 479, 481, 525, 711

Relevé d'office (notion) : 29-30, 431

Renonciation (à un moyen) : 465, 494, 502, 636, 653-661, 667, 702-703, 769

Renvoi préjudiciel : 44, 46-51, 72-73, 81, 112, 173, 176, 223, 240, 288, 316, 322, 378, 518, 521-523, 540, 551, 553, 665, 725, 729

Réouverture de la procédure orale :

443, 450-451, 565, 567, 619, 679, 714, 721-727

Représentation par un avocat : 142, 594, 601, 720

Requalification de l'objet du recours : 78, 95, 135, 146, 224, 244, 368, 477, 484, 513, 552-553

Requalification d'un moyen : 129, 339, 357, 360

Responsabilité contractuelle : 43, 52, 72, 77-79, 92, 110, 119, 133-339, 366-369, 383, 447, 529, 573, 665. *Voy.* également clause compromissoire

Responsabilité extra-contractuelle : 34, 43, 52-53, 56, **72-75**, **78**, 81-82, 86, **92-93**, 104-105, **109-113**, 120, **124**, 147, 245, 271, 275, 282, 299, **341-343**, 350, **353-355**, **359**, 361-365, **369-373**, 383, 447, 472-474, 515, 529, 646, 678

Responsabilité sans faute : 372-373

Rétractation : 44, 105, 115, 451

Révision : 44, 105, 136, 449

Révision des traités : 167, 175-176

S

Sanctions. *Voy.* Recours contre les sanctions

Satisfaction équitable : 248, 361

Sécurité juridique : 68, 100, 102-160, 186, 195, 198, 222-223, 242, 255, 271, 281, 290, 295, **300-309**, 318, 322-324, 332, 345-355, 421, 435, 461, 493, 500, 526, 545, 604, 627, 630, 643, 671

Subsidiarité : 165, 177-182, 184, 549, 551

Substitution de base juridique : 229, 231, 445

Substitution des motifs : 147, 263, 316, 383-391, 430, 445, 483, 497, 573, 575, 579-581, 599, 650-651

Suspension de la procédure juridictionnelle : 93, 721, 730-732, 742

Systématique des voies de droit : 73, 95-96, 100, 145, 147

T

Tierce opposition : 44, 105, 449, 454

U

Ultra petita : 31, 125, 158, 174, 224, 304-305, 325, 340, 381, 389, 394, 401-418, 432, 439-440, 481, 539-548, 555-557, 569-570, 582, 602, 710. *Voy.* également passivité du juge, principe dispositif

Union de droit : 59, 79, 80-81, 84, 156, 185, 223, 238, 283, 285, 424, 521, 705

V

Violation de l'obligation de motivation. *Voy.* Obligation de motivation

Violation des formes substantielles : 21, 63, 152-153, 187, 207-253, 263, 271, 323, 386, 461, 464-465, 503, 513, 579, 743

Violation des traités : 63, 179, 181, 231, 257, 259, 261-273, 285

Violation du contradictoire : 239-240, 697-706, 728

Violation du délai raisonnable. *Voy.* Durée des procédures

Violation suffisamment caractérisée : 343, 353-356, 362-365, 473

Vote (régularité du processus de) : 221-222, 229, 610